



HAL
open science

L'amnistie des dirigeants politiques : contribution à l'étude de a responsabilité en droit constitutionnel comparé et international

Mathilde Philip-Gay

► To cite this version:

Mathilde Philip-Gay. L'amnistie des dirigeants politiques : contribution à l'étude de a responsabilité en droit constitutionnel comparé et international. Droit. Université Lyon 3 Jean Moulin, 2005. Français. NNT: . tel-03260878

HAL Id: tel-03260878

<https://theses.hal.science/tel-03260878>

Submitted on 15 Jun 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ JEAN MOULIN LYON III

FACULTÉ DE DROIT

**L'AMNISTIE DES DIRIGEANTS POLITIQUES :
CONTRIBUTION À L'ÉTUDE DE LA RESPONSABILITÉ EN
DROIT CONSTITUTIONNEL COMPARÉ ET INTERNATIONAL**

Thèse pour le doctorat en droit public

Présentée et soutenue publiquement le 07 octobre 2005

Par

Mathilde Philip-Gay

COMPOSITION DU JURY :

Monsieur **Michel Verpeaux**, professeur à l'Université Paris I, *Président*

Monsieur **Thierry Debard**, professeur à l'Université Lyon III, *Directeur de thèse*

Monsieur **Xavier Philippe**, professeur à l'Université d'Aix-Marseille III, *Rapporteur*

Monsieur **Philippe Blacher**, professeur à l'Université Lyon II, *Rapporteur*

Madame **Mireille Couston**, professeur à l'Université Lyon III, *Suffragante*

A mon mari Maxime,

A mes parents, grands-parents et frères et sœurs.

REMERCIEMENTS :

Je tiens à exprimer ma profonde gratitude tout particulièrement au professeur Thierry Debard, pour m'avoir dirigée et accompagnée efficacement durant la réalisation de cette thèse ;

Je remercie également :

Tous les professeurs, maîtres de conférences, ATER, allocataires et secrétaires rattachés à l'Institut d'études administratives de l'Université Jean-Moulin Lyon III mais aussi les membres du Centre d'études constitutionnelles de cette même Université, pour leurs conseils et leur soutien, très utiles tout au long de ces quatre années ;

Jean-Pierre Rouanet du service du PEB pour m'avoir facilité l'accès à de nombreuses ressources étrangères ;

Enfin, je tiens à exprimer toute ma reconnaissance à :

Laurent Eck, Maxime Gay, Irène Philip, Thierry Philip, et Olivier Philip pour avoir relu attentivement cette thèse ainsi que pour leurs réflexions sur mon travail ;

Mon mari et ma famille pour leur appui constant et leurs encouragements.

SOMMAIRE

SOMMAIRE	1
INTRODUCTION GÉNÉRALE	8
PREMIÈRE PARTIE- UNE TECHNIQUE CONSTITUTIONNELLE D'IRRESPONSABILITÉ ABSOLUE, MAÎTRISÉE PAR LES DIRIGEANTS POLITIQUES	83
TITRE 1 – UNE MAÎTRISE POUVANT PORTER ATTEINTE A L'AMÉNAGEMENT CONSTITUTIONNEL DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS	85
CHAPITRE 1 – LA PARALYSIE DU POUVOIR JUDICIAIRE: UN DÉBAT CONCERNANT L'AMNISTIE GÉNÉRALE	89
Section 1 – Le renforcement de la paralysie lorsque l'amnistie intervient avant la condamnation du dirigeant	90
Section 2 – Une paralysie justifiée plus facilement lorsqu'elle provient du pouvoir législatif	134
CHAPITRE 2 – LA PARALYSIE DE LA « FACULTÉ D'EMPÊCHER » : UN DÉBAT SPÉCIFIQUE À L'AMNISTIE DES DIRIGEANTS POLITIQUES	172
Section 1 – la réalité de l'atteinte à la fonction d'empêcher des autres pouvoirs	174
Section 2 – Les possibilités d'éviter cette atteinte	210
TITRE 2 – UNE MAÎTRISE POUVANT CONDUIRE À UNE UTILISATION ABUSIVE DE L'AMNISTIE	243
CHAPITRE 1 – L'AUTO-AMNISTIE : UN INSTRUMENT CONFORME A LA FINALITÉ CONSTITUTIONNELLE DE L'AMNISTIE	251
Section 1 – La validité de l'auto-amnistie	255
Section 2 – L'abus possible uniquement a travers l'auto-amnistie indirecte	292
CHAPITRE 2 – LA POSSIBILITÉ D'UTILISER ABUSIVEMENT D'AUTRES TECHNIQUES JURIDIQUES A DES FINS AMNISTIANTES	329
Section 1 – L'adoption conditionnée d'autres normes à des fins amnistiantes	333
Section 2 – La modification condamnable du régime de responsabilité des dirigeants politiques á des fins amnistiantes	366

SECONDE PARTIE – VERS LA PROHIBITION DE L'AMNISTIE DES DIRIGEANTS POLITIQUES POUR LES CRIMES INTERNATIONAUX.....	405
TITRE 1 – LES CRITÈRES POSSIBLES DE LA PROHIBITION.....	409
CHAPITRE 1 – LE CRITÈRE MATÉRIEL : LA RÉALISATION D'UN CRIME INTERNATIONAL.....	411
Section 1 – Le rôle central des dirigeants politiques dans la perpétration de ces crimes	415
Section 2 – La diversité des crimes internationaux pouvant engager la responsabilité des dirigeants politiques	444
CHAPITRE 2 – LES PRÉLIMINAIRES D'UN CRITÈRE FONCTIONNEL : LA QUALITÉ DE DIRIGEANT POLITIQUE	469
Section 1 – La coexistence entre les juridictions internationales et nationales pour appliquer ce critère	473
Section 2 – La logique de l'invalidation des amnisties de dirigeants en fonction lors de la réalisation de crimes internationaux	516
TITRE 2 – LES OBSTACLES A LA PROHIBITION.....	559
CHAPITRE 1 – L'ABSENCE D'IDENTITÉ PARFAITE ENTRE INAMNISTIABLE ET IMPRESCRIPTIBLE.....	562
Section 1 – La construction intellectuelle d'une catégorie d'infractions inamnistiables déduite des infractions imprescriptibles	565
Section 2 – L'impossibilité actuelle d'assimiler l'imprescriptible à l'inamnistiable, quelle que soit la fonction du criminel	597
CHAPITRE 2 – LE CARACTÈRE POLITIQUE DE L'AMNISTIE.....	625
Section 1 – La tentative de conciliation entre amnistie et obligation de poursuivre les dirigeants politiques dans le cadre de la justice transitionnelle	628
Section 2 – La forte probabilité d'une subsistance de l'amnistie internationale des dirigeants politiques	661
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	693
ANNEXES	699
PRINCIPALES RÉFÉRENCES JURISPRUDENTIELLES.....	785
PRINCIPALES RÉFÉRENCES NORMATIVES	793
BIBLIOGRAPHIE	801

Sommaire

INDEX ALPHABÉTIQUE	835
TABLE DES MATIÈRES.....	842

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJDA	Actualité Juridique Droit administratif
AJIL	American Journal of International Law
Ass	Assemblée
Bull	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
c. cass	Cour de cassation
CDI	Commission du Droit International
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CICR	Comité International de la Croix Rouge
CIDH	Cour interaméricaine des droits de l'homme
CIJ	Cour Internationale de Justice
civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
corresp.	correspondant
CPJI	Cour Permanente de Justice Internationale
CPJI	Série A arrêts de la CPJI
CPJI	Série B avis consultatifs de la CPJI
crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
DC	Décision concernant la déclaration de conformité à la Constitution
Deb.	Débats
Dec.	Décret
dir.	sous la direction de
ed.	éditeur
EJIL	European Journal of International Law
FALN	(Porto Rico) Fuerzas Armadas de Liberación Nacional ; Forces Armées de Libération Nationale
FIDH	Fédération Internationale des Droits de l'Homme
ICC	International Criminal Court
JCP	Jurisclasseurs périodiques
J.O.	Journal Officiel
LPA	Les Petites Affiches
MRAP	Mouvement contre le Racisme et pour l'Amitié entre les Peuples
n°	numéro
OAS	Organization of American States

Liste des principales abréviations

OEA	Organisation des Etats américains
OMT	Organisation Mondiale contre la Torture
ONG	Organisation(s) Non Gouvernementale(s)
ONU	Organisation des Nations Unies
op.cit.	<i>opere citato</i> ; précédemment cité
Ord.	Ordonnance
OUA	Organisation de l'Unité Africaine (avant 2002)
p. pp.	page ; pages
RBDI	Revue Belge de Droit International
RDP	Revue du Droit Public
Rec.	Recueil Dalloz
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
RFDC	Revue Française de Droit Constitutionnel
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
s.	suivante ; suivantes
SAJH	South African Journal of Human Rights
Sirey	Recueil Sirey
TPIR	Tribunal Pénal pour le Rwanda
TPIY	Tribunal Pénal pour l'ex-Yougoslavie
TRC	Truth and Reconciliation Commission
UA	Union Africaine (Organisation qui a succédé à l'OUA en 2002)
UE	Union Européenne
vol.	volume

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« *Mieux vaut certainement pour la démocratie un coupable en liberté que maints élus innocents victimes de la suspicion publique*¹ ». C'est par ces termes que le philosophe Alain Etchegoyen concluait il y a quelques années son appel en faveur d'une amnistie des élus et chefs d'entreprise impliqués dans des affaires de corruption liées au financement des partis politiques. Il réclamait surtout un débat « *à froid* », c'est à dire hors de toute crise, sur ce thème². Pourtant, l'amnistie peut aussi être présentée comme « *l'outil privilégié permettant à une caste placée hors de la société de bénéficier du privilège insigne de ne pas subir la loi commune. Les hommes politiques auraient ainsi, par l'usage de cet instrument radical qu'ils manipuleraient à leur guise, le pouvoir absolu de se dérober à la justice des hommes ordinaires*³ ».

Cet instrument destiné à apaiser en jetant le voile de l'oubli sur certaines infractions, peut donc ne pas remplir sa fonction lorsqu'il s'applique à des dirigeants politiques et au contraire paraître détourné. Au-delà de la qualité des personnes visées, cela s'explique par le caractère discrétionnaire très marqué⁴ de la mesure adoptée et par ses effets très importants puisqu'elle « *éteint l'action publique et efface la peine prononcée* »⁵. Sa suppression n'est pourtant jamais

¹ ETCHEGOYEN Alain, *Le courage de l'amnistie*, Le Monde, 03 octobre 2000, p. 1.

² Cette exigence peut se retrouver dans la plupart des Etats. Par exemple, d'après Brian C. Kalt : « *We should debate the unconstitutionality of self-pardons now, in the absence of a constitutional crisis, rather than wait for the problem to occur* » (KALT Brian C., « Pardon me ? The Constitutional case against presidential self-pardons », *The Yale Law Journal*, 1996, vol. 106, p. 782).

³ GACON Stéphane, *L'amnistie de la Commune à la guerre d'Algérie*, Paris : éditions du Seuil, l'Univers Historique, 2002, p. 8.

⁴ Voir : « amnistie », DEBARD Thierry, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Paris : Ellipses, 2001, p. 14.

⁵ GUILLIEN Raymond, VINCENT Jean, (sous la direction de), *Lexique, termes juridiques*, Paris : Dalloz, 10^e édition, 1995.

Introduction générale

évoquée « à froid », et étrangement, alors que sa constitutionnalité, sa légalité ou sa légitimité sont régulièrement contestées, aucune étude juridique de ce thème n'a été réalisée.

Pourtant, cette dernière est d'autant plus nécessaire que l'amnistie des dirigeants politiques constitue une catégorie juridique, comprise comme « un groupe distinctif d'éléments présentant des caractères semblables⁶ » auxquels se rattachent des conséquences juridiques analogues. En effet, indépendamment du système juridique étudié, du degré de crime concerné et de la situation dans lesquelles des amnisties de dirigeants politiques ont été adoptées, des caractéristiques communes peuvent être retrouvées. Cette constatation s'impose avant même de limiter l'étude aux Etats qui serviront de référence⁷ (I). En outre, ces amnisties ont des conséquences propres qui conduisent à réenvisager de nombreuses problématiques classiques de philosophie du droit, de droit pénal, de droit international et surtout de droit constitutionnel. En particulier, l'analyse de cette forme particulière d'amnistie permet d'affiner la perception de la responsabilité pénale et politique de ces dirigeants (II).

⁶ CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 5^{ème} édition, 2004.

⁷ Sur la méthode suivie dans cette thèse et les justifications du choix des Etats de référence, voir *infra*.

I. L'amnistie des dirigeants politiques : une catégorie juridique universelle

La première amnistie retenue par l'histoire excluait les dirigeants politiques. La doctrine⁸ fait de Thrasybule⁹ l'inventeur du terme et de la notion juridiques d'amnistie, lorsqu'il proposa à l'Assemblée une loi proclamant l'oubli préalable à la restauration de la démocratie, après qu'il ait renversé les Trente tyrans d'Athènes, en 403 avant Jésus-Christ¹⁰. Les survivants du

⁸ Par exemple, voir : GACON Stéphane, « L'oubli institutionnel », in NICOLAÏDIS Dimitri (dir.), *Oublier nos crimes, l'amnésie nationale : une spécificité française ?*, Paris : Autrement, série mutations, n° 144, avril 1994, p. 98 ; LETTERON Roseline, « Le droit à l'oubli », *Revue du Droit Public*, 1996-2, p. 394 ; ROCHE-DAHAN Janick, *l'amnistie en droit français*, thèse pour le doctorat en droit, Droit privé et sciences criminelles, sous la direction du professeur Di Marino, présentée et soutenue le 10 janvier 1994, Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, pp. 10-11 ; TRABUC Alain, *L'amnistie en droit constitutionnel*, thèse pour le doctorat en droit, sous la direction du professeur T. S. Renoux, soutenue le 25 février 2000, Université d'Aix-Marseille III, p. 10.

⁹ Stéphane Gacon met en doute la paternité de Thrasybule. Il pense qu'en réalité c'est le roi Pausanias – chef de l'armée envoyée par les spartiates pour soutenir les Tyrans – qui aurait imposé aux belligérants une négociation débouchant sur cette amnistie (Voir : GACON Stéphane, *L'amnistie, De la Commune à la guerre d'Algérie*, op. cit., p. 21).

¹⁰ Certains auteurs considèrent que l'on peut retrouver des amnisties bien avant Thrasybule. Alfred P. Dorjahn estime ainsi que l'amnistie décidée par Thrasybule est la cinquième de l'histoire, et que la loi de Solon est la première d'entre elles (DORJAHN Alfred P., *Political forgiveness in old Athens, the Amnesty of 403 B.C.*, Northwestern university studies in the humanity, number thirteen, Wisconsin : Northwestern University, 1946, p. 1). Stéphane Gacon cite également la loi votée à l'arrivée au pouvoir de Solon en 594 avant Jésus-Christ, qui permettait aux exilés et aux ostracisés de rentrer à Athènes et de jouir à nouveau de leurs droits civiques. Toutefois, il reconnaît lui-même qu'« en termes de droit moderne, on opposerait volontiers la réhabilitation offerte par Solon à l'amnistie de Thrasybule » puisque la première ne s'accompagne pas de l'obligation de garder le silence sur les faits amnistiés (*Ibid*, p. 20). Janick Roche-Dahan avait déjà constaté avant lui « la confusion qui règne en doctrine pour qualifier les mesures de clémence de l'époque antique. En effet, [la] loi de Solon est bien différenciée de l'amnistie par J. Foviaux [en 1970]. Par contre, elle est citée comme un des exemples le plus ancien d'amnistie par d'autres auteurs » (ROCHE-DAHAN Janick, *l'amnistie...*, op. cit., p. 11). Selon Jean Copper-Royer, « Constituait-elle vraiment une amnistie l'acclamation par laquelle le peuple d'Athènes accueillait la demande du général victorieux Thrasybule de ne pas mettre à mort les trente tyrans et leurs partisans ? Il ne le semble pas.

Introduction générale

« gouvernement des Trente tyrans » qui dirigeaient la cité athénienne, ainsi que ceux « des Dix » qui gouvernaient Le Pirée, comme les membres du « collège des Onze » chargés des exécutions, étaient expressément exclus de cette amnistie¹¹. En dépit de cette restriction, la mesure de clémence décidée par Thrasybule pourrait être considérée comme la démonstration du caractère universel de l'amnistie, et par conséquent des problèmes posés par l'amnistie des dirigeants politiques¹².

Néanmoins, ce caractère universel de l'amnistie se perçoit surtout à travers trois observations communes à la plupart des systèmes juridiques. En premier lieu, il est désormais possible de dresser une typologie des dirigeants amnistiés du fait de la généralisation des mesures de clémence les concernant (A). En second lieu, on peut retrouver des caractéristiques communes

*Bien plus qu'un acte délibéré de pacification, c'était d'abord un remerciement de celui qui venait par son combat et sa valeur, de restaurer la démocratie grecque. Peu importe ; les historiens latins (Valère Maxime, L. IV, ch. 1 ; Andocide, de Myster., p. 10), rapportant le fait ont imposé l'idée. Elle devait inspirer le législateur et le légiste romains » (COPPER-ROYER Jean, *L'amnistie, Loi du 6 août 1953*, Paris : Dalloz, 1954, p. 8).*

¹¹ La doctrine les a inclus parfois à tort dans la mesure de clémence alors que la proclamation spécifiait que : « *Nul n'aura le droit de reprocher le passé à personne, sauf aux Trente, aux Dix, aux Onze et aux anciens gouverneurs du Pirée, ni même à ceux-ci après leur reddition de comptes. Les magistrats ayant rempli leurs fonctions au Pirée rendront leurs comptes aux gens du Pirée ; ceux qui les ont remplis dans la ville, aux citoyens ayant un revenu déclaré ; ces formalités remplies, ceux qui le voudront pourront émigrer...* » D'après Aristote, cité dans PAYEN Pascal, « ostracisme, amnistie et amnésie : Athènes au cinquième siècle avant Jésus-Christ », *Epurations, amnistie, amnésie*, Toulouse : M.I.R.E.H.C., n° 3, 1999, 12 p.

¹² « *Comment expliquer l'importance du recours à l'amnistie et, de manière moins marquée, à la grâce, dans les justices de transition ? Comment expliquer la surprenante ressemblance des instruments mis en œuvre par les gouvernements démocratiques ? (...) L'une des hypothèses explicatives est celle de l'universalité de ces deux instruments de rémission juridique, universalité à la fois dans le temps, puisqu'il semble que l'on retrouve des mesures similaires à Athènes, Rome ou dans les grandes monarchies, et dans l'espace, puisque l'amnistie et la grâce semblent être relativement indifférentes aux systèmes de droit et aux singularités des droits nationaux » (LEFRANC Sandrine, *Politiques du pardon – Amnistie et transitions démocratiques – Une approche comparative*, thèse pour le doctorat de l'Institut d'Etudes Politiques de Paris en sciences politiques, sous la direction du professeur J-M. Donegani, soutenue le 20 décembre 2000, 1er vol., p. 266).*

à l'amnistie dans des systèmes de droit pourtant très différents (B), et enfin, même dans les Etats qui semblent utiliser l'amnistie exclusivement comme une mesure large et collective¹³, il se retrouve une amnistie des dirigeants politiques sous forme de « *pardon* » (C).

A. Le recours à l'amnistie des dirigeants politiques dans des systèmes juridiques pourtant différents

L'existence de la punition et celle de la clémence ont toujours été liées, la première conditionnant la seconde¹⁴. C'est ce qui explique la généralisation de l'amnistie dans des systèmes juridiques pourtant différents (1). En outre, la clémence envers les dirigeants politiques apparaissant dans un grand nombre d'Etats comme une contrepartie logique à leur responsabilité, les Constitutions ne prohibent pas l'amnistie leur bénéficiant (2).

1. La présence de dispositions relatives à l'amnistie dans la plupart des systèmes juridiques

Il semble acquis en doctrine, que l'amnistie est utilisée – ne serait-ce que ponctuellement – dans la totalité des systèmes de droit. Les divergences entre les auteurs portent seulement sur les Etats dans lesquels on ne rencontre pas cette institution. Par exemple, Jean Pradel considère dans son manuel de droit pénal comparé que l'amnistie existe dans beaucoup d'Etats, exceptés les pays de *common law* et la Scandinavie¹⁵. Quant à Kathleen Dean Moore, elle estime que le

¹³ Nous pensons en particulier à la Russie et aux Etats-Unis.

¹⁴ C'est ce que rappelle le professeur Dean Moore: « *As long as people have been thinking about punishment, they have been thinking about the remission of punishment* » (DEAN MOORE Kathleen, *Pardons, justice, mercy, and the public interest*, New York: Oxford University Press, 1997, p. 15).

¹⁵ « *L'amnistie est très utilisée en Italie, dans les pays d'Europe de l'Est, en Afrique et en Amérique latine. En France, elle est souvent utilisée. Enfin, dans un certain nombre de pays elle est d'un emploi rarissime. C'est le cas de la Suisse où le législateur n'intervient presque jamais et où la doctrine paraît même ignorer l'institution c'est le cas également dans les pays de common law où les ouvrages ne parlent quasiment pas de cette institution et en Scandinavie* ». L'auteur précise, en note, que : « [En Angleterre] elle n'existe même pas du tout. Mais il existe un substitut pour certaines infractions comme celle de détention irrégulière d'arme, la police annonçant qu'elle

Introduction générale

pouvoir de *pardon*¹⁶ se retrouve dans toutes les Constitutions du monde exceptée celle de la Chine¹⁷. Or, il est possible de compléter ou même de contredire les analyses de ces deux auteurs. En effet, concernant l'absence d'amnistie dans les pays de *common law*, nous expliquerons que le terme *pardon* peut parfois désigner une amnistie et qu'il est pratiqué dans la plupart des Etats de *common law*. L'Angleterre représente effectivement une exception à cette application, mais l'affirmation selon laquelle « *en Angleterre [l'amnistie] n'existe pas du tout* » doit être contestée. L'amnistie n'est peut être plus pratiquée, mais elle existe depuis longtemps sous forme de *pardon*, et des normes écrites

la limitent, en particulier lorsqu'elle s'applique à l'*impeachment* des dirigeants politiques¹⁸. De même, en ce qui concerne la République populaire de Chine¹⁹, l'article 67-17 de la Constitution

ne poursuivra pas si les détenteurs d'armes les restituent spontanément dans les délais » (PRADEL Jean, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 1995, 721 pages).

¹⁶ Nous expliquerons plus loin en quoi ce terme anglophone de *pardon* peut désigner une amnistie. Voir : *infra*, pp. 35 à 45.

¹⁷ « *Pardoning is a practice common to all cultures and all periods of history. With the exception of China's, all the Constitutions in the world provide for a pardoning power* » (DEAN MOORE Kathleen, *Pardons, justice...*, *op. cit.*, p. 7).

¹⁸ Le *pardon* était par exemple prévu dans les lois du roi Ine du Wessex, entre 688 et 725. La section six disposait que pour toute personne ayant commis le crime (dont la sanction était la mort) de se battre dans la maison du roi, le souverain pouvait décider de lui laisser la vie sauve. Toutefois, l'idée que le pouvoir de clémence appartienne au roi aurait été importée de Normandie, par Guillaume le Conquérant. Mais, pendant des siècles ce pouvoir sera concurrencé par celui des prêtres et des lords. Ce n'est qu'en 1535 que le Parlement rendit exclusif le pouvoir royal de *pardon* avant de le limiter successivement par l'*Habeas Corpus Act* de 1679, par le *Bill of Rights* de 1689 puis par l'*Act of Settlement* de 1701. Enfin, en 1721, le Parlement s'octroya le pouvoir de *pardon* (Voir : GRUPP Stanley, « Some historical aspects of the pardon in England », *American journal of legal history*, n° 7, 1963, pp. 51 à 63).

¹⁹ Comme d'ailleurs la République de Taiwan... L'article 63 de la Constitution de la République nationaliste dispose que : « *Le Yuan législatif a le pouvoir de voter tout projet concernant les lois, l'estimation du budget,*

du 4 décembre 1982 octroie à l'Assemblée populaire nationale²⁰ le pouvoir d'adopter des clémences spéciales²¹. Ces clémences spéciales peuvent prendre la forme d'une grâce mais également d'une amnistie. Le dernier empereur de Chine, connu en Europe sous le nom de *Pu Yi*, a d'ailleurs bénéficié d'une telle mesure en 1959 en tant que « criminel de guerre de l'Etat mandchou et du Guomindang »²². Toutefois, l'étude de l'amnistie des dirigeants politiques en Chine semble difficile en raison de l'absence de règles de responsabilité spécifiques²³, et du fait de l'importance de la rééducation dans le système pénal chinois²⁴.

Lorsque Kathleen Dean Moore évoque la présence dans toutes les Constitutions de mesures de clémence, qu'elle désigne en anglais sous le terme général de *pardon*, elle ne peut être contredite si elle fait allusion à la grâce²⁵. Mais pour ce qui concerne l'amnistie, la possibilité de son adoption n'est pas toujours prévue par leur Constitution. Comme a pu le relever Alain Trabuc, lorsque des amnisties sont adoptées sans que la loi constitutionnelle prévoit

l'état de siège, les amnisties, les déclarations de guerre, les négociations de paix, les traités et toute autre affaire importante de l'Etat ».

²⁰ En théorie c'est « l'organe suprême du pouvoir d'Etat », et elle dispose des pouvoirs législatif et constituant. En réalité, elle ne sert qu'à ratifier les décisions prises par le Comité permanent. Voir ARDANT Philippe, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, manuel, 7^{ème} édition, Paris : LGDJ, p. 358.

²¹ Traduction du chinois effectuée par l'auteure de cette thèse. La traduction anglaise semble être « *special pardons* », si l'on en croit la version de la Constitution chinoise disponible en anglais sur le site http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/ch00000_html.

²² Traduction de l'auteure de cette thèse.

²³ Nommés par cooptation, les dirigeants sont souvent démis de leurs fonctions pour protéger leurs supérieurs, donnant ainsi l'illusion de l'existence d'une responsabilité politique.

²⁴ Les dirigeants politiques peuvent être « rééduqués » c'est à dire enfermés dans des camps de travail, parfois sans véritable procès. Ils sont ensuite susceptibles de bénéficier d'une « amnistie spéciale ». La spécificité de ce système juridique chinois le rend difficile à inclure dans une étude générale.

²⁵ D'autant plus que les Constitutions des Etats fédérés sont également susceptibles de contenir de telles dispositions. C'est le cas des Constitutions de quarante-huit des cinquante et un Etats américains toujours d'après Kathleen Dean Moore (DEAN MOORE Kathleen, *Pardons, justice...*, *op. cit.*, p. 6).

Introduction générale

expressément cette possibilité, cela pose alors tout de même des problèmes de droit constitutionnel dans la mesure où l'amnistie porte atteinte à la séparation des pouvoirs²⁶, et dès lors que les Cours constitutionnelle ou suprême devront se prononcer sur leur validité. Le droit comparé permet d'envisager la grande diversité de situations dans lesquelles sont adoptées ces amnisties, mais également d'en tirer des conclusions pour le droit français. Pour prendre l'exemple du seul continent européen, on retrouve des amnisties adoptées de manière régulière dans un objectif de politique pénale²⁷ ou de politique générale²⁸, des amnisties adoptées de manière rare et uniquement dans certains domaines²⁹, des amnisties ponctuelles dans un souci de réconciliation nationale³⁰, des amnisties qui semblent être tombées en désuétude³¹ et des parlementaires accusés d'adopter des lois d'amnistie déguisées³². La différence entre ces situations ne concerne pas seulement les lois d'amnistie adoptées, mais aussi la conception du pouvoir d'amnistie en général, en particulier de l'organe qui doit le contrôler. La comparaison entre les Etats-Unis et la Russie le démontre. Dans le premier Etat, le pouvoir de clémence est maîtrisé par le président, alors que dans le second, il y a une véritable concurrence entre le

²⁶ TRABUC Alain, *L'amnistie en droit constitutionnel français et comparé*, Mémoire pour le D.E.A. de droit public sous la direction du professeur T. S. Renoux, Faculté de droit d'Aix en Provence, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1995, p. 13.

²⁷ Les parlementaires russes adoptent par exemple régulièrement des amnisties avec pour objectif de « vider les prisons ».

²⁸ Certains classeraient les amnisties qui suivent chaque élection présidentielle en France dans cette catégorie.

²⁹ C'est le cas de l'amnistie fiscale en Italie.

³⁰ De multiples lois d'amnistie ont été adoptées après l'épuration qui a suivi la deuxième guerre mondiale. Plus récemment, le Parlement macédonien a voté une telle loi afin d'apaiser les maux de la guerre de Yougoslavie.

³¹ Ce serait le cas du Royaume-Uni.

³² Comme, par exemple, en Italie. Nous expliquerons qu'en France, les parlementaires ont été accusés de vouloir adopter une « amnistie déguisée » grâce à la modification des règles de prescription de l'abus de bien social (voir, *infra* : pp. 351 à 354).

pouvoir amnistiant du Parlement et celui du président qui l'exerce sous la forme d'un *pardon* aux effets similaires³³.

Or, l'amnistie des dirigeants politiques est une catégorie de droit aisément identifiable, même lorsque les dirigeants concernés sont amnistiés au même titre que d'autres citoyens³⁴, ou que les infractions en cause sont des infractions de droit commun³⁵.

Toutefois, aucune Constitution ne prohibe explicitement cette catégorie d'amnistie³⁶.

2. L'absence de dispositions prohibant l'amnistie des dirigeants politiques dans les Constitutions

L'amnistie est habituellement définie comme un acte du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif annulant les conséquences pénales de certains actes. C'est donc un instrument, le plus

³³ Nous verrons les raisons et les conséquences de cette différence entre les Etats-Unis et la Russie. Voir, *infra* : pp. 195-196. Voir, aussi: BAUMGARTNER Jody C., MORRIS Mark H., « Presidential Power Unbound: A Comparative Look at Presidential Pardon Power », *Politics and Policy*, volume 29, n° 2, juin 2001, p. 227.

³⁴ L'amnistie des dirigeants politiques pourra se faire par un acte d'amnistie générale qui s'applique également à d'autres catégories de citoyens, ou par un acte spécifique.

³⁵ Stéphane Gacon explique ce phénomène par « *l'arsenal juridique [qui] est toujours imparfait pour lutter contre les opposants politiques. Il est rarement possible d'exclure un groupe politique tout entier pour motif de nuisance ou parce qu'il représente un danger potentiel pour le régime. (...) Par le fait, la répression politique prend souvent l'aspect d'une répression pour infractions de droit commun. Ce n'est donc pas un hasard si l'argument du droit commun a si souvent été utilisé pour réclamer l'amnistie* » (GACON Stéphane, thèse, *op. cit.*, p. 354).

³⁶ Paradoxalement, seule la grâce peut être limitée concernant les dirigeants politiques. Par exemple, l'article 146 de la Constitution de la République d'Haïti de 1987 dispose que: « *Le président de la République a le droit de grâce et de commutation de peine relativement à toute condamnation passée en force de chose jugée à l'exception des condamnations prononcées par la Haute Cour de justice ainsi qu'il est prévu par la présente Constitution* ».

Introduction générale

souvent constitutionnel, d'intervention dans la fonction judiciaire à la disposition des autres pouvoirs. Dès lors que des règles de valeur constitutionnelle ne le prohibent pas, les pouvoirs législatif et exécutif peuvent ainsi annuler les conséquences pénales de leurs propres fautes, qu'elles soient liées à leurs fonctions – ce qui pourra faire l'objet d'une amnistie qui leur est propre – ou étrangères à leurs fonctions, généralement en bénéficiant d'une amnistie au même titre que d'autres citoyens. C'est donc parce qu'ils la contrôlent qu'il est intéressant d'étudier l'amnistie des dirigeants politiques et non pas celle de tous les dirigeants publics³⁷, tels que les dirigeants économiques et les chefs d'administration, par exemple. Même si elle ne représente pas une qualification juridique mais le regroupement de plusieurs d'entre elles, la qualification de « dirigeant politique » est d'autant plus appropriée à l'étude de notre sujet,

qu'elle est utilisée par des juridictions³⁸. Elle inclut les titulaires du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif au moment de l'entrée en vigueur de l'amnistie, ou juste avant cette entrée en

³⁷ Qui sont aussi parfois désignés par les non-juristes comme les « décideurs publics ».

³⁸ Par exemple, en France, le Conseil d'Etat a employé cette qualification dans un arrêt du 7 février 1990 : « *Considérant qu'il résulte de l'instruction que, la veille des opérations électorales, ont été distribués des tracts, dont l'un (...) se présentant comme la reproduction d'un télégramme signé d'un dirigeant politique national enjoignait au même candidat de renoncer à sa candidature...* » (CE, sect., 7 février 1990, n° 109393, publié aux tables du recueil Lebon, disponible sur <http://www.legifrance.gouv.fr>). Elle est également usitée régulièrement par les juridictions judiciaires (voir : cass., crim., 12 septembre 2000, n° 98-88203, Inédit, disponible sur <http://www.legifrance.gouv.fr>; Cass., crim., 7 février 2001, n° 00-82710, inédit titré, *Ibid* ; Cour d'appel de Paris, 11 février 2000, *Bulletin criminel* 2001, n° 210, p. 674). De même la CEDH a considéré en 1986 dans l'arrêt

vigueur, que la dévolution de ces pouvoirs soit faite de manière démocratique ou non. S'ils respectent ce critère, des officiers militaires pourront donc être qualifiés de dirigeants politiques, le plus souvent parce qu'ils ont été membres d'une junte. De même, des dirigeants des partis politiques peuvent être pris en compte dans la mesure où ils ont des fonctions les conduisant à déterminer les grandes orientations de la vie de leur Etat. En revanche, en Afrique du Sud, les trente-sept leaders de l'ANC ayant collectivement demandé le bénéfice de l'amnistie auprès de la commission vérité et réconciliation ne peuvent être pris en compte qu'individuellement, leurs fonctions dans l'organe dirigeant de ce parti ne suffisant pas à les qualifier de « dirigeants politiques³⁹ ». Même s'il y a des interférences entre ces termes, la qualification de « dirigeant politique » est donc plus restreinte que celles « d'homme politique » ou de « politicien », qui peuvent désigner parfois de manière péjorative des « professionnels de la politique », pas toujours titulaires d'un mandat politique proprement dit. En revanche, elle peut parfois être assimilée à la notion de gouvernant, même si au sens strict ces derniers sont les membres de gouvernements, et donc chargés de l'exercice du pouvoir exécutif. Les dirigeants politiques s'étant vu octroyer des pouvoirs selon des procédés non démocratiques sont également l'objet de cette étude dans la mesure où ils respectent parfois en apparence des règles constitutionnelles⁴⁰, mais surtout parce qu'ils sont souvent amnistiés en échange du renoncement à leurs fonctions, bénéficiant d'une amnistie au même titre que leurs opposants⁴¹ au nom de la réconciliation nationale, ou bien parce qu'ils s'auto-amnistient avant de quitter le

Lingens que la liberté de la presse représentait « l'un des meilleurs moyens de connaître et juger les idées et attitudes des dirigeants politiques » (CEDH, *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, série A, n° 103, p. 26, § 41).

³⁹ D'ailleurs, lors de l'examen de leur cas, la commission vérité et réconciliation a elle-même considéré qu'elle ne pouvait leur faire bénéficier de l'amnistie qu'individuellement.

⁴⁰ Nous adopterons dans cette thèse une conception moins absolue du dictateur que celle d'Alain Rouquier, d'après lequel : « *La dictature apparaît bien en Amérique latine comme le pouvoir d'un homme que rien n'arrête et qui n'est pas borné dans le temps* » (ROUQUIER Alain, « Dictatures et légitimité dans les Etats de l'Amérique contemporaine », in M. DUVERGER (dir.), *Dictatures et légitimité*, Paris, P.U.F., 1982, p. 405).

⁴¹ Les amnisties réciproques des dirigeants des régimes autoritaires et de leurs anciens opposants donnent souvent lieu à un débat sur l'équivalence des crimes commis par ceux qui avaient à leur disposition les pouvoirs étatiques, et par ceux qui les commettaient dans la clandestinité au nom de la démocratie.

Introduction générale

pouvoir, ce qui oblige à confronter l'acte d'amnistie au nouvel ordre constitutionnel de l'Etat en cause. De manière logique, les dirigeants des Etats ayant connu une transition démocratique qui répondent à ces critères⁴² ont été pris en compte. Le professeur Michael P. Scharf recense les Etats ayant connu la transition d'une dictature à un gouvernement civil élu, ces trente dernières années. Il en dénombre trente dont, par exemple, les onze Etats d'Amérique latine que sont : l'Argentine, la Bolivie, le Brésil, le Chili, l'Equateur, le Honduras, le Nicaragua, le Panama, le Paraguay, le Pérou et l'Uruguay. Dans les deux-tiers des Etats auquel il s'intéresse d'anciens dirigeants politiques ont bénéficié d'une immunité, le plus souvent sous forme d'un acte⁴³ d'amnistie adopté selon des règles constitutionnelles⁴⁴.

Après son étendue et sa spécificité, l'autre argument confirmant que l'amnistie des dirigeants politiques forme une catégorie d'amnistie commune à la plupart des Etats, est que les dirigeants politiques peuvent être exclus expressément ou implicitement des amnisties. Ils le sont parce que l'on considère qu'ils auraient dû empêcher les crimes commis, qu'ils ont participé directement à leur réalisation ou bien qu'ils en constituent les inspireurs⁴⁵. Mais

⁴² Pour une étude générale en science politique sur ce thème, il faut se référer à la thèse de Sandrine Lefranc (LEFRANC Sandrine, *Politiques du pardon – Amnistie et transitions démocratiques – Une approche comparative*, *op. cit.*).

⁴³ Nous reverrons que ce n'était pas forcément une loi. Par exemple, en 1978 l'auto-amnistie de la Junte chilienne a été promulguée sous forme de décret-loi.

⁴⁴ SCHARF Michael P., « Swapping amnesty for peace: was there a duty to prosecute international crimes in Haiti ? », *Texas international law journal*, volume 31, number 1, winter 1996, note 7, p. 2.

⁴⁵ « *Quand des poursuites sont entamées, quelle devrait être l'ampleur du filet tendu par la justice ? On s'accorde de plus en plus à penser, dans les milieux juridiques internationaux que pour les violations les plus odieuses des droits de l'homme et du droit humanitaire international, une amnistie générale est impensable. Le droit international n'exige cependant pas la poursuite en justice de tout individu ayant pris part à des atrocités. La poursuite d'un nombre symbolique ou représentatif de personnes présumées les plus coupables peut satisfaire aux obligations internationales, notamment si un procès excessivement long menace la stabilité du pays. Cette solution a été adoptée en Argentine, en Ethiopie et dans certains pays d'Europe centrale et d'Europe de l'Est (...) Dans plusieurs cas, allant de Nuremberg à l'Ethiopie, des efforts ont été faits, compte tenu du grand nombre de prévenus*

paradoxalement, cette exclusion est davantage pratiquée lorsque les dirigeants politiques sont tenus pour responsables d'infractions de droit commun. Elle l'est encore rarement pour les infractions de droit international. D'après Luc Huyse,

« Pour la période allant de 1982 à 1999, on estime le nombre de conflits armés intérieurs à un peu plus de cent. Seuls 40 % de ces conflits ont donné lieu à des poursuites juridiques pour les crimes commis (soit souvent des cas de génocide) : deux tribunaux internationaux ont été instaurés. On n'a noté que quelques cas de poursuites pénales nationales (Argentine, Ethiopie, Rwanda), la création d'une vingtaine de commissions de la vérité et quelques fois la sanction encourue avait trait à l'interdiction professionnelle. Une vingtaine de pays a décrété une législation d'amnistie (...)»⁴⁶ ».

Des amnisties des dirigeants politiques peuvent donc être adoptées dans des Etats de tradition juridique différente pour des infractions de degrés divers dans des démocraties consolidées ou en transition, en situation de paix ou de conflit. Il serait donc possible de penser qu'elles sont trop disparates pour former une catégorie susceptible d'une même étude. Pourtant, il existe une définition commune de l'amnistie permettant de transcender ces séparations lorsqu'elle s'applique à des dirigeants.

B. L'existence d'une définition de l'amnistie commune dans des systèmes juridiques différents

L'universalité de l'amnistie des dirigeants politiques trouve également sa source dans la manière d'appréhender cette mesure de clémence.

*pour distinguer entre trois degrés de culpabilité et concevoir des solutions différentes pour chacun d'eux. On distingue, en gros, les catégories suivantes : (1) les dirigeants (...) (2) les auteurs des crimes dont la gravité n'atteint pas ceux de la première catégorie ; (3) les auteurs des délits les moins graves » (KRITZ Neil J., « De l'importance des tribunaux pénaux internationaux », in *Démocraties et droits de l'homme*, Revues électroniques de l'USIA, Volume 1, numéro 3, mai 1996, p. 5).*

⁴⁶ « Justice après de graves violations des droits de l'homme, le choix entre l'amnistie, la commission de la vérité, et les poursuites pénales », *Recueil de documents officiels, rapport, et articles*, édité par Luc Huyse et Ellen Van Dael, projet « Justice après transition », Université catholique de Leuven, étude financée par le Vlaamse Inter-universitaire, Janvier 2001, Leuven, Belgique.

L'amnistie est définie de manière très générale dans tous les Etats, quelle que soit leur tradition juridique (1). La valeur infra-constitutionnelle des dispositions conduit à l'adoption fréquente de l'amnistie sous des formes originales, et produit, par conséquent, une certaine confusion, notamment avec la grâce (2).

1. Une conception commune du caractère plus général de l'amnistie par rapport à la grâce

Deux caractéristiques communes à l'amnistie dans tous les systèmes de droit permettent de qualifier cette institution de générale par rapport à l'autre forme de clémence légale qu'est la grâce. La première est qu'elle peut intervenir avant toute condamnation⁴⁷, et non pas une fois la sanction prononcée comme la grâce⁴⁸. La seconde est le fait qu'elle n'est traditionnellement pas individuelle, contrairement à la grâce mais bénéficie à une catégorie d'infractions⁴⁹, de personnes⁵⁰ ou de peines⁵¹. Il est possible de retrouver ces deux caractéristiques dans la plupart des exemples ou des définitions de l'amnistie. Ainsi, le lexique de termes juridiques *Black's Law* définit la conception américaine de l'amnistie (« *the amnesty* ») comme une mesure de clémence adoptée par le gouvernement en faveur d'un groupe ou d'une catégorie de personnes, habituellement pour une infraction politique, ou bien comme un acte du souverain pardonnant

⁴⁷ Par exemple, l'article L.133-9 du Code pénal français dispose que : « *L'amnistie efface les condamnations prononcées. Elle entraîne, sans qu'elle puisse donner lieu à restitution, la remise de toutes les peines. Elle rétablit l'auteur ou le complice de l'infraction dans le bénéfice du sursis qui avait pu lui être accordée lors d'une condamnation antérieure* ».

⁴⁸ D'après l'article 133-8 du NCP français: « *La grâce emporte seulement dispense d'exécuter la peine* ».

⁴⁹ Elle sera alors désignée comme une « amnistie réelle ».

⁵⁰ Qualifiée d'« amnistie personnelle ».

⁵¹ Si l'amnistie est fonction de la peine prononcée, elle sera dite « au quantum » pour la distinguer de l'amnistie s'appliquant en fonction de la nature de la peine.

officiellement certaines catégories de personnes poursuivies mais qui n'ont pas été condamnées⁵².

Toutefois, ce caractère général ne s'applique qu'à l'objet de l'amnistie. Pour le reste, elle est habituellement limitée. Ainsi, elle n'a plus⁵³ pour conséquence l'oubli des faits mais celui de leur dimension pénale⁵⁴. Le rappel des faits ne sera donc généralement pas sanctionné, sauf si la loi en dispose autrement⁵⁵. Des Etats sont allés encore plus loin que la possibilité de rappel des faits puisqu'ils ont organisé parallèlement à l'amnistie, par une loi ou même par la

⁵² Amnesty: « a pardon extended by the government to a group or class or persons, usually for a political offense; the act of a sovereign power officially forgiving certain classes of persons who are subject to trial but have not been convicted (...) Unlike an ordinary pardon, amnesty is usually addressed to crimes against state sovereignty – that is, to political offenses with respect to which forgiveness is deemed more expedient for the public welfare than prosecution and punishment. Amnesty is usually general, addressed to classes or even communities. Also termed general pardon » (BLACK Henry Campbell (auteur), GARNER Bryan A. (éditeur scientifique), « amnesty », *Black's Law Dictionary*, St Paul, Minn.: West Group, 7th Edition, 1999, 1738 p.).

⁵³ D'après Matthieu Conan, « dans sa conception première, l'amnistie était censée effacer jusqu'aux faits eux-mêmes qui étaient réputés alors n'avoir jamais existé » (CONAN Matthieu, *Amnistie présidentielle et tradition*, R.D.P., n° 5, 2001, p. 1308). Selon Jean-Marie GONNARD : « De lege ferenda les solutions vont être très différentes selon qu'il aura été fait appel à l'une ou l'autre de ces conceptions. Mais la tendance générale est de s'en tenir à la seconde [celle « plus conforme à la réalité, qui détruit le caractère pénal des faits mais reconnaît la survie de ces derniers »] » (GONNARD Jean-Marie, « Amnistie », *Jurisclasseur pénal*, articles 133-9 à 133-11, p. 18).

⁵⁴ « L'amnistie est une fiction en vertu de laquelle le législateur tient pour inexistants non pas les faits qui se sont accomplis, mais leur caractère répréhensible » (SALON Serge, SAVIGNAC Jean-Charles, « chronique générale de législation, Amnistie disciplinaire, Loi n° 88-828 du 20 juillet 1988 portant amnistie », *L'actualité Juridique-Droit Administratif*, 20 octobre 1988, p. 596).

⁵⁵ « Juridiquement, l'amnistie signifiera: (...) des faits ont été commis. Ils constituaient des délits. Quiconque y fera référence en tant que délit sera susceptible d'être juridiquement sanctionné. Mais l'amnistie ne peut pas signifier (...): Désormais, il faut considérer que ces faits n'ont pas été commis, sauf pour un texte (par exemple celui qui amnistie) à créer un délit spécifique interdisant d'évoquer les faits » (MILLARD Eric, «Epurations, amnistie, amnésie: un bref éclairage sur le droit », in *Epurations, amnistie, amnésie*, Toulouse : M.I.R.E.H.C., n° 3, 1999, p. 4).

Introduction générale

Constitution, une procédure de recherche des faits, le plus souvent avec la mise en place d'une commission vérité et réconciliation⁵⁶. D'après François Ost,

« Nul n'ignore ce qui s'est passé et qui y a pris part ; le passé n'est pas manipulé et silence n'est PAS⁵⁷ imposé à l'histoire. Il se fait seulement que, pour des raisons supérieures, le pardon est accordé aux responsables, au moins dans certaines conditions⁵⁸ ».

C'est en conséquence de ce maintien du souvenir des faits qu'il est précisé dans l'acte d'amnistie que cette dernière ne préjudicie pas aux droits des tiers⁵⁹. Lorsqu'elle contient une disposition contraire, une indemnisation des victimes est prévue. De même, l'amnistie ne s'applique habituellement que pour les infractions passées⁶⁰. Elle n'entraîne donc pas une modification de la législation pénale relative aux infractions amnistiées, ni une immunité pour l'avenir de la personne amnistiée.

Les caractéristiques qui viennent d'être rappelées permettent en principe de la distinguer de la grâce. En France, comme dans les autres Etats, les études consacrées à l'amnistie ou à la grâce sont donc toujours précédées d'une distinction entre ces deux termes. Le portail français du service public précise que :

⁵⁶ Cela a été le cas sous des formes différentes, au Chili, en Argentine, à Haïti, au Salvador par exemple (Voir : *infra*, pp. 580 et s.).

⁵⁷ Souligné par l'auteur.

⁵⁸ OST François, *Le temps du droit*, éditions Odile Jacob, 1999, pp. 113 à 147.

⁵⁹ «[L'amnistie] ne doit pas en particulier annuler l'obligation de l'Etat d'ouvrir des enquêtes sur les violations des droits de l'homme afin d'établir les faits, d'accorder réparation aux victimes ou à leur famille et de prendre des mesures visant à prévenir la répétition de telles violations » (Rapport de la commission Nationale de Vérité et de Justice (CNVJ) de la République d'Haïti, chapitre II : le mandat et son interprétation).

⁶⁰ Pour ce qui concerne spécifiquement l'amnistie des dirigeants politiques, il sera démontré dans cette thèse que les exceptions à ces principes sont particulièrement nombreuses. Il en est ainsi par exemple, de l'acte amnistiant l'ancien président Richard Nixon aux Etats-Unis.

« L'amnistie est un droit appartenant au pouvoir législatif qui efface les condamnations prononcées ; la grâce est une mesure individuelle ou collective appartenant au seul président de la République qui dispense d'exécuter la peine mais n'efface pas la condamnation⁶¹ ».

Par ailleurs, selon Naghi Tolooei Rahimabadi,

« La grâce par définition désigne ses bénéficiaires nominativement. Accordée par décret du président de la République, elle requiert une condamnation définitive et ne concerne que l'exécution matérielle de la peine ; la condamnation est de ce fait intacte : elle peut compter pour la récidive, la tutelle pénale... L'amnistie, au contraire, attaque la condamnation elle-même, quand elle intervient après celle-ci et l'efface ; elle est générale et ne désigne pas nommément ses bénéficiaires ; elle est l'œuvre du législateur⁶² ».

Cette distinction paraît d'autant plus simple au sein du système français qu'un nouveau critère s'ajoute : celui de la détention du pouvoir de grâce par le président de la République et de celui de l'amnistie par le Parlement. La grâce est individuelle, beaucoup plus limitée que l'amnistie⁶³ et a des effets moindres, puisqu'elle dispense seulement de l'exécution de la peine mais laisse intacte la condamnation prononcée. Cependant, au fur et à mesure que l'analyse s'approfondit, la confusion peut s'installer en raison des exceptions à ces caractéristiques⁶⁴ et conduire les

⁶¹ <http://www.service-public.fr>

⁶² TOLOOEI RAHIMABADI Naghi, *Les effets de l'amnistie en droit comparé*, thèse pour le doctorat d'Etat soutenue en mars 1979, sous la direction du professeur Bouloc, Université de droit d'Economie et de sciences sociales de Paris II, p. 169.

⁶³ Elle ne porte normalement que sur des peines privatives de liberté et des peines pécuniaires, ainsi que sur la peine de mort. La grâce ne peut en principe être demandée pour les contraventions (*Ibid*).

⁶⁴ Par exemple, nous venons de souligner qu'en France l'amnistie était caractérisée par sa faculté de s'attaquer à la condamnation mais aussi à la sanction. Or, comme le fait remarquer Monsieur Battestini, dans la préface de l'ouvrage de Jean Copper-Royer, la loi d'amnistie du 6 août 1953 dans l'alinéa 2 de l'article 27, « *contrairement au principe traditionnellement admis que l'amnistie efface le caractère pénal du fait et, par suite, éteint l'action publique ou efface la condamnation prononcée, subordonne l'admission au bénéfice de l'amnistie, en cas de condamnation à l'amende, au paiement préalable de celle-ci* » (BATTESTINI N., « préface », in COPPER-ROYER Jean, *L'amnistie, loi du 6 août 1953*, *op. cit.*, p. 6). Ce type de restriction du champ de l'amnistie va

auteurs à éviter les difficultés ou à les simplifier. Cette constatation se retrouve jusque dans les études, pourtant nombreuses⁶⁵, de l'histoire de l'amnistie. Les nombreuses mesures de clémence de l'antiquité⁶⁶ sont présentées, indifféremment, comme l'équivalent en droit moderne de mesures de grâce ou d'amnistie. La même confusion peut régner concernant

devenir de plus en plus fréquent en France mais aussi dans les autres Etats connaissant la même définition de cette mesure de clémence. Cela va conduire à une certaine confusion avec la grâce.

⁶⁵ Par exemple, on a déjà expliqué les dissensions qui règnent parmi les historiens pour déterminer quelle est la première amnistie de tous les temps.

⁶⁶ En Grèce, il existait l'*amnistia*, qui se traduit, pour reprendre les termes de la loi d'oubli de Thrasybule, comme « l'oubli absolu des dissensions et la grâce des vaincus » et l'*eptimoi* qui consistait essentiellement en une remise totale des condamnations. Ces deux mesures pouvaient être générales ou individuelles et avaient dans tous les cas comme conséquence de rétablir les condamnés dans leurs situations antérieures. Par ailleurs, il existait également des mesures individuelles (rappel d'exil ou de bannissement). A Rome, les lois d'oubli intervenaient à la suite d'un événement important : guerre, ou tentative de coup d'Etat. Il y avait également trois formes d'*abolitio* (abolition) : premièrement, l'*abolitio publica* ou *generalis* (publique ou générale) qui intervenait entre les poursuites et la condamnation, qui était adoptée dans le cadre de fêtes religieuses, et d'après Jean Copper-Royer qui était la mesure qui se rapprochait le plus de l'amnistie moderne en raison de son caractère général. Deuxièmement et troisièmement l'*abolitio privata* (l'abolition privée) et l'*abolitio ex lege* étaient accordées par le juge, aux accusateurs calomnieux. L'*intercessio* était une mesure individuelle accordée par les tribuns avant ou après la condamnation. Enfin, des mesures dispensaient le condamné d'effectuer sa peine : la *restitutio in integrum* et l'*indulgentia* sous l'Empire. La différence entre ces deux mesures est que la première pouvait rétablir le condamné dans sa situation antérieure, sauf disposition contraire expresse (ROCHE-DAHAN, *L'amnistie en droit français*, *op. cit.*, pp. 12 à 17 ; COPPER-ROYER Jean, *L'amnistie, loi du 6 août 1953*, *op. cit.*, pp. 9 et s). Les thèses postérieures se réfèrent toutes aux travaux de Janick Roche-Dahan, y compris, paradoxalement, les thèses d'histoire. Pour une étude plus précise: DORJAHN Alfred P., *Political forgiveness in old Athens, the Amnesty of 403 B.C.*, *op. cit.* ; FOVIAUX Jacques, *La rémission des peines et des condamnations : droit monarchique et droit moderne*, 1970, P.U.F., travaux et recherches de la faculté de droit et des sciences économiques de Paris, sciences criminelles, n° 2, 191 p. ; FOVIAUX Jacques, *Aspects historiques de la rémission des peines et des condamnations*, mémoire de DES, sous la direction du professeur R. Vouin, Session d'octobre 1967, Université de Paris, 210 p.

l'histoire européenne jusqu'à l'apparition de la démocratie : les souverains avaient à leur disposition des mesures de clémence variées,

parfois concurrencées par les juges et l'équivalent du Parlement⁶⁷. Les raisons pourraient être que :

« Pour les périodes anciennes, aucun terme précis ne vient caractériser une mesure de clémence⁶⁸ »,

et que :

« Pour les périodes les plus récentes la terminologie semble assez flottante ; on rencontre dans la littérature romaine le terme *amnestia* utilisé dans les hypothèses de grâce⁶⁹ ».

Pourtant la véritable justification de ces confusions nous semble être la difficulté de distinction entre la grâce et l'amnistie en droit moderne. Les historiens, manquant de repères actuels certains, ne peuvent les appliquer aux périodes passées. Ce manque de repères est renforcé par l'apparition de techniques hybrides, parmi lesquelles la rémission qui est historique, mais aussi la grâce amnistiante⁷⁰ ou l'admission au bénéfice de l'amnistie par décret, qui sont plus

⁶⁷ Selon Naghi Tolooei Rahimabadi qui cite plusieurs références : « *Pendant des siècles (...) on n'a pas perçu la distinction entre [la grâce et l'amnistie], voisines certes, mais distinctes. Les anciens criminalistes faisant entrer l'amnistie dans le droit de grâce* » (TOLOOEI RAHIMABADI Naghi, *Les effets de l'amnistie en droit comparé, op. cit.*).

⁶⁸ FOVIAUX Jacques, *La rémission des peines et des condamnations : droit monarchique et droit moderne, op. cit.*, p. 15.

⁶⁹ TOLOOEI RAHIMABADI Naghi, *Les effets de l'amnistie en droit comparé, op. cit.*

⁷⁰ Par exemple, l'amnistie royale par décret de 1945 en Italie (Voir : FORO Philippe, « L'épuration en Italie après la chute du fascisme », in *Epurations, amnistie, amnésie*, M.I.R.E.H.C., Toulouse, n° 3, 1999, p. 16).

récentes. D'après Jacques Foviaux, la rémission sous le gouvernement de Vichy, « sert à désigner une mesure à mi-chemin entre la grâce et l'amnistie ». Elle prévoyait

« La remise, soit de l'ensemble soit d'une partie des incapacités, des déchéances et des autres conséquences de la condamnation sans toutefois effacer la trace de celle-ci. Elle se distinguait donc de la grâce par son objet, de l'amnistie, par l'étendue plus restreinte de ses effets, notamment elle n'entraînait pas la destruction du B1⁷¹ ».

D'autres estimeront que la rémission était l'équivalent de la grâce actuelle dans la mesure où seule la sanction en était l'objet et que la condamnation subsistait.

De même, certains auteurs ne perçoivent pas bien la distinction entre « l'admission par décret au bénéfice de l'amnistie », « l'amnistie par mesure individuelle » et la « grâce amnistiante », qui ont toutes pour objectif la personnalisation de la clémence. C'est le cas par exemple de Stéphane Gacon :

« L'amnistie individuelle accordée par décret ou « grâce amnistiante », permet au pouvoir exécutif, en particulier au président de la République, d'accorder l'amnistie aux condamnés non concernés par les mesures d'amnistie réelle ou d'amnistie personnelle. Elle permet de moduler la clémence et d'exclure de l'amnistie de droit les personnes coupables des crimes les plus graves, en laissant le règlement de leur sort à la discrétion du pouvoir exécutif. L'argument généralement utilisé pour accorder une telle amnistie est que le gouvernement est le meilleur juge, disposant des dossiers de condamnés qui pourraient être une menace pour l'Etat ou la sécurité publique⁷² ».

Pourtant, même si la distinction entre la grâce amnistiante et l'admission au bénéfice de l'amnistie par décret est historique en France depuis l'adoption de la Constitution de 1958, elle devrait être prise en compte.

« A côté de l'amnistie classique, à caractère réel, on vit apparaître l'amnistie à caractère personnel (...). Pour apporter plus de nuances à l'application de la loi, le législateur a prévu pour la première fois une amnistie individuelle : le bénéficiaire doit alors non seulement remplir les conditions légales mais aussi être jugé digne de

⁷¹ FOVIAUX Jacques, *Aspects historiques de la rémission des peines et des condamnations*, op. cit., p. 8. Le B1 (bulletin n° 1) désigne le relevé intégral des fiches composant le casier judiciaire.

⁷² GACON Stéphane, *De la Commune à la guerre d'Algérie*, op. cit., p. 39.

l'amnistie après examen de sa situation personnelle. Pour parvenir à ce résultat, le législateur a tout d'abord confié ce rôle de discrimination au président de la République détenteur du droit de grâce. Ce fut l'origine de la grâce amnistiante, c'est à dire la grâce – accordée par le président de la République – à laquelle la loi attache les effets de l'amnistie. Si la technique est toujours utilisée, la réforme des institutions n'a pas été sans influence. En effet, jusqu'en 1946, le chef de l'Etat était aussi chef de l'exécutif : il signait les décrets de grâce en sa qualité de détenteur du droit de grâce, et il signait aussi les décrets pris en exécution des lois en sa qualité de chef du pouvoir exécutif. C'est cette conception qui a permis de glisser insensiblement de la grâce amnistiante, selon la formule originelle, à l'amnistie individuelle selon la conception actuelle. Le décret n'accorde plus la grâce (...) mais directement et explicitement l'amnistie en application d'une loi d'amnistie. L'expression « grâce amnistiante » subsista cependant bien qu'elle fut devenue impropre. C'est en 1933 qu'apparut l'expression « amnistie par décret »⁷³.

Le terme d'« amnistie par mesure individuelle » pourrait en revanche regrouper ces deux termes⁷⁴, mais il met alors en exergue la personnalisation croissante de l'amnistie qui rend caduc son caractère collectif et donc l'un des critères de distinction avec la grâce.

2. Une même incertitude quant aux contours de l'amnistie pouvant conduire à une confusion avec la grâce :

Ironiquement, Jean Larguier faisait remarquer que :

« La seule constance de notre droit actuel de l'amnistie est peut-être l'absence de principe vraiment général mis à part celui-ci, précisément, qui veut qu'il n'y ait pas de principe⁷⁵ ».

⁷³ FOVIAUX Jacques, *Aspects historiques de la rémission des peines et des condamnations*, pp. 32-33.

⁷⁴ D'après le sénateur français Lanier : « *L'amnistie par mesure individuelle consiste à confier au président de la République le soin d'octroyer le pardon de la société à certaines personnes répondant à des critères fixés par la loi* » (LANIER Lucien, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence portant amnistie*, n° 358, Sénat, session extraordinaire de 2001-2002, p. 11).

⁷⁵ LARGUIER Jean, *note sous cass. civ., 7 mars 1958, J.C.P., 1958, II.10613, III* (Cité par Naghi TOLOOEI RAHIMABADI, *Les effets de l'amnistie en droit comparé, op. cit.*, p. 138).

Introduction générale

Il a été expliqué que le plus souvent les Constitutions répartissent les pouvoirs de grâce et d'amnistie. Toutefois, elles n'apportent généralement⁷⁶ pas de précisions sur les limites, les conditions ou l'objet de l'amnistie⁷⁷. En France, le régime juridique de l'amnistie est législatif. Il est déterminé par l'article 34 de la Constitution en vertu duquel « *la loi fixe les règles concernant (...) l'amnistie* », ce qui se traduit par trois articles du nouveau Code pénal : les articles 133-9⁷⁸, 133-10⁷⁹, et 133-11⁸⁰. De ce fait, les lois d'amnistie adoptées par le Parlement

⁷⁶ Nous expliquerons que les dispositions constitutionnelles qui font exception à cette règle générale et contiennent des dispositions plus précises contiennent souvent des restrictions à l'amnistie des dirigeants politiques. Certaines mettent en place des limites de fond. Ainsi, selon l'article 147 de la Constitution de la République d'Haïti de 1987 : « [le président] *ne peut accorder d'amnistie qu'en matière politique et selon les prescriptions de la loi* ». De même, en vertu de l'article 38 de la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg du 17 octobre 1868 : « *Le Grand-Duc a le droit de remettre ou de réduire les peines prononcées par les juges, sauf ce qui est statué relativement aux membres du gouvernement* ». D'autres contiennent des limites procédurales. Par exemple, l'article 79 de la Constitution de la République italienne du 27 décembre 1947 dispose que : « *L'amnistie et l'indulto sont accordées par une loi adoptée à la majorité des deux tiers des membres de chaque Chambre, pour chacun de ses articles et pour le vote final.*

La loi qui accorde l'amnistie ou la remise de peine fixe le délai pour leur application.

Dans tous les cas, l'amnistie et la remise de peine ne peuvent s'appliquer aux infractions commises après la présentation du projet de loi ».

⁷⁷ Par exemple, parmi les Etats qui nous serviront de référence dans cette thèse, au Cambodge, l'article 90 de la Constitution du 24 septembre 1993, alinéa 4 dispose que « *L'Assemblée nationale vote la loi d'amnistie* ». En Russie, c'est l'article 103 de la Constitution de la fédération qui énonce que « *Relèvent de la compétence de la Douma d'Etat : (...) f) la proclamation de l'amnistie* ».

⁷⁸ « *L'amnistie efface les condamnations prononcées. Elle entraîne, sans qu'elle puisse donner lieu à restitution, la remise de toutes les peines. Elle rétablit l'auteur ou le complice de l'infraction dans le bénéfice du sursis qui avait pu lui être accordé lors d'une condamnation antérieure* ».

⁷⁹ « *L'amnistie ne préjudicie pas aux droits des tiers* ».

⁸⁰ « *Il est interdit à toute personne qui, dans l'exercice de ses fonctions, a connaissance de condamnations pénales, de sanctions disciplinaires ou professionnelles ou d'interdictions, déchéances et incapacités effacées par l'amnistie d'en rappeler l'existence sous quelque forme que ce soit ou d'en laisser subsister la mention dans un*

ont même valeur que les dispositions du Code pénal relatives à l'amnistie. Ces dernières ne fournissent qu'un cadre, et sont donc susceptibles d'être modifiées par toute loi d'amnistie⁸¹. Il en est ainsi dans tous les Etats étudiés⁸². C'est la raison pour laquelle le régime juridique de l'amnistie évolue souvent de manière non linéaire, s'élargissant puis se restreignant. L'exemple de la Russie est significatif. Dans cet Etat, la pratique de l'amnistie a été généralisée comme mode de régulation du taux de remplissage des prisons⁸³, au point d'intervenir régulièrement. Mais, elle a également été limitée dans ses effets aux personnes en probation ou en libération conditionnelle⁸⁴. Elle s'est donc à la fois généralisée et restreinte, ce qui rend ses contours assez incertains pour les commentateurs⁸⁵, d'autant plus que le pouvoir d'amnistie est désormais

document quelconque. Toutefois, les minutes des jugements, arrêts et décisions échappent à cette interdiction. n outre, l'amnistie ne met pas obstacle à l'exécution de la publication ordonnée à titre de réparation ».

⁸¹ Ceci est confirmé par une circulaire du 14 mai 1993: « *La Section 3 inscrit dans le code pénal, à titre permanent, des dispositions qui figurent actuellement sous des formes parfois évolutives, dans chaque loi d'amnistie. Il ne sera donc plus nécessaire de reproduire ces règles dans les futures lois d'amnistie, sauf si le législateur souhaite y déroger* » (Circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces (crim. 93 9/FI, 14 mai 1993) présentant le commentaire des dispositions de la partie législative du nouveau Code pénal (livres I à V) et des dispositions de la loi du 16 décembre 1992 relative à son entrée en vigueur, non publiée au J.O., disponible in GONNARD Jean-Marie, « Amnistie », textes, *Jurisclasseur pénal, op. cit.*, pp. 1-2).

⁸² Il est possible de citer l'exemple de l'Argentine dont la Constitution de 1994 précise dans son article 75-20 : « *Il revient au Congrès : (...) 17. (...) d'accorder des amnisties générales* ». Les dispositions de valeur législative précisant le régime de l'amnistie se retrouvent à l'article 61 du Code pénal : « *L'amnistie éteindra l'action pénale et effacera la condamnation ainsi que tous ses effets, à l'exception des dommages et intérêts dus à des particuliers* ».

⁸³ Ainsi, en 1997, sur 295 412 personnes libérées, 15 219 l'ont été suite à une amnistie, et en 1999, sur 282 313 prisonniers, 20 255 ont été libérés par amnistie. Source : *Ouslovnodosrotchnoe osvobojdenie v Rossii – mekhanizm sokratchenia tchislennosti naselenia v mestakh lichenia svobody ?* (La libération conditionnelle anticipée en Russie – un mécanisme de réduction de la population carcérale ?), Moscou. (Voir : FARAVEL-GARRIGUES Gilles, *Priorités et limites de la politique pénitentiaire en Russie*, juillet 2002, Paris, annexes, tableau n° 2, disponible sur : <http://www.ceri-sciences-po.org/publica/critique/criti.htm>)

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ D'après Todd Foglesong: « *Most amnesties do not reach their targets. The prosecution service (procuracy), which is responsible for final decisions in individual cases, often finds reasons not to release prisoners. And there*

conurrencé par le pouvoir de clémence du président qui lui donne des effets très similaires à l'amnistie⁸⁶.

Généralement, la conséquence de ces évolutions est que seul le critère concernant l'effacement de la condamnation est retenu pour distinguer l'amnistie de la grâce⁸⁷. En effet, en premier lieu, depuis l'apparition de la grâce collective ou accordée à l'occasion d'un

événement important⁸⁸ et de l'amnistie individuelle, le caractère général de cette dernière n'est plus significatif⁸⁹. En second lieu, le critère formel de distinction entre ces deux formes de

*are commodious provisions for deciding to exempt prisoners from the amnesty based on the assessments of their comportment while in custody. In addition, being « amnisted » does not necessarily mean being released from prison. In Russia, amnesties apply to persons sentenced to any form of punishment – incarceration, fines, or probation. It is often people in the later categories that are « amnisted ». For example, in Stavropol, between December 1, 2001, and February 1, 2002, a total of 911 prisoners were « amnisted », but only 171 (19 percent) were released from custody; 740 simply had their remaining period of probation reduced » (FOGLESONG Todd, *Pardons and amnesties in Russia, Clarifying the differences*, Vera Institute of Justice, May 2002, p. 6).*

⁸⁶ Voir, *infra* : pp. 158 et s., en particulier l'exemple de l'immunité accordée par le président Poutine à son prédécesseur Boris Eltsine.

⁸⁷ Par exemple, Jean-Marie Gonnard considère que : « *L'institution elle-même a considérablement évolué dans sa forme, dans son but et dans ses conséquences (...). Dans ses conséquences, elle n'est désormais plus qu'un effacement du caractère pénal du fait. Elle a perdu en partie son caractère de rétroactivité* » (GONNARD Jean-Marie, « Amnistie, théorie générale », *Juris-Classeur, droit pénal*, articles 133-9 à 133-11, p. 18).

⁸⁸ En France, d'après Bruno Lavielle et Christian Lecointre : « *La grâce peut présenter un caractère collectif, lorsqu'elle a pour finalité de s'appliquer en même temps à de nombreux condamnés non nommément désignés (...). Depuis 1991, un décret de grâces collectives est ainsi intervenu chaque année au début du mois de juillet, prétexte généralement pris de la fête nationale, d'où l'appellation commune de « décrets de grâce du 14 juillet »* » (LAVIELLE Bruno, LECOINTRE Christian, « De grâce, Monsieur le président..., remarques critiques sur la pratique des décrets de grâces collectives », *Gazette du Palais*, 117(5), septembre-octobre 1977, p. 1423).

⁸⁹ Avec l'individualisation de l'amnistie la distinction suivante faite par Stéphane Gacon n'est plus valable : « *De [la période révolutionnaire] date la distinction claire entre grâce et amnistie, l'une étant une mesure de pardon*

clémence, en fonction de l'autorité titulaire de chacun de ces pouvoirs, n'est pas davantage une certitude. Par exemple, en Amérique latine⁹⁰, il faut distinguer les grâces générales⁹¹, les amnisties générales⁹² et les amnisties⁹³ accordées par la loi, des grâces particulières⁹⁴ qui sont octroyées par le président en conformité avec les conditions préalablement définies par la loi⁹⁵, et des grâces⁹⁶. Ce nombre important de catégories de mesures de clémence obscurcit davantage encore la distinction entre la grâce et l'amnistie, d'autant plus lorsque le législateur n'utilise pas les possibilités qui lui sont offertes par la Constitution pour contrôler le pouvoir de grâce de l'exécutif. Ainsi, au Chili, la Constitution distingue les grâces générales des amnisties alors qu'elles sont soumises à la même procédure. L'un des principaux objectifs de cette différenciation est de limiter les possibilités d'auto-amnistie des dirigeants politiques en empêchant l'exécutif d'adopter des grâces collectives et en limitant fortement son pouvoir de

individuel et l'autre une mesure collective d'oubli dictée par des motifs politiques » (GACON Stéphane, *L'amnistie de la Commune à la guerre d'Algérie*, *op. cit.*, p. 29).

⁹⁰ « *Les compétences respectives de l'autorité législative, sous la forme, dans le cône sud latino-américain, des deux Chambres parlementaires réunies, et de l'autorité exécutive représentée par le président, sont clairement délimitées par la Constitution : au Parlement [L'Asamblea General que Sandrine Lefranc traduit par « Assemblée générale » correspond en réalité selon les Etats, à la Chambre des députés ou à la Chambre des représentants], l'octroi d'amnisties générales [et de grâces générales au Chili selon l'article 60, alinéa 16 de la Constitution chilienne de 1980] (...). Au président, le droit d'octroyer des grâces « particulières » ou individuelles. Seule la Constitution uruguayenne brouille cette répartition des compétences en conférant ces deux facultés au seul organe législatif, le Code pénal mentionnant des «grâces » (gracias) autorisées par la Haute Cour de justice* » (LEFRANC Sandrine, *Politiques du pardon...*, *op. cit.*, p. 258).

⁹¹ *Indultos generales*, que l'on pourrait aussi traduire par « grâce collective ». En Uruguay, la Chambre des députés octroie des simples *indultos*.

⁹² *Amnistias generales*, que l'on pourrait aussi traduire par « amnistie collective ». Elles sont octroyées par le Congrès en Argentine.

⁹³ *Amnistias*.

⁹⁴ *Indultos particulares*, que l'on pourrait aussi traduire par « grâce individuelle ».

⁹⁵ Article 60-16 de la Constitution Chilienne de 1980.

⁹⁶ *Gracias* (article 109 du Code pénal d'Uruguay).

grâce individuelle⁹⁷. Néanmoins, malgré cette différenciation, et parce que la Constitution ne contient pas d'éléments de distinction entre ces deux termes, le législateur pourrait adopter indifféremment une amnistie ou une grâce générale pour effacer la condamnation ou la seule sanction⁹⁸. En revanche, le président de la République est limité dans l'exercice de son droit de grâce, par la Constitution aux grâces individuelles, et par la loi aux clémences après condamnation. En conclusion sur cet exemple, le critère commun à l'Amérique latine et aux autres Etats, n'est pas celui du titulaire de la prérogative amnistiante, mais celui qui se fonde sur les effets de l'amnistie : elle efface toutes les conséquences pénales de l'acte et pas seulement la sanction⁹⁹.

En considérant que ce critère est déterminant¹⁰⁰, la grâce amnistiante pourra être qualifiée d'amnistie dès lors qu'elle répond à la définition suivante d'André Vitu :

« L'avantage de cette technique hybride de pardon est connu : par ce biais, le législateur veut étendre les effets puissants de l'amnistie à certaines personnes qui ont obtenu ou obtiendront, pour les condamnations qui les ont frappées ou les frapperont, un décret de grâce dans un délai déterminé par la loi et généralement bref (six mois dans un décret-loi du 11 juillet 1939 ; ou plus généralement un an). De cette façon, l'anonymat et l'automatisme de l'amnistie font place à la technique individualisatrice de la grâce en

⁹⁷ L'article 60 alinéa 16 de la Constitution dispose que les grâces générales et les amnisties sont adoptées par une loi, mais que la loi fixe également les principes généraux devant être respectés par le président de la République pour octroyer une grâce particulière.

⁹⁸ Cette possibilité est à l'origine des confusions qui existent chez les auteurs étudiant les amnisties adoptées en Amérique latine. Nous verrons que cela est surtout le cas des analystes anglo-saxons, à cause de la simplification excessive que leur permet l'utilisation du terme anglais : *pardon*.

⁹⁹ Les dispositions des codes pénaux des Etats d'Amérique latine précisent toutes que la grâce ne s'applique qu'à la condamnation, y compris le Code pénal d'Uruguay (article 128 : « *La grâce éteint la peine...* ») qui prévoit néanmoins dans son article 109 que la Haute Cour de justice peut exercer un droit de grâce spécial aux effets étendus : « *La grâce éteint le délit lorsqu'elle a été autorisée par la Haute Cour de justice (...)* ».

¹⁰⁰ On retient donc la définition suivante de Jacques Foviaux : « *L'amnistie efface les condamnations. Une loi d'amnistie peut intervenir à tout moment, soit avant le déclenchement des poursuites, soit pendant le procès, ou après celui-ci* » (FOVIAUX Jacques, « Aspects historiques ... », *op. cit.*, p. 29).

revanche, l'efficacité réduite du décret de grâce classique est remplacée par l'effacement complet de l'infraction et de la condamnation apportée par l'amnistie¹⁰¹ ».

Le caractère général de l'amnistie ainsi que son adoption par le Parlement sont deux éléments de distinction avec la grâce qui ne sont pas admissibles de manière stricte en droit comparé. Se limiter à ces critères rendrait l'étude de l'amnistie des dirigeants politiques incomplète comme le démontre le cas du *pardon* dans la tradition juridique de *common law*.

C. The pardon : une technique constitutionnelle utilisable pour amnistier des dirigeants politiques

Le terme d'*amnesty* est peu utilisé par la doctrine anglo-saxonne ; on ne le retrouve d'ailleurs pas dans la Constitution américaine¹⁰². En réalité, il devrait désigner un cas précis : celui des mesures de clémence adoptées par les présidents américains après un conflit ou une révolte ce qui ressemble à la conception première de l'amnistie dans les Etats de tradition romaniste, c'est à dire une mesure générale d'oubli pour des raisons politiques. Ainsi, après la guerre de sécession, Lincoln proclama une amnistie de toutes les personnes impliquées dans la « rébellion »¹⁰³, exceptés les officiers et chefs confédérés¹⁰⁴. Pourtant, en dépit de l'appellation explicite d'amnistie, la plupart des auteurs y font référence comme un *pardon*¹⁰⁵. En effet, si le *pardon* et l'*amnesty* ont pu être différenciés à l'origine et s'ils continuent à avoir une définition différente (1), la pratique comme la doctrine les confond, et le terme de *pardon* peut donc désormais recouvrir toutes les formes de clémence (2).

¹⁰¹ Cité par Janick Roche-Dahan (ROCHE-DAHAN Janick, thèse, *op. cit.*, p. 466).

¹⁰² Article II, Section II : « *The President (...) shall have power to grant reprieves and pardons for offenses against the United States, except in case of impeachment* ».

¹⁰³ « *The rebellious South* ».

¹⁰⁴ *Declaration of Amnesty and Reconstruction*, du 8 décembre 1863, précisée par la *Proclamation about amnesty*, en date du 26 mars 1864.

¹⁰⁵ Voir, par exemple : DEAN MOORE Kathleen, *Pardons, justice, mercy, and the public interest*, *op. cit.*, p. 51

1. La tentative de distinguer l'amnistie et le pardon

La notion juridique de *pardon* en langue anglaise doit être distinguée de la conception philosophique ou morale du terme français¹⁰⁶. Pour autant, les auteurs français qui le traduisent par grâce¹⁰⁷, simplifient outrageusement son sens et évitent les difficultés que pose la détermination de son contour en pratique. L'exemple des Etats-Unis est particulièrement significatif. Dans la décision *United States v. Wilson* en 1833, la Cour suprême considérait, que pour ce qui concerne le pouvoir de *pardon*, les Etats-Unis devaient adopter les règles juridiques du Royaume-Uni¹⁰⁸. Or, la conception britannique de l'amnistie était extrêmement large. Depuis un acte voté par le Parlement sous Henri VIII¹⁰⁹, seul le roi pouvait disposer du pouvoir du *pardon* puisque toute infraction était considérée comme une offense envers le souverain¹¹⁰. Bien que restreint, en particulier en ce qui concerne l'empêchement

¹⁰⁶ Qui se traduit plutôt par *forgiveness*. Voir : BEATTY Joseph, *Forgiveness*, *American Philosophical Quarterly*, July 1970, vol. 7, n° 3, pp. 246 à 252 ; DOWNIE, R.S., *Forgiveness*, *Philosophical Quarterly*, n° 15, pp 128 à 134. ; LANG Berel, *Forgiveness*, *American Philosophical Quarterly*, April 1994, vol. 31, n° 2, pp. 104 à 117.

¹⁰⁷ Par exemple, Anne freyssinier dans sa thèse traduit de la manière suivante l'article II section II de la Constitution américaine: « [Le président] aura le pouvoir d'accorder des sursis, des commutations de peine et des grâces pour délits (offences) contre les Etats-Unis, sauf en cas d'impeachment » (Souligné par nous ; FREYSSINIER Anne, « le droit de grâce du chef de l'Etat, le cas de la Vème République », thèse soutenue le 7 décembre 2001, sous la direction du professeur P. Ségur, Université des sciences sociales de Toulouse, p. 111). Le terme anglais que cet auteur traduit par « grâce » est *pardon*.

¹⁰⁸ « *As this power has been exercised from time immemorial by the executive of that nation whose language is our language, and to whose judicial institution ours bear a close resemblance; we adopt their principles respecting the operation and effect of a pardon, and look into their books for the rules prescribing the manner in which it is to be used by the person who would avail himself of it* » (*United States v. Wilson*, 32 U.S. 150 (1833)).

¹⁰⁹ 27 Hen. VIII. c. 24.

¹¹⁰ Plus précisément, selon une théorie traditionnelle du droit anglais, toute infraction était une violation de la paix du roi. L'encyclopédie de 1911 précise « *The offence was committed against the peace of our lord king, his crown and dignity. The Crown by pardon only remits the penalty for an attack upon itself* » (« Pardon », in *The 1911 Edition encyclopaedia*).

(*impeachment*)¹¹¹, il pouvait intervenir à tout moment, avant ou après la condamnation¹¹². Mais peu à peu, l'approche américaine du *pardon* a dû évoluer par elle-même puisque cette forme de clémence était en désuétude en Grande-Bretagne, et que le *pardon* était concurrencé par de nouvelles formes de clémence¹¹³. Certainement sous l'influence des distinctions faites dans d'autres Etats, les auteurs ont alors été tentés de distinguer l'amnistie du *pardon*.

En ce qui concerne les auteurs non anglo-saxons, la tentative de distinguer les termes anglais d'*amnesty* et de *pardon* se manifeste de manière particulière. Alors que le raisonnement en droit comparé implique dans la mesure du possible la compréhension des concepts juridiques étrangers dans leur contexte¹¹⁴, en essayant de s'abstraire de ses propres représentations, avant de les confronter entre eux, beaucoup s'appuient sur les distinctions effectuées dans leur propre système¹¹⁵ pour analyser l'amnistie. Ils considèrent donc que le *pardon* est distinct de l'*amnesty*, qu'il correspond à la grâce, puisqu'il est émane de l'exécutif. Dès lors certains

¹¹¹ Voir, *infra* : pp. 170 à 175.

¹¹² Voir: BLACKSTONE William (Sir), *Commentaries on the laws of England*, v. 4: « of Public wrongs », A facsimile of the first edition of 1765-1769, Chicago, University of Chicago Press, 1979, pp. 397 à 402; « Pardon », in *The 1911 Edition encyclopaedia*, *op. cit.*

¹¹³ Selon Margaret Love, le *pardon* était auparavant le seul moyen de sortir de prison avant l'expiration de la peine, alors qu'il est désormais concurrencé par d'autres techniques telles que la probation, ou les aménagements de peine: « *A long time ago, pardon was the ordinary way people got out of prison before the expiration of their term; later, pardon gave way to its offspring, parole, and other mediating devices that softened the effect of a rigid legal system. Pardon also was responsible for the law's eventual recognition of equitable defenses like duress* » (Margaret Love, former pardon attorney, *Jurist presidential pardons roundtable*, February 28, 2001 to March 11, 2001, disponible sur <http://jurist.law.pitt.edu.htm>, p. 24).

¹¹⁴ Historique et ethnologique en particulier. Voir : LEGRAND Pierre, *Le droit comparé*, Que Sais-je ?, Paris : P.U.F., 1999, 119 p.

¹¹⁵ Nous verrons tout au long de cette thèse que la réciproque est vraie : lorsque des juristes anglo-saxons analysent le concept d'amnistie à l'étranger, ils utilisent souvent comme un terme générique l'appellation de *pardon*, ce qui rend imprécise, voire fausse, leur analyse.

considèrent qu'il ne peut être adopté avant une condamnation¹¹⁶. Si l'on veut faire un rapprochement entre la *common law* et les autres systèmes de droit, la grâce correspondrait plutôt à la *clemency*, qui est relative à la sanction, avec encore des nuances puisque la *clemency* correspond au pouvoir du président ou d'un gouverneur de commuer ou de faire oublier la peine d'un criminel, mais que cet acte est parfois lui aussi qualifié de *pardon*¹¹⁷. Quoiqu'il en soit, le rapprochement entre *pardon* et grâce est contestable même s'il est motivé par trois considérations. D'abord, comme la grâce française, le *pardon* est confié à l'exécutif et les exemples les plus étudiés sont ceux de *pardons* individuels justifiés par la clémence ou l'intérêt national¹¹⁸. Ensuite, il est vrai qu'initialement les significations de *pardon* et de grâce, mais aussi la distinction que l'on pouvait faire du *pardon* et de la grâce, respectivement avec

¹¹⁶ Ces auteurs influencent ensuite, à leur tour, la doctrine de *common law*, ce qui accroît la tentation d'assimiler grâce et *pardon*. Par exemple, Peter Barcroft, lorsqu'il analyse les amnisties en Amérique latine utilise les distinctions américaines, et conclut donc que selon la conception traditionnelle du *pardon*, il ne s'appliquerait qu'à la sanction, ce qui est faux en *common law*, évitant alors de confronter son système de référence à celui qu'il étudie: « *One traditional distinction between the two mechanisms has been the more legalistic scope of the presidential pardon; that its reach does go beyond forgiveness of the sentence and its effects, unlike an amnesty, which is always motivated by political considerations, is more embracing in character (...)* There has traditionally existed the belief that while the effect of an amnesty is to cancel both the trial as well as any ensuing sentence, the presidential pardon is limited to extinguishing only the sentence. It is this argument that has galvanized the opposition to the recent decrees of President Carlos Menem in Argentina » (BARCROFT Peter A.A., « The presidential pardon, a flawed solution », *Human Rights Law Journal*, vol. 14, n° 11-12, 31 December 1993, p. 383).

¹¹⁷ Par exemple, voici la définition de *clemency* du dictionnaire *Black's Law* : « *Mercy or leniency ; especially, the power of the President or a governor to pardon a criminal or commute a criminal sentence Also termed executive clemency* » (« *clemency* », in *Black's law Dictionary*, *op. cit.*).

¹¹⁸ « *A pardon, as opposed to amnesty, generally is granted to a single person for some compelling reason, for example, mercy, or, the national interest* » (ROZELL Mark J, *President Ford's pardon of Richard M. Nixon; constitutional and political considerations*, *Presidential Studies Quarterly*, 24, n° 1, winter 1994, p. 132).

l'*amnesty* et l'amnistie, étaient assez proches. Enfin, des auteurs anglo-saxons font toujours une distinction similaire, ce qui ajoute encore à la confusion sur le terme de *pardon* lorsque l'on étudie ses formes contemporaines.

On trouve ainsi le plus souvent dans les ouvrages en langue anglaise une différenciation entre l'amnistie et le *pardon* basée sur le caractère collectif de l'amnistie, puis sur le moment où elle intervient. Par exemple, Kathleen Dean Moore dans son ouvrage de référence sur le *pardon* explique que les amnisties se distinguent du *pardon* par le fait qu'elles peuvent être octroyées à un groupe ou à une catégorie de personnes ayant pour point commun la perpétration d'une infraction spécifique, et non à un seul individu, et parce que ces amnisties sont habituellement octroyées avant tout jugement¹¹⁹. Néanmoins, elle relativise *de facto* cette distinction lorsqu'elle fait, plus loin, une typologie du *pardon*. En effet, elle explique que l'exécutif¹²⁰ peut adopter plusieurs formes de *pardon*. Il peut être général¹²¹, c'est à dire replacer le bénéficiaire dans sa situation antérieure, comme s'il n'y avait jamais eu ni poursuites, ni condamnation, ou être partiel et donc uniquement supprimer une partie des conséquences légales de l'infraction. Il peut également être absolu ou conditionnel. Dans ce dernier cas, il sera subordonné à l'accomplissement de certains actes par la personne à qui il est octroyé. Enfin, il peut être individuel ou collectif. Puis le même auteur ajoute que si habituellement un *pardon* succède à un jugement, à une condamnation, ou à la mise en œuvre d'une sanction, il est possible d'être pardonné avant d'avoir été formellement accusé¹²² d'un

¹¹⁹ « *Amnesties often can be distinguished from pardons by the fact that amnesties are usually granted to groups of people, unnamed members of a class defined by a particular sort of offense they all committed (desertion, usually, or draft evasion). (...) Usually amnesties are granted before a trial takes place; this is sometimes taken to be a distinguishing characteristic. But since pardons can precede conviction, this also is a distinction without a difference* » (DEAN MOORE Kathleen, *Pardons...*, op. cit., p. 4).

¹²⁰ Le président des Etats-Unis au niveau fédéral, ou le gouverneur dans les Etats fédérés.

¹²¹ *Full pardon*.

¹²² Selon Peter A.A. Barcroft, « *The term « amnesty » usually refers to an official act prospectively barring criminal prosecutions and is often contrasted with pardons, which typically exempted convicted criminals from serving*

délit ou d'un crime¹²³. Cette description du *pardon* invalide donc la définition précédemment donnée de l'amnistie dans la mesure où il peut viser une catégorie d'individus¹²⁴ et intervenir avant même toute poursuite. D'ailleurs, en dépit de sa volonté de distinguer l'amnistie du

their sentences, in whole or in part, without expunging the conviction. But these distinctions are inexact; pardons, like amnesties, can be used to foreclose prosecutions, and amnesties sometimes cover persons serving prison term » (BARCROFT Peter A.A., « The presidential pardon, a flawed solution », *Human Rights Law Journal*, vol. 14, n° 11-12, 31 December 1993, p. 382). Toutefois, même si elle est pratiquée, la constitutionnalité de l'intervention du pouvoir de *pardon* avant condamnation est fortement débattue en doctrine (Voir, concernant le *pardon* octroyé à Nixon, *infra* : pp. 85-86).

¹²³ « *An executive who wants to exercise clemency has several options. One option, the pardon, can take several forms. It can be a full pardon; fully pardoned offenders simply walk away from jail as if they had never been tried and sentenced. It can be partial, relieving the offender of some but not all the legal consequences of conviction. It can be absolute, freeing the criminal without any conditions whatever. Or, it can be conditional, dependent on the performance or non performance of acts specified by the executive. It can be individual – pardoning a particular person – or general – pardoning a class of people. Usually a pardon follows a trial, conviction, and sentencing. But one may be pardoned before he or she has been formally accused of a crime, as President Ford taught the nation* » (DEAN MOORE Kathleen, *Pardons...*, *op. cit.*, p. 5).

¹²⁴ La Russie n'échappe pas à la confusion entre les termes *d'amnesty* et de *pardon*. Des *pardons* ont pu être octroyés à des groupes d'individus, tandis que l'amnistie bénéficiait à une seule personne : « *The Russian case highlights the fine line between a pardon and an amnesty. For example, immediately after Moskovskii Komsomolets journalist Vadim Poegli was sentenced for « insulting » then Defense Minister Pavel Grachev in print, the Duma granted him amnesty, in effect pardoning him. Conversely, Yeltsin had considered issuing a broad pardon – in effect, an amnesty – for many of the participants in the 1991 abortive coup before the Duma passed its amnesty resolution. [This example serves] to illustrate the confusion over the seemingly simple notion that pardons are for individuals and amnesties for groups of individuals* » (BAUMGARTNER Jody C., MORRIS Mark H., *Presidential Power...*, *op. cit.*, p. 226).

pardon, Kathleen Dean Moore explique elle-même que « *les éléments de distinction entre ces deux formes de clémence qu'elle fait ressortir n'en sont pas des différences pour autant* »¹²⁵ !

Des auteurs anglo-saxons s'obstinent pourtant souvent à différencier ces deux formes de clémence. Le critère est alors plus subtil, comme par exemple le fait que l'*amnesty* implique une justification de l'oubli de l'infraction, contrairement au *pardon* qui est une absolution dépourvue de motivation générale. Cependant, des exemples d'utilisation du *pardon* vont là encore infirmer la théorie, en particulier celui accordé à Richard Nixon par Gerald Ford au nom des intérêts de l'Etat américain¹²⁶ comme de celui de son bénéficiaire¹²⁷. De même, des exemples contredisent le fait que l'*amnesty* se distinguerait du *pardon* par le fait qu'elle s'applique uniquement à des infractions qui ont perdu de leur importance, comme par exemple la désertion après une guerre. Rien n'empêche, en effet, le président d'octroyer un *pardon* général et non une amnistie aux déserteurs une fois la paix revenue. D'ailleurs, il a été expliqué que même lorsque Lincoln a octroyé une amnistie aux rebelles après la guerre de sécession celle-ci a depuis lors été fréquemment désignée sous l'appellation de *pardon*¹²⁸.

¹²⁵ Par exemple: « *But since pardons can precede conviction, this also is a distinction without a difference* » (DEAN MOORE Kathleen, *Pardons...*, *op. cit.*, p. 4).

¹²⁶ « *The tranquility to which this nation has been restored by the events of recent weeks could be irreparably lost by the prospects of bringing to trial a former President of the United States* » (*President Gerald R. Ford's Proclamation 4311, Granting a Pardon to Richard Nixon*, September 8, 1974 ; voir: annexe IV, p. 652).

¹²⁷ La proclamation fait en particulier allusion à la nécessité d'un procès juste et équitable (*Ibid*).

¹²⁸ La définition du pardon devient donc tellement générale qu'elle inclut l'amnistie. Par exemple d'après le professeur Kalt de l'Université du Michigan : « *The President's power [of pardon] seems plenary and quite flexible. Pardons can be granted at any time after a crime has been committed : before federal criminal charges are brought, after conviction and sentencing, or any time in between. They can even be granted after the full sentence has been served, solely to restore the pardonee's civil rights* » (KALT Brian C., « Pardon me ? The Constitutional case against presidential self-pardons », *op. cit.*, p. 780).

Introduction générale

Cette tentative de distinguer l'amnistie du *pardon* échoue donc lorsque l'on étudie plus précisément cette technique de clémence dans la mesure où elle peut être utilisée exactement comme une amnistie.

2. Une tentative contrariée par l'utilisation du *pardon* à des fins amnistiantes

Peut-être en raison de l'imprécision des dispositions constitutionnelles relatives au *pardon*¹²⁹, une autre partie de la doctrine ne fait aucune différence avec l'amnistie, une autre les confond¹³⁰. Stanley Grupp estime qu'en réalité ils désignent le même concept, et que le mot *pardon* n'est utilisé dans un sens restreint ou dans un sens large, que selon l'intérêt de celui qui écrit¹³¹. Quant à Christine Baumgartner et Mark Morris, ils créent leur propre classification, décidant pour plus de clarté, de qualifier d'*amnesty* ce qui est adopté par le pouvoir législatif et de *pardon* l'acte décidé par l'Exécutif, alors que l'on a expliqué que ce critère organique n'était pas admissible

¹²⁹ L'imprécision des normes en l'Amérique latine est analysée par Kai Ambos : « *From a procedural viewpoint, the Constitutions examined normally require a formally approved law for an amnesty while pardons are granted by the executive branch (i.e. the president). In exceptional cases, an amnesty can be granted by the president alone (Bolivia) and a pardon may require either a formal legal basis (Colombia; Chile; the « individual » pardon) or can be granted by the congress alone (Bolivia, Chile: the « general » pardon), sometimes the supreme Court has to deliver an advisory opinion albeit without binding effect (Bolivia Argentina). (...) The Constitutions either do not contain any rules whatsoever (Peru) or they contain rules that are relatively detailed (other states). The Colombian Constitution restricts both amnesty and pardon, the Bolivian amnesty to « political offences » The Chilean Constitution originally excluded « terrorist offences » but now extends amnesties and (« general ») pardons in principle to such offenses as well The Argentinian Constitution refers to a « general » amnesty. According to the criminal Codes (Códigos Penales-CP), an amnesty leads – as a rule – to the extinction of a sentence, while a pardon extinguishes only the execution of a sentence. According to the Chilean CP, an amnesty refers only to the execution of a sentence whereas a pardon « remits » or « commutes » the sentence. The Bolivian CP regulates only the perdón judicial » (AMBOS Kai, *Impunity and international criminal law, A case study on Colombia, Peru, Bolivia, Chile and Argentina*, Human Rights Law Journal, vol. 18, n° 1-4, 29 August 1997, p. 2).*

¹³⁰ Par exemple, Christine Baumgartner explique par la généralité des dispositions constitutionnelles américaines, l'évolution et l'imprécision de sa définition: « *Except the impeachment exclusion, the framers were very general in their draft, and omitted any specifics regarding the definition and use of the pardon power, the use and understanding of which would evolve over time* » (BAUMGARTNER Jody C., MORRIS Mark H., « Presidential Power Unbound: A Comparative Look at Presidential Pardon Power », *Politics and Policy*, volume 29, n° 2, juin 2001, p. 215).

¹³¹ « *The concept of pardon is understood and used in various ways; often in accordance with the particular interest of the writer. (...) Pardon, is if you would, an act of grâce, a remission of guilt. Perhaps more often the concept is used (...) in its « generic sense », and as such, includes all of the various forms of clemency* » (GRUPP Stanley, « Some historical aspects... », *op. cit.*, p. 51).

pour effectuer une telle différenciation¹³². Enfin, certains préfèrent, en raison de la confusion qu'ils entraînent, ne pas les comparer. C'est le cas de Peter Barcroft, qui se justifie en expliquant que les effets pratiques de l'*amnesty* et du *pardon* sont les mêmes¹³³, que de toute façon, les différencier n'a aucun intérêt en droit international¹³⁴ puisque les juridictions utilisent indistinctement ces deux termes¹³⁵.

De tels raisonnements pourraient en eux-mêmes justifier la prise en compte du *pardon* dans l'étude de l'amnistie. Pourtant, ils sont encore trop réducteurs. L'explication de cette prise en compte est que l'amnistie – telle que nous la concevons en France – est une catégorie de *pardon*. Il a en effet été expliqué que le *pardon* pouvait être partiel, conditionnel, général ou absolu. A la lecture de la doctrine comme de la jurisprudence, on peut affirmer que les deux dernières sortes de *pardon* sont en fait des amnisties. Le lexique de termes juridiques *Black Law* l'affirme explicitement¹³⁶, de même que beaucoup de juristes¹³⁷. Par ailleurs, dans la mesure où la Cour

¹³² « For this reason, this analysis distinguishes between « executive pardons » and « legislative amnesties » » (BAUMGARTNER Jody C., MORRIS Mark H., « Presidential Power Unbound:... », *op. cit.*, p. 214).

¹³³ « But the practical effect of an amnesty is virtually identical to that of a pardon, and American law recognizes little distinction between the two forms of clemency » (BARCROFT Peter A.A., « The presidential pardon... », *op. cit.*, pp. 382-383).

¹³⁴ « Furthermore, the significance of any differences between the two forms of impunity may not be entirely relevant in the context of international law » (*Ibid*)

¹³⁵ « The veracity of this observation is not questioned. The two terms have been used interchangeably by the Courts » (*Ibid*).

¹³⁶ « A pardon extended by the government to a group or class or persons, usually for a political offense ; the act of a sovereign power officially forgiving certain classes of persons who are subject to trial but have not been convicted. Unlike an ordinary pardon, amnesty is usually addressed to crimes against state sovereignty. Amnesty is usually general addressed to classes or even communities. Also termed general pardon » (Souligné par nous, « Amnesty », in *The Black Law dictionary*, *op. cit.*)

¹³⁷ Comme le professeur Rapaport: « A pardon may be conditional or unconditional, and may affect a whole class of persons (an amnesty). The clemency power also encompasses reprieve, which postpones the execution of

suprême définit le *full pardon* comme l'amnistie, on peut également en conclure qu'elle donne le même sens à ces deux termes¹³⁸. Ainsi, dans une étude en droit comparé sur l'amnistie, le *pardon* doit être considéré comme un élément de référence. Son inclusion dans une telle réflexion semble d'autant plus intéressante que même ceux qui se refusent à l'assimiler à l'amnistie, constatent qu'il fait l'objet de critiques identiques¹³⁹ lorsqu'il en a les caractéristiques. En outre, son octroi est en constante augmentation, ce qui accroît le nombre de textes et de décisions juridiques à analyser. Enfin et surtout, lorsqu'il s'applique aux dirigeants politiques, il fait l'objet d'un rejet qui pour être similaire, n'en est pas moins exacerbé¹⁴⁰. Cette technique a en effet, des conséquences beaucoup plus significatives que la grâce pour un dirigeant politique – particulièrement lorsqu'elle est utilisée avant sa condamnation – puisque non seulement elle lui confère une exonération de sanction mais en

sentence and remission of fines and forfeits » (RAPAPORT Elizabeth, « Retribution and redemption in the operation of executive clemency », *Chicago-Kent Law Review*, 2000, vol. 74, p. 1505).

¹³⁸ « *A pardon reaches both the punishment prescribed for the offence and the guilt of offender; and when the pardon is full, it releases the punishment and blots out of existence the guilt, so that in the eye of the law, the offender is as innocent as if had never committed the offence. It granted before conviction, it prevents any of the penalties and disabilities consequent upon conviction from attaching [thereto]; if granted after conviction, it removes the penalties and disabilities, and restores him to all his civil rights; it makes him, as it were, a new man, and gives him a new credit and capacity* » (*Ex parte Garland*, 71 US 333 (1866)).

¹³⁹ Peter Barcroft, le reconnaît: « *The contemporary employment of his executive decree is viewed by many as equally, if not more, reprehensible than the granting of an amnesty. In addition to the popular resentment generated by a decree of pardon, such a decree is thought to have more dubious constitutional credentials than its above-mentioned next-of-kind. The main source of controversy has been the inclination of the Executive branch to adopt an overly expansionist approach in its utilization of this power* (BARCROFT Peter A.A., « The presidential pardon... », *op. cit.*, p. 381).

¹⁴⁰ « *That there is nonetheless a role for this power in the context of a modern Constitution is not a question ; a legal mechanism that takes into account those who have been subjected to the excess rigors of the law is a necessary safeguard. It is only when we contemplate extending such a mechanism beyond its clearly intended purpose that the real capacity for abuse arises. The customary view has been that any legal vehicle whose implementation results in impunity for those who is an ideal society would be punished must, at the very least, bear up to constitutional scrutiny and be accompanied by some official acknowledgement of the truth* » (*Ibid*).

outre elle blanchit son image et ses actions. La compréhension du mécanisme de *pardon* des dirigeants politiques permet de faire évoluer la notion d'amnistie, qui en droit français est plus stable, et contribue à remettre en cause l'un des critères français de l'amnistie : celui de la détention systématique de cette prérogative par le législateur¹⁴¹. Elle conduit également à réenvisager les problématiques juridiques classiques¹⁴².

II. L'amnistie des dirigeants politiques : des conséquences juridiques universelles

Selon Janick Roche-Dahan,

« Une des particularités de [l'amnistie] réside dans son caractère hybride : l'amnistie est à la fois une institution pénale qui a des effets juridiques puissants et une mesure politique qui repose sur des fondements d'ordre philosophique, moral et psychologique : l'oubli et le pardon¹⁴³ ».

Ce caractère hybride explique que dans tous les systèmes de droit, l'amnistie soit liée à des questionnements juridiques fondamentaux, tant pratiques que philosophiques. Or, l'amnistie des dirigeants politiques exacerbe ces problèmes en droit pénal (A), mais surtout en droit constitutionnel et international (B). Elle a également une conséquence propre : celle de renouveler l'analyse de la responsabilité pénale des personnes qu'elle concerne (C).

¹⁴¹ En droit français, il sera alors possible de considérer que la grâce amnistiante est une catégorie d'amnistie et non de grâce, comme le fait Jean-Marie Gonnard, lorsqu'il explique que « *Tout en procédant d'une loi, [l'amnistie] est devenue fréquemment une prérogative du pouvoir exécutif. Celui-ci va l'exercer par voie de grâce amnistiante ou par décret en faveur de personnes appartenant à certaines catégories prévues par le législateur* » (GONNARD Jean-Marie, « Amnistie », *op. cit.*, p. 18).

¹⁴² On utilise ici le terme de « classique » dans le sens défini par le dictionnaire Petit Robert comme ce « *que l'on enseigne dans les classes* », et non dans le sens d'antique (*Petit Robert, vol. 1, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, sous la direction de A. Rey et J. Rey-Debove, Paris)

¹⁴³ ROCHE-DAHAN Janick, *L'amnistie...*, *op. cit.*, p. 2.

A. Une forme d'amnistie exacerbant les problématiques de droit pénal déjà suscitées par l'amnistie en général

L'amnistie est une institution qui a des conséquences pénales, quel que soit le moment où elle intervient. Son utilisation au profit de dirigeants politiques renforce les questionnements qu'elle engendre, que ce soit d'un point de vue philosophique (1) ou de droit positif (2).

1. L'oubli

L'amnistie est souvent présentée comme un pardon¹⁴⁴ légal. Il en est ainsi, par exemple, de Pascal Jan¹⁴⁵ :

« Les manifestations du pardon sont multiples. Cela va de la réhabilitation du condamné aux lois instaurant une prescription, voire plus, une amnistie. Longtemps instrument de politique pénitentiaire, l'amnistie est aussi affaire de politique. Elle s'analyse en un effacement du passé, d'où les controverses qui l'entourent. Mais là au moins, il n'y a pas manipulation du passé. C'est un acte objectif, parfois condamnable mais que l'on rencontre dans toutes les sociétés démocratiques¹⁴⁶ ».

Il est vrai que l'importance au sein d'une société de la croyance dans la rédemption peut servir à justifier une amnistie. Néanmoins, il faut nuancer la pensée de ceux qui, comme Luc Huyse, estiment que la connaissance de cette importance est primordiale¹⁴⁷, et que la capacité à

¹⁴⁴ Dans cette thèse, lorsque le terme de pardon n'est pas en italiques, il renvoie à la signification morale française et non à la technique de clémence anglo-saxone.

¹⁴⁵ Voir aussi la réflexion sur le pardon menée par Janick Roche-Dahan dans sa thèse (ROCHE-DAHAN Janick, *L'amnistie...*, *op. cit.*, p. 3 et s.). Pour une étude concrète de l'acte de pardonner à l'aide d'entretiens avec d'anciens dissidents d'Europe de l'Est, voir : ANDREWS Molly, « The politics of forgiveness : A study of East Germany's « Truth Commission » », *International Journal of politics, Culture and Society*, Vol. 13, n° 1, 1999, pp. 107 à 124.

¹⁴⁶ JAN Pascal, *Le temps du droit*, à propos de : « Le temps du droit », par François Ost, ed. Odile Jacob, 376 p., L.P.A., 16 septembre 2000, n° 192, pp. 8-9.

¹⁴⁷ « Il est primordial de connaître l'importance de l'indulgence dans une culture. Certaines sociétés ont une sorte de tendance naturelle à oublier et à pardonner. Parfois, comme en Afrique du Sud, cette caractéristique repose

pardonne d'une société déterminera le nombre d'amnisties adoptées. Le cas le plus cité à l'appui de cet argument est celui de l'Afrique du Sud, présentée comme une société religieuse encline à l'octroi de l'amnistie. À la lecture des divers ouvrages et articles s'attachant à retracer les motivations et les mécanismes du processus de vérité et de réconciliation sud-africain¹⁴⁸, il apparaît que les principaux acteurs ont décidé sciemment de lui donner une dimension théologique afin d'opposer l'amnistie à la vengeance¹⁴⁹ et donc accroître l'impression d'une

sur une conviction religieuse. Ailleurs, par contre, la population éprouvera de grandes difficultés à passer l'éponge sur le passé. Les pays africains, dit-on, appartiendraient à la première catégorie. Les européens réagissent différemment. Les événements en ex-Yougoslavie en sont un parfait exemple » (« Justice après de graves violations des droits de l'homme, le choix entre l'amnistie, la commission de la vérité, et les poursuites pénales », HUYSE Luc, *Recueil de documents officiels, rapports, et articles*, édité par Luc Huyse et Ellen Van Dael, projet « Justice après transition », Université catholique de Leuven, étude financée par le Vlaamse Interuniversitaire, Janvier 2001, Leuven, Belgique, p. 4).

¹⁴⁸ D'après le philosophe sud-africain Anthony Holiday, dans un entretien à la revue *Culture et Conflits* : « Il ne faut pas assimiler la réconciliation telle qu'elle est pensée par nombre de sud-africains, blancs et noirs, avec la définition (...) qui en a été donnée par des personnages publics comme Monseigneur Tutu (...). Le pardon traduit une forme particulière de conscience intime. Il n'a guère de rapport avec la théâtralité déplaisante – à mon sens – qui a souvent caractérisé les auditions de la [commission vérité et réconciliation] ; et strictement aucun rapport avec (...) la piété exhibitionniste de Monseigneur Tutu » (HOLIDAY Anthony, philosophe, *Le pardon est un acte de volonté*, School of Government, University of the western Cape, Afrique du Sud, entretien réalisé et traduit par John Crowley en novembre 2000, date de publication : automne 2001, *Cultures et conflits*, http://conflits.org/article.php3?id_article=278). Voir aussi du même auteur, « Forgiving and forgetting : the Truth and Reconciliation Commission », in NUTTALL Sarah, COETZEE Carli (eds), *The Making of memory in South Africa*, Cape Town : Oxford University Press, 1998, pp. 43 à 56 ; pour une description de la mise en place du processus de réconciliation : ASH Timothy Garton, « La commission vérité et réconciliation en Afrique du Sud », *Esprit*, n° 12, décembre 1997, pp. 44 à 63 ; TUTU Desmond (Archevêque), « Pas d'amnistie sans vérité », propos recueillis pour la revue américaine *Commonwealth*, par Frank Ferrarri, *Esprit*, n° 12, décembre 1997, pp. 44 à 63.

¹⁴⁹ Ils ont suivi en cela le même schéma de pensée que celui décrit par Sandrine Lefranc, dans sa thèse : « La notion [de pardon] est théologique, la littérature qui lui est consacrée l'est, pour la majeure partie, aussi (...). De nombreux auteurs, notamment au sein d'une philosophie qui se qualifie elle-même, parfois, de « morale », mais aussi de nombreux acteurs dans le contexte des situations de transition s'autorisent à rompre en partie le lien qui

véritable réconciliation nationale. Pour reprendre Sandrine Lefranc : « *le pardon vient justifier les mesures de rémission juridique et désigne dans le même temps une voie de sortie de la violence politique* »¹⁵⁰. Plus facile à proclamer que l'oubli, le pardon laisse

supposer une volonté de toute la société¹⁵¹, mais il est aussi frustrant du fait de son caractère public, et de son absence de lien avec la volonté propre de la victime ou la proclamation d'excuses par les personnes bénéficiaires¹⁵². En réalité, l'amnistie doit être confrontée davantage à l'oubli qu'au pardon dans la mesure où son étymologie grecque le commande. En

*unit le terme (et l'acte) de pardon et ce noyau théologique auquel les acceptions communes font référence. Le pardon ne désigne plus le seul acte de « remettre les péchés » mais, plus largement, « l'action de tenir pour non avenue une faute, une offense, de ne pas en tenir rigueur au coupable et de ne pas lui en garder de ressentiment » (...) Si le pardon s'oppose à la vengeance, qu'en est-il du rapport du pardon à la justice ? » (LEFRANC Sandrine, *Politiques du pardon...*, op. cit., pp. 454 et s.)*

¹⁵⁰ *Ibid*, p. 519.

¹⁵¹ « *La référence fréquente à cette notion morale [de pardon] peut surprendre dans un domaine dominé par l'acte unilatéral, illustration de la souveraineté de l'Etat. L'amnistie est en contradiction avec l'idée de pardon qui repose sur l'appréciation individuelle et morale d'un comportement. Le pardon ne se décrète pas par une mesure générale, il ne se décide que par un acte délibéré de la conscience, par hypothèse individuel. Le pardon s'oppose ainsi à l'oubli qui reste indépendant de la volonté, surtout lorsqu'il s'agit d'un oubli officiel imposé par un texte, d'un silence garanti par la loi. Cette constatation nous permet d'entrevoir la fonction de cette référence au pardon dans les lois d'amnistie. Elle permet d'associer les citoyens à l'amnistie, de la présenter non pas comme une mesure politique imposée par les gouvernants, mais comme une décision de la société dans son ensemble, résultante de la somme des volontés individuelles. Acte émanant de l'autorité de l'Etat, l'amnistie devient alors, grâce à la fiction du pardon l'affaire de tous* » (LETTERON Roseline, « Le droit à l'oubli... », p. 394).

¹⁵² C'est un thème développé par beaucoup de philosophes, dont les pensées sont synthétisées par Sandrine Lefranc : « *Certains auteurs classiques de philosophie politique, soulignent l'incompatibilité du pardon avec tout ordre juridique, du fait de la capacité du droit à fonder un ordre (...). Pour Spinoza, (...) [qui] préférerait l'excuse au pardon, il ne saurait être question d'un droit à pardonner. De la même façon, Kant rejette le droit de grâce du souverain concernant des « crimes commis par les sujets les uns envers les autres » car « ici l'impunité (...) constitue la suprême injustice envers les sujets », Hegel pour sa part assimile le renoncement à la punition au règne de la vengeance : « le châtement prend toujours la forme de la vengeance dans un état de la société, où n'existent encore ni juges, ni lois... » » (LEFRANC Sandrine, *Politiques ...*, op. cit., p. 563).*

effet, le substantif « amnistie », est formé à partir du préfixe privatif « a- » et du verbe *mimnèskô* qui signifie « se souvenir ». L'amnistie se définit donc comme le refus de se souvenir et non pas comme un acte d'absolution. Comme Stéphane Gacon, nous considérons que « *cette étymologie renvoie à l'idée d'un oubli, volontaire ou non. (...) Il ne s'agit pas, a priori de pardon*¹⁵³ ». En outre, lorsque l'amnistie a des effets absolus, elle signifie que le fait n'a, du moins pénalement, jamais existé. Elle implique donc un silence qui pourrait transformer un oubli, au départ artificiel, en oubli réel. Toutefois, pour reprendre une distinction classique, amnistie ne signifie pas amnésie¹⁵⁴ car l'oubli imposé est uniquement juridique¹⁵⁵ et collectif. L'amnistie est souvent l'élément déclencheur du regroupement des victimes, qui estiment subir un nouveau préjudice en ne voyant pas le premier réparé – qu'elles aient été ou non indemnisées – et d'une lutte pour la vérité. D'après Sandrine Lefranc :

« L'amnistie n'apporte pas l'oubli, et pas même un refoulement : l'amnistie, au contraire n'a fait en Amérique latine, qu'intensifier les débats. On sait de même, que les crimes d'Etats commis sous le régime de Vichy et pendant la guerre d'Algérie sont encore d'aujourd'hui d'actualité¹⁵⁶ ».

¹⁵³ GACON Stéphane, « L'oubli institutionnel », in NICOLAÏDIS Dimitri (dir.), *Oublier nos crimes, l'amnésie nationale : une spécificité française ?*, Autrement, série mutations, n° 144, avril 1994, note 1, p. 99.

¹⁵⁴ Distinction effectuée en particulier par Pascal Payen (PAYEN Pascal, « ostracisme, amnistie et amnésie : Athènes au cinquième siècle avant Jésus-Christ », in *Epurations, amnistie, amnésie*, M.I.R.E.H.C., Toulouse, n° 3, 1999, p. 2). Jean Copper-Royer s'appuyait sur l'étymologie grecque de ces termes pour considérer que : « *Alors que l'origine d'amnésie indique par le passé composé un état, l'origine d'amnistie décèle par le présent une action. La première est la condition d'une personne qui ne se rappelle pas. La seconde est le geste de celui qui efface un passé* » (COPPER-ROYER Jean, *L'amnistie...*, op. cit., p. 7). D'après Bruno Py, l'amnistie est « *Cette sorte d'amnésie volontaire [qui] figure en droit positif à côté d'autres sources d'indulgence, telles que la clémence du « Prince » (la grâce), la clémence du juge (la réhabilitation), ou le bienfait du temps (la prescription)* » (PY Bruno, « Amnistie : le choix dans les dates », *Chroniques, Droit pénal*, éditions du juris-classeur, avril 2002, p. 4).

¹⁵⁵ Il existe des exceptions, notamment en France, où la loi d'amnistie peut être accompagnée d'une interdiction de rappel des faits assortie d'une sanction judiciaire en cas de violation de cet impératif.

¹⁵⁶ LEFRANC Sandrine, *Politiques ...*, op. cit., p. 850.

En outre, l'amnistie entraîne souvent ce qu'Andrea Lollini qualifie de « *lecture judiciaire de l'histoire*¹⁵⁷ » ; les historiens étant conduits à un véritable travail d'investigation et se plaçant en position de juges face à l'histoire.

Or, tous ces débats doctrinaux relatifs à ce que recouvre l'amnistie sont encore approfondis lorsque cette dernière concerne des dirigeants politiques. Leurs actes écrivent en effet l'histoire et appartiennent à la mémoire collective nationale et internationale ; les oublier revient donc précisément à nier l'histoire. En outre, l'amnistie étant décidée et mise en œuvre par des dirigeants politiques, elle devient un instrument à leur disposition pour préserver leur image future. Il en est de même pour les problématiques relatives à la répression des infractions, elles se posent d'autant plus lorsque des dirigeants politiques sont en cause, dans une matière juridique qui par définition ne peut admettre l'absence de poursuites, de condamnation et surtout de peine.

2. La nécessaire répression de certains actes

Par nature¹⁵⁸, le droit pénal ne devrait pas pouvoir admettre l'absence de peine¹⁵⁹.

¹⁵⁷ LOLLINI Andrea, *La construction d'une mémoire collective en Afrique du Sud*, La commission Vérité et réconciliation : « hypertrophie de la sentence » ou « hypertrophie de l'histoire ? », chronique, Astree, n° 8, <http://www.ifrance.com/astree/num8/chron.htm>.

¹⁵⁸ Le lexique des termes juridiques *Dalloz*, définit le droit pénal de la manière suivante : « *Ensemble des règles de droit ayant pour but la sanction des infractions. En un sens large, le droit pénal englobe également les règles qui tendent à la sanction des états dangereux* » (GUILLIEN Raymond, VINCENT Jean, (sous la direction de), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 11^e édition, 1998).

¹⁵⁹ La peine peut avoir deux fonctions. Dans sa fonction morale de rétribution, elle conduit à infliger au condamné un tort comparable à celui qu'il a causé. Elle doit donc provoquer sa souffrance pour lui faire réaliser les dommages causés par ses actes. Dans sa conception utilitariste, la peine doit être exemplaire pour le condamné et le reste de la population. Son objectif est d'empêcher le condamné de renouveler ses fautes ; elle implique donc de réinsérer et réadapter le délinquant. Voir par exemple : ANQUETIL Michel, BUFFARD Simone, et autres, *La peine : quel avenir ?*, approche pluridisciplinaire de la peine judiciaire, Actes du colloque CENTRE THOMAS MORE des 23-24 mai 1981, 153 p. ; DEAN MOORE Kathleen, *Pardons*, *op. cit* ; ROHT-ARRIAZA Naomi, « Punishment,

Introduction générale

« La clémence (...) devrait être exclue d'une législation parfaite, où les peines seraient modérées et la procédure régulière et expéditive. (...) Montrer aux hommes qu'on peut pardonner les fautes et que le châtement n'est pas la conséquence nécessaire, c'est faire naître en eux l'espoir de l'impunité et leur donner à penser, puisque le pardon est possible, qu'une condamnation est un acte de force plutôt qu'un acte de justice ».

Ainsi s'exprimait Cesare Beccaria¹⁶⁰ pour justifier la nécessité de la sanction dans un système juridique parfait. Du point de vue de la condamnation, l'amnistie de dirigeants politiques intensifie les problématiques relatives à l'utilisation premièrement de l'abrogation de la loi pénale, deuxièmement de la prescription à des fins amnistiantes, et enfin troisièmement de la réhabilitation.

En premier lieu, lorsqu'une amnistie est adoptée, il est possible de se demander pourquoi le législateur ou l'exécutif la préfère à l'abrogation de la loi pénale. L'utilisation de l'amnistie implique en effet qu'il considère l'infraction amnistiée comme suffisamment grave pour ne pas être dépenalisée mais que son auteur, ses conséquences ou des circonstances propres à sa réalisation, justifient qu'elle ne soit pas poursuivie. Pourtant, à long terme, l'amnistie peut

redress, and pardon: theoretical and psychological approaches», in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed), *Impunity and human rights in international law and practice*, Oxford University press, Oxford, 1995, pp. 13 à 23.

¹⁶⁰ BECCARIA Cesare, *Des délits et des peines*, Préface de Robert Badinter, Paris :GF-Flammarion, 1991, réédition de librairie Droz, Genève, 1965, édition originale : Livourne 1764, p. 177.

produire le même résultat qu'une abrogation¹⁶¹. C'est le cas de ce qu'Olivier Py¹⁶² désigne comme l'amnistie progressive¹⁶³, qui désigne la situation dans laquelle

« Plusieurs lois d'amnistie successives expriment une indulgence croissante, [et où] le bénéfice du pardon est progressif. L'effacement de l'ardoise pénale se fait par étapes sans qu'il soit possible de revenir en arrière. Si bien qu'à l'issue d'un processus d'amnistie, il peut arriver que tous les faits concernés soient en définitive amnistiés ».

Lorsque l'amnistie ne s'applique qu'à des hommes politiques, la rupture de l'égalité devant la loi peut être dénoncée. Surtout, la charge publique étant partout considérée comme une circonstance aggravante de l'infraction, si cette dernière est, en outre, assez importante pour ne pas être dépénalisée, alors l'amnistie ne saurait concerner les dirigeants politiques.

En second lieu, l'amnistie est souvent rapprochée de la prescription. En effet, l'une et l'autre éteignent l'action publique.

« De plus, les deux institutions en question sont destinées, chacune dans sa sphère, à empêcher que l'on ravive les souvenirs d'un passé qui pourraient provoquer des troubles. Enfin les deux mesures ci-dessus sont d'ordre public et doivent être constatées d'office (...) Mais leurs différences sont là : l'amnistie en principe, ne porte pas atteinte aux droits des tiers, alors que la prescription enlève tout droit à ces derniers, puisqu'elle met fin aussi bien à l'action publique qu'à l'action civile (...) l'amnistie (...) est logique et juste. On donne un avantage au coupable, mais on l'oblige à réparer le mal qu'il a fait. Avec la prescription, la victime ne compte pas¹⁶⁴ ».

¹⁶¹ D'après Naghi Toloeei Rahimabadi, « *Mais l'amnistie équivaut-elle à l'abrogation ? D'aucuns l'ont pensé en ce qui concerne l'amnistie intervenue après la condamnation. De là ils ont conclu que, puisque l'abrogation n'appartient qu'au législateur, l'amnistie doit être accordée par la loi. D'autres questions peuvent se poser : Y a-t-il lieu d'amnistier des infractions déjà abrogées ? Les avis sont partagés (...)* ». En ce qui concerne la distinction entre l'amnistie et d'autres techniques de droit pénal, voir : TOLOOEI RAHIMABADI Naghi, *Les effets de l'amnistie ...*, *op. cit.*, pp. 112 à 123.

¹⁶² PY Bruno, « Amnistie : le choix dans les dates », *Chroniques, Droit pénal*, éditions du juris-classeur, avril 2002, p. 7.

¹⁶³ Par opposition à l'amnistie statique (*Ibid*).

¹⁶⁴ TOLOOEI RAHIMABADI Naghi, *Les effets de l'amnistie ...*, *op. cit.*

Cette différence quant à la prise en compte de la victime peut être relativisée dans beaucoup d'Etats, en particulier lorsqu'un fonds d'indemnisation national est mis en place¹⁶⁵, à condition que les réparations soient effectivement versées. La distinction entre la prescription et l'amnistie peut donc se faire à partir de deux critères temporels, le premier étant moins significatif que le second. Ainsi, l'amnistie est susceptible d'intervenir à d'autres stades de l'action pénale, et effacer par exemple la seule condamnation contrairement à la prescription qui ne concerne que l'action publique ou la peine. Plus particulièrement, l'amnistie est d'application immédiate¹⁶⁶ alors que la prescription exige l'écoulement d'un délai ; elles sont donc extrêmement différentes. Pourtant, si la doctrine ne les confond pas, elle fait généralement l'amalgame entre leurs deux contraires, en considérant que si une infraction est

¹⁶⁵ Nous expliquerons que cela concerne les amnisties adoptées pendant ou après une transition démocratique, comme par exemple en Afrique du Sud ou en Argentine.

¹⁶⁶ Même si la loi ou l'acte d'amnistie prévoit un délai d'application, cette norme elle-même s'applique dès son adoption selon les formes prévues par la Constitution.

imprescriptible alors elle est inamnistiable¹⁶⁷. Or, juridiquement le lien entre imprescriptible et inamnistiable doit être explicite pour exister. En outre, par essence, il n'est pas aussi ténu. Par exemple, Céline Coquin¹⁶⁸ considère que :

« Il est tout à fait compréhensible de déclarer un fait inamnistiable alors que la loi prévoit qu'il est prescriptible. On peut, en effet, en toute logique, admettre que l'effacement naturel s'opère, par l'écoulement d'un certain laps de temps, tout en ayant auparavant refusé l'effacement volontaire issu de l'amnistie. Il s'agit, en pratique, d'infractions pour lesquelles on permet que le temps fasse son œuvre et génère l'oubli mais à l'égard desquelles, pour des raisons tenant à la mémoire ou aux exigences de la répression, on n'imagine pas d'oubli volontaire et immédiat (infractions fiscales, infractions à la législation du travail, infractions graves pour les enfants...) mais si dans les hypothèses ci-dessus présentées, l'oubli procède à la fois d'une logique et d'une unité qui rendent notre droit cohérent, tel n'est pas toujours le cas. Il arrive en effet que ce dernier laisse place à des solutions contradictoires notamment à travers les rapports qu'entretiennent l'imprescriptibilité et l'amnistie. Ainsi, est-il cohérent de déclarer un fait imprescriptible, donc de refuser de l'oublier, et de ne pas l'exclure des lois d'amnistie, voire d'admettre qu'il puisse faire l'objet d'une amnistie ? Cette question revêt d'autant plus d'importance que les infractions en cause sont d'une gravité majeure. Il s'agit, en effet, notamment des crimes contre l'humanité ».

Cette remarque pourrait être complétée sur ce dernier point. Les rapports entre l'imprescriptibilité et l'amnistie sont d'autant plus importants que les crimes en cause sont

¹⁶⁷ Par exemple, Roseline Letteron, tient le raisonnement suivant : « *Après la seconde guerre mondiale, ce devoir de ne pas oublier a été soumis à des contraintes nouvelles caractérisées par la mise en place de sanctions juridiques. C'est ainsi que l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité établie par la loi du 26 décembre 1964 vise à lutter contre « la marée irrésistible de l'oubli ». De même, la loi Gayssot du 13 juillet 1990 pose un véritable devoir de ne pas oublier les crimes contre l'humanité en punissant de sanctions pénales ceux qui contesteraient leur existence. Comme la science historique, le système juridique se voit demander de privilégier la mémoire, de conserver le souvenir de la politique d'extermination menée par l'Allemagne nazie car oublier ce crime gigantesque contre l'humanité serait un nouveau crime contre le genre humain* » (LETTERON Roseline, *Le droit à l'oubli*, op. cit., pp. 387-388). S'agissant des auteurs faisant cette confusion, voir, par exemple, le chapitre de Sandrine Lefranc consacré au droit international (LEFRANC Sandrine, *Politiques ...*, op. cit.).

¹⁶⁸ COQUIN Céline, « Deux aspects de l'évolution du concept d'oubli en droit pénal », *Archives de politique criminelle*, 1998, n° 20, p. 39.

graves et commis sous l'autorité d'un ou de plusieurs dirigeant(s) politique(s), qui peuvent encore être en fonction¹⁶⁹.

En dernier lieu, les problématiques concernant l'amnistie et la réhabilitation sont assez proches. Cette dernière permet en effet de faire disparaître une condamnation pénale et ses conséquences, le plus souvent pour récompenser la bonne conduite du condamné et après l'exécution d'un certain délai. A l'instar de l'amnistie, on la retrouve sous forme judiciaire, comme sous forme légale¹⁷⁰ ou exécutive¹⁷¹ selon les Etats ; mais elle s'en distingue sur de nombreux autres points. Elle n'est, en effet, pas aussi flexible puisqu'elle ne peut intervenir, selon les Etats, qu'après un début, voire une entière exécution de la peine. En outre, encore une fois, sauf disposition expresse contraire de l'acte d'amnistie, celle-ci n'est soumise à aucune condition de délai. Toutefois, leurs conséquences légales sur des dirigeants politiques condamnés sont comparables puisque l'amnistie comme la réhabilitation en effaçant la condamnation peut leur permettre de solliciter ou de s'octroyer un nouveau mandat en tant que « nouvel homme », ou même de victime d'une injustice. En réalité, ces problématiques concernant l'amnistie sont encore plus intéressantes à étudier en droit constitutionnel, lorsque des dirigeants politiques sont en cause. C'est parce qu'elle permet ou qu'elle résulte d'une certaine utilisation par ces derniers de dispositions constitutionnelles, qu'elle devient une catégorie particulière d'amnistie.

B. L'importance de se concentrer sur le droit constitutionnel et international pour analyser l'amnistie des dirigeants politiques

L'amnistie des dirigeants politiques a beaucoup été analysée d'un point de vue militant¹⁷². Les organisations non-gouvernementales et associations nationales l'étudient depuis que son

¹⁶⁹ Voir *infra*, Seconde partie.

¹⁷⁰ Par exemple en France.

¹⁷¹ Par exemple aux Etats-Unis.

¹⁷² « *Most of the scholarly writing on the subject has been in the abstract, glossing over the political realities and jurisprudential nuances that comes into play in a specific factual context. In this way, these writings have been*

utilisation, fréquente en Amérique latine, les a conduites à exiger « plus de justice ». Ce thème nécessitait une étude en droits constitutionnel et international pour définir son contour juridique précisément du fait de son caractère politique (1) et parce qu'elle fait l'objet d'un contentieux qui devrait être de plus en plus considérable (2).

1. La justification par le caractère politique de l'amnistie

Par nature, l'amnistie est politique puisqu'elle est utilisée, pour des raisons d'opportunité, par les autorités politiques. Lorsqu'elle est adoptée au profit de dirigeants politiques, ce caractère politique est renforcé ; elle a alors des répercussions sur les rapports entre les pouvoirs. Cette particularité ainsi que sa valeur infra-constitutionnelle explique que certains considèrent qu'il n'existe pas de droit de l'amnistie, à l'image de Roseline Letteron pour qui :

« Censée incarner un consensus auquel est associé l'ensemble du corps social, la loi d'amnistie est nécessairement liée aux débats qui agitent la société. Ce caractère conjoncturel de l'amnistie apparaît clairement lorsque l'on constate qu'il n'existe pas un droit de l'amnistie, mais des législations ponctuelles liées à des événements spécifiques¹⁷³ ».

Pourtant, des règles de fond comme de forme encadrent les règles politiques, sous le contrôle du juge constitutionnel ou suprême¹⁷⁴. Il en est ainsi pour l'amnistie. Les Constitutions ne définissent pas toujours cette technique, mais elles instaurent toutes des règles de procédure. Par exemple, si la Constitution dispose que l'amnistie doit être adoptée par la loi, alors elle devra respecter la procédure législative. En outre, l'amnistie est soumise à des principes

*afflicted by what Professor Bruno Simma describes variously as « wishful thinking », « missionary aspirations », and « human rights vigilantism » » (SCHARF Michael P., « Swapping amnesty... », *op. cit.*, p. 3).*

¹⁷³ LETTERON Roseline, *Le droit à l'oubli*, *op. cit.*, p. 395.

¹⁷⁴ « *La soumission croissante de la politique au droit est un trait caractéristique des dernières décennies. L'existence de Constitutions rigides et détaillées, la présence en leur sein de nombreuses règles de fond, la possibilité de saisir un juge constitutionnel limitent considérablement la latitude des équipes au pouvoir. (...) La vie politique elle-même est soumise au contrôle du juge* » (DEBARD Thierry, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 219).

fondamentaux qui ne la concernent pas spécifiquement, comme par exemple ceux d'égalité et de séparation des pouvoirs tels qu'ils sont précisés par la Constitution ou la jurisprudence. Enfin, dans la mesure où la plupart de ces règles sont communes aux Etats, et que des conventions internationales prévoient des modalités d'application de l'amnistie, un régime juridique international de l'amnistie peut être décelé¹⁷⁵. Etudier l'amnistie des dirigeants politiques permet donc de comprendre quelle est la marge de manœuvre politique des gouvernants sur le droit et le juge. Cependant, elle ne sera pas désignée comme « l'amnistie politique » à qui les auteurs donnent un sens différent – généralement celui d'une amnistie liée à un événement important ou relative à une infraction politique¹⁷⁶ – même si l'amnistie politique et l'amnistie des dirigeants politiques ont en commun de ne pas obéir aux mêmes évolutions que l'amnistie en général¹⁷⁷, de souvent donner lieu à un débat politique important

¹⁷⁵ « *Much has been written on the vexing moral, political, and legal dilemmas confronted by these newly emerging democracies in deciding whether to prosecute serious violations of human rights committed by prior regimes. Less attention, however, has been paid to the role of the international community with regard to amnesties* » (CASSEL Douglass, *Lessons from the America's guideline for international response to amnesties for atrocities*, Law and contemporary problems, 59-4, 1997, p. 201).

¹⁷⁶ Il convient de signaler une définition originale mais isolée du terme d'amnistie politique : celle donnée dans un mémoire de DEA par Emmanuel Meyer. Pour lui, elle correspond à l'amnistie des infractions commises en relation avec le financement de la vie politique (« *Ces amnisties politiques comprennent par là amnisties des infractions commises en relation avec le financement de la vie politique...* » ; MEYER Emmanuel, *Le contrôle des lois d'amnistie par le Conseil constitutionnel*, Mémoire de D.E.A. de droit public interne de l'Université Paris 2 (Panthéon Assas), sous la direction du professeur C. Goyard, 1990-1991, p. 5).

¹⁷⁷ Par exemple en Russie, après la mort de Staline, si un nombre important d'amnisties a été adopté en faveur des délinquants ordinaires, seuls quelques prisonniers politiques et anciens cadres du parti ont pu en bénéficier : « *The top priorities of purge victims and their families in 1953 were release and rehabilitation. The government granted amnesties to a large number of ordinary criminals immediately after Stalin's death, but only a few thousand « politicals » – mainly loyal Communists and prominent public figures – has been freed by 1955* » (SMITH Kathleen E., « Destalinization in the former Soviet Union », in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed), *Impunity and human rights in international law and practice*, Oxford University press, Oxford, 1995, p. 115).

et d'être davantage marquées par l'opportunité que des amnisties ordinaires¹⁷⁸. L'amnistie politique sera donc incluse dans cette étude uniquement si elle bénéficie à des dirigeants politiques.

Par ailleurs, seuls les effets juridiques – et non politiques ou diplomatiques – des lois d'amnistie doivent être pris en compte. Ainsi, les lois d'amnistie générale sont souvent soupçonnées de viser les dirigeants politiques, mais pour pouvoir être analysées de façon impartiale, leurs conséquences devront effectivement être l'octroi d'une amnistie à des dirigeants qu'ils soient en exercice ou non¹⁷⁹. De même, ce type d'amnistie peut amener à confondre le débat politique qu'elle engendre avec le véritable débat juridique qui généralement le suit. Si on examine le cas du *pardon* accordé par Gerald Ford à Richard Nixon, qui intervient avant le déclenchement

¹⁷⁸ Le cas de Nuremberg est significatif comme le montre le récit de Pierre Truche : « *En face des abominations, des atrocités, ils promettent de punir les chefs, mais sans préciser la forme. On sait que la partie anglaise, avec Churchill, suggérait de dresser une liste des hauts responsables à fusiller sans jugement. La raison l'emporta et ce fut la création par le traité de Londres du 8 août 1945 (...), qui devait siéger à Nuremberg et prononcer le 1er octobre 1946 la condamnation des principaux chefs nazis. De la même façon, un tribunal militaire pour l'Extrême-Orient, mis en place le 19 janvier 1946 par le général Mc Arthur, statua le 12 novembre 1948 et condamna de hauts responsables nippons (...). Le principe de rechercher la responsabilité des plus hauts responsables ne sera pas appliqué complètement en Orient pour des raisons politiques. (...) il ne fallait pas poursuivre l'empereur [du Japon] afin de nouer des liens pour l'avenir* » (TRUCHE Pierre, « l'évolution de la notion de crime contre l'humanité », in DUMONT Jean-Noël (dir.), TRUCHE Pierre (prés.), Histoire et Justice, Peut-on juger l'histoire ?, Acte du colloque interdisciplinaire du 16-17 novembre 2001, Le collège supérieur, Lyon, octobre 2002, p. 85).

¹⁷⁹ Par exemple, même si les lois d'amnistie qui se sont succédées au Salvador à partir de 1987 ne s'appliquent pas expressément aux anciens dirigeants militaires, elles doivent être prises en compte dès lors qu'ils en bénéficient en raison des actes qu'ils ont commis. D'après le rapport de l'Organisation des Etats américains, 1987-1988: « *Certain human rights agencies recipients have criticized the amnesty law for forgiving and forgetting the crimes committed mainly by members of the armed and the paramilitary forces who were the cause of numerous murders, tortures and forced disappearances in recent years* ».

d'une action publique et peut donc être considéré comme une amnistie, il a donné lieu à de nombreuses controverses politiques. Néanmoins la plupart des arguments échangés avaient en réalité une portée juridique. Ainsi, se posait la question de sa constitutionnalité, puisqu'il était souvent soutenu qu'un *pardon* ne pouvait être octroyé avant toute condamnation, et en aucune façon à un ancien président des Etats-Unis¹⁸⁰, la Constitution proscrivant le *pardon* dans les cas d'*impeachment*. Ce cas conduisait également à s'interroger sur la séparation des pouvoirs aux Etats-Unis, et à se demander en particulier si l'amnistie ne devenait pas un moyen pour le président des Etats-Unis d'intervenir dans une procédure d'*impeachment* contrôlée par le Congrès en vertu de la Constitution.

Le caractère politique renforcé de l'amnistie des dirigeants politiques a conduit certains auteurs à en demander l'interdiction¹⁸¹. Ils soutenaient que le droit ne pouvait pas l'encadrer, surtout depuis l'apparition de l'auto-amnistie, qui désigne l'amnistie adoptée à leur unique profit par

¹⁸⁰ Une autre question se greffait sur celle-ci : un ancien président des Etats-Unis ne peut-il pas être empêché après l'expiration de son mandat, ce qui le priverait des pensions et divers avantages liés à son ancienne fonction ou même d'après certains auteurs de la faculté de briguer d'autres charges publiques fédérales ? Dans ce cas, un *pardon*, même après condamnation, pourrait être inacceptable (Voir *infra*, pp. 173 à 175).

¹⁸¹ « *Les personnes chargées de prendre les décisions en matière de traitement du passé dans une nouvelle démocratie sont confrontées à de nombreux problèmes voire à des dilemmes. Toutes les options offrent des avantages et des inconvénients. En effet, de nombreux arguments sur les punitions ou l'amnistie sont contradictoires. Il en est notamment ainsi pour la position qui affirme qu'une jeune démocratie n'arrivera pas à se fixer solidement sans réconciliation. Pour certains la réconciliation implique l'oubli et le pardon. D'autres au contraire, seront d'avis que l'impunité entrave cette même réconciliation. Une même ambiguïté assombrit l'argument qui stipule que les poursuites pénales menacent les chances de survie d'une nouvelle démocratie. Elles entraîneraient beaucoup trop de risques (...). Ils admettent toutefois deux exceptions. L'auto-amnistie est impensable selon eux. Et la seconde exception est la suivante : tout Etat a le devoir de poursuivre de quelque manière que ce soit, les graves violations des droits de l'homme reconnus sur le plan international. Les opposants à l'amnistie affirment toutefois que la survie d'une nouvelle démocratie dépend précisément d'une intervention judiciaire. En effet, elle garantirait la fin définitive des risques que provoque la culture de l'impunité* » (HUYSE Luc, Recueil de documents officiels..., *op. cit.*, p. 4).

les dirigeants. Lorsque la séparation des pouvoirs n'était pas effective, il n'y avait aucune utilité pour les dirigeants politiques à s'amnistier. A partir du moment où le pouvoir judiciaire a pu les atteindre et qu'il y a eu des transitions démocratiques, ces amnisties sont

apparues, au niveau national et même international¹⁸². Toutefois, en dépit des problèmes posés par l'auto-amnistie, il semble inconcevable d'interdire toute amnistie des dirigeants politiques, ne serait-ce qu'au nom du principe d'égalité. En outre, l'amnistie des dirigeants politiques est fréquemment utilisée et revendiquée en phase de transition démocratique, parfois par le biais de l'amnistie de fait¹⁸³. L'interdire dans les autres périodes pourrait conduire à sa délégitimation

¹⁸² Nous expliquerons que les auto-amnisties peuvent être internationales lorsque les accords de paix et d'armistice prévoient une clause d'amnistie en faveur des dirigeants politiques les ayant négociés. En 2003, juste avant l'intervention militaire des Etats-Unis en Irak, le Secrétaire américain à la défense Donald Rumsfeld suggérait l'octroi d'une amnistie en échange de la reddition de Saddam Hussein et de celle de son gouvernement : « *In January, U.S. Defence Secretary Donald H. Rumsfeld suggested that providing amnesty for Saddam Hussein would be a fair trade to avoid a war* » (EVIATAR Daphné, « World Courts without borders », *The New York Times*, Sélection hebdomadaire effectuée par *Le Monde*, Sunday February 2 – Monday February 3, p. 3; voir aussi: *infra*, le dernier chapitre de cette thèse).

¹⁸³ C'est à dire provoquée par la non-poursuite des dirigeants. L'exemple de l'Allemagne de l'Est, et en particulier de la responsabilité pour les crimes commis à la frontière avec la RFA, tel qu'il a pu être décrit par Suzanne Walther, est significatif : « *Erich Honecker, the former state council and SED party chairman, and other top-level officials close to him were charged with man laughter based on selected cases of killings at the inter-German border. Particularly, the fact that Honecker himself was to stand trial in unified Germany was spectacular and caused fervent public debate. On the one hand, there was a strong feeling that the « big fish » should not be able to act with impunity while the little fish are caught. On the other, some questioned whether the Unification Treaty provided sufficient basis for the unified German state to assume jurisdiction and punitive power over the representatives of the former East German state, and whether staging a criminal trial against Honecker could really further societal peace. (...) The trial continued against former members of the National Defence Council Heinz Keßler, Fritz Streletz and Heinz Albrecht (...). The idea of amnesty has not found support in Germany; in particular, it is argued that there is no basis for amnesty before the allocation of criminal responsibility. To be sure, only many years down the line will the extent of de facto amnesties (amnesties resulting from non prosecution)*

dans ces moments. Enfin, l'encadrement de l'amnistie est réalisée par le juge constitutionnel, comme le démontre le développement d'un contentieux spécifique et par le juge international depuis que certaines conventions déterminent les conditions d'application de l'amnistie.

2. La justification par la carence d'études du contentieux de l'amnistie des dirigeants politiques

L'amnistie générale a fait l'objet de nombreuses études. En France, les thèses les plus récentes l'envisagent en histoire¹⁸⁴ et en sciences politiques¹⁸⁵. Par ailleurs, des travaux sur ce thème ont été réalisés en droits pénal¹⁸⁶ et constitutionnel¹⁸⁷. Or, tous leurs auteurs consacrent des développements à l'amnistie des dirigeants politiques, évoquent ses particularités, mais ne l'analysent pas en profondeur. Par exemple, Sandrine Lefranc remarque, sans y consacrer tous ses travaux que :

« S'il est un intérêt présenté par ces lectures, c'est celui de rappeler, s'il le fallait, que les justices de transition sont, du moins au premier abord, avant tout des problèmes juridiques, au sens où elles posent des problèmes au droit. L'invocation du droit international rappelle l'intérêt d'un retour au droit interne, d'une description détaillée des instruments juridiques utilisés et de leur portée proprement juridique¹⁸⁸ ».

*be verifiable. In addition, the idea of a « national tribunal » and other forms of community catharsis that have been advanced by voices from the former GDR seem to have lost their initial appeal » (WALTHER Suzanne, « Problems in blaming and Punishing Individuals for human rights violations : the example of the Berlin Wall shootings » in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed), *Impunity and human rights in international law and practice*, Oxford University press, Oxford, 1995, pp. 107 à 109).*

¹⁸⁴ GACON Stéphane, *L'amnistie de la Commune à la guerre d'Algérie*, *op. cit.*

¹⁸⁵ LEFRANC Sandrine, *Politiques du pardon – Amnistie et transitions démocratiques – Une approche comparative*, *op. cit.*

¹⁸⁶ ROCHE-DAHAN Janick, *L'amnistie en droit français*, *op. cit.*

¹⁸⁷ TRABUC Alain, *L'amnistie en droit constitutionnel*, thèse pour le doctorat en droit, sous la direction du professeur T. S. Renoux, soutenue le 25 février 2000, Université d'Aix-Marseille III, 409 p.

¹⁸⁸ LEFRANC Sandrine, *op. cit.*, p. 255.

De même, une seule thèse a été réalisée en droit comparé¹⁸⁹, mais l'auteur ayant eu accès à peu de documents étrangers, tous les systèmes juridiques ne sont pas pris en compte et les cas étudiés sont limités. Le besoin d'une étude spécifique se faisait donc sentir, d'autant plus que le cadre juridique général de l'amnistie en droit français est désormais tracé.

L'intérêt de l'étude de l'amnistie des dirigeants politiques est triple. En premier lieu, cela permet de compléter l'approche pénaliste de ce thème, notamment à propos du titulaire du pouvoir amnistiant, une question que Naghi Tolooei Rahimabadi considère comme

« D'ordre constitutionnel, et la doctrine ne cesse d'affirmer qu'il s'agit là d'un problème de droit public. Mais il est bon de rappeler qu'il est très difficile – pour ne pas dire impossible – de trouver dans les manuels de droit constitutionnel une discussion de fond à ce sujet. Souvent, il n'y est fait qu'une simple allusion à l'article 34 de la Constitution de 1958. Nous avons vainement cherché, dans les commentaires sur cet article, de quoi engager un débat constitutionnel sur le droit de l'amnistie¹⁹⁰ ».

En second lieu, bien qu'il existe des amnisties judiciaires, seule une étude en droit constitutionnel permet de se concentrer sur la forme – une loi ou un acte d'amnistie adopté par l'exécutif – que doit respecter l'amnistie, d'autant plus lorsqu'elle concerne des dirigeants politiques. Généralement, cette procédure d'adoption de l'amnistie fait l'objet d'une disposition constitutionnelle, et peut présenter certaines particularités. En dernier lieu, l'amnistie des dirigeants politiques permet de replacer les conséquences de l'amnistie générale dans la théorie de la séparation des pouvoirs. Cela implique de répondre à deux questions. D'une part, quel pouvoir doit détenir la faculté d'adopter des lois d'amnistie ? D'autre part, est-ce que le fait que

¹⁸⁹ TOLOOEI RAHIMABADI Naghi, *Les effets de l'amnistie en droit comparé*, *op. cit.*

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 249. Le professeur Bertrand Mathieu estime cependant qu'au vu des décisions du Conseil constitutionnel entre 1982 et 1990, on assiste à l'ébauche d'un droit constitutionnel de l'amnistie (MATHIEU Bertrand, « Fragment d'un droit constitutionnel de l'amnistie », *L.P.A.*, 23 mars 1990, pp. 2 à 9). D'ailleurs, dans le manuel de droit constitutionnel qu'il a co-écrit avec le professeur Michel Verpeaux, plusieurs passages sont consacrés à l'amnistie (MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, *Droit constitutionnel*, PUF droit, Paris : 2004, pp. 299 et 575 ; voir également des mêmes auteurs : *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, L.G.D.J., Manuels).

les législateurs et autres gouvernants puissent s'auto-amnistier est nécessaire à l'équilibre entre ces pouvoirs à la manière du droit de dissolution en droit parlementaire ou du veto en régime présidentiel ?

D'autres questions plus spécifiques aux dirigeants politiques se posent, comme l'influence que peuvent avoir les institutions d'un Etat sur la fréquence d'adoption ou le contenu des lois d'amnistie¹⁹¹ et réciproquement. Cela impliquera de s'interroger sur la nature juridique des commissions vérité et réconciliation, mises en place selon une procédure constitutionnelle, dont le rapport établit généralement la responsabilité du dirigeants amnistié.

L'intérêt du droit comparé est de permettre la comparaison entre les jurisprudences de plusieurs Etats et de dévoiler les conditions d'application des lois. En particulier, l'étude du contentieux permet de distinguer deux cas : celui où les dirigeants commettent des infractions de droit commun en violation des règles de droit pénal et se servent de la procédure constitutionnelle d'amnistie pour légitimer les infractions amnistiées et celui où les actes incriminés ont été commis dans le respect de la Constitution en vigueur au moment de leur réalisation. Dans ce dernier cas, une jurisprudence relative à l'état d'urgence peut être mise à jour en particulier en Amérique latine où les crimes ont été commis alors que l'exécutif disposait de pouvoirs de crise, exercés par décrets, par lesquels ils s'efforçaient de légitimer de tels actes¹⁹². Le droit

¹⁹¹ On adapte ainsi à notre sujet une problématique d'Alain Trabuc : « *On peut s'interroger sur l'influence qu'ont pu exercer les institutions de la V^{ème} République sur la fréquence d'adoption et le contenu des lois d'amnistie présidentielle* » (TRABUC Alain, *L'amnistie en droit constitutionnel*, op. cit., p. 20).

¹⁹² « *There was little attempt to legalize such crimes; rather, in the case of disappearances, massacres, and summary executions, the regimes [of Latin America] denied any involvement, blaming private death squads, « unknown men », or guerrilla groups. The worst violations generally took place under a state of emergency (...). Although nominally civilian governments may have existed, the real power was the military and/or security forces. Even after a transition to an elected civilian government, in most countries the military continues to play a leading role in national life. In contrast, both the legislative and judicial branches of government, although nominally*

international ajoute une autre dimension à cette étude. En effet, des conventions internationales récentes prévoient le jugement d'une personne en dépit d'une loi d'amnistie. Or, elles ont donné lieu à des interprétations de Cours suprême et constitutionnelle de plusieurs Etats, ce qui conduit à envisager la valeur des lois d'amnistie à l'étranger. Quant au contentieux international, il traite particulièrement des rapports entre les crimes internationaux et l'amnistie.

Toutefois l'apport le plus important de l'étude en droits constitutionnel comparé et international se rapporte à la responsabilité pénale des dirigeants politiques.

C. **L'apport de l'étude de l'amnistie des dirigeants politiques à celle de leur responsabilité**

L'amnistie peut être la conséquence de l'inadaptation des règles de responsabilité des dirigeants politiques, et donc impliquer une redéfinition de leur régime de protection pénale (1). Mais elle peut aussi être la source directe de leur irresponsabilité. Dans ce cas, les juristes anglo-saxons, reprenant les termes utilisés par les organisations non gouvernementales, évoquent l'impunité de ces dirigeants (2).

1. Une autre approche de la protection pénale des dirigeants

Les Constitutions contiennent généralement des règles aménageant la responsabilité des dirigeants politiques. Elles définissent ainsi des procédures pour mettre en cause leur responsabilité politique, telles que la destitution ou l'interdiction de solliciter de nouvelles fonctions politiques, et leur responsabilité pénale à travers des actions devant des juridictions d'exception ou de droit commun. Lorsqu'une amnistie est adoptée au bénéfice d'un dirigeant politique, ce système de responsabilité peut se retrouver déséquilibré¹⁹³, puisqu'elle s'ajoute aux mécanismes de protection de ces dirigeants existants en droit interne. Ces mécanismes de

independent, have been weak and played – if any – a negative role in protecting human rights during the dark years » (ROHT-ARRIAZA Naomi, « Overview», in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed), *Impunity ...*, op. cit., p. 147).

¹⁹³ Nous verrons ainsi que l'amnistie a pu être utilisée pour empêcher la mise en cause de la responsabilité politique du dirigeant. Des controverses doctrinales s'en sont suivies sur la nature de la responsabilité et les limites de l'amnistie (Voir *infra*: Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, pp. 156 à 220).

Introduction générale

protection pénale peuvent être non juridiques – le décès ou la fuite et la protection par un Etat tiers du dirigeant¹⁹⁴ pourront empêcher une action pénale contre lui – ou constitutionnels. Dans ce dernier cas, ce sont habituellement l’inviolabilité¹⁹⁵, l’immunité¹⁹⁶, et l’irresponsabilité¹⁹⁷, qui sont envisagées à ce titre et prévues par la Constitution. L’utilisation de l’amnistie va soit se substituer à cette protection constitutionnelle, soit la renforcer. Elle peut par exemple se substituer à l’irresponsabilité. C’est le cas déjà évoqué du *pardon* absolu octroyé à Richard Nixon par Gerald Ford le 8 septembre 1974 pour les infractions qu’il aurait pu commettre durant son mandat. Mais l’amnistie peut également être utilisée pour donner une protection plus absolue que l’immunité ou l’inviolabilité. Ainsi, au moment de l’indépendance du Zimbabwe, une amnistie générale a été accordée aux forces armées y compris leurs dirigeants. Richard Carver démontre que les bénéficiaires de cette amnistie étaient protégés pour l’avenir contre toute action pénale pour des crimes qu’ils auraient commis et qu’ils pouvaient en théorie renouveler leurs actes sans risquer une mise en cause de leur responsabilité¹⁹⁸. Lorsque

¹⁹⁴ Principalement lorsque l’Etat souhaitant mettre en cause la responsabilité pénale du dirigeant ne reconnaît pas le jugement par contumace.

¹⁹⁵ En règle générale c’est une protection qui s’attache à la personne.

¹⁹⁶ Protection en raison de la fonction exercée.

¹⁹⁷ Protection pour les actes commis par le dirigeants. En théorie, elle sera pénale, si les actes en cause sont des infractions, et politique en ce qui concerne les fautes politiques du dirigeant. Mais il peut y avoir une confusion voire une superposition entre ces deux qualifications qui ne rendent pas la distinction toujours claire.

¹⁹⁸ « *In Summary, Zimbabwe embarked upon its existence as an independent state by sending a clear message to its security forces that they would enjoy the same impunity their Rhodesian predecessors enjoyed. Officials responsible for human rights violations had been granted amnesties without any investigation or accounting for past abuses. Many of these individuals were retained in similar positions of authority. Members of the security forces were indemnified from any future prosecution for human rights violations, and much of the legal apparatus that had provided the framework for abuses in the 1970s remained intact. The consequences were clear and predictable:*

- *Respect for the rule of law was weakened, and the security forces continued to operate within a culture that saw human rights violations as part of acceptable method of working.*

l'amnistie ne se substitue pas à la protection pénale du dirigeant mais la renforce, le régime juridique auquel il est soumis devient moins intelligible. Ainsi, dans toutes les décisions des lords britanniques relatives au cas Pinochet, seul un juge évoque, à une unique reprise¹⁹⁹, l'amnistie dont est bénéficiaire Augusto Pinochet, les autres préférant se concentrer sur la question de l'immunité, alors que la Cour suprême chilienne en faisait une question aussi centrale que la protection pénale dont il jouissait en tant que sénateur à vie²⁰⁰.

Ainsi, l'amnistie peut venir s'ajouter aux moyens de protection constitutionnelle des dirigeants politiques. Sa particularité est qu'elle est alors une protection indirecte, c'est à dire qui résulte de la mise en œuvre d'une technique prévue par une disposition constitutionnelle et non une application directe de cette disposition. Son intérêt par rapport à la grâce et la prescription – même si ces dernières peuvent être utilisées à des fins amnistiantes – découle de ses possibilités d'intervenir préalablement puis à tous les stades d'une procédure pénale, de ses effets qui peuvent permettre une protection absolue, et de sa flexibilité qui l'adapte au degré de protection souhaité. Or, dans les études générales sur la responsabilité pénale des dirigeants politiques, au mieux l'amnistie est-elle mentionnée, mais de façon fragmentaire. Par exemple, Jérôme Chomel de Varagnes, auteur d'une thèse sur la protection pénale des hommes politiques, ne l'indique que dans le cadre du rapport général entre justice et politique²⁰¹.

-
- *Specific methods of human rights abuses were passed on from the Rhodesian to the Zimbabwean forces – and these methods were often practiced by the very same individuals* » (CARVER Richard, « Zimbabwe : drawing a line through the past », in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed), *Impunity and human rights in international law and practice*, Oxford : Oxford University press, 1995, p. 257).

¹⁹⁹ Lord Lloyd dans la décision : *Ex Parte Pinochet Ugarte* [1998] 4 all ER 897 (h.L.), ligne 929 h.i.

²⁰⁰ Il faut préciser que l'amnistie a une portée essentiellement territoriale (voir, *infra* : pp. 472 à 477).

²⁰¹ Il l'analyse comme une mise en échec de la justice politique, c'est à dire de la Haute Cour de justice, et donc du seul jugement des hommes politiques par d'autres hommes politiques (CHOMEL de VARAGNES Jérôme, *Protection pénale des représentants des pouvoirs politiques*, thèse pour le doctorat de droit pénal et sciences criminelles soutenue le samedi 28 mars 1998, sous la direction du professeur J. Buisson, Université Jean Moulin Lyon III).

Introduction générale

Là encore l'amnistie accroît les difficultés suscitées par les autres techniques d'aménagement de la responsabilité pénale des dirigeants politiques comme nous le démontrerons tout au long de cette thèse. Par exemple, la remarque suivante de Geneviève Giudicelli-Delage pourrait s'appliquer autant à l'amnistie qu'à la protection pénale du parlementaire, établie par l'article 26 de la Constitution française du 4 octobre 1958 :

« On peut s'interroger sur la nécessité d'une protection ainsi conçue du pouvoir législatif. Des trois « pouvoirs » il est le seul à en bénéficier. Si historiquement, une telle protection a pu s'expliquer, le dogme de la séparation a perdu de sa force. (...) En outre, quelle particularité serait-elle celle du Parlement que ne pourraient partager les Assemblées locales ou régionales ? Maintenir le mécanisme d'une inviolabilité parlementaire semble, ainsi, moins relever de la nécessité que de l'attachement à une prérogative, illustration de la primauté ou de la prépondérance passée d'un pouvoir, et risque fort de n'être plus ressenti que comme une tentative de ses membres de s'octroyer un privilège lié à leur qualité, injustifiable dès lors que la fonction ne justifie plus un tel système²⁰² ».

De même, dans tous les Etats où une action pénale ayant pour objet de mettre en cause la responsabilité d'un dirigeant n'aboutit pas, des accusations d'auto-amnistie²⁰³ sont portées contre celui-ci. Ainsi en Italie, Silvio Berlusconi se voit imputer régulièrement l'utilisation détournée et *de facto*, de cette technique. Dans de tels cas, l'utilisation de l'amnistie est révélatrice d'une défaillance des règles de responsabilité pénale des dirigeants politiques. C'est en cela que l'étude de ce type d'amnistie et celle des règles de responsabilité sont liées. En effet, comme nous le verrons, les détournements de procédure à des fins amnistiantes en Italie ne peuvent se comprendre sans en connaître le lien avec, d'une part, l'opération *mani pulite* et, d'autre part, les révisions constitutionnelles de 1989 et 1992 ayant respectivement pour conséquence de faciliter l'engagement de la responsabilité pénale des membres du gouvernement – y compris celle du président du Conseil – et de rendre extrêmement difficile l'adoption d'une amnistie. En conséquence, les procédures contre des membres de l'exécutif se

²⁰² GIUDICELLI-DELAGE Geneviève, « La justice du politique », *Justices*, n° 3, janvier-juin 1996, p. 114.

²⁰³ V. *infra*, pp. 219 et s.

sont multipliées²⁰⁴, entraînant une forte dénonciation concomitante de l'amnistie et de l'inadéquation de leur régime de responsabilité avec la réalité. Par ailleurs, l'amnistie aura les mêmes liens avec la responsabilité politique du dirigeant que les autres mécanismes de protection pénale des gouvernants. Sa défaillance, notamment le détournement de son utilisation, peut empêcher la mise en œuvre de la responsabilité politique du dirigeant quand elle est assortie d'une interdiction de rappeler les faits. Enfin, l'utilisation de l'amnistie au profit des dirigeants politiques est souvent interprétée comme une irrégularité par les juristes dans la mesure où les codes pénaux érigent souvent en circonstance aggravante le fait qu'une infraction ait été réalisée dans l'exercice de ses fonctions par une personne dépositaire de l'autorité publique.

Or le droit constitutionnel est de plus en plus imprégné de droit international en la matière. Il est donc impossible de l'ignorer pour appréhender un tel sujet.

2. Une autre approche de l'impunité

L'amnistie des dirigeants politiques a un lien manifeste avec la notion d'impunité – une notion beaucoup utilisée à son encontre pour en faire un de ses facteurs – et ses conséquences. Ce terme apparaît en effet dans les actes des organisations internationales comme le prouve

par exemple l'intitulé des rapports successifs à la sous-commission des droits de l'homme²⁰⁵

²⁰⁴ PUJAS Véronique, « Carences et nouvelles dimensions de la responsabilité politique : éléments de politiques comparées », in *La responsabilité des gouvernants, Pouvoirs*, p. 173.

²⁰⁵ BASSIOUNI Chérif, *Le droit à la restitution, indemnisation et réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Droits civils et politiques et notamment : indépendance du pouvoir judiciaire, administration de la justice, impunité*, Rapport final du rapporteur spécial, M. Chérif Bassiouni, présenté en application de la résolution 1999/33 de la commission des droits de l'homme, cinquante-sixième session, Point 11 d) de l'ordre du jour provisoire, Conseil économique et social, Distr. Générale, E/CN.4/2000/62, 18 janvier 2000 ; GUISSSE El Hadji , *Rapport intérimaire sur la lutte contre l'impunité des*

du Conseil économique et social de l'ONU. Divers travaux doctrinaux²⁰⁶ y ont également recours. A première vue, cette notion semble naturellement liée à l'amnistie des dirigeants

auteurs des violations des droits de l'homme (droits économiques, sociaux et culturels), établi par M. El Hadji Guissé, rapporteur spécial, en application de la résolution 1994/34 de la sous-commission, la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels, commission des droits de l'homme, sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, quarante-septième session, Point 10 de l'ordre du jour provisoire, Distr. Générale, E/CN.4/Sub.2/1997/8, 27 juin 1995 ; GUISSÉ El Hadji, *Rapport final sur la question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (droits économiques, sociaux et culturels)*, établi par M. El Hadji Guissé, rapporteur spécial, en application de la résolution 1996/24 de la sous-commission, la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels, commission des droits de l'homme, sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, quarante-neuvième session, Point 4 de l'ordre du jour provisoire, Distr. Générale, E/CN.4/Sub.2/1997/8, 27 juin 1997 ; GUISSÉ El Hadji, JOINET Louis, *La question des droits de l'homme dans le cas de personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, Rapport préliminaire sur la lutte contre l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (droits économiques, sociaux et culturels)*, établi par MM. GUISSÉ et JOINET, E/CN.4/Sub.2/1994/11, 22 juin 1994 ; JOINET Louis, *L'administration de la justice et les droits de l'homme des détenus, Rapport intérimaire sur la question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques)*, Rapport final établi par M. Louis Joinet, en application de la décision 1994/34 de la sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, E/CN.4/Sub.2/1995/18, 28 juin 1995 ; JOINET Louis, *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 établi par M. Louis Joinet, en application de la décision 1995/35 de la sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, E/CN.4/Sub.2/1996/18, 20 juin 1996 ; JOINET Louis, *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 établi par M. Louis Joinet, en application de la décision 1996/119 de la sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, E/CN.4/Sub.2/1997/20, 26 juin 1997.

²⁰⁶ Ainsi les principes de Princeton rédigés par des juristes sont précédés de l'avant-propos suivant : « *Even before the Court's establishment, the ICC Statute has proved an invaluable tool in the struggle against impunity (...) The ICC Statute highlights the fact that international prosecutions alone will never be sufficient to achieve justice and*

politiques dans la mesure où elle est constituée par une absence de punition²⁰⁷. Elle a toutefois une connotation particulière puisqu'elle s'applique à la fois à la personne (qui peut être un dirigeant) et au crime impuni. De plus, elle implique que la personne ayant commis une faute doit être punie, surtout lorsque sont en cause des violations de droits de l'homme, mais que des obstacles juridiques et/ou politiques l'en empêchent. L'impunité est donc constituée en droit international par l'absence de sanction d'une infraction internationale alors qu'une personne pourrait être reconnue responsable de sa perpétration. Comme dans les droits nationaux, elle s'explique par des raisons de fait, telles que la fuite ou l'absence de preuve, et/ou par des raisons de droit, dont fait partie l'amnistie. Selon le professeur Ambos, cette dernière est d'ailleurs une source directe d'impunité, par opposition à des sources indirectes caractérisées en particulier par le recours à la justice militaire²⁰⁸.

emphasizes the crucial role of national legal systems in bringing an end to impunity » (Avant-propos de Mary Robinson, in MACEDO Stephen (Project Chair end Editor), *The Princeton principles on universal jurisdiction, With a Foreword by Hon. Mary Robinson*, Program in Law and Public affairs, Princeton University, Princeton New Jersey, 2001, pp. 15-16).

De même le professeur de droit Kai Ambos dédicace l'un de ses articles à toutes les victimes de l'impunité. (AMBOS Kai, *Impunity and international criminal law, A case study on Colombia, Peru, Bolivia, Chile and Argentina*, Human Rights Law Journal, vol. 18, n° 1-4, 29 August 1997, pp. 1-15).

²⁰⁷ Voici les définitions données par deux dictionnaires de la langue française. Pour le *Petit Robert*, l'impunité est le « caractère de ce qui est impuni, absence de punition » ; selon le dictionnaire *Larousse* : elle représente le « fait de ne pas risquer d'être puni, sanctionné pour une faute commise ».

²⁰⁸ Il explique à propos de l'Amérique latine : « *The so-called impunity laws (leyes de impunidad), include provisions granting amnesty or pardon for certain human rights violations and violators as well as other special provisions exempting from punishment or impeding an effective criminal prosecution. Therefore, one could argue that they are the most direct and immediate form of impunity as they formally or factually exempt human rights violations ex post from punishment and as such require a special analysis* » (AMBOS Kai, « Impunity and international criminal law ... », *op. cit.*, p. 4).

Toutefois, l'impunité peut avoir un sens plus étroit et être définie plus restrictivement comme la non condamnation des auteurs de violations des droits de l'homme, ce qui la rend alors plus insupportable. C'est l'interprétation des auteurs écrivant sous la direction de Louis Joinet :

« L'impunité est, au sens juridique, l'absence de sanction en réponse à la violation d'une règle de droit préétablie. On peut la définir plus précisément comme l'absence, en droit ou en fait, de mise en cause de la responsabilité pénale des auteurs des violations des droits de l'homme, ainsi que de leur 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 à des peines appropriées, y compris à réparer le préjudice subi par leur victimes²⁰⁹ ».

En adoptant cette conception, certains pensent que l'impunité devrait engager la responsabilité de l'Etat qui la tolère²¹⁰ ; d'autres comme Eric Sottas, déplore qu'elle ne soit pas considérée comme un crime en tant que tel, en s'appuyant sur une interprétation de la jurisprudence :

« qui avait permis au lendemain de la seconde guerre mondiale de condamner un général japonais, non pas en fonction du crime commis, mais pour ne pas être intervenu afin de l'empêcher, ni l'avoir sanctionné. Il y a donc une base jurisprudentielle pour faire de l'impunité en tant que telle un crime. Toutefois, en cinquante ans, à ma connaissance, aucun Etat n'a légiféré dans ce domaine et les tribunaux n'ont pas jugé utile de s'appuyer sur ce précédent²¹¹ ».

²⁰⁹ In JOINET Louis (sous la direction de), *Lutter contre l'impunité, dix questions pour comprendre et agir*, Paris : éditions la découverte, 2002, p. 9.

²¹⁰ Par exemple, EL Hadji Guissé estime que « lorsque l'Etat tolère sur son territoire – ou sur celui qu'il occupe de force – la commission, par des particuliers d'actes qui sont en fait des violations des droits de l'homme, il en est responsable et doit en empêcher l'impunité » (GUISSE El Hadji, *Rapport final sur la question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (droits économiques, sociaux et culturels)*, 27 juin 1997, *op. cit.*, p. 2).

²¹¹ SOTTAS Eric, directeur de l'Organisation Mondiale contre la Torture (OMT), Genève, *Efforts internationaux de coordination contre l'impunité*, Public Hearing Committee on Foreign Affairs, Security and Defense Policy, Subcommittee on Human Rights, Brussels, 1996.

Ainsi, ce terme est à la fois plus restreint et plus large que notre sujet. Il peut recouvrir une situation juridique particulière²¹² et s'appliquer à des dirigeants politiques mais il englobe d'autres moyens protégeant l'auteur des violations de droits de l'homme que l'amnistie²¹³. Cette notion d'impunité doit donc être utilisée précautionneusement même si elle est particulièrement importante pour notre étude, les dirigeants politiques étant souvent désignés comme les responsables des violations des droits de l'homme, et toutes les techniques amnistiantes étant dans ce domaine considérées comme facilitant cette impunité au côté des immunités dont

²¹² Elle implique notamment de prendre en compte de manière importante la victime (Voir : AMBOS Kai, « Impunity... », *op. cit.*).

²¹³ C'est ce qu'explique Ambos Kai dans le passage suivant à propos de l'Amérique latine: « *An empirical analysis of the situation in the states examined leads to the conclusion that impunity rarely has pure normative causes ; instead, impunity has a complex mixture of normative, factual and structural causes which in turn are interrelated and mutually conditional (...). In spite of the emphasis on normative causes and dimensions of impunity, one must not overlook the fact that factual causes prevail, both quantitatively and qualitatively, over normative causes. The power and influence of the security, particularly of the armed forces, in the societies examined is, for example, a structural and factual phenomenon (...). The main responsibility lies with those individuals who shape and conceptualize, and those who implement and apply the law. They operate in the three state powers – executive, legislative, and judiciary – and compose the true « legal apparatus » responsible for the legal treatment of human rights violations. Thus, the tribunals and the administration applying the law can favour impunity by ignoring the – few – legal means by which it can be restricted. To give a concrete example: if the supreme Courts extend military jurisdiction to cases which, according to existing law, should be tried before ordinary Courts, they give in to military pressure and they do so not for legal but possibly for opportunistic political reasons. These Courts (the Peruvian, Chilean and – during a limited period – the Argentinian) share direct responsibility for the granting of impunity » (Ibid, p. 11). De même, Maître DEBOISVIEUX distingue l'impunité de fait de l'impunité de droit : « l'existence de l'impunité peut être la conséquence de l'absence de règles ou d'absence d'application de celles-ci. Elle résulte en général d'un rapport de forces archaïques et élémentaires et (ou) d'une absence d'Etat : on qualifiera cette situation d'impunité de fait. Elle peut également être le résultat de la volonté politique d'un gouvernement qui, soumis aux pressions de groupes puissants, légitimera en quelque sorte, par une loi d'amnistie, les violations des droits de l'homme qu'ils auront commises » (DEBOISVIEUX Gilberte, « Impunité de fait, impunité de droit », *op. cit.*). Voir aussi: CASSEL Douglass, « Lessons from the America's guideline for international response to amnesties ... », *op. cit.*, p. 199.*

bénéficient les dirigeants politiques²¹⁴. Ces dernières sont très hétérogènes et obéissent à des régimes juridiques différents. Néanmoins, elles ont toutes pour caractéristique d'assurer l'exercice indépendant et serein des fonctions par leur bénéficiaire en imposant un traitement exorbitant du droit commun. Dans l'ordre international, les immunités sont attribuées à l'État étranger et à ses représentants²¹⁵ et obligent l'Etat, à ne pas exercer sa juridiction contre leurs bénéficiaires. Pourtant, les dirigeants politiques s'efforcent de consolider cette immunité lorsqu'elle ne les protège pas ou plus²¹⁶ – ou de la suppléer lorsqu'ils n'en bénéficient pas – par l'adoption d'amnisties.

Toutefois, en raison de la lutte contre l'impunité, ces amnisties pourront n'avoir aucun effet juridique devant une juridiction étrangère au nom de la compétence universelle et devant une juridiction internationale en vertu de dispositions expresses des Statuts des tribunaux pénaux internationaux et de la nouvelle Cour pénale internationale (CPI). Elles expriment simplement une posture de l'Etat qui l'attribue, une posture pouvant avoir des effets politiques.

Ainsi, l'amnistie des dirigeants politiques entretient des relations complexes avec leur régime de responsabilité. La plupart des auteurs travaillant sur la responsabilité pénale des hommes politiques constate son accroissement pour pallier une responsabilité politique défaillante²¹⁷. Certains se demandent donc si ce phénomène ne va pas entraîner un recours important des

²¹⁴ Les jurisprudences nationales le rappellent fréquemment. Voir par exemple en France, l'arrêt n° 1414 de la Chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 13 mai 2001, *Kadhafi*.

²¹⁵ Nous ne nous intéressons pas ici aux immunités d'organisations internationales, leurs représentants et fonctionnaires ne correspondant pas à la définition que nous avons donné de la qualification de « dirigeant politique ».

²¹⁶ Sur les limites de ces immunités, v. notamment CIJ, 14 février 2002, *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000, République démocratique du Congo c. Belgique*, Rôle général n° 121 (*infra*, pp. 460 et s.).

²¹⁷ En particulier le professeur Olivier Beaud (par exemple, voir : BEAUD Olivier, « La responsabilité politique face à la concurrence d'autres formes de responsabilité des gouvernants », *Pouvoirs*, n° 92, 2000, p. 17 ; « Le double écueil de la criminalisation de la responsabilité politique », *RDP*, n° 2, 1999, p. 419)

dirigeants politiques à l'auto-amnistie²¹⁸. Par ailleurs, les auteurs s'intéressant spécifiquement à l'amnistie constatent une certaine limitation de l'amnistie des dirigeants politique concernant les infractions réalisées dans l'exercice de leurs fonctions²¹⁹ et les crimes contre l'humanité. Il est donc également intéressant de s'interroger sur l'existence d'une évolution commune entre la responsabilité et l'amnistie des dirigeants politiques. De même, une partie de la doctrine considère que les dirigeants politiques doivent être particulièrement protégés de toute mise en cause de leur responsabilité pour des actes commis durant leurs fonctions, alors que l'autre partie réclame au contraire la facilitation de cette mise en cause, puisque pour reprendre le professeur Peter A. A. Barcroft, dans une société idéale ce sont les dirigeants politiques qui méritent d'être punis de manière la plus stricte²²⁰. Il convient donc enfin de s'intéresser à cette contradiction et de rechercher si la qualité de dirigeant politique doit empêcher toute amnistie.

En réalité ces questions se rejoignent en une seule : l'amnistie peut-elle juridiquement être considérée comme une protection pénale absolue du dirigeant politique ?

Méthode et plan suivi

Parce que l'amnistie est une catégorie juridique universelle comme l'a démontré cette introduction, tous les systèmes de droit ont été envisagés dans un premier temps pour répondre

²¹⁸ « *La multiplication des condamnations d'élus nationaux et locaux, en France comme à l'étranger, met en exergue une évolution voire un retour : la substitution d'une responsabilité pénale – désormais plus effective – à la responsabilité politique devenue théorique. Encore faut-il, par un dévoiement condamnable, ni amnistier, ni gracier les élus reconnus coupables ?* » (BIGAUT Christian, *La responsabilité pénale des hommes politiques*, collection droit public, L.G.D.J., septembre 1996, p. 144)

²¹⁹ Il en est ainsi de Céline Coquin. L'un de ces domaines est la corruption au sens large dont la concussion, prise illégale d'intérêt, atteinte à la liberté des candidats dans les marchés publics, la corruption active et passive et le trafic d'influence (COQUIN Céline, « Deux aspects ... », *op. cit.*, p. 38).

²²⁰ « *The customary view has been that any legal vehicle whose implementation results in impunity for those who is an ideal society would be punished must, at the very least, bear up to constitutional scrutiny and be accompanied by some official acknowledgement of the truth* » (BARCROFT Peter, « *The presidential pardon, ...* », *op. cit.*, p. 381).

à ces questions relatives à la responsabilité. Néanmoins, l'adoption du droit comparé implique de sélectionner pour chaque argument le cas le plus significatif et de l'étudier dans son contexte²²¹, mais également de privilégier le texte brut en langue originale afin d'éviter les erreurs de traduction²²². En suivant cette méthode, des premières typologies ont été construites²²³. Elles ont permis de faire apparaître qu'en dépit de la différence de degré des infractions commises par les dirigeants, et quels que soient les systèmes constitutionnels ou la période d'octroi de la clémence, des problématiques similaires se retrouvent dans des pays aussi différents que l'Afrique du Sud, ceux d'Amérique latine, Haïti, les Etats-Unis, la Russie, la France, l'Italie, l'Espagne et le Royaume-Uni²²⁴. Par ailleurs, des questions analogues se posent ponctuellement dans plusieurs autres nations ayant connu la mise en place de juridictions

²²¹ Un travail de documentation historique, sociologique et ethnologique a donc été nécessaire pour restituer, dans la mesure du possible, ce contexte.

²²² C'est pourquoi, nous avons préféré étudier les sources utilisées dans leur langue originale, dès lors que cela était réalisable, c'est à dire, lorsque ces sources étaient en allemand, anglais, chinois, espagnol, français et italien, les langues dans lesquels nous pouvions travailler directement. En revanche, dans le souci de faciliter la lecture de cette thèse, les notes de bas de page peuvent contenir des traductions en français ou en anglais et il a été choisi de ne pas utiliser d'autres langues que le français dans les développements principaux, exceptés quelques termes au sens particulier, comme celui de *pardon* par exemple.

²²³ Les premières typologies ont été construites à partir des éléments suivants : le type de régime politique et d'organisation des pouvoirs publics ; la conception des rapports entre l'ordre juridique national et le droit international ; la fréquence des amnisties et les infractions auxquelles elles s'appliquent ; la fréquence des amnisties des dirigeants politiques et les infractions auxquelles elles s'appliquent ; la norme amnistiant ; les justifications (historiques, doctrinales, juridictionnelles et politiques) de l'amnistie ; les justifications (historiques, doctrinales, juridictionnelles et politiques) de l'amnistie des dirigeants politiques ; l'encadrement juridique de l'amnistie par la constitution, la loi et d'autres normes ; l'éventuel encadrement juridique de l'amnistie des dirigeants politiques par la constitution, la loi et d'autres normes ; la jurisprudence relative à l'amnistie ; la jurisprudence relative à l'amnistie des dirigeants politiques ; les éventuels travaux des comités vérité et réconciliation. Cette classification a ensuite été affinée comme le montreront les développements de la thèse.

²²⁴ Avant que le *pardon* ne tombe en désuétude.

internationales ou internationalisés pour connaître de crimes commis par leurs anciens dirigeants se pensant protégés par des mesures de clémence antérieures, comme au Cambodge. Prendre en compte ces Etats permet d'appréhender tout autant des amnisties de dirigeants politiques dans un cadre de *common law*, que romano-germanique, pour des infractions de droit commun que pour celles de crimes de droit international, dans des situations de transition démocratique comme de démocratie consolidée, en situation de paix ou de conflit. Ces amnisties peuvent tout aussi bien être générales que d'application limitée, consenties par la Constitution, par un traité ou par une loi. En outre, les dirigeants politiques de ces Etats ont des régimes de responsabilité divers. Par exemple, s'agissant de leurs protections pénales, nous verrons que certains sont pénalement responsables devant les juridictions ordinaires, y compris pour les faits commis durant leurs fonctions et liées à ces dernières, tandis que d'autres sont soumis à des procédures exorbitantes de droit commun même lorsque les faits n'ont aucun lien avec leurs fonctions. Les conséquences de l'amnistie doivent donc être appréhendées en tenant compte de ces différences tout en remarquant qu'il y a un socle commun permettant de mettre à jour un véritable régime de l'amnistie des dirigeants politiques en dépit de toutes ces divergences. Ainsi, nous verrons que – quelle que soit l'infraction amnistiée – des questions relatives aux droits des victimes comme du bénéficiaire de l'amnistie se posent et qu'elles sont accentuées lorsqu'un dirigeant politique est en cause. Nous verrons aussi qu'il y a bien un corps cohérent de règles s'appliquant à l'amnistie des dirigeants politiques indifféremment de son type.

Pour étudier ce socle commun constituant le régime juridique de l'amnistie des dirigeants politiques, il convient d'adopter un plan mettant en valeur à la fois les évolutions et les limites de l'amnistie des dirigeants politiques. Il fera apparaître que les dirigeants politiques contrôlant l'amnistie, ils peuvent la faire intervenir à tout moment, y compris avant leur condamnation, et empêcher l'engagement de leur responsabilité comme ses effets. En ce sens, l'amnistie peut permettre une protection pénale absolue des dirigeants politiques (PARTIE 1). Cette protection absolue heurte des droits fondamentaux – surtout ceux des victimes mais aussi paradoxalement des bénéficiaires de l'amnistie – tout autant que les grands équilibres constitutionnels, telle que

Introduction générale

la séparation des pouvoirs. Toutefois, si les dirigeants politiques amnistiés sont susceptibles de jouir, grâce à cette technique, d'une irresponsabilité pénale également pour tous leurs actes délictueux, l'émergence d'une responsabilité individuelle en droit international pour les crimes internationaux relativise ses effets lorsque de tels crimes ont été perpétrés sous la responsabilité de gouvernants (PARTIE 2).

Introduction générale

PREMIERE PARTIE – UNE TECHNIQUE CONSTITUTIONNELLE D'IRRESPONSABILITÉ ABSOLUE, MAÎTRISÉE PAR LES DIRIGEANTS POLITIQUES

L'amnistie des dirigeants politiques est décidée soit par le législateur soit par l'exécutif au profit d'un seul ou de plusieurs bénéficiaires. Il y a donc une multiplicité de situations possibles. Pourtant, quels que soient les cas étudiés, une inquiétude transparait en doctrine et parfois dans la jurisprudence : du fait de la maîtrise par des dirigeants politiques de son déclenchement et de ses effets, cette amnistie ne nuit-elle pas à l'équilibre des institutions, ou même, ne contribue-t-elle pas « à un processus de dégradation [des] institutions²²⁵ »? Ces interrogations rejoignent

²²⁵ « A travers ces deux exemples on va tenter de montrer de quelle manière l'amnistie contribue à un processus de dégradation de nos institutions » (ROCHE-DAHAN Janick, thèse, *op. cit.*, p. 449, à propos des amnisties des infractions liées au financement des partis politiques dans les années quatre-vingt-dix en France). L'analyse de Sandrine Lefranc qui s'intéresse spécifiquement à l'équilibre institutionnel des Etats en transition démocratique est plus nuancée : « Cette « impunité » (...) peut avoir des effets en retour : en enfreignant le principe démocratique d'égalité devant la loi, elle peut miner la légitimité de la démocratie nouvelle et renforcer l'animosité des tenants des poursuites judiciaires. Quoiqu'on ne puisse évaluer les effets dissuasifs des sanctions judiciaires infligées aux tenants de l'ancien régime, cet exceptionnalisme juridique [la mise en place d'une amnistie] peut aussi avoir des effets pervers sur la stabilité du régime, en confortant ces groupes dans la certitude qu'ils peuvent librement remettre en question le cadre institutionnel. Les objectifs de stabilité et de légitimité semblent par conséquent contradictoires. De la même manière, le respect du principe de justice peut avoir des effets pervers : en s'affranchissant des normes du droit positif, une justice ad hoc soucieuse de faire droit à l'indignation des victimes est susceptible de miner le caractère juste et démocratique de l'exercice de la justice » (LEFRANC Sandrine, *op. cit.*, p. 23).

deux problèmes posés par le contrôle politique de l'amnistie des gouvernants – un problème général relatif à l'équilibre des pouvoirs, et une possibilité plus spécifique d'abus de droit et de détournement des procédures – qui pourraient briser la cohérence constitutionnelle. En ce qui concerne la confrontation de cette amnistie au principe de séparation des pouvoirs, les auteurs sont partagés, beaucoup estimant que l'amnistie est un contrepoids à d'autres pouvoirs, et participe donc à leur équilibre qu'elle s'applique ou non à des dirigeants (TITRE 1). En revanche, la plupart des théoriciens considèrent que l'abus de l'amnistie des dirigeants politiques ne peut être directement empêché, d'autant plus que l'auto-amnistie ne représente pas en elle-même un tel abus. La seule solution pour prévenir l'utilisation immodérée de techniques de clémence absolue, qui est souvent révélatrice de l'inadaptation du régime de responsabilité, est de réenvisager ce dernier (TITRE 2).

TITRE 1 – UNE MAÎTRISE POUVANT PORTER ATTEINTE A L'AMÉNAGEMENT CONSTITUTIONNEL DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS

« Si la distinction des trois fonctions législative, exécutive et judiciaire pouvait paraître fondamentale pour l'analyse du pouvoir politique, il faut bien reconnaître qu'elle ne correspond plus à la réalité de l'Etat moderne ²²⁶».

Il est vrai que la séparation des pouvoirs telle qu'elle a été théorisée à partir des écrits d'auteurs comme Locke et Montesquieu a été nuancée par l'application qui en a été faite. Il est donc intéressant de se demander si l'amnistie des dirigeants politiques participe à la nuance de ce principe ou bien si elle le remet en cause.

²²⁶ GAUDEMET Paul, « La séparation des pouvoirs, mythe et réalité », *Dalloz* 1961, p. 120.

Le pouvoir d'amnistie était traditionnellement octroyé au souverain mais la tendance historique générale aussi bien dans les Etats de tradition romaniste²²⁷ que dans ceux de *common law*²²⁸ était la revendication permanente par les autres pouvoirs de la prérogative amnistiante. Toutefois, cette dernière a très vite été considérée par les constituants comme un contrepoids à la fonction judiciaire, s'inscrivant dans l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs²²⁹. Elle permettait ainsi au pouvoir exécutif ou législatif d'atténuer la rigueur du juge, qui lui-même disposait d'une certaine marge d'appréciation dans l'application des textes normatifs adoptés par les deux autres pouvoirs. Ce raisonnement se complique s'agissant de

²²⁷ L'histoire de l'amnistie en France le suggère. Jean-Marie Gonnard la synthétise de la manière suivante : « L'amnistie a été connue dans l'ancien droit sous le nom de « lettres d'abolition générale » accordées par le souverain. Selon les régimes, elle a été à la disposition tantôt du roi tantôt du Parlement. Dans le droit intermédiaire, les Assemblées législatives ont eu le pouvoir d'user de l'amnistie et elles l'ont effectivement exercé. Jusqu'en 1849, bien que sans texte, le pouvoir monarchique a fait figurer l'amnistie parmi ses attributions. La Constitution du 4 novembre 1848 (article 55) l'a subordonnée à la forme législative. Par Senatus-consulte de 1852 elle fut confiée à l'Empereur. Enfin l'article 3 de la Constitution de 1875 en fit à nouveau une matière législative, ce qu'elle resta, sauf sous le régime de Vichy, jusqu'à nos jours » (GONNARD Jean-Marie, « Amnistie », textes, *op. cit.*, p. 18).

²²⁸ Par exemple en Angleterre : « *The prerogative of mercy was assigned by law to the King as early as the seventh century, and it was still the King who held the pardoning power under the new code of laws of William the conqueror. But the power did not go uncontested. The Earls held a rival pardoning power in their own lands, and the church also had the right to pardon offenses through the « benefit of clergy » the parliament also regularly contested the King's pardoning power. Thus, in England, as much of Europe, the unceasing struggles for power often took the form of struggles for the exclusive power to pardon, which was correctly recognizes as of great value, politically and financially* » (DEAN MOORE Kathleen, *op. cit.*, p. 17).

²²⁹ Pour ce titre relatif aux rapports entre l'amnistie des dirigeants politiques et la séparation des pouvoirs, nous ne pouvons nous intéresser qu'aux Etats qui – même si ce n'est qu'en apparence ou sous une forme originale – appliquent cette théorie.

l'amnistie des dirigeants politiques. En effet, il convient dès lors de se concentrer sur les moyens de pression dont dispose chaque pouvoir sur l'autre, en régime parlementaire²³⁰ comme en régime présidentiel²³¹. L'amnistie devient un moyen pour l'exécutif ou le législatif de contrer l'engagement de sa responsabilité par les autres pouvoirs et peut rompre l'équilibre constitutionnel à son profit. Par exemple, selon les professeurs Christian Bidegaray et Claude Emeri,

« Fondé sur la séparation stricte des pouvoirs et sur une réciproque faculté d'empêcher – veto *v/impeachment* – le système présidentiel états-unien fonctionne à plusieurs vitesses, cahin-caha avec des périodes de *stop and go*. Mais il fonctionne car il oppose et oblige à coopérer sous peine d'implosion, des institutions également légitimes²³² ».

Ainsi, dans ce système – mais la démonstration est adaptable à d'autres – l'adoption d'un *pardon* par le président au profit de membres de l'administration fédérale pourrait provoquer une interruption voire l'implosion de l'équilibre institutionnel, car elle représenterait la neutralisation par l'exécutif de la faculté d'empêcher à la disposition du pouvoir législatif. Accorder le bénéfice de l'amnistie à des dirigeants politiques peut ainsi empêcher la mise en œuvre de procédures prévues par la Constitution. Toutefois, il est possible de distinguer deux

²³⁰ Ces moyens de pression sont mis en place par les constituants dans le cadre d'une séparation souple des pouvoirs. Le Parlement peut par exemple renverser le gouvernement par le vote d'une motion de censure. En général, l'exécutif dispose en échange de la faculté de dissoudre l'Assemblée. Lorsque le régime est rationalisé, le recours à ces moyens de pression est complexifié afin d'éviter toute instabilité.

²³¹ Lorsque le régime constitutionnel se caractérise par la mise en place d'une séparation stricte des pouvoirs, les moyens de pression sont extrêmement limités. Ils se traduisent par une utilisation particulière des nécessaires moyens de collaboration comme par exemple du veto législatif à la disposition de l'exécutif, ou ce qui nous intéresse plus particulièrement ici, de l'*impeachment*.

²³² BIDEGARAY Christian, EMERI Claude, « Du pouvoir d'empêcher : veto ou contre-pouvoir », *R.D.P.*, 1994, (1-3), p. 333.

cas²³³. Le premier cas est celui d'une amnistie qui produit des effets sur une procédure judiciaire engagée contre des dirigeants politiques, une procédure par laquelle ils se voient appliquer des règles de responsabilité de droit commun²³⁴. Le débat rejoint alors celui relatif aux atteintes à la fonction judiciaire par l'amnistie en général (CHAPITRE 1). Dans le second cas, l'amnistie des dirigeants politiques s'étend à l'engagement de la responsabilité du dirigeant selon une procédure constitutionnelle spéciale, qu'elle soit considérée comme pénale, politique ou mixte. Or, les dispositions constitutionnelles qui s'y rapportent concilient la nécessaire responsabilité et l'exigence de protection propres aux dirigeants. En empêchant leur application, l'amnistie pourrait donc rompre l'équilibre institutionnel (CHAPITRE 2).

²³³ Nous montrerons que dans les controverses politiques ils ne sont généralement pas différenciés, ce qui amène à une certaine confusion sur les arguments échangés.

²³⁴ Dans ce cas, la qualité de dirigeant politique peut être une circonstance aggravante, mais les règles juridiques qui lui seront appliquées ne sont pas d'exception.

CHAPITRE 1 – LA PARALYSIE DU POUVOIR JUDICIAIRE: UN DÉBAT CONCERNANT L'AMNISTIE GÉNÉRALE

D'après les professeurs Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, qui concentrent leur analyse sur le droit constitutionnel français :

« Les lois d'amnistie sont susceptibles de (...) porter atteinte au principe de séparation des pouvoirs entre le législateur et le juge. En effet, en matière pénale, dans l'hypothèse où l'amnistie est prononcée avant que les poursuites ne soient engagées, il ne peut y avoir d'action publique ; si la juridiction a été saisie, un non-lieu est prononcé ; si la juridiction de jugement a été saisie, l'inculpé bénéficiera d'une relaxe ou d'un acquittement ; enfin, si la condamnation a été prononcée avant l'amnistie, le condamné bénéficiera d'une remise de peine. Il s'agit dans toutes ces hypothèses d'une intervention du législateur dans le cours de la justice²³⁵ ».

Les questions relatives aux rapports entre le pouvoir judiciaire et l'amnistie des dirigeants politiques rejoignent celles concernant l'atteinte à la fonction de juger par l'amnistie générale. Cependant, les critiques suscitées par l'amnistie des dirigeants politiques par rapport aux autres mesures d'amnistie, sont accentuées lorsque cette atteinte intervient avant toute condamnation (SECTION 1). En revanche, comme pour toute amnistie, elles sont moindres lorsque l'atteinte à la fonction judiciaire provient du pouvoir législatif si on les compare aux controverses doctrinales se tenant dans les Etats où l'exécutif peut adopter une telle mesure (SECTION 2).

²³⁵ MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 575.

**SECTION 1 – LE RENFORCEMENT DE LA PARALYSIE LORSQUE L'AMNISTIE
INTERVIENT AVANT LA CONDAMNATION DU DIRIGEANT**

Plus l'intervention de l'amnistie dans la procédure judiciaire est prématurée et plus l'atteinte à cette autorité est importante. Des juridictions ont donc tenté de s'opposer à ses effets en admettant la possibilité de l'ouverture d'une procédure en dépit d'une loi d'amnistie. Néanmoins, elles ont légitimement été censurées. Selon le professeur Michel Lesage, « *le principe de non-intervention du législateur dans le contentieux judiciaire et administratif trouve donc (...) une limite dans l'amnistie*²³⁶ ».

Or, l'intervention de l'amnistie est toujours contestée dans certains Etats, surtout lorsqu'elle survient avant condamnation, car elle va à l'encontre de deux des justifications de la mise en place de la séparation des pouvoirs. En premier lieu, elle s'opposerait à la volonté des constituants d'éviter l'absolutisme, puisqu'elle empêche le droit de recours en justice des individus (I). En second lieu, elle porterait atteinte à l'objectif d'équilibre constitutionnel, en permettant au pouvoir amnistiant de tirer les bénéfices de la paralysie de la fonction judiciaire (II).

I. La contestation de cette atteinte au nom du droit de chacun d'agir en justice

Le principe selon lequel les individus doivent avoir librement accès à la justice a été reconnu juridiquement, dès 1215, en Angleterre. La Grande Charte spécifiait en effet dans sa quarantième disposition : « *nous ne vendrons, ni refuserons ou ne différencierons le droit ou la*

²³⁶ LESAGE Michel, *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice (Contribution à l'étude du principe de séparation des pouvoirs)*, préface de Roland Drago, Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1960, p. 171.

*justice à personne*²³⁷ ». Il fait actuellement partie du *corpus* des droits fondamentaux protégé dans de nombreux Etats²³⁸ et au niveau international²³⁹. Pourtant, en apparence, l'amnistie qui s'applique à des personnes²⁴⁰ contre lesquelles aucune action publique n'a été ouverte, viole le droit de la victime à agir en justice, une perspective souvent présentée comme intolérable lorsque l'auteur de l'infraction est un dirigeant politique (A). L'amnistie porte aussi atteinte au droit de la personne bénéficiaire de cette amnistie de voir reconnaître judiciairement son

²³⁷ CALMETTE Joseph, GRUBER Jean-Jacques (collab.), *Textes et documents d'histoire du Moyen âge*, Paris : Clio, 1938, Introduction aux études historiques, 11, p. 168.

²³⁸ Par exemple, l'article 52 de la Constitution russe dispose que : « *L'Etat assure aux victimes l'accès à la justice et l'indemnisation du dommage causé* ».

²³⁹ C'est l'un des principes fondamentaux reconnus par la commission des droits de l'homme du Conseil économique et social de l'ONU : « *La commission des droits de l'homme, (...) décide d'adopter les principes fondamentaux suivants : (...) 11. les recours contre les violations du droit international humanitaire et des droits de l'homme comprennent : a) le droit d'accès de la victime aux instances judiciaires* » (BASSIOUNI Chérif, *Le droit à la restitution, indemnisation et réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Droits civils et politiques et notamment : indépendance du pouvoir judiciaire, administration de la justice, impunité*, Rapport final du rapporteur spécial, M. Chérif Bassiouni, présenté en application de la résolution 1999/33 de la commission, commission des droits de l'homme, cinquante-sixième session, Point 11 d) de l'ordre du jour provisoire, Conseil économique et social, Distr. Générale, E/CN.4/2000/62, 18 janvier 2000).

L'article 8 de la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 est assez révélateur du double aspect de ce droit d'agir en justice. Il dispose que : « *toute personne a droit en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* ».

Ce principe est également consacré par de nombreuses conventions régionales (Voir : l'article 7 de la Charte africaine des droits de l'homme, l'article 25 de la convention américaine relative aux droits de l'homme et l'article 13 de la CEDH). Nous verrons que ces textes servent également à justifier la position des auteurs considérant que certains crimes sont inamnistiables en droit international (Voir : *infra*, Partie 2, titre 2, pp. 527 à 530).

²⁴⁰ L'amnistie est alors personnelle.

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

innocence, une reconnaissance très importante lorsque l'on occupe, ou que l'on ambitionne de solliciter, une fonction politique (B).

A. Le droit d'agir en justice de la victime

Bien que non admise par les juridictions constitutionnelles (1), la contestation de l'amnistie des dirigeants politiques au nom du droit d'agir en justice de la victime se fonde sur des arguments développés en doctrine(2).

1. Une contestation non admise par les juridictions constitutionnelles

De nombreux recours contentieux contre des lois d'amnistie ont été fondés sur la violation du droit d'agir en justice de la victime. Parmi les décisions importantes, se trouve celle de la Cour constitutionnelle sud-africaine *AZAPO v. President of the Republic of South Africa* du 25 juillet 1996²⁴¹, qu'il est intéressant de confronter à celle du Conseil constitutionnel français, en date du 8 juillet 1989²⁴² en raison de la similitude de leurs considérants, et ce, en dépit de la différence du contexte constitutionnel. En effet, la Constitution intérimaire sud-africaine de 1993²⁴³ comprenait une déclaration de droits fondamentaux qui disposait dans sa section 22 que toute partie à un litige avait le droit de voir celui-ci tranché par une juridiction ou par tout autre organe indépendant²⁴⁴. L'organisation AZAPO, ainsi que les ayants droit de victimes célèbres de l'apartheid²⁴⁵, estimaient que cette disposition constitutionnelle était violée par la loi de

²⁴¹ *Azanian Peoples organisation (AZAPO) and others v. President of the Republic of South Africa*, 1996, (4) SA 562 (CC). Voir : annexe XVII, p. 685.

²⁴² Décision n° 89-258 D.C. du 8 juillet 1989, *Loi portant amnistie*.

²⁴³ Act 200 of 1993.

²⁴⁴ « *Every person shall have the right to have justiciable disputes settled by a Court of law or, where appropriate, another independent or impartial forum* » (*Ibid*, s. 22).

²⁴⁵ Comme par exemple la veuve du très populaire Steve Biko, qui revendiquait la dignité pour les noirs d'Afrique du Sud, tué en 1977 au cours d'un « interrogatoire » par la police sud-africaine.

promotion de l'unité nationale et de la réconciliation²⁴⁶ portant création d'une commission vérité et réconciliation, chargée d'octroyer l'amnistie conditionnelle prévue par la Constitution. La Cour constitutionnelle considéra que si l'amnistie avait bien un impact sur l'exercice de ce droit fondamental, elle ne violait pas pour autant la Constitution, puisque c'est cette dernière qui mettait en place l'amnistie dans son préambule²⁴⁷. Quant au Conseil constitutionnel français, il devait répondre dans sa décision 89-258 DC, aux sénateurs auteurs de la saisine, qui estimaient que l'amnistie contrevenait en particulier à « *la séparation des pouvoirs car l'amnistie avant jugement revient à dessaisir le juge du dossier et lèse les intérêts de la partie civile* ». Comme la Cour constitutionnelle sud-africaine, il refusa ces arguments au motif que le fondement de cette dérogation se trouvait dans la Constitution, dont l'article 34 donne compétence au législateur pour adopter une amnistie²⁴⁸. Pourtant, en France comme dans beaucoup d'Etats, et contrairement à l'Afrique du Sud, le libre exercice du droit d'agir en justice n'a pas valeur constitutionnelle ; il relève de la loi²⁴⁹. Le Conseil constitutionnel aurait donc pu

²⁴⁶ *Promotion of National Unity and Reconciliation Act*, Act 34 of 1995, article 20 (7). Voir : annexe IX, p. 660.

²⁴⁷ Ce préambule dispose que : « *In order to advance such reconciliation and reconstruction, amnesty shall be granted in respect of acts, omissions and offences associated with political objectives and committed in the course of conflicts of the past. To this end, Parliament, under this Constitution, shall adopt a law determining a firm cut-off date, which shall be after 8 October 1990 and before 6 December 1993, and providing for the mechanisms, criteria and procedures, including tribunals, if any, through which such amnesty will be dealt with at any time after the law has been passed* ».

²⁴⁸ « *Considérant 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 son 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 de fixation des règles concernant l'amnistie...* » (Décision n° 89-258 D.C. du 8 juillet 1989, *op. cit.*)

²⁴⁹ Le Conseil constitutionnel l'a confirmé expressément dans sa décision n° 80-119 L du 2 décembre 1980 (nature juridique de diverses dispositions figurant au Code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale) : « [Cette disposition] *est en effet, la conséquence, pour le redevable, de son droit d'agir en justice*

statuer de la même manière mais en considérant que la loi d'amnistie aménageait le droit d'agir en justice, sans y porter atteinte, puisque ce n'était que temporairement et pour une catégorie déterminée. Quoi qu'il en soit, il est possible de conclure de ces décisions, comme Alain Trabuc – qui lui se limite au Conseil constitutionnel français – que : « *selon les requérants, l'amnistie « préventive » serait plus attentatoire au principe de séparation des pouvoirs que l'amnistie a posteriori*²⁵⁰», mais que les juridictions constitutionnelles refusent de l'admettre lorsque l'amnistie a un fondement constitutionnel. Elles prendront toutefois garde à la préservation des autres droits des parties civiles, en particulier au droit à des réparations. Ainsi, le Conseil constitutionnel français et la Cour constitutionnelle sud-africaine, ont vérifié à plusieurs occasions²⁵¹ que le droit des victimes à des réparations était préservé²⁵².

Généralement, les décisions prises après la contestation de l'amnistie au nom du droit de la victime d'agir en justice deviennent très importantes puisqu'elles permettent d'en préciser les contours. C'est particulièrement le cas dans les Etats de *common law*, où la jurisprudence a une grande importance pour la formation du droit et dont le principal instrument de clémence, le *pardon*, est fréquemment confondu par les auteurs originaires de pays au système juridique différent avec ce qui est désigné en français par le terme de « grâce »²⁵³. Aux Etats-Unis, il a fallu plusieurs décisions de la Cour suprême avant que les *pardons* précédant toute condamnation soient suffisamment justifiés pour que les recours ne soient plus fondés sur le

dont le libre exercice relève de la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution » (Son régime juridique étant le même que celui des autres libertés fondamentales).

²⁵⁰ TRABUC Alain, thèse, *op. cit.*, p. 46.

²⁵¹ S'agissant du Conseil constitutionnel, il vérifie la proportionnalité des effets de l'amnistie avec les droits des victimes et des tiers. Sur ce point, voir : BELRHALI Hafida, « L'amnistie à l'issue de l'élection présidentielle », *Revue de la Recherche juridique, Droit prospectif*, Aix-Marseille : PUAM, 2002-2, p. 855.

²⁵² Il est d'ailleurs généralement considéré que les victimes n'ont pas le droit à la sanction du coupable. Leur droit est à la réparation et, peut-être, depuis l'apparition des commissions vérité et réconciliation, à la vérité.

²⁵³ Voir : *supra*, Introduction générale, pp. 35 à 45.

droit d'accès à la justice de la victime. Ainsi, en 1866, dans la décision *ex parte Garland*²⁵⁴, les conséquences des *pardons* octroyés avant condamnation sont directement présentées sans qu'apparaisse une réelle discussion sur leur validité constitutionnelle. Il faut attendre la décision *ex parte Grossman* de 1925 pour que la Cour suprême précise expressément que l'exécutif peut octroyer un *pardon* pour toutes les infractions après qu'elles aient été commises, soit avant, soit pendant, soit après tout procès²⁵⁵. Toutefois, elle a apporté en 1990 une limite à cette possibilité de s'opposer par un *pardon* au droit de la victime d'agir en justice : la proclamation de *pardon* doit être précise sur le moment et les modalités d'application du *pardon*²⁵⁶. C'est sur cette jurisprudence que s'est fondé le Procureur spécial Léon Jaworski pour affirmer que le *pardon* octroyé par Gerald Ford à Richard Nixon était constitutionnel²⁵⁷. Il le confirma dans une lettre à l'*Attorney General* William Saxbe en affirmant que le *pardon* pouvait même, sans aucun doute, être octroyé avant que la moindre charge ait été retenue contre la personne en cause. Ce point de vue a fait écrire à beaucoup d'auteurs américains que le seul élément qui conditionne l'octroi d'un *pardon* est la réalisation d'une infraction²⁵⁸. Cette unique condition s'accorde mal

²⁵⁴ « *If granted before conviction, [the pardon] prevents any of the penalties and disabilities consequent upon conviction from attaching [thereto]; if granted after conviction, it removes the penalties and disabilities, and restores him to all his civil rights* » (*Ex parte Garland*, 71 U.S. 333 (1866), *op. cit.*, voir *supra*, note 140, p. 44).

²⁵⁵ « *The executive can (...) pardon all offenses after their commission, either before trial, during trial or after trial, by individuals, or by classes, conditionally or absolutely, and this without modification or regulation by Congress* » (*Ex parte Grossman*, 267 U.S. 87 (1925)).

²⁵⁶ *US v. Noonan*, 906 F. 2d 952 (3rd Cir.1990)

²⁵⁷ Voir : ROZELL Mark J., *President Ford's pardon of Richard M. Nixon; constitutional and political considerations*, *op. cit.*, pp. 126-127.

²⁵⁸ « *On the second question, whether pardon can precede condemnation, I am of the opinion that the President may, if he chooses, grant such pardon. There is nothing in the terms in which the power of pardon is granted which requires that it shall be preceded by a sentence of conviction on the verdict of a jury.(...) A pardon presupposes an offence, and nothing more. (...) It is proper to suggest, further, that it would be much safer, as a general rule, to require a previous trial and condemnation* » (WIRT William, « *Pardons* », *opinions of the Attorney General*,

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

avec l'exigence croissante des droits nationaux et internationaux de mieux prendre en compte les victimes²⁵⁹ et avec la plus grande organisation de ces dernières²⁶⁰ surtout lorsque les crimes commis violent les droits de l'homme et d'autant plus lorsque l'on considère qu'à la victime

30 mars 1820, p. 341, *in the founders' Constitution, volume 4 article 2, section 2, Clause 1, document 26, The University of Chicago Press*, édition 2000, <http://press-pubs.uchicago.edu/founders>).

²⁵⁹ Sur cette prise en compte, voir LUTZ Ellen, « After the elections : compensating victims of human rights abuses », *in* Ellen L. Lutz, Hurst Hannum, Kathryn J. Burke (ed.), *New directions in human rights* 1989, pp. 195 à 212. Nous verrons dans la partie 2 de cette thèse que ce droit d'agir en justice des victimes se traduit surtout par un droit à des réparations devant les juridictions civiles.

²⁶⁰ « Notre société tend aujourd'hui à rechercher la culpabilité à tous les niveaux et à imputer un événement à une personne identifiée, toute prise en compte en termes d'imprévisibilité étant écartée par les victimes, ou leurs ayant droits. Et faute de commissions d'enquête aux pouvoirs étendus, d'un minimum de contrôle de l'exécutif, le sentiment d'irresponsabilité tout court a contribué à cette explosion contentieuse. Les victimes ou présumées telles, sont plus nombreuses à agir, à s'organiser dans une société dominée, y compris sur le plan des représentations, par le droit à réparation et la recherche d'un responsable. La volonté de mettre en cause des acteurs, jusqu'alors protégés par leurs fonctions et une longue tradition d'impunité, si elle vaut désormais pour les politiques comme pour les fonctionnaires, les chefs d'entreprise ou les chirurgiens, traduit, au delà des excès, la recherche d'une démocratie dans laquelle les responsables publics doivent répondre de leurs actes et dont la légitimité ne tient plus seulement à l'élection mais à l'évaluation de leurs actes » (CHAGNOLLAUD Dominique, « rapport introductif », *in* CHAGNOLLAUD Dominique (sous la direction de), *Responsabilité pénale et vie publique en France et à l'étranger*, ouvrage issu d'un colloque organisé par le Centre d'études constitutionnelles et politiques (CECP) de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), le 1^{er} octobre 1999, Paris, éditions Panthéon-Assas, Paris, 2002, L.G.D.J. Diffuseur, p. 69).

personne physique peut s'ajouter la victime personne morale, c'est à dire l'Etat²⁶¹. C'est l'une des raisons qui ont conduit la doctrine, en opposition avec les juridictions suprêmes, à justifier juridiquement la contestation de l'atteinte portée au droit de recours des victimes.

2. Une contestation pourtant soutenue par la doctrine

Les discussions doctrinales relatives aux relations entre l'amnistie des dirigeants politiques et le droit d'agir en justice des victimes sont susceptibles de s'apparenter à celles sur le degré nécessaire de responsabilité des dirigeants politiques, en ce qui concerne les arguments échangés. Les dirigeants politiques peuvent être considérés comme devant voir leur responsabilité davantage engagée que des citoyens ordinaires, ce qui entraînerait pour certains auteurs un droit d'action absolu des victimes tant qu'aucune condamnation n'aurait été prononcée contre le dirigeant en cause et donc une impossibilité de l'amnistier avant condamnation. Pour d'autres, il existe un indispensable domaine d'irresponsabilité des dirigeants politiques, principalement en raison de la nature de leurs fonctions, qui peut s'opposer aux intérêts individuels représentés par les victimes, et justifier une amnistie à tout moment. L'affaire du *Watergate* a donné lieu à un tel débat. La nation américaine toute entière était présentée comme la victime des agissements de Richard Nixon durant la campagne électorale²⁶². Les juristes se sont alors affrontés sur l'interprétation des dispositions constitutionnelles relatives à l'amnistie. Par exemple, le professeur américain Kurland

²⁶¹ Cette idée est ancienne, puisqu'elle se retrouve chez Aristote et qu'elle a été systématisée par les philosophes du dix-huitième siècle.

²⁶² C'est ce qui ressort de la majorité des articles de doctrine consacrés au *pardon* octroyé à Richard Nixon (Par exemple, voir : ROZELL Mark J., « President Ford's pardon... », *op. cit.*). Les motivations de l'acte de *pardon* adopté par Gerald Ford au profit de son prédécesseur ne contredisent pas cette approche puisqu'elles se rapportent à la tranquillité de la nation enfin retrouvée : « *The tranquility to which this nation has been restored by the events of the recent weeks could be irreparably lost by the prospects of bringing to trial a former President of the United States* » (*President Ford 's Proclamation 4311, op. cit...* ; voir : annexe IV, p. 652).

considérer qu'un *pardon*²⁶³ devait avoir pour seul effet l'annulation de la sanction et l'atténuation des rigidités de la justice criminelle²⁶⁴. Selon lui, un tel acte de clémence ne pouvait donc pas précéder une condamnation *a fortiori* s'agissant d'un ancien président des Etats-Unis.

Toutefois, ce débat pouvait être considéré comme tranché par la jurisprudence de la Cour suprême depuis la décision *ex parte Garland*²⁶⁵, mais aussi par l'examen des textes préparatoires de la Constitution américaine, au sein de la Convention de Philadelphie²⁶⁶. En effet, l'un des constituants, L. Martin, avait proposé d'introduire dans l'article 2, Section 2, la mention que les réhabilitations et *pardons* devaient être accordés après condamnation ; mais il l'avait retirée après qu'un autre conventionnel, James Wilson, ait objecté qu'un *pardon* avant toute condamnation pouvait être nécessaire pour obtenir les témoignages de complices dans le cas d'infractions commises en réunion, en citant l'exemple concret des faussaires²⁶⁷. Pour la doctrine majoritaire, le retrait de cette disposition démontrait l'hostilité des conventionnels à une telle limitation de l'amnistie. La Cour suprême avait d'ailleurs confirmé cette étude des textes préparatoires en réaffirmant, toujours en 1974, que le pouvoir de *pardon* ne pouvait être limité que par la Constitution²⁶⁸. Cette dernière ne précisant pas que le *pardon* ne pouvait intervenir qu'après une condamnation, il n'était alors pas possible de considérer que le pouvoir

²⁶³ Comme nous l'avons expliqué en introduction, nous utiliserons dans cette thèse le terme anglo-saxon de *pardon*, écrit en italique, pour désigner ce pouvoir d'amnistie absolu à la disposition de l'exécutif, le plus souvent dans les régimes présidentiels (Voir : *supra*, Introduction générale, pp. 35 à 45).

²⁶⁴ « *A pardon is intended to relieve a person of liability from punishment, to moderate the harshness of the criminal justice system* » (KURLAND Philip B., cité par ROZELL Mark J., « President Ford's pardon... », *op. cit.*, p. 123).

²⁶⁵ Voir : *supra*, p. 44.

²⁶⁶ FARRAND Max (editor), *Records of the federal Convention, of 1787*, New Haven et Londres: Yale University Press, 1937, 4 vol.

²⁶⁷ Madison, 10 sept. (*Ibid*, vol. 4-2, pp. 580 et s.)

²⁶⁸ *Schick v. Reed* 419 U.S (1974). La Cour suprême n'a jamais changé de position depuis la décision *ex parte Garland*, précitée dans laquelle elle envisageait déjà la possibilité d'un *pardon* avant toute condamnation.

du président puisse être limité sur ce plan. Or, une partie des juristes américains, mais aussi de ceux issus d'Etats dont les Constitutions ont été inspirées par la Constitution américaine²⁶⁹, refuse toujours ce raisonnement. Elle considère que les cas d'amnistie avant condamnation envisagés par les constituants ne concernaient clairement pas les dirigeants politiques soupçonnés d'infractions dans l'exercice de leurs fonctions, et que la conception large du *pardon* adoptée par la Cour suprême ne pouvait concerner cette catégorie de personnes²⁷⁰.

Le même débat s'est tenu en Russie, s'agissant du *pardon* adopté par Vladimir Poutine à Boris Eltsine en tant qu' « *ancien président de la fédération de Russie ayant renoncé à ses fonctions*²⁷¹ ». Il était cependant enrichi par d'autres questions concernant les rapports entre les pouvoirs législatif et exécutif. Traditionnellement, la doctrine russe estimait que le pouvoir d'amnistie octroyé au Parlement par la Constitution ne pouvait précéder la condamnation, contrairement au *pardon* exercé par le président. Mais il a tout de même été considéré que Vladimir Poutine s'appropriait le pouvoir d'amnistie du législateur – voire le pouvoir constituant – en octroyant une inviolabilité²⁷² absolue à Boris Eltsine, par le biais d'un *pardon*. Si l'article 89 de la Constitution russe dispose que « *le président de la fédération de Russie a le*

²⁶⁹ Ainsi en Argentine, lorsque Carlos Menem a accordé un *pardon* à plusieurs anciens dirigeants de la junte, beaucoup se sont inspirés des arguments de la doctrine américaine qui rejette la possibilité d'un *pardon* avant condamnation, pour en contester la validité.

²⁷⁰ Par exemple: « *Firmage and Mangrum conclude that, although the Convention failed to restrict pardons to only the post-conviction stage, the framers adopted a « narrow view » regarding cases in which a pre-conviction pardon would be allowed: That narrow view clearly did not extend to the case where the pardon power is used to prevent a thorough investigation and a final determination of the guilt or innocence of public officials charged with illegal misconduct in office* » (ROZELL Mark J., « President Ford's pardon... », *op. cit.*, p. 123).

²⁷¹ Version en langue anglaise: « *President decree of December 31, 1999, n° 1763, on guarantees to a President of the russian federation having relinquished his duties, and to his family members* » (voir : annexe XII, p. 677).

²⁷² « *A President of the Russian federation having relinquished his duties is endowed with immunity. [He] cannot be arraigned in a criminal Court or held liable for administrative violation, cannot be detained, arrested, subjected to search, interrogation or personal inspection...* » (*Ibid*, point [e])

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

*pouvoir d'octroyer des pardons*²⁷³ », elle ne met en place aucune limitation ni contre-pouvoir²⁷⁴ à l'exercice du *pardon* présidentiel. Vladimir Poutine était donc, d'après la Constitution, en droit d'exercer à l'égard de son prédécesseur un pouvoir de *pardon* absolu et illimité. Il en était de même pour le pouvoir d'amnistie de la Douma. En effet, depuis 1994 cette Assemblée a octroyé de nombreuses amnisties controversées²⁷⁵, comme par exemple celle de février 1994²⁷⁶, dont ont bénéficié les leaders de l'insurrection d'octobre 1993²⁷⁷, ainsi que d'anciens dirigeants communistes en attente de jugement pour leur tentative de coup d'Etat d'août 1991²⁷⁸. La Douma d'Etat a un pouvoir d'autant plus important que contrairement à beaucoup d'autres Assemblées²⁷⁹, elle ne partage pas son pouvoir d'amnistie avec la Chambre haute du Parlement²⁸⁰. Le président Eltsine avait contesté cette clémence accordée aux anciens putschistes, en avançant que le pouvoir d'amnistie s'était frauduleusement substitué à son pouvoir de *pardon*²⁸¹. Selon lui, seul ce dernier pouvait intervenir avant toute condamnation ;

²⁷³ Selon la traduction anglo-saxonne, trouvée par exemple dans l'article de Jody C. Baumgartner et Mark H. Morris (BAUMGARTNER Jody C., MORRIS Mark H., « Presidential Power unbound... », *op. cit.*). Comme nous l'avons signalé, la plupart des traductions françaises assimilent le pouvoir présidentiel de *pardon* à la grâce. Nous reverrons combien le pouvoir de *pardon* du chef d'Etat russe est plus étendu que le pouvoir de grâce du président français par exemple.

²⁷⁴ C'est ce que veulent souligner Jody C. Baumgartner et Mark H. Morris, lorsqu'ils affirment que : « *Neither collectively nor individually can either body check the president's pardoning power* » (*Ibid*, p. 223).

²⁷⁵ « *Since 1994, the Duma has granted several highly controversial amnesties. All serve to highlight the fact that while the president's power to pardon is absolute, the Duma can also dispense, unchecked, its own version of justice* » (*Ibid*, p. 224).

²⁷⁶ Adoptée à une large majorité le 23 août 1993, publiée dans la *Rossiskaya Gazeta* du samedi 26 février 1994.

²⁷⁷ Mais aussi les organisateurs de la manifestation du 1^{er} mai 1993, dans laquelle il y avait eu un mort et près de 500 blessés.

²⁷⁸ Contre le président Gorbatchev.

²⁷⁹ Mais comme celles d'autres Etats minoritaires tels que l'Uruguay dont la Constitution octroie ce pouvoir à la seule Chambre des députés (*Asemblea generale*), et non au Congrès.

²⁸⁰ Le Conseil de la fédération qui avec la Douma d'Etat forme l'Assemblée fédérale.

²⁸¹ Par l'intermédiaire d'un communiqué qui menaçait d'« *une reprise de la guerre civile en Russie* », mais aussi du Porte-parole de la présidence qui a déclaré le 24 février 1994 que « *les députés n'[avaient] tiré aucune leçon*

les putschistes de 1991 n'ayant même pas été inculpés. Mais il ne pouvait s'opposer formellement à cette amnistie, ce pouvoir n'étant en effet pas soumis au veto présidentiel. Certains considèrent qu'il aurait pu saisir la Cour constitutionnelle afin de voir annuler cette amnistie. Toutefois, l'amnistie n'est pas reconnue comme une loi fédérale puisqu'elle est incluse dans les matières qui relèvent de la compétence de la Douma par l'article 103 de la Constitution et elle se distingue des lois proprement dites, dont le régime est défini par l'article 105 de ce même texte²⁸². Elle n'était donc pas, par nature, soumise au contrôle de la Cour²⁸³. En outre, quand bien même elle aurait reconnu sa compétence, la Cour constitutionnelle aurait alors dû, en vertu de l'article 125 de la Constitution, se limiter à vérifier la conformité de

du passé et que leur décision hypothéqu[ait] la coopération future entre le législatif et l'exécutif » (Corresp., « l'amnistie des putschistes par la Douma est un défi à Boris Eltsine », *Le Monde*, Vendredi 25 février 1994).

Le correspondant du journal *Le Monde* à Moscou, se demande quant à lui : « *peut-on passer si vite sur ces images – largement diffusées par les médias – de l'ex-vice-président Routskoï, mitrailleuse en bandoulière, ordonnant à ses partisans de prendre d'assaut la télévision centrale et le Kremlin ?* » (*Ibid*)

²⁸² D'après l'article 103 de la Constitution de la fédération de Russie, « *Relèvent de la compétence de la Douma d'Etat : (...) f) La proclamation de l'amnistie* ». L'amnistie n'est donc pas considérée comme une loi fédérale au même titre que les actes dont la procédure d'adoption est déterminée par l'article 105 de cette même Constitution, et dont une partie est énumérée à l'article 106. (Constitution de la fédération de Russie, approuvée par référendum du 12 décembre 1993, traduction du professeur Michel Lesage, disponible sur <http://www.constitution.ru/fr/>)

²⁸³ « *To his credit Yeltsin did nothing, but there was little to do; under the Russian Constitution, amnesty is granted by way of a Duma resolution, not law, and thus is not subject to the presidential veto* » (BAUMGARTNER Jody C., MORRIS Mark H., « Presidential Power unbound.... », *op. cit.*, p. 223).

l'amnistie à la Constitution²⁸⁴. Elle n'aurait pas eu à se prononcer sur son contenu, la Constitution ne précisant pas ce qu'il doit être. C'est pour cela que beaucoup conseillaient à Boris Eltsine d'adopter un décret présidentiel remettant en cause la loi d'amnistie sur le fondement de son pouvoir de *pardon* afin d'obliger la Cour suprême à statuer. Or, concernant le pouvoir de *pardon* présidentiel, cette dernière aurait certainement suivi le même raisonnement que la Cour suprême américaine, c'est à dire que toute limitation du pouvoir d'amnistie devrait se trouver dans la Constitution. Dès lors, elle n'aurait pu que la déclarer conforme à la Constitution. Par ailleurs, en février 1994, la Cour suprême était en pleine réorganisation, à la suite de l'insurrection d'octobre. Son autorité était donc trop affaiblie pour imaginer qu'elle puisse trancher un tel débat. D'autres suggéraient que Boris Eltsine demande au Conseil de la fédération d'instaurer l'état d'urgence en matière de criminalité afin qu'en tant que président, il ait la maîtrise de tous les actes normatifs relatifs aux infractions, aux sanctions et aux condamnations²⁸⁵. Toutefois, ces mesures n'auraient pu qu'envenimer les rapports entre l'exécutif et le législatif, ce que Boris Eltsine ne désirait pas²⁸⁶. Finalement, la Cour suprême

²⁸⁴ Selon l'article 125-2 de la Constitution de la fédération de Russie: « *La Cour constitutionnelle de la fédération de Russie à la demande du président de la fédération de Russie (...), statue sur la conformité à la Constitution de la fédération de Russie :*

a) *des lois fédérales, des actes normatifs du président de la fédération de Russie, du Conseil de la fédération, de la Douma d'Etat, du Gouvernement de la fédération de Russie (...)* (Ibid). Quant à l'article 125-3 de la même Constitution, il dispose que: « *La Cour constitutionnelle de la fédération de Russie règle les conflits de compétence :*

b) *entre les organes fédéraux du pouvoir d'Etat* » (Ibid).

²⁸⁵ « *Jeudi matin, la radio « Echo de Moscou » annonçait une possible demande d'instauration de l'état d'urgence en matière de criminalité de la part du Conseil de la fédération : une intention qui doit être confirmée mais qui pourrait permettre à Boris Eltsine de durcir le ton envers la Douma* » (Ibid).

²⁸⁶ Il serait incomplet de ne pas évoquer les rumeurs qui couraient en 1994, selon lesquelles Boris Eltsine aurait approuvé en réalité l'adoption de cette amnistie par la Douma pour des raisons politiques : « *un parlementaire de la fraction réformiste Iabloko, prétend que le président russe se débarrasse par ce biais de prisonniers encombrants tout en trouvant un nouveau prétexte pour lutter contre le Parlement* » (« Les putschistes d'août 1991 et octobre 1993 devraient être prochainement libérés », *Le Monde*, dimanche 27 février 1994).

infirmas – à la requête du parquet général de Russie – la décision de son département militaire d'annuler les procès des personnes bénéficiaires de l'amnistie²⁸⁷, et un nouveau procès s'ouvrit en avril de la même année²⁸⁸. Cette situation s'est renouvelée à plusieurs reprises, comme en 1998, lorsque la Douma adopta une amnistie de plusieurs chefs tchétchènes²⁸⁹ dont le président séparatiste Dzhokhar Dudaev, et son Premier ministre Shamil Basaev²⁹⁰, allant ainsi à l'encontre de la position présidentielle. En conséquence, en Russie, malgré des contestations doctrinales, les pouvoirs législatif et exécutif disposent tous deux, dans les faits, d'un pouvoir d'amnistie absolu, pouvant bénéficier à des dirigeants politiques, qui a pour unique contrepois le pouvoir de l'autre organe. De ce fait, mais aussi en raison de la concurrence entre ces deux pouvoirs, l'action de l'autorité judiciaire peut être paralysée plus souvent. Cela entraîne une remise en cause fréquente du droit d'agir en justice des victimes, puisque la plupart des juridictions judiciaires saisies ont reconnu la validité des amnisties qui étaient contestées devant elles. Elles ont eu la même attitude concernant l'autre argument fondé sur le droit d'agir en justice : le non-respect du principe de la présomption d'innocence du bénéficiaire d'une loi d'amnistie précédant son jugement.

B. Le droit d'agir en justice du bénéficiaire de l'amnistie

²⁸⁷ Décision du 11 mars 1991 (Voir : « La Cour suprême ordonne un nouveau procès pour les putschistes d'août 1991 », *Le Monde*, vendredi 12 mars 1994).

²⁸⁸ Il se solda par l'annulation de la procédure pour des raisons étrangères à l'amnistie. En effet, la Cour suprême a « *suspendu sine die* » (et annulé dans les faits) la procédure contre les anciens dirigeants russes auteurs de cette tentative de coup d'Etat, en raison de l'impartialité du Procureur général et de son adjoint qui avaient écrit un livre sur les faits, à l'aide des documents d'instruction, en présentant les accusés comme coupables. (Voir « Russie : la procédure contre les « putschistes » de 1991 reportée *sine die*, « Plus personne n'a besoin de ce procès... », *Le Monde*, jeudi 20 mai 1993)

²⁸⁹ Le 7 mars 1997, elle avait déjà adopté une amnistie pour toutes les personnes « ayant commis des délits graves » durant le conflit russo-tchétchène.

²⁹⁰ Cette amnistie bénéficiait également à des rebelles tchétchènes, ainsi qu'aux déserteurs russes.

Si la victime est privée de son droit d'agir en justice par l'adoption d'une mesure d'amnistie, il en est paradoxalement de même pour son bénéficiaire. Parfois, par tactique politique certains se contentent de « regretter » publiquement leur incapacité juridique à se défendre. Plus rarement, quelques recours contre des actes d'amnistie sont fondés sur la violation de ce droit mais, là encore, les juridictions rejettent ces arguments (1). Pourtant, l'amnistie d'un dirigeant politique, ou de tout autre individu, peut porter atteinte à sa présomption d'innocence (2).

1. Des recours peu nombreux

Il arrive souvent que les dirigeants politiques contestent publiquement la valeur des amnisties dont ils bénéficient. Les scandales politiques de la troisième République française sont de ce point de vue assez significatifs. Par exemple, Malvy en 1919 s'est déclaré hostile à ce qu'une amnistie lui soit octroyée. D'après Stéphane Gacon, « *pour lui seule la confiance de ses électeurs du Lot lui vaudrait amnistie*²⁹¹ ». Il confondait donc délibérément la responsabilité pénale sur laquelle l'amnistie produit ses effets, avec la responsabilité politique dont l'élection est l'un des éléments de mise en cause, lorsque le dirigeant la perd, et d'extinction, lorsque le dirigeant l'emporte. Or, si l'engagement de la responsabilité pénale du gouvernant peut entraîner celui de sa responsabilité politique, l'élection ne peut servir à éteindre l'action pénale²⁹². Pourtant, Malvy opte pour la même stratégie lorsqu'il défend son intention de voter le projet de loi d'amnistie lui bénéficiant :

²⁹¹ GACON Stéphane, *L'amnistie, De la Commune à la guerre d'Algérie*, thèse, *op. cit.*, pp. 147-148.

²⁹² Au contraire l'amnistie peut éteindre la mise en jeu de la responsabilité politique. Par exemple en Russie, une partie des anciens dirigeants politiques amnistiés en 1994 a brigué de nouveaux mandats. Le correspondant du journal « Le Monde » s'interrogeait alors : « *A cela s'ajoute l'incertitude quant à l'avenir politique des amnistiés. Aussitôt libérés, la plupart, notamment l'ancien vice-président russe Alexandre Routskoï, ont fait savoir qu'ils n'avaient pas renoncé à leurs ambitions. Le dirigeant communiste radical Viktor Ampilov a organisé un meeting dimanche. En revanche, Rouslan Khasboulatov, l'ancien président du Soviet suprême s'est dit « dégoûté » de la politique ; il est vrai que sa carrière est compromise en raison de sa nationalité tchétchène et de son mauvais état de santé* » (« Flottements en Russie : Boris Eltsine cherche une parade après la libération de ses principaux opposants », *Le Monde*, mardi 1^{er} mars 1994, (Corresp)).

« Dans un discours pathétique qui répond aux attaques de l'extrême droite, il explique qu'il votera le texte, non pour répondre à son intérêt personnel qui a été en partie satisfait, mais pour tous ceux qui n'ont pas les moyens de se faire rendre justice par le suffrage universel : « *je ne veux pas d'amnistie, parce que l'amnistie m'a été donnée par le peuple, au nom duquel ici je parle en toute liberté (...). Le jour de la justice viendra tôt ou tard. Quand on a confiance dans l'histoire la calomnie et la diffamation passent sans vous offenser*²⁹³ ».

Caillaux adopte quant à lui une autre tactique en présentant l'amnistie comme une réparation nécessaire après sa condamnation issue d'un procès non équitable et politique :

« Impatient de reprendre l'activité politique dont il est privé, [Caillaux] multiplie les attaques contre ses adversaires qu'il juge trop heureux de l'avoir « *ostracisé* ». Il considère l'amnistie comme une réparation réelle. Il en souligne la nécessité dans une rhétorique toute dreyfusarde, indiquant que sa condamnation a constitué moins un outrage contre lui-même qu'un outrage contre la République. Son procès étant politique, il était joué d'avance. L'amnistie serait donc, selon lui, l'occasion pour la République de commencer à réparer ses fautes en reconnaissant ses torts. Pour lui l'amnistie tient de la rédemption pour un Etat coupable²⁹⁴ ».

Ces deux exemples sont assez démonstratifs de l'attitude des dirigeants politiques face à l'amnistie. Soit ils contestent son importance, comme Malvy, soit au contraire ils la présentent comme une réhabilitation, à la manière de Caillaux. Ces mêmes dirigeants qui contestent la valeur de l'amnistie présentent logiquement très peu de recours en ce sens devant les juridictions. Les seules décisions qui abordent la question de leur droit d'agir en justice le font généralement en réponse à des requérants qui, hostiles à une mesure de clémence, s'efforcent de présenter l'ensemble des arguments en défaveur de cette mesure afin que la moindre possibilité de la déclarer inconstitutionnelle soit étudiée par la juridiction en cause. Ainsi, aux Etats-Unis, dans la décision *Murphy v. Ford*, la Cour de district du Michigan n'a pu qu'aller dans le sens de la jurisprudence de la Cour Suprême depuis 1833, et débouter le requérant qui

²⁹³ GACON Stéphane, *L'amnistie, De la Commune à la guerre d'Algérie*, thèse, *op. cit.*, pp. 147-148.

²⁹⁴ *Ibid.*

souhaitait voir annuler le *pardon* octroyé à Richard Nixon par Gerald Ford. Pourtant Monsieur Murphy soulevait notamment le moyen que le *pardon* ne pouvait être légitimement octroyé à une personne qui n'avait pas été poursuivie ni même condamnée pour aucune infraction. Le Juge Field, au nom de la Cour considéra qu'en vertu d'une jurisprudence fédérale constante depuis le dix-neuvième siècle, le pouvoir de *pardon* « *était illimité excepté dans les cas d'impeachment*²⁹⁵ » et que cette considération ôtait tout fondement à l'argumentation du demandeur. Les Etats-Unis, comme la France, font partie de ces pays dans lesquels le bénéficiaire ne peut pas juridiquement refuser le *pardon*²⁹⁶, la clémence étant considérée comme une mesure d'ordre public et d'intérêt général²⁹⁷. C'est ce qu'a pu juger par exemple la Cour suprême dans sa décision *Biddle v. Perovich* en 1927, revenant ainsi sur ses arrêts antérieurs, lorsqu'elle a qualifié le *pardon* d'acte individuel de faveur²⁹⁸. Même si cette décision ne concernait pas le *pardon* proprement dit mais une réhabilitation, elle a été présentée comme un revirement de la jurisprudence antérieure relative à toutes les mesures de clémence en raison de cette précision²⁹⁹. La France a connu la même évolution en 1870, lorsque l'amnistie a

²⁹⁵ *Murphy v. Ford*, 390 F. Supp. 372 (U.S. District Court, W. District of Michigan, 1975)

²⁹⁶ Il peut seulement demander à en bénéficier.

²⁹⁷ D'autres juridictions la qualifient d'acte du souverain. Il en est ainsi par exemple de la Cour suprême salvadorienne : « *The faculty of granting grace or clemency is a manifestation of sovereignty ; and that, consequently* » (El Salvador Supreme Court of justice, *Decision on the Amnesty Law*, Proceedings n° 10-93 (May 20, 1993), version anglaise disponible in KRITZ Neil J. editor, *Transitional justice, How emerging democracies reckon with former regimes*, Foreword by Nelson Mandela, Volume III, Laws, rulings, and reports, Washington D.C., United States institutes of Peace Press, 1995, pp. 549 à 555).

²⁹⁸ Le Juge Holmes, au nom de la Cour, a considéré que : « *A pardon, in our days is not a private act of grace from an individual happening to possess power. It is part of the constitutional scheme. When granted it is the determination of the ultimate authority that the public welfare will be better serve by inflicting less than what the judgment fixed* » (*Biddle v. Perovich*, 274 U.S. 480 (1927)).

²⁹⁹ Auparavant, dans l'affaire *Burdick v. United States* de 1915, la Cour avait à l'unanimité donné raison au requérant qui avait refusé un *pardon* présidentiel au nom de la préservation de la présomption d'innocence car elle présentait alors la clémence de l'exécutif comme un acte privé (*Burdick v. United States*, 236 U.S. 79 (1915)).

également été considérée par la Cour de cassation comme étant d'ordre public³⁰⁰. Néanmoins, à l'instar de la plupart des Etats dans lesquels son adoption se fait sous forme d'une loi³⁰¹, ce caractère a lui-même valeur législative puisqu'il n'est pas précisé par la Constitution. En droit, il pourrait donc y être dérogé. Toutefois, dès lors que les lois précisent ce caractère,

« Nul ne peut s'y soustraire, pas même son bénéficiaire qui risquerait de se voir opposer le caractère d'ordre public de la loi d'amnistie. (...) L'amnistie comme tout ce qui touche à la répression, a un caractère et un but d'ordre public, ainsi que l'extinction

³⁰⁰ Armand Piton retrace l'historique de ce revirement : « *La jurisprudence de la Cour de Cassation sur ce point (...) semble avoir quelque peu varié. Elle avait tout d'abord admis que « l'amnistie est une mesure de faveur » que les prévenus qui soutiennent n'avoir commis aucun délit sont libres de ne pas invoquer* [c. cass., 25 nov. 1826, S. 1828, 1, 464]. *Mais sous l'influence de la doctrine, elle n'a pas persisté dans cette interprétation. Il y avait là une erreur juridique grave. La Cour de cassation dès 1831 était revenue sur cette jurisprudence* [c. cass., 10 juin 1831, S. 1831, 1, 432] *et ce revirement devait être définitivement consacré par un arrêt rendu toutes Chambres réunies le 12 mai 1870. Après avoir constaté que l'amnistie, effaçant le caractère délictueux du fait, entraînait par là-même l'extinction des poursuites, les Chambres réunies décidaient : « qu'il en résulte (de l'amnistie) une fin de non recevoir d'ordre public qui s'impose et à laquelle les parties ne peuvent renoncer »* [c. cass., 12 mai 1870, S. 1870, 1, 324] » (PITON Armand, « De la rétroactivité de la loi d'amnistie au point de vue pénal et disciplinaire », thèse pour le doctorat présentée et soutenue le lundi 9 octobre 1933, à l'Université de Rennes, pp. 21-22).

³⁰¹ Voir par exemple, à Madagascar, la loi n° 99-033 portant amnistie adoptée par l'Assemblée nationale le 23 décembre 1999, *op. cit.*

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

de l'action publique qui en découle ; l'auteur d'une infraction amnistiée ne peut donc y renoncer ni directement, ni indirectement en formant une voie de recours³⁰² ».

Cette impossibilité de refuser l'amnistie pourrait donc être considérée comme la démonstration de l'atteinte au droit d'agir en justice du bénéficiaire de la clémence, puisque celui-ci est véritablement contraint de renoncer à toute action. Ce renoncement semble alors constituer l'un des effets pervers de l'importance de la protection apportée par l'amnistie qui d'après Jean Copper-Royer :

Lorsqu'elle intervient avant une condamnation définitive, (...) éteint l'action publique relative aux faits visés dans la loi (...). Une poursuite ne peut plus être exercée si elle ne l'était pas encore ; et si une poursuite est déjà engagée la juridiction saisie, juridiction d'instruction ou juridiction de jugement, doit déclarer l'action publique éteinte (...); l'amnistie interdit aussi de reprendre les poursuites contre le même fait, sous une qualification différente³⁰³.

Cet effet pervers est d'autant plus important que le droit d'agir en justice du bénéficiaire de l'amnistie comporte principalement celui de faire reconnaître son innocence par les juridictions, une reconnaissance très importante pour un dirigeant politique.

2. Une violation pourtant possible de la présomption d'innocence

Pour les auteurs américains qui considèrent que les conventionnels de Philadelphie n'ont jamais eu l'intention d'autoriser le président à octroyer un *pardonn* avant toute condamnation, la justification de ce refus est que l'octroi de cette mesure de clémence équivaut à une reconnaissance explicite de la culpabilité du bénéficiaire. Selon ces auteurs, cette reconnaissance doit préalablement avoir été faite par une juridiction³⁰⁴ pour ne pas violer le

³⁰² LETTERON Roseline, *Le droit à l'oubli*, op. cit., p. 389.

³⁰³ COPPER-ROYER Jean, « L'amnistie, loi du 6 août 1953 », préface de M. Battestini, Paris : Dalloz, 1954, p. 138.

³⁰⁴ Le professeur Rozell synthétisait en 1989 les opinions des auteurs appartenant à ce courant doctrinal dans le « Journal of Law and politics »: « *Many critics contend that America's constitutional framers, never intended the President to use his pardoning power at any time prior to a conviction. In this view, acceptance of a pardon is an*

droit de chacun à faire admettre son innocence. Le *pardon* qui lui était accordé par Gerald Ford violait ainsi le droit d'agir en justice³⁰⁵ de Richard Nixon aux fins de faire admettre son innocence³⁰⁶. Pourtant, la présomption d'innocence est protégée aux Etats-Unis³⁰⁷, et le *pardon* met fin à ce droit en proclamant l'oubli des faits, certes, mais pas l'innocence de la personne concernée³⁰⁸.

explicit admission of guilt, and therefore, the pardon can only follow the process of adjudication » (ROZELL Mark J., « The presidential pardon power: a bibliographic essay », *Journal of Law and Politics*, vol 5, n° 2, winter 1989, New York University, p. 460).

³⁰⁵ Le droit à un procès devant un jury est protégé par le sixième amendement de la Constitution américaine. L'accusé peut seulement renoncer à une partie de ce droit en choisissant d'être jugé par un seul juge, et non par un jury.

³⁰⁶ Aux Etats-Unis, toute personne bénéficie de la présomption d'innocence, même si celle-ci s'applique essentiellement durant la procédure pénale. La présomption d'innocence peut en théorie être protégée jusqu'au prononcé du verdict. Ainsi, d'après le professeur Jacobs, « *La Constitution [dispose] que, pour déclarer coupable l'accusé, l'arbitre des faits, qu'il s'agisse du jury ou du juge, doit déterminer que le Procureur a établi tous les éléments de l'infraction de façon à ce qu'il ne subsiste aucun « doute raisonnable ». Tel est le sens de la maxime souvent citée, selon laquelle, « le prévenu est présumé innocent »* » (JACOBS James, « L'évolution du droit pénal aux Etats-Unis », in *La justice pénale aux Etats-Unis, Démocratie et droits de l'homme*, Washington : Revue électronique de l'agence d'information des Etats-Unis, volume 6, n° 1, juillet 2001, p. 7).

³⁰⁷ Elle est protégée au niveau fédéral. Mais certains Etats fédérés, comme celui de New York le protègent encore plus strictement.

³⁰⁸ « *Faced with the possibility of prolonged litigation and the uncertain outcome of a trial, even an innocent defendant might be overwhelmed by the temptation to accept a pardon and « walk free » (...). Further protection is offered the innocent by the judicial insistence that the plea be voluntarily entered in light of « all of the relevant circumstances surrounding it » (...). Guilt is imputed to him regardless of all the relevant circumstances or*

Or, la reconnaissance de son innocence est particulièrement importante pour un homme politique. En effet, son amnistie avant toute condamnation peut avoir deux effets contraires. Soit, elle peut provoquer la mise en jeu de sa responsabilité politique sous la forme de sa non-réélection parce que les électeurs le croient coupable des faits qui lui étaient reprochés, soit elle peut l'empêcher en faisant croire à son innocence. Tout l'enjeu pour le dirigeant, ou celui qui aspire à l'être encore – sera d'accuser la mesure de clémence le visant de le faire présumer coupable. En effet, pour reprendre le professeur Pierre Avril, cité par le professeur Dominique Chagnollaud :

« En matière politique, la présomption d'innocence d'un ministre est plutôt une présomption de culpabilité. La charge de la preuve est à la diligence de ... l'accusé. Et il suffit de l'apparence d'une faute, non de la certitude de la culpabilité pour le condamner. Quant à l'existence préalable d'une infraction, la responsabilité politique est rétroactive³⁰⁹ ».

Ainsi, l'amnistie qui intervient avant toute condamnation pourra créer cette apparence de faute et être à la base d'une sanction politique. Bien entendu, ce raisonnement n'est pas valable dans les cas où le dirigeant a lui-même demandé à bénéficier d'une amnistie, comme par exemple en Afrique du Sud où les bénéficiaires de l'amnistie prévue par la Constitution de 1993 ont dû réclamer l'amnistie pour se la voir accordée par le Comité de l'amnistie, mis en place par la loi de promotion de la réconciliation nationale³¹⁰. Dans ce cas, sa requête, est une reconnaissance implicite de culpabilité. Toutefois, en dépit de son importance pour les dirigeants, même lorsque le droit à la présomption d'innocence est expressément soulevé par les requérants, les

underlying factual basis » (ZIMMETT Mark P., « The law of pardon », *Annual survey of American law*, 1974-1975, pp. 184-185).

³⁰⁹ CHAGNOLLAUD Dominique, « rapport introductif », in CHAGNOLLAUD Dominique (sous la direction de), *Responsabilité pénale et vie publique en France et à l'étranger*, *op. cit.*, p. 69.

³¹⁰ Il fallait pour cela respecter certaines conditions comme d'avoir commis une infraction politique dans la période précisée et d'avoir réalisé des aveux détaillés (*Promotion of National Unity and Reconciliation Act*, Act 34 of 1995, *op. cit.* (voir : annexe IX, p. 660)).

juridictions rejettent cet argument. Ainsi, la décision du Conseil constitutionnel français n° 89-258 D.C. du 8 juillet 1989 précitée est très précise sur les motifs de ce rejet :

« Considérant que dans la mesure où l'amnistie a pour effet d'interdire des poursuites pénales, elle ne méconnaît en rien le principe proclamé par l'article 9 de la déclaration de 1789 selon lequel tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable ; Considérant au surplus qu'il ressort du renvoi fait par l'article 5 de la loi déferée aux dispositions du chapitre IV de la loi n° 88-828 du 20 juillet 1988, que l'amnistie ne peut en aucun cas mettre obstacle ni à la réhabilitation ni à l'action en révision devant toute juridiction compétente tendant à faire établir l'innocence du condamné. (...) [Par conséquent, ces] dispositions de la loi ne sont pas contraires à la Constitution ».

Cette juridiction a donc estimé que l'établissement de l'innocence de l'individu était possible en dépit de l'amnistie, par le biais de l'action en révision ou de la réhabilitation³¹¹ et que par conséquent cette mesure de clémence ne violait pas le droit de son bénéficiaire à voir reconnaître judiciairement son innocence³¹². Cependant, les conditions pour obtenir la révision d'un procès ou la réhabilitation sont strictes³¹³, la procédure est longue et incertaine. Un dirigeant politique qui voudrait voir apportée la preuve de son innocence pourrait de ce fait être désavantagé par la longueur du délai exigé. En outre, la France est l'un des Etats où la conception de la présomption d'innocence est la plus rigide puisqu'elle tend à dépasser le cadre strict de la procédure pénale, surtout depuis l'adoption de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, renforçant la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes³¹⁴. Ainsi, dans

³¹¹ En principe la réhabilitation suppose l'exécution de la peine.

³¹² En 1953 le législateur a expressément distingué la réhabilitation de l'amnistie : « *L'amnistie n'est pas une réhabilitation, ni une revanche* » (Loi n° 53-681 du 6 août 1953 portant amnistie, article premier, J.O., 7 août 1953, p. 6942).

³¹³ Cela peut être en particulier l'exigence de l'écoulement d'un certain délai dans le cas de la réhabilitation judiciaire.

³¹⁴ Selon Jean De Maillard, juge au tribunal de Grande Instance de Blois « *Tandis que pour la C.E.S.D.H., la présomption d'innocence n'est que l'un des éléments parmi d'autres du procès équitable, elle devient pour le*

ces Etats où l'amnistie ne peut être refusée, il est possible de penser que le pouvoir amnistiant pourrait se servir de ses prérogatives pour laisser croire à la culpabilité du dirigeant. C'est ainsi que doivent être perçus les nombreux appels, rédigés le plus souvent par des républicains, au *pardon* de Bill Clinton³¹⁵ parus dans la presse américaine après que ce dernier ait lui-même adopté des *pardons* contestés en fin de mandat³¹⁶. L'objectif de ces écrits était, en plus d'exalter les opinions hostiles à ces *pardons*, de montrer que la culpabilité du président était avérée. Exiger voire accepter l'amnistie d'un homme politique, avant tout jugement, permet en effet de souligner que sa condamnation serait certaine. Cependant les juridictions censureraient certainement une amnistie justifiée de cette manière. Par exemple, dans la mesure où le Conseil constitutionnel vérifie que les lois d'amnistie se conforment à un « *souci d'apaisement politique et social* », il « *pourrait s'opposer à une loi d'amnistie prise dans un souci de revanche politique ou sociale et non d'apaisement* »³¹⁷. Toutefois, dans certains Etats l'amnistie n'est pas d'ordre public et peut donc être refusée par son bénéficiaire. En Russie, il en est ainsi de l'amnistie votée par la Douma. C'est pour cela que l'un des leaders de la tentative de coup d'Etat de 1991 a préféré ne pas accepter l'amnistie qui lui était offerte au motif que l'on « *n'amnistie que les criminels* »³¹⁸.

législateur français, la norme en quelque sorte ultime du procès. (...) La référence première du législateur, celle qui conditionne toutes les autres n'est donc pas le procès équitable, qui est au contraire la référence ultime de la C.E.S.D.H, mais paraît bien être devenue la présomption d'innocence » (Cité par BALASSOUPRAMANIANE Indragandhi, « La présomption d'innocence, une question fondamentale, tant dans les pays de tradition civiliste que ceux de la *common law* », in *Le journal du Barreau* (Québec), volume 33, numéro 20, 1^{er} décembre 2001).

³¹⁵ FERRARA Peter, « Could president pardon himself? », *The Washington Times*, October 22, 1996, section A, p. 14. (avec une illustration de Ramirez : « Excuse me... / No. Pardon me... ») ; JACOBY Jeff, « Pardon Clinton? », *Boston Globe*, January 15, 2001, 3 p.

³¹⁶ Sur ces *pardons*, voir *infra*, pp. 231-232 et 284.

³¹⁷ LUCHAIRE François, « note sous décision n° 88-244 D.C. du 20 juillet 1988 », *Dalloz*, 1989, pp. 271-272.

³¹⁸ Propos rapportés par le journal : *Le Monde*. (« Les putschistes d'août 1991 et octobre 1993 devraient être prochainement libérés », *Le Monde*, dimanche 27 février 1994, *op. cit.*)

Le correspondant à Moscou de ce journal s'en étonne. Il considère que le refus de Vassili Starodoubtsev paraît « *relever plus de la coquetterie que du réalisme* ». Il faut dire que l'innocence de celui-ci n'était pas en doute ; et

Au contraire, en raison de leur forme particulière certaines amnisties violent encore davantage la présomption d'innocence des individus. Si l'on reprend l'exemple de la Russie, cela a été le cas de plusieurs de celles adoptées sous le régime soviétique. Par exemple, en 1987, les dissidents devaient, pour bénéficier d'une amnistie³¹⁹, signer l'engagement de « *cesser les activités antisoviétiques et anti-sociales* ». Beaucoup ont refusé cette condition, et donc le bénéfice de l'amnistie, parce que leur signature aurait équivalu à une reconnaissance de leur culpabilité. Ce type de condition est actuellement rarement exigé, mais il est possible de considérer que la mise en œuvre de l'amnistie revient elle-aussi à une admission de culpabilité. C'est en cela que lors de l'octroi d'amnisties générales, visant une part importante, voire la totalité de la classe politique, tous les partis et courants politiques doivent être impliqués afin de ne pas jeter le discrédit sur l'ensemble des hommes politiques, et porter atteinte à la présomption d'innocence de ceux qui n'ont commis aucun délit. Le plus souvent cette implication existe *de facto* parce que tous peuvent se voir reprocher des infractions. Janick Roche-Dahan rappelle que :

« A cet égard les débats parlementaires relatifs à la loi d'amnistie du 15 janvier 1990 sont édifiants. Chaque député rappelle à son adversaire qu'il s'est lui aussi impliqué dans ces pratiques et que par conséquent nul n'a le droit de faire des leçons de morale : « Entre nous mes chers collègues, je vous pose la question, et selon l'expression habituelle, je vous regarde droit dans les yeux, tous autant que vous êtes. Qui peut jurer sur l'honneur, ici que son parti n'a pas agi en marge de la légalité ? (M. Guy ALBUCHE, Sénat, Séance du 10 décembre 1989)³²⁰ ».

que son refus se basait sur la symbolique de son acte délictueux qu'il considérait comme politique, pas comme criminel (*Ibid*).

³¹⁹ En dépit de son appellation, il est tout de même possible de douter de son véritable caractère d'amnistie. Elle pouvait plutôt être considérée comme une remise de peine ou une grâce, dans la mesure où l'oubli légal n'était pas absolu, que les dissidents effectuaient déjà des peines de prison ou de camp depuis un certain temps et qu'ils « *restaient des criminels* » (Voir : Corr. , « Andreï Sakharov s'inquiète du sort de prisonniers non libérés », dépêche AFP, parue dans : *le Monde*, Mardi 24 février 1987).

³²⁰ ROCHE-DAHAN Janick, thèse, *op. cit.*, pp. 465-466.

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

La présomption d'innocence est donc *de facto* facilement mise en cause par l'amnistie mais n'en est pas pour autant retenue par les juridictions comme argument pour prononcer l'inconstitutionnalité de l'amnistie. Certains dénoncent ainsi un pouvoir amnistiant trop strict lésant les individus comme les autres autorités constitutionnelles.

II. La contestation de cette atteinte au nom de l'équilibre constitutionnel

D'après John Locke, l'un des théoriciens de la séparation des pouvoirs,

« Comme ce pourrait être une grande tentation pour la fragilité humaine et pour ces personnes qui ont le pouvoir de faire des lois, d'avoir aussi le pouvoir de les faire exécuter, dont elles pourraient se servir pour s'exempter elles-mêmes de l'obéissance due à ces lois (...). Et c'est ainsi que le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif se trouvent souvent séparés³²¹ ».

Dans cette logique, la séparation des pouvoirs pourrait être la conséquence de la volonté d'empêcher ceux qui occupent des fonctions politiques de se servir de leur pouvoir pour s'exempter de l'obéissance due à la loi. Même si pour cet auteur, le pouvoir exécutif inclut le pouvoir de juger, il est possible de conclure que selon sa conception, confier au pouvoir législatif ou au pouvoir exécutif, la fonction amnistiante reviendrait à briser l'équilibre constitutionnel fondé sur la séparation des pouvoirs puisque tous deux pourraient s'exonérer de leur propre soumission au droit commun.

Or, la séparation des pouvoirs, dans la conception anglo-saxonne, comporte un système de *checks and balance*, c'est à dire un ensemble de freins et contrepoids aménagés dans un souci d'équilibre des pouvoirs. Accuser le pouvoir amnistiant de rompre cet équilibre revient à remettre en cause l'utilité de l'amnistie (A) et prend souvent la forme d'un appel aux juridictions judiciaires afin qu'elles le contrent, rôle qu'elles ne peuvent tenir (B).

³²¹ LOCKE John, *Traité du gouvernement civil*, première édition en 1690, Traduction de David Mazal, Paris : Garnier-Flammarion, 1992, Chapitre XII.

A. Une contestation aux résonances particulières s'agissant des dirigeants politiques

L'amnistie des dirigeants politiques s'ajoute aux immunités et autres privilèges prévus par les Constitutions en leur faveur. Elle peut donc provoquer un déséquilibre, puisque ces dirigeants sont susceptibles de s'en servir pour neutraliser un moyen de pression sur leur fonction, alors qu'ils bénéficient déjà d'un régime de responsabilité aménagé. Lorsque l'on est en présence d'un déséquilibre, il existe deux solutions pour retrouver l'équilibre : la première est d'enlever le poids qui le provoque ; la seconde est la mise en place d'un contrepoids. En raison de la particularité de l'amnistie des dirigeants politiques, il est plus simple de suggérer l'abandon de son adoption que de lui trouver un contrepoids difficile à appliquer. De ce fait, une partie de la doctrine exige sa suppression ce qui revient à remettre en cause l'utilité de l'amnistie elle-même (1). Or, la contestation de l'utilité de l'amnistie des dirigeants politiques pour l'équilibre constitutionnel se rapproche clairement de celle relative à la nécessité de régimes de responsabilité constitutionnels d'exceptions pour ces dirigeants (2).

1. Une contestation de l'utilité de l'amnistie des dirigeants politiques pour l'équilibre constitutionnel

Le premier argument contre l'amnistie se fonde sur une intellection particulière de la séparation des pouvoirs. La théorie trialiste³²² exige que la fonction juridictionnelle soit à l'abri de toute atteinte de la part des autres pouvoirs, dans la mesure où l'action de juger est aussi importante

³²² Par opposition à la théorie dualiste, qui ne reconnaît l'existence que de deux fonctions : celle de faire la loi et celle de l'exécuter.

que celle de faire la loi et celle de l'exécuter³²³. Elle revient à s'opposer à l'amnistie avant toute condamnation, comme ont pu le faire les opposants aux processus sud-africain de vérité et réconciliation. Le professeur Motala explique ainsi que la séparation des pouvoirs et l'autorité des juridictions pour rendre la justice doivent être considérées comme des principes constitutionnels supérieurs. Selon lui, ces principes étant reconnus par la Constitution intérimaire sud-africaine qui disposait que la séparation des pouvoirs devrait être garantie dans la Constitution définitive³²⁴, il était donc inconstitutionnel de retirer leur compétence de juger aux juridictions³²⁵. Il comprend que l'exécutif ou le législatif puissent être amenés à octroyer des mesures de clémence³²⁶ mais pour lui en raison même du principe constitutionnel de

³²³ Au contraire, la doctrine qui adopte une conception dualiste de la séparation des pouvoirs considère que le pouvoir des juridictions doit s'effacer devant les pouvoirs exécutif (dont il n'est qu'un prolongement) et législatif : « *There is a strong language (...) stating that judges should respect the doctrine of separation of powers and not interfere with the sovereign powers of the state* » (GIBSON Lauren, ROHT-ARRIAZA Naomi, « The developing jurisprudence on amnesty », *Human Rights Quarterly*, The John Hopkins University Press, 20, 1998, p. 879).

³²⁴ Il se réfère en particulier aux principes constitutionnels V (garantissant la séparation des pouvoirs) et VII (qui proclame le pouvoir du judiciaire pour préserver et renforcer la Constitution et les droits fondamentaux) adoptés lors des négociations multipartites et devant être respectés par la Constitution définitive.

³²⁵ « *There is an added concern about the constitutionality of the [promotion of national unity and reconciliation] Act in so far as it ousts the jurisdiction of the Courts to hear a dispute (...). Separation of powers, and the jurisdiction of the courts to adjudicate all disputes should be preeminent principles of constitutionalism. These principles are recognised in the interim Constitution which mandates that separation of powers be guaranteed in the final Constitution. (...) Under the separation of powers, the adjudicatory function must be exercised by the Courts there is no authority in the Constitution [of South Africa] for depriving the Courts of their adjudicative function* » (MOTALA Ziyad, « The promotion of national unity and reconciliation act, the constitution and international law », *The comparative and international law journal of Southern Africa*, XXVIII (3), novembre 1995, p. 340).

³²⁶ Elles-mêmes prévues par la Constitution, ce qui pourrait nuancer son raisonnement.

séparation des pouvoirs, cela n'aurait jamais dû être possible avant toute condamnation³²⁷. Ce raisonnement peut prendre une autre dimension concernant l'amnistie des dirigeants politiques, lorsqu'il est considéré que le pouvoir judiciaire n'a pas comme unique fonction de juger, mais également de rechercher la vérité³²⁸. En effet, l'amnistie sera alors considérée comme un moyen pour les gouvernants de s'opposer à cette quête de vérité. Aux Etats-Unis, par exemple, l'amnistie était, jusqu'à peu, susceptible de porter atteinte aux fonctions d'un organe incarnant cette recherche de la vérité par le pouvoir judiciaire : le Procureur indépendant³²⁹. Depuis 1978, ce dernier n'était plus soumis à l'exécutif, pour éviter comme le souligne le professeur Zoller, que le président ne puisse le révoquer discrétionnairement, alors que son rôle était précisément d'enquêter sur l'exécutif. Mark J. Rozell dénonçait la possibilité pour le président de porter atteinte à la fonction de ce Procureur par le biais d'un *pardon*, comme a pu le faire selon lui Gerald Ford en absolvant Richard Nixon³³⁰. Il cite plusieurs auteurs qui considèrent que le

³²⁷ « A cardinal principle of constitutionalism is separation of powers in terms of which the legislature makes law, the executive executes the law, and as the interim Constitution provides, the judiciary adjudicates over disputes with respect to the law (...). This does not mean that the executive cannot grant pardons and amnesties for crimes. However, amnesty usually comes after a criminal conviction by a competent tribunal. (...) [Pre-conviction amnesty] should be considered unconstitutional » (*Ibid*, p. 360).

³²⁸ Ces problèmes se posent tout particulièrement dans les processus de vérité et réconciliation. Voir : *infra*, pp. 580 à 609.

³²⁹ La charge de Procureur indépendant a été créée par l'*Ethics and Government Act* en 1978 (pub. L., n° 95-525, 92 Stat. 1824, codifiée comme U.S.C., § 599. Modifiée successivement en 1983, 1987 et 1994). Elle visait à empêcher l'exécutif de limoger un Procureur spécial comme l'avait fait le Secrétaire à la justice par intérim Robert Bork en 1973 lorsqu'il avait révoqué, sur ordre de Nixon, le Procureur spécial Cox. Elle n'existe plus actuellement (ZOLLER Elisabeth, *De Nixon à Clinton, malentendus juridiques transatlantiques*, Collection Behémoth, P.U.F., 1999, p. 69).

³³⁰ « The federal regulations establishing a special prosecutor provided the special prosecutor with full authority for investigating ... allegations involving the President as well as full authority for deciding whether or not to prosecute any individual, firm, corporation, or group of individuals. Some constitutional theorists believe that Ford's pardon of Richard M. Nixon was an illegitimate interference with the powers of the special prosecutor » (ROZELL Mark J., « President Ford's pardon of Richard Nixon », *op. cit.*, p. 125).

pardon représente une atteinte à la Charte mettant en place le Procureur indépendant³³¹. La faille de cette argumentation est qu'elle n'a jamais été admise par les juridictions constitutionnelles³³². Comme nous l'avons déjà expliqué, celles-ci estiment que l'amnistie est une technique prévue par les Constitutions, et en général non limitée. Par conséquent, elle ne peut être considérée comme inconstitutionnelle quelles que soient ses conditions d'application³³³.

Le deuxième argument contre l'amnistie, fondé sur l'équilibre constitutionnel, est basé sur des considérations historiques : dans les périodes où l'amnistie absolue n'a pas fonctionné, la justice s'en serait trouvée assainie. Ce raisonnement est peu convaincant. Kathleen Dean Moore rappelle par exemple que le pouvoir de clémence fut l'une des institutions auxquelles les révolutionnaires français décidèrent de renoncer³³⁴. C'est précisément durant cette période que

³³¹ Comme Leonard Boudin, par exemple : « *The Charter fairly read precluded the President from pardoning persons under investigation – at least until after they had been convicted and the facts thereby brought to light – just as it precluded President Nixon (or the Attorney General) from dismissing the Special Prosecutor* » (*Ibid*).

³³² Ni par toute la doctrine. Leon Jaworski, le Procureur spécial ayant remplacé Cox pensait en particulier que rien dans la Charte relative au Procureur spécial n'interdisait expressément au président des Etats-Unis d'empêcher une telle enquête d'être menée à bien par l'octroi d'un *pardon*. Il ajoute même : « *I did take the position that it was within [Ford] constitutional power to grant a legal pardon, and having done so, it was a final conclusive act. A few months after my decision was made, and in another case, the Supreme Court, on December 23 in what is known as the Schick case, held that any limitation to the pardoning power must be found in the Constitution – and there is none* » (JAWORSKI Leon, « The most lustrous branch: Watergate and the judiciary », *Fordham Law Review*, Vol. 45, 1977, pp. 1267 à 1280).

³³³ Pour l'Afrique de Sud, voir la décision de la Cour constitutionnelle AZAPO précitée.

³³⁴ « *The power to pardon was one of the institutions swept away by the French Revolution in 1789. For ten turbulent years, all pardons and commutations, all acts « tending to impede or suspend the exercise of criminal justice », were abolished* » (DEAN MOORE Kathleen, *op. cit.*, p. 24).

se généralisa une amnistie de fait très contestée en raison de son caractère politique³³⁵. Les siècles suivants furent alors marqués par des critiques féroces contre cette institution :

« A partir de 1908, tous les débats sur l'amnistie sont accompagnés de réflexions sur sa trop grande fréquence et son bon usage. Il est vrai que les lois se succèdent à un rythme rapide. Les partisans de l'ordre social sont les premiers à contester le bien-fondé des amnisties, qui devraient rester exceptionnelles, venant clore les grandes crises sociales. (...) Pour les opposants à la récurrence de l'amnistie, sa pratique répétée la dénature, lui enlève son efficacité et surtout perturbe l'ordre social en revenant sans cesse sur la chose jugée. Les amnisties « énervent, elles corrompent les mœurs de la démocratie ; elles détruisent dans l'esprit public le sentiment sur lequel tout repose dans un Etat bien organisé, celui du respect de la loi » (...) Mais on s'interroge aussi sur le risque d'un abus d'amnistie (...). [selon le radical Joseph Paul-Boncour] « faisons des lois telles qu'elles n'aient pas besoin d'être corrigées par l'arbitraire du souverain, qu'il soit Roi ou qu'il soit Parlement³³⁶ ».

L'amnistie semble effectivement beaucoup utilisée en période d'incertitude institutionnelle, comme par exemple sous la Troisième République en France, mais cela n'en fait pas pour autant la cause de ces déséquilibres.

Ces deux arguments contre l'amnistie sont donc l'expression d'une position minoritaire et ne peuvent pas être défendus concernant la situation spécifique de l'amnistie des dirigeants politiques, d'autant plus que d'autres théoriciens soutiennent que l'amnistie ne provoque qu'un déséquilibre relatif puisque temporaire. En ce sens, elle se rapproche des régimes pénaux d'exception s'appliquant aux dirigeants politiques.

³³⁵ Ainsi, en France, d'après Naghi Tolooei Rahimabadi, « *Il faut en effet noter l'apparition par la force des choses de nouvelles formes d'amnistie et l'essor considérable de l'amnistie politique durant l'époque en question (à la suite des insurrections de la Corse, de la Commune et de la Vendée ; en raison de l'Emigration, de l'affaire Dreyfus, ...)* » (TOLOOEI RAHIMABADI Naghi, *Les effets...*, *op. cit.*, p. 64).

³³⁶ GACON Stéphane, thèse..., *op. cit.*, pp. 108-109.

2. Une contestation à rapprocher de celle des régimes pénaux d'exception s'appliquant aux dirigeants politiques

Il pourrait être considéré que la mise en place par les Constitutions d'un régime pénal d'exception s'appliquant aux dirigeants politiques se fait à travers trois techniques : l'inviolabilité, l'irresponsabilité ou l'immunité. La première s'appliquerait à la personne du dirigeant, la seconde à ses actes et la troisième à sa fonction³³⁷. Ainsi, il arriverait fréquemment que dans les monarchies, le roi ou la reine bénéficie d'une inviolabilité, que les membres du Parlement jouissent d'une irresponsabilité pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et que les ministres bénéficient d'une certaine immunité. Le cumul de ces techniques pourrait se faire différemment selon les Etats mais avec le même objectif : celui de faire bénéficier les dirigeants du degré de protection pénale optimale, tout en permettant – excepté pour ceux qui disposent d'une inviolabilité – un nécessaire degré de responsabilité. L'amnistie des dirigeants politiques briserait l'équilibre mis en place, en portant précisément atteinte à cette nécessaire responsabilité. C'est ce que semblait dénoncer le professeur Bertrand Mathieu, lorsqu'à propos du non-lieu obtenu par Christian Nucci le 15 janvier 1990, il considérait qu'« *A une responsabilité affirmée par la Constitution semble se substituer une irresponsabilité de fait*³³⁸ ». L'amnistie pourrait ainsi permettre de revenir sur la responsabilité affirmée par la Constitution, en contradiction avec la pyramide des normes puisqu'une règle inférieure empêcherait une disposition constitutionnelle de s'appliquer. Néanmoins, cette impression peut être atténuée par trois considérations.

En premier lieu, lorsque la procédure constitutionnelle relative à l'amnistie est appliquée, ses effets ne sont que temporaires contrairement au régime de responsabilité mis en place par la Constitution. L'atteinte qui est portée à ce dernier n'est donc pas absolue d'autant plus qu'elle est encadrée par la norme fondamentale elle-même. En second lieu, comme pour toute amnistie

³³⁷ Voir : *supra*, introduction.

³³⁸ MATHIEU Bertrand, « La Haute Cour de justice et la responsabilité pénale des ministres ou comment se servir d'un sabre de bois, à propos de l'arrêt du 4 avril 1990 de la commission d'instruction de la Haute Cour de justice », *RFDC*, 1990, p. 735.

s'appliquant à une catégorie de citoyens, l'amnistie des dirigeants politiques permet d'atténuer les rigidités du régime de responsabilité qui leur est propre. Or, le régime de responsabilité des dirigeants politiques pourrait, comme les autres, avoir besoin de nuances ponctuelles. S'agissant de la France, le professeur Benoît Jeanneau rappelait dans ses conclusions au colloque « responsabilité pénale et vie publique » les rigidités pouvant être rencontrées par la responsabilité pénale des gouvernants :

« Je ne suis pas certain que dans l'état actuel des mentalités et du droit positif, on puisse raisonnablement obliger les ministres à répondre de tous leurs faits et gestes devant les tribunaux ordinaires, ni laisser plus longtemps les préfets et les maires se faire sanctionner pénalement à la suite d'accidents dont ils ne sont pas responsables personnellement. Et cela, pour trois raisons. D'abord, parce qu'il y a un trop long passé de conflits entre le pouvoir politique et l'ordre judiciaire pour pouvoir espérer une décrispation immédiate (...). Ensuite, parce que les risques d'absolutisme judiciaire se trouvent aggravés en France par certains archaïsmes de notre procédure pénale de type inquisitorial qui laissent aux magistrats instructeurs un pouvoir excessif dans la conduite de l'enquête. Enfin parce que les français sont non seulement anti-parlementaires mais aussi très méfiants à l'égard de l'autorité et enclins à rendre le gouvernement responsable de tous leurs malheurs. Il y a ainsi un danger supplémentaire à exposer les dirigeants dès le moindre accident collectif à la pression émotionnelle des parties civiles (...). Il faut donc commencer par débarrasser notre droit judiciaire de tous ses défauts, c'est à dire ramener la répression pénale à sa finalité qui reste de punir les fautes personnelles et intentionnelles (...). Ce que Benjamin Constant avait bien aperçu, à une époque où leur charge était pourtant moins lourde, lorsqu'il écrivait : « *les ministres, plus exposés que de simples particuliers au dépit des passions blessées, doivent trouver dans les lois et dans les formes une protection équitable et suffisante* »³³⁹ ».

Ainsi, quel que soit l'Etat en cause, l'amnistie permettrait de nuancer l'application d'un régime de responsabilité pénale des dirigeants politiques, qui en raison de la nature de leurs fonctions, peut les conduire à être jugés selon des règles et dans un contexte qui leur serait défavorable. Mais paradoxalement, l'utilisation de l'amnistie démontre également que le régime

³³⁹ In CHAGNOLLAUD Dominique (sous la direction de), *Responsabilité pénale et vie publique en France et à l'étranger*, ouvrage issu d'un colloque organisé par le Centre d'études constitutionnelles et politiques (CECP) de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), le 1^{er} octobre 1999, Paris, éditions Panthéon-Assas, Paris, 2002, L.G.D.J. Diffuseur, p. 69.

constitutionnel de responsabilité n'est pas obsolète. Par exemple, le *pardon* accordé à l'ancien président Nixon révélait la modernité de la procédure d'*impeachment* considérée pourtant comme désuète depuis plusieurs siècles³⁴⁰. L'amnistie peut alors représenter le correctif de règles de responsabilité inadaptées, voire même être le révélateur d'une nécessité de modifier ces règles. En troisième lieu, l'amnistie ne se substitue pas entièrement aux règles de responsabilité applicables aux dirigeants politiques, puisqu'elle aussi se limite à des personnes, des fonctions ou des qualités et ne met donc pas en péril l'autorité judiciaire tout entière. En effet, l'amnistie ne s'applique qu'à une catégorie déterminée d'infractions ou de personnes et selon des conditions qu'elle définit. Les juridictions judiciaires sont donc amenées à statuer dans d'autres domaines en dépit de l'application de « l'oubli légal ». Ainsi, au Chili, le décret-loi d'amnistie du 18 avril 1978³⁴¹ excluait explicitement les infractions commises dans le cadre de l'affaire Letelier. L'extradition puis la condamnation des auteurs et instigateurs de l'assassinat sur le sol américain de l'ancien ministre des affaires étrangères chilien Orlando Letelier et de son secrétaire ont donc pu avoir lieu en dépit de la loi d'amnistie³⁴². En Argentine,

³⁴⁰ D'après Philippe Ardant, « *S'agissant de l'Amérique, tous ceux qui ont été étudiants avant le Watergate ont appris avec Lord Brice, que l'impeachment était une procédure obsolète, trop lourde et trop complexe pour être utilisée, en dehors de circonstances tout à fait exceptionnelles. Le constat n'était pas très différent dans les pays européens. Hauriou qualifie la Haute Cour d'institution pour les temps anormaux. En Belgique, Errera compare la procédure de jugement des ministres devant la Cour de cassation à « une vieille hallebarde qui orne désormais les musées d'artillerie » après avoir souligné que « les procès en responsabilité ministérielle semblent appartenir au passé ». Or, il n'est guère vraisemblable que l'apparente désuétude de ces procédures ait pu s'expliquer par un comportement sans reproche des acteurs politiques d'alors. C'était plutôt précisément la lourdeur de ces systèmes, dûment soulignée par les commentateurs, et les incertitudes quant à leur application qui en avaient périmé l'usage » (ARDANT Philippe, « introduction », *Ibid*, p. 14).*

³⁴¹ Portant le n° 2191 (voir : annexe V, p. 653).

³⁴² Le général Manuel Contreras, ancien chef des services secrets chiliens (la DINA) et Pedro Espinoza, ancien chef des opérations de cette même DINA furent condamnés en novembre 1993, mais les peines prononcées constituaient la moitié de celles habituellement infligées pour ce type de crimes. Voir : MERA Jorge, « Chile: truth and justice under the democratic government », in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed), *Impunity and human rights in international law and practice*, Oxford University press, Oxford, 1995, p. 179.

c'est une limitation de temps qui a permis de juger certains responsables de la junte. En effet, la loi dite du « point final »³⁴³ ne produisait d'effets qu'à partir de la mi-avril 1987³⁴⁴, les juridictions ont donc pu juger, entre l'adoption de la loi et son application, quelques auteurs des crimes les plus graves ainsi que « *ceux des suspects qui avaient un pouvoir de décision dans l'exécution des opérations illégales*³⁴⁵ ». Enfin, s'agissant de la paralysie de la juridiction judiciaire par les mesures de clémence, l'amnistie judiciaire, qui « *procède d'une délégation faite au pouvoir judiciaire quant à l'octroi de l'amnistie*³⁴⁶ », se développe dans de nombreux Etats³⁴⁷. Ainsi, le pouvoir judiciaire peut être associé à l'application de l'amnistie. Le déséquilibre constitutionnel temporaire provoqué par l'amnistie des dirigeants politiques pourrait donc ne pas être condamnable puisque l'autorité judiciaire n'est paralysée que partiellement et temporairement. C'est probablement pour cette raison qu'il existe peu de conflits de compétence en la matière ; les juridictions judiciaires ne prenant pas le relais de ceux qui contestent leur incompétence provoquée par l'amnistie.

B. Une contestation non relayée par les juridictions judiciaires

Généralement, les infractions réalisées par les dirigeants politiques sont soumises aux juridictions judiciaires lorsqu'elles ne sont pas politiques et qu'elles n'ont aucun lien avec leurs fonctions. Toutefois, si dans certains Etats, le plus souvent de *common law*, la responsabilité

³⁴³ Cette loi a ensuite été annulée en juin 2005 par la Cour suprême dont certains juges l'ont désignée expressément comme une amnistie, en dépit de son appellation (voir : annexe XXII, p. 715).

³⁴⁴ Concrètement, les nouvelles plaintes n'étaient recevables que dans un délai de 60 jours après l'adoption de la loi.

³⁴⁵ Voir : DERIVERY Catherine, « La politique du point final : seuls les dossiers les plus graves seront examinés par les tribunaux », *Le Monde*, 6 février 1987 (Archives).

³⁴⁶ TOLOOEI RAHIMABADI Naghi, *Les effets...*, *op. cit.*, p. 241.

³⁴⁷ A l'exception de ceux qui connaissent une transition démocratique. L'examen des requêtes individuelles est alors le plus souvent confié à des institutions *ad hoc*, comme par exemple le Comité de l'amnistie en Afrique du Sud, en raison du manque d'indépendance des juridictions judiciaires. Les membres de l'autorité judiciaire considérés comme partiels sont parfois intégrés à ces institutions.

des gouvernants se rapproche de la responsabilité de droit commun³⁴⁸, d'autres Constitutions étendent leur protection aux actes de droit commun commis dans l'exercice de leurs fonctions par les dirigeants³⁴⁹. Ainsi, plus la responsabilité des dirigeants politiques se rapproche de la responsabilité de droit commun et plus le pouvoir judiciaire doit prendre en compte une amnistie de ces dirigeants. Or, *de facto* il n'y a généralement pas de véritables conflits de compétence entre l'autorité judiciaire et le pouvoir amnistiant. Bien entendu, pour des considérations d'opportunité ce dernier est susceptible de vouloir empêcher toute action des juridictions – ce qui dans le cas des dirigeants politiques se traduit souvent par une auto-amnistie – mais cette mesure de clémence étant par nature politique³⁵⁰, les juges judiciaires ne

³⁴⁸ D'après Philippe Lauvaux, la responsabilité pénale des ministres en Angleterre mais aussi en Italie, Etat pourtant de tradition romaniste, se rapproche de la responsabilité de droit commun: « *Alors que la France a sauvé le principe d'une juridiction spéciale composée majoritairement de parlementaires, conformément à la tradition politique de la responsabilité pénale, l'Italie et la Belgique ont persévéré dans leur tradition judiciaire en alignant le régime pénal des ministres sur celui du droit commun. En Italie, le nouvel article 96 de la Constitution prévoit qu'ils sont soumis « pour les délits commis dans l'exercice de leurs fonctions, à la justice ordinaire », c'est à dire au tribunal du chef-lieu de district de la Cour d'appel territorialement compétente. En Belgique a été maintenu un relatif privilège de juridiction, celui-là même dont bénéficient les magistrats dans le champ d'application du régime dérogatoire défini ci-dessus, les ministres seront jugés par la Cour d'appel. En évoquant diverses réformes, on constate évidemment d'abord que l'assimilation au droit commun a beaucoup progressé, mais on perçoit aussi immédiatement ensuite que les dispositifs dérogatoires résistent bien, selon des variantes impliquées par les traditions constitutionnelles nationales. Ce double constat révèle bien une aporie : la recherche d'une responsabilité spécifiquement pénale des acteurs politiques, qui implique leur soumission au droit pénal commun, ne conduit-elle pas à la négation de son caractère constitutionnel qui seul, pourtant, justifie de conserver, au moins sous certains aspects des procédures dérogatoires ?* » (LAUVAUX Philippe, « Rapport introductif », in CHAGNOLLAUD Dominique (sous la direction de), *Responsabilité pénale et vie publique en France et à l'étranger, op. cit.*, pp. 19-20)

³⁴⁹ En France, le chef d'Etat ne peut être poursuivi durant l'exercice de ses fonctions pour des infractions de droit commun devant les juridictions judiciaires. Il ne peut l'être que pour haute trahison devant la Haute Cour de justice, en vertu de l'interprétation de l'article 68 de la Constitution française, réalisé par la Cour de cassation française en octobre 2001.

³⁵⁰ Les constituants italiens de 1946 ont débattu pour savoir si l'amnistie relevait du domaine judiciaire ou politique. Ils en avaient conclu que ce dernier caractère l'emportait : « *Una (...) parte del dibattito, svoltosi*

pourront pas s'y opposer juridiquement (1). C'est cette paralysie des juridictions judiciaires qui peut paraître comme la manifestation la plus flagrante d'un déséquilibre constitutionnel, dès lors que l'amnistie respecte la Constitution. Reste que les tribunaux pourront censurer les éventuelles failles juridiques de la mesure de clémence adoptée (2).

1. Des juridictions judiciaires soumises aux effets de l'amnistie

L'exemple de l'Uruguay au milieu des années quatre-vingts est assez significatif des effets de l'amnistie sur le pouvoir judiciaire. Après onze années de gouvernement par les militaires, les élections au Sénat et à la Chambre des députés de 1984 furent remportées par le parti *Colorado* et M. Sanguinetti devint président de la République. Dans les mois qui suivirent, près de quarante plaintes pour torture, disparition forcée et détention illégale furent déposées contre les dirigeants du régime précédent ainsi que leurs subalternes. Le professeur Naomi Roht Arriaza³⁵¹ montre bien le combat politique qui s'engagea alors entre les anciens dirigeants, le gouvernement en exercice et le pouvoir judiciaire. En effet, les militaires refusèrent de comparaître devant les juridictions de droit commun, se contentant de répondre par écrit aux requêtes de celles-ci, jusqu'à ce que des mandats d'arrêts soient délivrés contre des officiers. Les juridictions militaires se déclarèrent alors compétentes pour se prononcer sur leur culpabilité, mais en novembre 1986 la Cour suprême confirma l'autorité des juridictions de droit commun pour ce jugement. Les militaires refusèrent alors à nouveau de comparaître devant leurs juges. Dans le même temps, le gouvernement prépara plusieurs projets de lois

*nell'Assemblea costituente (...) riguardò il fatto se questa materia attenesse a quelle connesse con il potere giudiziario, o invece, alle responsabilità del potere politico. Anche in questo dibattito si confrontarono diverse posizioni e la conclusione, nella Costituente, fu nel senso che non si trattasse di materie attinenti al potere giudiziario, ma di materie inerenti l'esercizio del potere politico » (BOATO Mario, « Discussione della proposta di legge costituzionale : Boato ed altri : Modifica all'articolo 79 della Costituzione in materia di amnistia e indulto (2750) e dell'abbinata proposta di legge costituzionale: Cento (456) ore 17 e ore 17,55 », *Resoconto stenografico dell'Assemblea*, Seduta n.224 del 18/11/2002, pag. 27).*

³⁵¹ Sa présentation de l'amnistie en Uruguay est très précise (voir: ROHT-ARRIAZA Naomi, « overview », in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed), *Impunity and human rights in international law and practice, op. cit.*, p. 149).

portant amnistie des actes qui leur étaient reprochés qui furent successivement rejetés par le Parlement durant l'année 1986 ; de même qu'une autre proposition de loi autorisant les poursuites pour disparition forcée et meurtre mais pas pour torture. Finalement, alors que l'on s'approchait de la date du procès des officiers, le Congrès adopta une loi ne comportant pas le terme d'amnistie³⁵² – pour éviter l'interdiction constitutionnelle faite au Congrès d'examiner un projet de loi comportant des dispositions qu'il a déjà rejetées – mais représentant dans les faits une amnistie pour tous les crimes commis entre 1973 et 1984, lorsque les militaires étaient au pouvoir. Plus précisément, cette loi disposait que toutes les poursuites en cours pour des crimes commis « *pour des raisons politiques ou dans l'exercice de leurs fonctions et sur ordre de leurs supérieurs devaient être abandonnées* ». Cet exemple de l'Uruguay prouve qu'il peut y avoir une bataille politique entre le pouvoir amnistiant et le pouvoir judiciaire. Mais dès lors qu'une amnistie est adoptée, le droit l'emporte et les juridictions judiciaires déclinent leur compétence.

En outre, ces dernières se limiteront à interpréter très strictement les lois d'amnistie qu'elles doivent appliquer pour forger une jurisprudence³⁵³. Le Professeur Vitu rappelle la position de la Cour de cassation française³⁵⁴ concernant l'interprétation des lois d'amnistie : « *ces lois d'amnistie sont des lois d'exception qui doivent être appliquées dans leurs termes mêmes, et il*

³⁵² *Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado* (Ley n° 15.848, 1986).

³⁵³ Naghi Tolooei Rahimabadi considère d'ailleurs qu'en France, le pouvoir judiciaire peut être placé dans une position l'obligeant à déterminer les conditions d'application de l'amnistie par le législateur lui-même : « *les textes d'amnistie donnent très souvent lieu à des interprétations judiciaires et on peut même se demander si le législateur, dès le moment où il élabore un texte, ne se décharge pas, en partie, sur les magistrats. Il est vrai qu'à plusieurs reprises, des problèmes pourtant soulevés au cours des débats parlementaires ont été laissés à l'état d'équivoque ou d'imprécision initiale dans l'espoir, sans doute que les juges sauraient se tirer convenablement de l'affaire* » (TOLOOEI RAHIMABADI Naghi, *Les effets...*, *op. cit.*, p. 308). Mais nous verrons tout au long de cette thèse, surtout en ce qui concerne l'auto-amnistie que les actes normatifs amnistiant les dirigeants politiques sont souvent assez précis sur leurs condition d'application.

³⁵⁴ Il se réfère à plusieurs arrêts de la Cour dans lesquels elle applique la loi du 20 juillet 1988 portant amnistie.

Une maîtrise pouvant porter atteinte à l'aménagement constitutionnel de la séparation des pouvoirs

*n'appartient pas au juge d'ajouter à la loi une condition non prévue par celle-ci*³⁵⁵ ». Les lois d'amnistie sont donc des lois d'interprétation stricte : le juge judiciaire ne peut ni étendre, ni restreindre leur champ d'application. Au contraire, les juridictions constitutionnelles veillent généralement à ce que chaque loi d'amnistie définisse objectivement son champ d'application afin qu'aucune interprétation de celui-ci ne soit possible. Le Conseil constitutionnel l'a rappelé dans sa décision de 1990 dans laquelle il considérait que :

« Il appartient au législateur de déterminer en fonction de critères objectifs quelles sont les infractions, et s'il y a lieu les personnes, auxquelles doit s'appliquer le bénéfice de l'amnistie et que la loi contestée ne contrevient pas à ses exigences³⁵⁶ ».

Dans leur ensemble les juridictions ne cherchent donc pas à limiter les effets de l'amnistie lorsqu'elles les interprètent. Cela a été le cas en Uruguay où les tribunaux judiciaires ont strictement analysé les exceptions définies par la loi avant de conclure que l'amnistie devait s'appliquer aux affaires examinées par elles³⁵⁷. L'attitude des juridictions chiliennes a été identique. En effet, si le décret-loi de 1978 n'a pas produit ses effets dans l'affaire Letelier parce qu'il en disposait expressément, les tribunaux ont refusé de l'écarter par analogie, à des faits comparables à ceux ayant conduit à l'assassinat de l'ancien ministre des affaires étrangères. En particulier, après une longue procédure, ils conclurent à l'application de l'amnistie dans l'affaire Carmen Storia, une représentante espagnole de l'ONU torturée et assassinée en 1976 par la

³⁵⁵ VITU André, « L'application de la loi du 20 juillet 1988 portant amnistie », chronique de jurisprudence, *Rev. sc. crim.*, janvier-mars 1991, p. 69.

³⁵⁶ Conseil constitutionnel, Décision n° 89-265 DC du 9 janvier 1990, *Loi portant amnistie d'infractions commises à l'occasion d'évènements survenus en Nouvelle-Calédonie*.

³⁵⁷ Naomi Roht-Arriaza remarque dans l'article précité que: « [The law] required dismissal of all pending cases, with a few exceptions that proved meaningless either because they applied to no pending cases or because the cases subsequently have not progress even though they are nominally excluded from the terms of the amnesty. In addition, there remains the possibility of a suit directly against the state, although statute of limitations and evidentiary problems make such suits problematic » (ROHT-ARRIAZA Naomi, « overview », *op. cit.*, p. 149).

DINA, en dépit d'un élément d'extranéité – non pas territorial comme dans l'affaire Letelier – mais personnel puisque constitué par la nationalité de la victime³⁵⁸. Il est considéré que l'exception définie par le décret-loi d'amnistie de 1978 avait été déterminée par une forte pression diplomatique des Etats-Unis. L'analogie n'était donc pas possible avec une autre affaire.

Pour ceux qui estiment que l'amnistie des dirigeants politiques provoque un déséquilibre constitutionnel, le seul moyen de remédier à ce dernier est de permettre aux juridictions judiciaires d'accomplir pleinement leur rôle dans ce domaine. Celles-ci doivent en effet révéler les failles juridiques des normes portant amnistie.

2. Des juridictions judiciaires réduites à traquer les failles juridiques des amnisties de dirigeants politiques

Dans les Etats où le contrôle de constitutionnalité est exercé par une Cour suprême, placée au sommet de la hiérarchie des juridictions de l'ordre judiciaire³⁵⁹, ces dernières pourront être saisies aux fins de voir déclarer nulles ou inapplicables des lois d'amnistie. Cependant, bien qu'il soit directement menacé par ces lois, le pouvoir judiciaire ne s'est, là encore, que très rarement érigé en défenseur de sa propre compétence. Seules quelques juridictions de première instance ou d'appel, et plus récemment quelques juridictions suprêmes, ont pu faire droit aux auteurs de telles demandes, notamment en Amérique latine. Ainsi, en 2001, le tribunal fédéral de Buenos Aires a déclaré inconstitutionnelles³⁶⁰ en appel les lois argentines amnistiant les responsables de graves violations des droits de l'homme³⁶¹, confirmant de ce fait la décision du

³⁵⁸ Voir : MERA Jorge, « Chile: truth and justice under the democratic government », *op. cit.*, p. 179.

³⁵⁹ Et non par une Cour constitutionnelle placée hors de l'ordre judiciaire (Selon le modèle européen de contrôle de constitutionnalité proposé par le professeur Louis Favoreu : FAVOREU Louis, *Les Cours constitutionnelles*, Paris : PUF, collection : Que sais-je ?, première édition : 1986, réédition 2002, 128 p.).

³⁶⁰ Voir : HUERTAS Francis, « L'argentine veut en finir avec l'impunité, les lois d'amnistie des tortionnaires sont déclarées inconstitutionnelles », *Libération*, samedi 17 et dimanche 18 novembre 2001, p. 12.

³⁶¹ Le premier acte d'amnistie datait de 1983 et consistait en une auto-amnistie des membres de la junte. En 1986 et 1987, les lois « du point final » et de « l'obéissance due » complétaient cette amnistie, la première en fixant une

Juge Cavallo³⁶². Les associations de défense des victimes de la dictature avaient alors pu penser à une reprise en main de son pouvoir par l'autorité judiciaire dans la mesure où cette décision annulait les lois d'amnistie, et avait donc un effet rétroactif. Cependant, elle heurtait plusieurs principes juridiques fondamentaux, reconnus dans tous les systèmes de droit sous la forme du droit à la sécurité juridique³⁶³ ou de la non rétroactivité de la loi pénale. En outre, il a fallu

date limite à l'ouverture de nouveaux procès, et la seconde, en accordant une clémence aux subordonnés parce qu'ils avaient obéi aux ordres qui leurs étaient donnés. Elles furent bientôt suivies par un *pardon* de Carlos Menem, trois ans plus tard (Voir, *infra* : pp. 319 à 322).

³⁶² Qui les avaient déclarées « *inconstitutionnelles, invalidées et nulles* ». Ce Juge fédéral avait été saisi par le Centre d'Etudes légales et Sociales (C.E.L.S.) au sujet de la disparition d'un bébé en 1978, fille de José Poblete et de son épouse Gertrudis Klaczick tous deux disparus en novembre de cette même année. (Pour une approche en langue française de cette procédure, voir le site internet consacré à la justice pénale internationale <http://www.diplomatiejudiciaire.com/Argentine/Argentine.htm>)

³⁶³ Par exemple en France, selon François Luchaire : « *La sécurité juridique est un élément de la sûreté. A ce titre elle a son fondement dans l'article 2 de la déclaration de 1789 qui place la sûreté parmi les droits naturels et imprescriptibles de l'homme au même titre que la liberté, la propriété et la résistance à l'oppression (...). Pourtant, le Conseil constitutionnel, s'il a bien cité la sûreté comme l'un des droits de l'homme (132 DC du 16 janvier 1982, 164 DC du 29 décembre 1983 et 254 DC du 4 juillet 1989), n'en a pas tiré une conséquence directe sur une loi soumise à son examen. A plus forte raison, il n'a jamais utilisé l'expression « sécurité juridique » pour en faire profiter l'individu. (...) L'article 8 de la déclaration de 1789 interdit les dispositions législatives rétroactives en matière répressive, qu'il s'agisse d'une sanction pénale ou administrative (250 DC du 29 décembre 1988). En outre, la loi qui adoucit une sanction pénale a un effet nécessairement rétroactif puisque la sanction précédente n'est plus nécessaire (127 DC des 19 et 20 janvier 1981) » (LUCHAIRE François, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », Etudes et doctrine : le principe de sécurité juridique, *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 11, disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr>).*

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

attendre juin 2005³⁶⁴ pour que cette décision soit confirmée par la Cour suprême³⁶⁵. Jusqu'alors, les juridictions argentines civiles comme pénales de première instance et d'appel étaient généralement décrites comme faisant preuve d'un certain activisme contrairement à la Cour suprême³⁶⁶.

³⁶⁴ Cour suprême d'Argentine, décision du 14 juin 2005, recurso de hecho, voir : annexe XXII, p. 715.

³⁶⁵ Ce n'était pas la première fois que la Cour suprême était saisie sur ce point, mais elle a toujours refusé de déclarer inconstitutionnelles les lois en cause, la dernière fois en 1997. L'explication la plus probable est politique. Jusqu'en 2003 – après la démission de son président Julio Nazareno pour éviter d'être destitué par le Parlement – elle était composée de juges favorables au pouvoir, et particulièrement dépendants de celui-ci, nommés en particulier par Carlos Menem. La destitution du premier de ces juges par le Sénat a eu lieu en décembre 2003. Le juge Eduardo Moliné O'Connor a été privé du droit d'exercer toute fonction publique (Voir TAGLIAFERRO Eduardo, YAPUR Felipe, « El Senado destituyo a Moline O'Connor como Juez de la Suprema Corte : Su señoría ya se dedica full time al tenis », *El Pais*, 04 de Diciembre de 2003, disponible sur : <http://www.pagina12web.com.ar>).

³⁶⁶ Par exemple, selon Peter A. Barcroft, « *The Courageous activism of the Federal Criminal, Civil and Appeals Courts in declaring unconstitutional a number of pardon decrees represents a necessarily defiant attempt to remedy this abuse of Executive power. In Argentina there was no ambiguity amongst the Framers of the Constitution regarding this provision, only a lack of willingness on the part of the Executive to observe the confines of its authority. International law has a key role to play in this area in attaining the observance of, and continued adherence to, its fundamental provisions* » (BARCROFT Peter A.A., *The presidential pardon, a flawed solution*, *op. cit.*, p. 393).

En revanche, dans les Etats où le contrôle de constitutionnalité est exercé par un organe placé hors de l'ordre judiciaire, les juridictions judiciaires n'exercent aucun contrôle sur les lois d'amnistie, laissant ce rôle à la Cour constitutionnelle ou au Conseil constitutionnel³⁶⁷. Ainsi, en France, comme toutes les lois ordinaires, les lois d'amnistie sont susceptibles d'être soumises au contrôle de constitutionnalité³⁶⁸ qui pourra être relatif au respect de la procédure législative et à celui de l'objectif d'apaisement politique et social auquel doit se conformer le pouvoir amnistiant d'après le Conseil constitutionnel³⁶⁹. En revanche, ce dernier ne vérifiera pas l'opportunité de la loi qui lui est soumise³⁷⁰. Il en est de même en Afrique du Sud, même si l'interprétation de la Cour constitutionnelle est différente. Par exemple, dans l'arrêt AZAPO précité, cette juridiction a conclu que la Constitution intérimaire prévoyait une amnistie dans son sens « *le plus large et le plus généreux*³⁷¹ » et que par conséquent le Parlement était tenu d'adopter une loi aussi large que celle qui lui était soumise, mais que c'était à lui seul de

³⁶⁷ En France, les juridictions judiciaires ont toujours refusé de s'approprier le contrôle de constitutionnalité des lois. La Cour de cassation a souvent exprimé cette position. Ainsi, en 1990, elle concluait que : « *Ces derniers textes ayant valeur législative, [ils] s'imposent aux juridictions de l'ordre judiciaire qui ne sont pas juges de leurs constitutionnalité* » (Cass.crim.2 mai 1990, Gaz. Pal. 1990, II somm. p. 641).

³⁶⁸ Selon les conditions déterminées par la Constitution dans ses articles 61 à 63. Voir, par exemple *infra*, pp. 260-261.

³⁶⁹ Ces critères ont été précisés dans plusieurs décisions (Par exemple : Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie* ; Décision n° 89-258 D.C. du 8 juillet 1989, *op. cit.* ; *Loi portant amnistie*, Décision n° 89-271 DC du 11 janvier 1990, *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification des activités politiques*).

³⁷⁰ Voir : MEYER Emmanuel, *Le contrôle des lois d'amnistie par le Conseil constitutionnel*, Mémoire de D.E.A. *op. cit.*

³⁷¹ « *An amnesty in its most generous and comprehensive sense* » (Décision AZAPO, *op. cit.*).

déterminer les ambitions de l'amnistie, ses formes possibles ainsi que celles des réparations aux victimes³⁷².

La principale conséquence de l'amnistie est donc de paralyser le pouvoir judiciaire. Cependant, n'étant pas habilité à apprécier l'opportunité de l'amnistie, le juge n'a aucune autorité pour lutter contre sa paralysie en raison d'une telle mesure de clémence bénéficiant à des dirigeants politiques, si l'on excepte les juges de Cour suprême lorsqu'ils se prononcent en tant que juges constitutionnels³⁷³ mais aussi l'application probable à l'avenir du droit international par ces juridictions en raison d'un nombre croissant de ratifications des conventions internationales relatives aux droits de l'homme. Comme Carsten Stahn³⁷⁴, il est possible de se référer aux premiers jugements en ce sens dont celui du Salvador³⁷⁵, Etat dans lequel une juridiction criminelle a restreint le champ d'application de l'amnistie en la déclarant inapplicable aux crimes internationaux³⁷⁶. Or, cette atteinte au pouvoir judiciaire par l'amnistie peut être justifiée, même lorsqu'un dirigeant politique en bénéficie, surtout lorsqu'elle provient du pouvoir législatif.

³⁷² D'après Claudia Braude et Derek Spitz: « *The Court, however, was not concerned with the wisdom of the legislative choice, but with the question of whether the choice made offended any of the express or implied limitations on the powers of Parliament prescribed by the interim Constitution* » (BRAUDE Claudia, SPITZ Derek, *Memory and the spectre of international justice : A comment on AZAPO*, (1997), 13 SAJHR, pp. 269-270). Voir aussi : DARBON Dominique, « La Truth and Reconciliation Commission, Le miracle sud-africain en question », *Revue Française de science politique*, vol. 48, n° 6, décembre 1998, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, pp. 711-712.

³⁷³ Sur le pouvoir normatif du juge constitutionnel, voir : RIBES Didier, « Le juge constitutionnel peut-il se faire législateur ? A propos de la décision de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud du 2 décembre 1999 », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 9, disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

³⁷⁴ STAHN Carsten, « United Nations peace-building, amnesties and alternative forms of justice: A change in practice? », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, mars 2002, volume 84, n° 845, pp 191 à 205.

³⁷⁵ *Proceedings* n° 10-93 (May 20, 1993), *op. cit.*, voir : note 189, p. 73.

³⁷⁶ La seconde partie de cette thèse étudiera l'influence du droit international sur les droits nationaux en ce qui concerne l'amnistie des dirigeants politiques.

Une maîtrise pouvant porter atteinte à l'aménagement constitutionnel de la séparation des pouvoirs

**SECTION 2 – UNE PARALYSIE JUSTIFIÉE PLUS FACILEMENT LORSQU'ELLE
PROVIENT DU POUVOIR LÉGISLATIF**

Le constitutionnaliste William Blackstone estimait au dix-huitième siècle que le pouvoir de *pardon* accordé au président américain, dont on rappelle qu'il permet l'octroi d'une amnistie générale à une seule personne ou à une catégorie d'individus avant toute condamnation, tomberait tôt ou tard en désuétude car il s'opposait au principe fondamental selon lequel c'est au juge d'appliquer le droit³⁷⁷. Pour lui, le pouvoir exécutif ne pouvait intervenir sur la fonction de juger, considérée comme constituant le droit³⁷⁸.

Il est vrai que lorsque l'amnistie est adoptée par le pouvoir exécutif avant condamnation, trois critiques principales peuvent être formulées : l'immixtion dans le pouvoir judiciaire ne provient pas de l'organe qui exerce la souveraineté, elle est parfois le fait d'un homme seul et sa valeur juridique est discutée³⁷⁹. L'atteinte à la fonction judiciaire s'avère davantage justifiable lorsqu'elle provient du législateur, surtout s'agissant d'une amnistie octroyée à des dirigeants politiques. Selon Alain Trabuc, « [les] critères d'attribution [de l'amnistie au législateur] sont au nombre de deux, il s'agit pour le premier de la souveraineté et pour le second de la

³⁷⁷ Par exemple : « *In democracies... this power of pardon can never subsist, for there nothing higher is acknowledged than the magistrate who administers the laws* » (cité par ROZELL Mark J., « President Ford's pardon of Richard M. Nixon; constitutional and political considerations », *op. cit.*, pp. 126-127). Voir aussi : BLACKSTONE William (Sir), *Commentaries on the laws of England*, v. 4., « of Public wrongs », A facsimile of the first edition of 1765-1769, Chicago, University of Chicago Press, 1979, pp. 397 à 402.

³⁷⁸ Blackstone pouvait être assimilé à l'école doctrinale qui perçoit le droit comme l'art de rendre la justice.

³⁷⁹ Voir *infra*, pp. 158 à 177.

*Une maîtrise pouvant porter atteinte à l'aménagement constitutionnel de la séparation des pouvoirs hiérarchie des normes*³⁸⁰ ». C'est à ces deux critères d'attribution que correspondent les justifications de l'atteinte à la fonction judiciaire par une loi d'amnistie intervenant avant condamnation. La première se rapporte à la nature législative de l'acte d'amnistie (I). La seconde est relative aux conditions d'adoption de l'amnistie par le Parlement à la majorité de ses membres (II).

I. Une atteinte justifiable par la nature législative de l'amnistie

Une amnistie adoptée au profit de dirigeants politiques est toujours accompagnée d'une controverse politique, puis doctrinale. Il est possible de remarquer que dans les Etats où elle prend la forme d'un acte législatif, le débat n'est pas accompagné d'une critique de l'autorité amnistiant, même lorsqu'elle intervient avant condamnation³⁸¹. La doctrine conteste exclusivement la nature législative de l'amnistie (A). En outre il est possible de justifier que le pouvoir législatif amnistiant puisse porter une telle atteinte à la compétence de la juridiction judiciaire en se référant à la hiérarchie des normes que ce pouvoir ne semble pas affecter (B).

A. Une nature législative parfois discutée

De nombreuses Constitutions disposent que l'amnistie est du domaine de la loi³⁸². Pourtant, même dans ce cas, il arrive qu'une partie de la doctrine mette en cause la nature législative des actes d'amnistie adoptés par le Parlement du fait de leur contenu (1) ou de leurs effets (2).

1. Une nature discutée en raison du contenu de l'amnistie

³⁸⁰ TRABUC Alain, *L'amnistie en droit constitutionnel français et comparé...*, *op. cit.*, pp. 20 à 26.

³⁸¹ Dans les Etats où le pouvoir amnistiant est confié au législateur, les critiques de l'adoption d'une telle loi au profit de dirigeants politiques se concentrent sur son objet et ses effets (Voir *supra*, tous les débats qui ont accompagné les amnisties de dirigeants politiques aux Etats-Unis et en Russie, comportant chacun une contestation de l'autorité du président pour prendre une telle amnistie).

³⁸² Pour des exemples de ces dispositions, voir : *supra*, note 79, p. 30.

Il existe deux principales argumentations pour démontrer le caractère non législatif du contenu de l'amnistie. Elles se retrouvent toutes deux en doctrine française. En premier lieu, il peut être refusé de reconnaître une nature législative à l'amnistie du fait de la généralité de ses dispositions, en contradiction avec ce que considérait Armand Piton. Selon ce dernier,

« En ce qui concerne le caractère d'acte législatif, le doute qui a plané pendant longtemps sur les dispositions d'amnistie semble ne devoir plus être justifié, car, depuis le début du XIXe siècle, l'amnistie n'a été accordée que par voie générale³⁸³ ».

A l'inverse de ce qu'écrivait cet auteur en 1933, la nature législative de l'acte d'amnistie peut toujours être niée lorsqu'il s'applique à une certaine catégorie d'infractions déterminées, dans le but d'atteindre un groupe de personnes aisément identifiables. En effet, une loi d'un point de vue matériel doit être générale et impersonnelle³⁸⁴ conformément à l'un des critères permettant de l'identifier dans un raisonnement en droit comparé³⁸⁵. Un acte qui s'appliquerait en réalité à des personnes déterminées ne répondrait pas à ce critère matériel et ne pourrait donc pas être qualifié d'acte législatif. C'était l'argument des requérants dans la décision du Conseil constitutionnel français du 9 janvier 1990³⁸⁶. Ils soutenaient que :

« Les dispositions de l'article premier de la loi déférée méconnaissent l'article 34 de la Constitution et le principe de généralité de la loi, en ce qu'elles ne fixent pas de règles mais portent amnistie de certains crimes individualisés ; qu'ainsi l'article premier ne peut être qualifié de « loi »... »

Ce à quoi le Conseil constitutionnel répondit :

³⁸³ PITON Armand, « De la rétroactivité de la loi d'amnistie au point de vue pénal et disciplinaire... », *op. cit.*, p. 8.

³⁸⁴ « *La loi ne saurait aller trop en profondeur dans la régulation d'une matière, sauf à empiéter sur la compétence du règlement* » (FAVOREU Louis, GAÏA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMAN Otto, ROUX André, SCOFFONI Guy, *Droit constitutionnel*, précis, Dalloz, 1999, p. 726).

³⁸⁵ Sur l'utilisation de ce critère matériel en droit comparé, voir : *infra*, pp. 128-129.

³⁸⁶ Décision n° 89-265 DC du 9 janvier 1990, *Loi portant amnistie d'infractions commises à l'occasion d'évènements survenus en Nouvelle-Calédonie* précitée.

« Considérant que, sur le fondement de ces dispositions le législateur peut enlever pour l'avenir tout caractère délictueux à certains faits pénalement répréhensibles, en interdisant toutes poursuites à leur égard ou en effaçant les condamnations qui les ont frappées ; qu'il lui appartient de déterminer en fonction de critères objectifs quelles sont les infractions et, s'il y a lieu, les personnes, auxquelles doit s'appliquer le bénéfice de l'amnistie ; que l'article premier de la loi déferée ne contrevient pas à ses exigences ; qu'il ne saurait par suite être reproché au législateur d'avoir méconnu les dispositions de l'article 34 de la Constitution qui définissent l'étendue de sa compétence ».

Ainsi, le Conseil estima que, dans la mesure où les critères déterminés par l'amnistie étaient objectifs, celle-ci était donc générale et impersonnelle. Mais il ajouta un autre critère matériel : l'article 34 de la Constitution faisant de l'amnistie une matière déterminée par la loi, l'acte normatif devait de par son contenu être qualifié de loi. Par analogie, il est possible de conclure que de ce point de vue, l'acte normatif dont la conséquence est d'amnistier des dirigeants politiques peut être considéré comme une loi dès lors que les personnes visées le sont en tant que catégorie objective, en raison par exemple de la nature ou de la gravité de l'infraction commise, ou même de leur qualité³⁸⁷.

Dès lors, Alain Trabuc, qui se réfère à la décision du Conseil constitutionnel 82-139 D.C. du 11 février 1982³⁸⁸ relative à la loi de nationalisation, s'interroge : « *si le législateur peut déterminer précisément les entreprises à nationaliser, pourquoi ne pourrait-il pas déterminer les personnes à amnistier ?* ». Il est vrai qu'en vertu de cette jurisprudence du Conseil constitutionnel, la qualité de loi ne pourrait être niée à l'acte normatif qui déterminerait

³⁸⁷ TRABUC Alain, *L'amnistie en droit constitutionnel*, thèse, *op. cit.*, p. 28.

³⁸⁸ Le Conseil constitutionnel avait rejeté l'argument des requérants selon lequel le législateur avait empiété sur la compétence réglementaire (et donc méconnu positivement sa compétence) en fixant la liste des banques nationalisées, au lieu de se limiter à fixer les critères de nationalisation et laisser au pouvoir réglementaire le soin d'en dresser la liste.

précisément les personnes à amnistier³⁸⁹. En outre, traditionnellement, il est considéré que l'article 34 crée deux domaines de compétence législative. D'après le premier, « [la loi] fixe les règles concernant » certaines matières, dont l'amnistie, et dispose donc de la faculté de mettre en place de manière précise l'ensemble de leur régime juridique. Dans le second domaine, la loi « détermine les principes fondamentaux » et devrait donc se contenter d'en créer le régime juridique général. Le fait que la loi d'amnistie s'inscrive dans le premier domaine confirmerait sa faculté à fixer des règles précises, sans que sa nature législative puisse être remise en cause.

Cependant, en second lieu, il serait possible de dénier la qualité de loi à l'amnistie lorsque le législateur délègue l'essentiel de ce pouvoir à l'exécutif. En effet d'après Hafida Belrhali,

« Les régimes républicains se caractérisent par l'attribution du pouvoir amnistiant au législateur, et de ce point de vue, le fait de coupler les lois d'amnistie avec l'issue de l'élection présidentielle peut sembler paradoxal. En effet, cette pratique de l'amnistie aboutit à valoriser la fonction présidentielle et non le Parlement. L'amnistie est alors considérée comme une mesure de clémence prononcée par le président de la République lui-même alors qu'il n'est pas compétent en la matière. Cette confusion sur le titulaire du pouvoir d'amnistier se manifeste d'ailleurs dans l'expression « amnistie présidentielle » qui est souvent utilisée. (...) De plus, la confusion est entretenue par le fait que le Parlement délègue son pouvoir d'amnistier au chef de l'Etat³⁹⁰ ».

Or, contester la nature législative de l'amnistie en raison de l'intervention de l'exécutif dans son application repose sur une nouvelle confusion entre l'autorité qui met en œuvre l'amnistie et celle qui la décide. Ainsi, lorsque, comme dans la situation décrite par Hafida Belrhali, l'exécutif est habilité à prendre des décrets d'amnistie dans les conditions fixées par le législateur, il est par là-même soumis à ce dernier et ne fait qu'exercer ses prérogatives

³⁸⁹ Jean-Jacques Rousseau avait prévu cette possibilité: « *La loi peut bien statuer qu'il y aura des privilèges, mais elle n'en peut donner nommément à personne ; la loi peut faire plusieurs classes de citoyens, assigner même les qualités qui donneront droit à ces classes, mais elle ne peut nommer tels ou tels pour y être admis* » (ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social*, avril 1762, réédition 1992, Paris : G-F Flammarion, p. 63).

³⁹⁰ BELRHALI Hafida, « L'amnistie à l'issue de l'élection présidentielle », *op. cit.*, p. 847.

originelles, c'est à dire appliquer la loi³⁹¹. Ce deuxième argument pour refuser toute valeur législative à l'amnistie est donc également contestable. Néanmoins, d'autres auteurs ne reconnaissent pas de valeur législative à l'amnistie adoptée par le Parlement, non pas en raison de son contenu mais de ses effets.

2. Une nature plus souvent discutée en raison des effets de l'amnistie

Le fait que l'amnistie n'abroge pas la loi pénale fait conclure à certains auteurs que l'amnistie a une valeur infra-législative. Ainsi, selon Armand Piton :

« La loi d'amnistie est ainsi considérée comme étant d'un ordre inférieur, elle n'abroge pas la loi pénale qui subsiste toujours, mais toutefois en ce qui concerne certains délits commis avant une époque déterminée par l'acte d'amnistie, elle dispense d'appliquer les rigueurs de la loi pénale et même relativement aux faits auxquels il aura été fait application de cette loi, elle aura pour effet, par fiction, de réputer la condamnation comme inexistante³⁹² ».

Le professeur Copper-Royer va encore plus loin dans ses conclusions. D'après lui, l'amnistie est

« Une loi tout à fait anormale puisqu'elle n'édicte pas à proprement parler une règle, et qu'elle suspend l'application d'une loi existante sans pour autant l'abroger. L'amnistie n'est pas une loi au sens strict³⁹³ ».

³⁹¹ Ce raisonnement pourrait être repris dans le cas où le pouvoir exécutif adopterait une amnistie par voie d'ordonnance, bien que son pouvoir législatif soit là encore issu du Parlement (voir : *infra*, note 465 p. 144).

³⁹² PITON Armand, *op. cit.*, p. 7. Le même auteur explique les raisons de son interrogation : « *L'amnistie anéantit l'application de la loi pénale mais elle ne rend le droit ni plus riche, ni plus pauvre, de sorte que l'on s'est demandé si les actes d'amnistie avaient bien le caractère d'une loi proprement dite* » (*Ibid*).

³⁹³ COPPER-ROYER Jean, *L'amnistie, op. cit.*, p. 11.

On trouve dans la thèse d'Alain Trabuc une confrontation entre la position de ces auteurs estimant que l'amnistie ne peut être une loi, dans la mesure où elle ne crée aucune règle juridique nouvelle mais aussi qu'elle laisse intactes les règles existantes, et le raisonnement d'une autre partie de la doctrine – dont Gaston Jèze – pour qui l'amnistie constitue une loi au sens matériel car elle crée un régime juridique. Alain Trabuc en conclut qu'

« On ne peut en effet nier que l'amnistie abolit le caractère délictueux des faits auxquels elle s'applique ; elle supprime donc l'élément légal de l'infraction. Or la loi seule peut créer des qualifications pénales ou les supprimer³⁹⁴ ».

De ce fait, l'amnistie doit être considérée comme étant de nature législative dès lors qu'elle met en place un régime juridique, et ce d'autant plus que l'adoption d'une loi n'entraîne pas automatiquement l'abrogation d'une autre ; elle peut en effet simplement la compléter ou même en suspendre provisoirement les effets. L'argumentation reposant sur l'absence d'effets de l'amnistie peut donc également être rejetée. De même que celle – fondée sur les thèses de Beccaria – en vertu de laquelle la clémence doit se trouver dans la loi pénale générale ce qui rend l'amnistie inutile et donc inexistante *de facto*. En effet, l'amnistie des dirigeants politiques montre bien qu'il peut être nécessaire pour des raisons ponctuelles et d'opportunité de renoncer à la condamnation de certaines personnes sans pour autant abroger l'infraction qu'ils ont perpétrée. Une autre partie de la doctrine conteste la nature législative de l'amnistie en raison de sa rétroactivité. C'est ce que veut signifier le professeur Copper-Royer lorsqu'il remarque que : « *parce qu'elle efface le souvenir d'une infraction, la doctrine enseigne que l'amnistie a un caractère rétroactif* ». La non rétroactivité de la loi pénale est un principe qui a valeur constitutionnelle dans la plupart des droits. On le retrouve par exemple dans les Constitutions

³⁹⁴ TRABUC Alain, thèse, *op. cit.*, pp. 27-28.

Une maîtrise pouvant porter atteinte à l'aménagement constitutionnel de la séparation des pouvoirs

argentine³⁹⁵, chilienne³⁹⁶, japonaise³⁹⁷, uruguayenne³⁹⁸ et sud-africaine³⁹⁹. Il est également protégé par des conventions régionales et internationales, telles que la déclaration universelle des droits de l'homme⁴⁰⁰ et la convention européenne des droits de l'homme⁴⁰¹. De même, en France, l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme et des citoyens dispose que :

« La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliqué ».

Néanmoins, l'amnistie ne contredit pas ce principe pour deux raisons. En premier lieu, selon Armand Piton, qui se réfère au professeur Roubier, la rétroactivité de l'amnistie est une rétroactivité tempérée⁴⁰² dans la mesure où :

³⁹⁵ Dans son article 18.

³⁹⁶ Dans son article 19.

³⁹⁷ Dans le chapitre trois de la Constitution de 1946.

³⁹⁸ Dans son article 12.

³⁹⁹ Dans son article 35.3(1).

⁴⁰⁰ Dans son article 11.

⁴⁰¹ Dans son article 7.

⁴⁰² « *N'est-ce pas là, en effet, un exemple de la rétroactivité mise pour la première fois en évidence par Affolter, et que M. Roubier qualifie de rétroactivité tempérée ? Il y a rétroactivité tempérée, écrit ce dernier, « lorsque le législateur statuant sur les conditions de constitution d'une situation juridique revient sur les faits antérieurs pour décider ou bien qu'ils n'avaient pas déterminé cette constitution contrairement à la loi en vigueur ou bien au*

« Promulguée avant la condamnation, elle efface celle-ci pour l'avenir en sorte que le condamné est réputé n'avoir pas été condamné. La fiction que l'amnistie crée n'a pas sauf déclaration contraire du législateur d'effets rétroactif, elle opère « ex nunc » et non pas « ex tunc »⁴⁰³ ».

Surtout, en second lieu, le principe de la non rétroactivité de la loi pénale dans le temps ne s'applique pas aux lois plus douces. C'est le principe de la rétroactivité *in mitius*. Lorsque la loi nouvelle est plus clémentaire que la loi ancienne, elle doit s'appliquer. Le Conseil constitutionnel l'a exprimé dans sa décision n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981 en considérant que la loi qui adoucit une sanction pénale a un effet nécessairement rétroactif puisque la sanction précédente n'est plus nécessaire⁴⁰⁴. Toutefois, il existe une limite à la rétroactivité *in mitius*. En effet, les faits incriminés ne doivent pas avoir été jugés définitivement pour que la loi pénale la plus douce puisse s'appliquer. Par conséquent, lorsque l'amnistie intervient après condamnation, elle pourrait contredire cette limite.

Quoi qu'il en soit, ces batailles doctrinales sur la nature législative de l'amnistie sont improductives, dans la mesure où le critère déterminant de la nature législative d'un acte peut être, dans tous les Etats, un critère formel⁴⁰⁵. Il correspond à son adoption par un organe,

contraire qu'ils ont eu cet effet, toujours en contrariété de la loi précédente. Cependant, rien n'est touché aux effets juridiques qui avaient été produits sous le droit antérieur de telle sorte qu'au premier abord on pourrait croire qu'il n'y a pas rétroactivité, mais seulement effet immédiat et certains auteurs, s'y sont en effet trompés ». (...) *On objectera peut-être que cette solution s'oppose au caractère absolu de la loi d'amnistie mais ne doit-on pas dire que nous nous trouvons en présence d'un mouvement de jurisprudence qui tend à lui donner des effets de moins en moins étendus ?* » (PITON Armand, *op. cit.*, p. 10)

⁴⁰³ *Ibid*, p. 6.

⁴⁰⁴ Décision n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*. Voir : LUCHAIRE François, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », *op. cit.*

⁴⁰⁵ D'après la Cour interaméricaine des droits de l'homme qui construit sa jurisprudence en recherchant les principes démocratiques communs aux Etats parties à la convention américaine relative aux droits de l'homme, le terme de loi désigne, en particulier, une norme générale adoptée par un organe législatif démocratiquement élu, en respectant la procédure mise en place par la Constitution. C'est ce qu'elle explique dans son rapport annuel de 1986 : « [T]he words « laws » (...) means a general legal norm tied to the general welfare, passed by

généralement le Parlement, dès lors que la Constitution lui en octroie la compétence. Ainsi, aucune Cour constitutionnelle ou suprême des Etats saisie d'une telle amnistie, n'a déclaré que ce n'était pas une loi au sens formel, à condition que la Constitution en prévoie l'adoption par le Parlement et qu'elle respecte les éventuelles exigences constitutionnelles de procédure. Le critère matériel n'est utilisé que lorsque la Constitution n'impose pas de conditions formelles aux textes de valeur législative ou pour compléter ces éventuelles conditions. C'est donc en l'absence de dispositions constitutionnelles expresses que la Cour européenne des droits de l'homme a qualifié à plusieurs reprises de loi, des dispositions de droit non écrites de *common law*. De même, c'est pour compléter les dispositions constitutionnelles formelles que cette Cour a considéré, dans des Etats de droit écrit, que la loi incluait: « *le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété, en ayant recours, au besoin, à des données techniques nouvelles*⁴⁰⁶ ». En conclusion, il est possible de considérer comme Sandrine Lefranc dans sa thèse qu'« *attribuée au pouvoir législatif, l'amnistie est l'acte du législateur qui correspond le moins à la fonction du législateur*⁴⁰⁷ », sans pour autant remettre en cause sa nature législative si elle est adoptée par le Parlement dans le respect de la Constitution. Ainsi, lorsque cette nature est reconnue, l'adoption par le législateur d'une loi d'amnistie, même bénéficiant à des dirigeants politiques avant toute condamnation, n'est pas critiquée⁴⁰⁸. Elle va même pouvoir être justifiée par rapport à la hiérarchie des normes.

democratically elected legislative bodies established by the Constitution, and formulated according to the procedures set forth by the Constitutions of the States parties for that purpose » (« Inter-American Court's advisory Opinion on the Word « Laws » in article 30 of the American Convention on Human Rights », Adv. Op. OC-6/86, 1986 Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights, p. 22).

⁴⁰⁶ Sur ces deux modalités de la qualification de loi par la Cour européenne des droits de l'homme, voir : Cour européenne des droits de l'homme, 24 avril 1990, *Gazette du Palais*, 1^{er} mai 1990, § 39.

⁴⁰⁷ LEFRANC Sandrine, thèse, *op. cit.*, p. 284.

⁴⁰⁸ La reconnaissance du pouvoir amnistiant du Parlement n'empêche pas bien entendu les débats sur le contenu, la valeur et les effets de la loi d'amnistie, surtout lorsqu'elle concerne des dirigeants, comme nous le verrons tout au long de cette thèse.

B. La logique de cette nature législative au regard de la hiérarchie des normes

Le pouvoir judiciaire applique l'ensemble des normes d'un Etat, quelle que soit la valeur de celles-ci. Pourtant, du point de vue des effets de l'amnistie, il semble plus cohérent que l'atteinte à ce pouvoir se fasse par une norme de valeur législative, surtout lorsqu'elle intervient avant condamnation (1). Seule une amnistie adoptée dans les mêmes conditions que l'amnistie sud-africaine à partir de 1993 échappe à ce raisonnement (2).

1. La logique générale de l'attribution du pouvoir amnistiant au législateur

Il peut être considéré que la hiérarchie des normes est une conséquence de la séparation des pouvoirs. Cette hiérarchie des normes⁴⁰⁹ entraîne l'obligation que la norme inférieure soit conforme à la norme supérieure. Elle peut également avoir pour effet d'instaurer une hiérarchie entre les pouvoirs⁴¹⁰ qui adoptent ces normes mais également ce que le professeur Alexandre Viala qualifie de « *hiérarchie des organes* », dans laquelle il inclut les juges qui appliquent ces normes⁴¹¹. En effet, ces derniers créent également du droit en le mettant en œuvre. Par exemple, en France, pour reprendre le professeur Viala : « *c'est parce que le juge administratif est un organe infra-législatif que les principes généraux du droit qu'il dégagne ont une valeur infra-législative*⁴¹² ». Dans cette logique, les juges des Cours constitutionnelles ou suprêmes⁴¹³

⁴⁰⁹ Cette théorie s'inspire des travaux de Hans Kelsen, au début du vingtième siècle.

⁴¹⁰ En ce qui concerne la hiérarchie des pouvoirs, nous nous intéressons ici à la valeur de l'amnistie qui en résulte. Nous expliquerons dans le chapitre suivant que l'adoption d'une amnistie par le pouvoir exécutif est également contestée du point de vue de l'équilibre entre les moyens de pression – ou contrepoids – réciproques, mis en place par les constituants, à la disposition de chaque pouvoir.

⁴¹¹ VIALA Alexandre, « L'interprétation du juge dans la hiérarchie des normes et des organes », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 6, second semestre 1998, 8 p., disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

⁴¹² *Ibid.*

⁴¹³ Dans les Etats où le contrôle de constitutionnalité est diffus et pratiqué par voie d'exception, comme par exemple aux Etats-Unis, le juge ordinaire assure le respect de la Constitution par les normes inférieures. Il peut donc être juge constitutionnel. Cependant, sa décision est susceptible de recours et ce sera la Cour suprême qui statuera en dernier ressort.

créeront des normes de valeur supra-législative lorsqu'ils contrôlent la constitutionnalité des lois⁴¹⁴ dès lors que comme en France, leurs décisions « *s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles*⁴¹⁵ ». De même, les juridictions pénales et civiles, parce qu'elles sont soumises aux normes constitutionnelles et législatives, rendront des décisions infra-législatives, et parfois même infra-réglementaires lorsque c'est le pouvoir exécutif qui pourra modifier la règle qu'elles appliquent. Or, dans la plupart des Etats, les infractions et l'échelle des peines qui leur est associée sont fixées par une norme législative. Par conséquent, il ne serait pas logique du point de vue de la hiérarchie des normes de permettre au pouvoir exécutif d'empêcher l'application de ces lois par le pouvoir judiciaire, une application qui dans ce cas aurait de fait valeur infra-législative mais aussi valeur supra-réglementaire. C'est l'une des possibles justifications de l'adoption de l'amnistie sous forme de lois dans la plupart⁴¹⁶ des Etats⁴¹⁷. C'est aussi pour cela que dans les pays où l'amnistie peut être octroyée à des dirigeants politiques par l'exécutif, il est possible de critiquer la légitimité

⁴¹⁴ Dans les Etats où la Constitution est souple, c'est à dire modifiable par une loi ordinaire, comme la Grande-Bretagne, les lois ne peuvent déroger à un ensemble de normes coutumières. Il pourrait donc être considéré que les décisions des juges appliquant cet ensemble de règles issues de la tradition aurait valeur supra-législative.

⁴¹⁵ Article 62 alinéa 2 de la Constitution française de 1958.

⁴¹⁶ Cette constatation est faite par exemple par Naghi Toloei Rahimabadi, « *Sauf de très rares exceptions comme par exemple la Constitution du 3 septembre 1791, le droit d'amnistie a appartenu au représentant du pouvoir exécutif ; au contraire, avec les régimes républicains, l'amnistie n'a été accordée que par le pouvoir législatif* » (*Ibid*, p. 70). Mais on la retrouve également chez Matthieu Conan : « *la règle qui consiste à faire du législateur le détenteur du pouvoir d'amnistie est susceptible d'apparaître aux yeux de certains comme une solution commune à l'ensemble des pays démocratiques. L'Allemagne, l'Autriche, la Grèce, le Luxembourg, le Portugal, la Suisse et de nombreux autres pays européens confient ainsi l'amnistie au pouvoir législatif* » (CONAN Matthieu, « *Amnistie présidentielle et tradition* », *R.D.P.*, n° 5, 2001, p. 1356).

⁴¹⁷ D'ailleurs, il est intéressant de relever que parfois le législateur se sent tout de même obligé de préciser qu'il ne porte pas atteinte au pouvoir judiciaire. Il en est ainsi en France dans l'article premier de la loi du 6 août 1953 précitée: « *l'amnistie n'est pas une réhabilitation, ni une revanche, pas plus qu'elle n'est une critique contre ceux qui, au nom de la Nation, eurent la lourde tâche de juger et punir* ».

au regard de la hiérarchie des normes – à laquelle est souvent associée la séparation des pouvoirs – de ce pouvoir amnistiant. Par exemple aux Etats-Unis, lorsque Gerald Ford a octroyé un *pardon* à Richard Nixon, une partie de la doctrine a fait remarquer que dans la mesure où le Congrès était, avec l'autorité judiciaire, seul compétent pour fixer les règles de droit pénal, l'exécutif ne pouvait en suspendre l'application. En effet, aux Etats-Unis, le Congrès adopte les lois pénales, sous la protection de la Cour suprême⁴¹⁸ et sur proposition de cette dernière, en ce qui concerne les règles de procédure pénale⁴¹⁹. Ainsi, il pouvait sembler illogique au regard de la hiérarchie des normes de confier à l'exécutif le soin de suspendre l'application de lois pour la création desquelles il n'intervient pas, se contentant d'en faciliter l'application⁴²⁰. Cet

⁴¹⁸ D'après le professeur Jacobs: « *En théorie, les pouvoirs du Congrès se limitent aux fonctions expressément définies dans la section 1 de la Constitution. Ainsi, des infractions comme la falsification de devises américaines, la pénétration clandestine dans le territoire des Etats-Unis, la trahison et la violation des droits prévus par la Constitution ou par les lois fédérales relèvent directement de la juridiction du gouvernement fédéral. Mais, en outre, à la faveur des vastes pouvoirs que lui confèrent la disposition de la Constitution relative à la réglementation du commerce et d'autres dispositions pouvant être interprétées avec une certaine liberté, le Congrès a adopté des lois fédérales portant sur le trafic de drogue, les armes à feu, les enlèvements, les rançonnements, le vol de voitures, la fraude, etc. La Cour suprême n'a statué que dans de rares cas que l'adoption d'une loi pénale ne relevait pas des compétences du Congrès. Ceci est en grande partie dû au fait que le champ d'application du droit pénal fédéral s'est inexorablement élargi au XX^{ème} siècle* » (JACOBS James, « L'évolution du droit pénal aux Etats-Unis », *op. cit.*, p. 3).

⁴¹⁹ Pour le point de vue d'un juge à la Cour suprême sur ce thème, voir : BREYER Stephen, « L'indépendance du pouvoir judiciaire », in *Indépendance du judiciaire, Démocratie et droits de l'homme*, Washington : revue électronique de l'agence d'information des Etats-Unis, volume 1, n° 18, décembre 1996, revue disponible sur le site : <http://usinfo.state.gov/journals/>, 5 p.)

⁴²⁰ D'autant plus qu'aux Etats-Unis, le juge fixe lui-même les règles de procédure qu'il applique. D'après le juge Breyer, « *L'indépendance du pouvoir judiciaire aux Etats-Unis réside premièrement dans les garanties données aux juges par l'article III de la Constitution. [Par exemple, une rémunération garantie, mais on pourrait ajouter un autre acquis en vertu de la Constitution : le pouvoir du judiciaire de fixer lui-même les règles de procédure pénale qui devront ensuite être approuvées par le Congrès] (...) Ces protections permettent d'assurer que le Congrès ou le président ne peut influencer directement sur l'issue d'une affaire en menaçant les juges de révocation ou de diminution de leur traitement* » (*Ibid*).

argument n'a pourtant pas été examiné par la Cour suprême qui, on l'a dit, se réfère uniquement à la Constitution pour vérifier les conditions d'application du *pardon*. En outre, il peut sembler légitime au regard de la hiérarchie des normes que l'exécutif dispose du droit de *pardon*, de la même manière qu'il dispose du droit de veto ou d'autres attributions. Ces actes sont soumis à la Constitution, mais sont à la discrétion du président qui ne ferait qu'aider à une meilleure application de la loi adoptée par le Congrès ainsi qu'à la préservation de la Constitution et qui pourraient même avoir valeur législative à la manière des règlements autonomes en France. En ce sens, l'acte d'amnistie se différencie de la grâce puisque cette dernière n'intervient pas sur l'application de la loi pénale, mais aménage seulement l'une de ses conséquences⁴²¹. Selon cette théorie, le pouvoir exécutif pourrait donc légitimement exercer le pouvoir de grâce, mais pas l'amnistie. Comme le précisait le professeur Villey à la fin du dix-neuvième siècle⁴²²,

« Une loi ne peut être abrogée que par une loi. Par suite, le droit de la prononcer entre exclusivement dans les attributions du pouvoir législatif. L'amnistie est contraire à l'essence même du pouvoir exécutif ; il est chargé de faire exécuter les lois et l'amnistie consiste à ne pas les exécuter ».

Cependant, que la valeur de l'amnistie soit législative ou réglementaire, l'amnistie est presque unanimement⁴²³ reconnue comme devant être de valeur infra-constitutionnelle. C'est en cela que le professeur Viala rappelle que :

« La séparation des pouvoirs implique la défense faite au pouvoir législatif de censurer les décisions de l'autorité judiciaire. Mais la hiérarchie des normes, qui soumet le législateur au droit, ne lui concède un tel pouvoir que dans le respect de la Constitution⁴²⁴ ».

⁴²¹ Elle intervient en effet sur la sanction.

⁴²² VILLEY, *Précis d'un cours de droit criminel*, Troisième édition, 1884, p. 251, cité par Naghi Toloei Rahimabadi (TOLOEEI RAHIMABADI Naghi, *Les effets...*, *op. cit.*, pp. 257 à 261).

⁴²³ Nous étudierons le cas particulier de l'Afrique du Sud en 2.

⁴²⁴ VIALA Alexandre, « L'interprétation du juge dans la hiérarchie des normes et des organes », *op. cit.*

Pourtant, il a pu être proposé de donner une valeur supra-législative à ces lois en raison d'une supériorité par nature de l'amnistie. En effet, des auteurs tels que le constituant italien Giovanni Leone ont pu trouver dans les mesures de clémence l'expression d'un pouvoir politique supérieur à tous les autres pouvoirs, que ce soit le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif ou le pouvoir judiciaire⁴²⁵. De même, le professeur Jean Copper-Royer, dont on a dit qu'il ne considérait pas l'amnistie comme une loi au sens strict, estimait que « [l'amnistie] *est au dessus des lois*⁴²⁶ », puisqu'elle suspend l'application de dispositions d'autres normes législatives. En France, plusieurs parlementaires avaient ainsi proposé en 1946 que l'amnistie ne puisse être adoptée que selon les formes particulières exigées pour les lois constitutionnelles. Selon Naghi Tolooei Rahimabadi, « *la commission de l'Assemblée constituante, estimant à juste titre que l'amnistie constituait un privilège de la souveraineté nationale, rejeta cette proposition*⁴²⁷ ». Il est possible d'affirmer que cette proposition ignorait toute logique constitutionnelle pour quatre raisons. En premier lieu, une loi constitutionnelle modifie la Constitution, contrairement à la loi organique qui la complète. Donner, en raison de sa forme, cette valeur à une loi d'amnistie revenait à en faire une norme constitutionnelle, c'est à dire qu'elle n'aurait alors pas été tenue de se soumettre à la Constitution. Il est possible d'imaginer l'incohérence d'une telle proposition concernant l'amnistie des dirigeants politiques. Cette dernière, pour être adoptée aurait dû prendre la forme d'une révision constitutionnelle. Il aurait alors été plus avantageux de modifier le régime de responsabilité des dirigeants prévu par la Constitution que d'adopter une loi d'amnistie ponctuelle. Cela aurait donc certainement provoqué la désuétude de l'amnistie des dirigeants politiques, augmenté le nombre de révisions constitutionnelles de leur régime de responsabilité, mais aussi provoqué une certaine instabilité⁴²⁸. En deuxième lieu, le

⁴²⁵ « *La concessione dell'amnistia, della grazia e dell'indulto è sempre espressione di un potere politico superiore a tutti gli altri poteri, sia quello esecutivo, sia quello legislativo, sia quello giudiziario* » (« Discussione della proposta di legge costituzionale : Boato ed altri », *op. cit.*, p. 27).

⁴²⁶ COPPER-ROYER Jean, *L'amnistie*, *op. cit.*, p. 8.

⁴²⁷ Voir : TOLOOEI RAHIMABADI Naghi, *Les effets...*, *op. cit.*, pp. 250 à 265.

⁴²⁸ Dans les autres cas, il est vrai que cela pouvait limiter le recours à tout type d'amnistie, ce qui était la volonté des constituants.

pouvoir constituant, même dérivé⁴²⁹, n'est par définition pas soumis à la Constitution. Il semble donc illogique d'obliger par la norme suprême le pouvoir constituant à adopter une amnistie sous une forme constitutionnelle alors qu'il ne peut être limité. Enfin, en dernier lieu, il est rationnel que seule une amnistie législative puisse suspendre provisoirement l'application d'une autre loi, selon les mêmes arguments qui font que seule une loi peut abroger une autre loi. Cette loi d'amnistie, même lorsqu'elle intervient avant la condamnation de ses bénéficiaires, s'inscrit donc dans la hiérarchie des normes en étant soumise à toutes les dispositions constitutionnelles, et en devant être respectée par les normes inférieures. Les seules exceptions sont les Etats dont les Constitutions exigent une majorité qualifiée pour son adoption⁴³⁰ mais surtout le cas particulier des transitions démocratiques dont l'Afrique du Sud est représentative.

2. La logique de l'adoption sous forme constitutionnelle de l'amnistie lors d'une transition démocratique (L'exemple sud-africain)

L'Afrique du Sud pourrait représenter l'exemple le plus révélateur de l'adoption d'une amnistie constitutionnelle susceptible de bénéficier avant toute condamnation aux responsables politiques de l'ancien régime – en l'espèce le régime d'apartheid – pouvant se justifier au regard de la hiérarchie des normes et de la séparation des pouvoirs⁴³¹. Adoptée par le pouvoir constituant originaire, elle semble avoir contribué à l'instauration d'un Etat de droit puisqu'elle s'accompagnait d'un ralliement des dirigeants de l'ancien régime à ce nouvel Etat de droit⁴³².

⁴²⁹ Le pouvoir constituant dérivé désigne habituellement le pouvoir de réviser la Constitution, par opposition au pouvoir constituant originaire qui adopte la Constitution.

⁴³⁰ Voir *infra*, pp. 145 à 149.

⁴³¹ Nous verrons qu'elle est certainement le modèle de justice transitionnelle le plus acceptable en droit international (Voir : *infra*, pp. 595 à 609).

⁴³² Bien entendu, les anciens dirigeants politiques ont été soumis à des pressions internes mais aussi internationales. La transition démocratique d'Afrique du Sud n'en est pas moins particulière. Selon Dominique Darbon, « [La transformation radicale du régime] s'accompagne (...) d'une reprise d'éléments du passé, mais dans un ensemble idéologique, politique et institutionnel entièrement rénové ou, pour mieux dire, refondé. Il n'y a pas de ralliement

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

Cependant, il convient de dissocier le principe de l'amnistie, qui a bien valeur constitutionnelle, de la norme mettant en place l'amnistie, elle-même soumise à la Constitution sud-africaine.

Le principe d'une amnistie, qui avait été accepté dès 1992 par le gouvernement sud-africain et l'ANC, sous la pression du Secrétaire général de l'ONU Boutros Boutros-Ghali, se trouvait dans la Constitution définitive de 1996. Or, la valeur de la Constitution d'Afrique du Sud, et de ce fait celle du principe d'amnistie, a été contestée du point de vue de ses conditions d'adoption, principalement parce qu'elle avait été mise en place, en vertu de la Constitution intérimaire de 1993⁴³³, elle-même issue des négociations entre les partis pro-apartheid et les mouvements politiques qui s'étaient battus contre ce régime politique⁴³⁴. Néanmoins, le principe de l'amnistie qu'elle contenait, avait bien valeur constitutionnelle. En effet, la représentativité des organisations politiques l'ayant institué était justifiable par leur nouvelle légitimité⁴³⁵ et la

*au système mais ralliement des principaux mouvements et leaders politiques à un nouveau mode de régulation du pouvoir en cours de production. (...) L'Afrique du Sud est engagée dans un processus de création institutionnelle. Il s'agit d'un processus dynamique et réflexif qui assure dans le même mouvement (...) la production de nouvelles formules légitimantes et la construction d'institutions tout à la fois légitimées sur ces formules et chargées de valider la légitimité de ces formules légitimantes qui les fondent » (DARBON Dominique, « L'institutionnalisation du miracle sud-africain », *Hérodote : revue de géographie et de géopolitique*, n° 82-83, juillet-septembre 1996, p. 115). L'amnistie pourrait représenter l'une de ces formules légitimantes.*

⁴³³ La Constitution intérimaire est entrée en vigueur le 27 avril 1994, une date prévue à l'avance par les parties à la négociation et donc plusieurs mois après son adoption par le Parlement. Dans son Chapitre V elle prévoyait l'adoption ainsi que les conditions d'adoption d'une nouvelle Constitution par une Assemblée constituante composée de l'Assemblée nationale et du Sénat. C'est son préambule qui proclamait l'importance d'une amnistie.

⁴³⁴ Accord de novembre 1993.

⁴³⁵ Sandrine Lefranc décrit cette légitimité de la manière suivante : « Là où, dans les pays du cône sud latino-américain, la justice de transition avait été le plus souvent mise en place à l'initiative du pouvoir exécutif, simplement relayé par l'autorité législative, l'Afrique du Sud choisissait donc la voie singulière d'une « constitutionnalisation », mais à partir d'une Constitution soustraite à la volonté populaire telle qu'elle pouvait s'exprimer par les élections, puisque rédigée par les partis participant aux négociations. La légitimité de cette clause d'amnistie n'était donc pas de nature électorale. Elle découlait de la composition d'une représentativité majoritaire de l'ANC et du respect des nouvelles « minorités », ainsi que de la garantie offerte par la prise en

garantie de la mise en place d'un Etat de droit. En outre, la Constitution sud-africaine avait été approuvée par la nouvelle Cour constitutionnelle le 6 septembre 1996⁴³⁶ selon une procédure originale, puisqu'il s'agissait de contrôler sa conformité aux principes issus des négociations de novembre 1993, qualifiés par la Constitution provisoire de 1993 de « pacte solennel » ou encore de « principes constitutionnels »⁴³⁷ et ce, d'autant plus qu'elle avait abouti à la déclaration de non conformité de la nouvelle Constitution par rapport aux dits principes⁴³⁸. Toutefois, selon le professeur Xavier Philippe :

« Ce procédé n'est (...) pas exceptionnel : la naissance de la Constitution française avait commencé par l'adoption de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 qui, quoique beaucoup plus courte, contient des principes généraux analogues⁴³⁹. (...) Le statut même de ces principes pose difficulté. En effet, ces principes sont le résultat d'un accord intervenu entre les représentants de différentes formations politiques appelées à participer aux négociations, mais qui ne possédaient aucune légitimité au moment où ils

compte extensive, dans la Constitution provisoire, des droits fondamentaux » (LEFRANC Sandrine, op. cit., p. 130).

⁴³⁶ Constitutional Court of South Africa, Case CCT 23/96, *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, heard on : 1-5 and 8-11 July 1996, decided on : 6 September 1996.

⁴³⁷ « *In order to secure the achievement of this goal, elected representatives of all the people of South Africa should be mandated to adopt a new Constitution in accordance with a solemn pact recorded as Constitutional Principles »* (voir : *Ibid*, Chapitre 1, B : Legal context and terminology). La Constitution de 1993 a également été rédigée en vertu de ces principes constitutionnels.

⁴³⁸ *Ibid*. Néanmoins, le principe d'amnistie n'a lui-même pas été remis en cause. Selon le professeur Xavier Philippe, « *La Cour constitutionnelle de Johannesburg a rendu, début septembre 1996, sa décision relative à la conformité de la Constitution définitive aux trente-quatre principes constitutionnels (adoptés lors des négociations multipartites). (...) Pour l'essentiel, elle a déclaré la Constitution définitive non conforme à ces principes en ce qui concerne les pouvoirs provinciaux qui avaient été réduits par rapport à ceux octroyés dans la Constitution intérimaire de 1993 »* (PHILIPPE Xavier, « La Cour constitutionnelle sud-africaine et le règlement des conflits politiques », *Revue française de droit constitutionnel*, P.U.F., n° 27, 1996, p. 491).

⁴³⁹ La différence entre l'Afrique du Sud et la France de 1958 est l'absence de contrôle de conformité de la Constitution par rapport à ces principes.

les ont adoptés⁴⁴⁰. (...) Les principes constitutionnels que la Cour est amenée à confronter au texte définitif ne se situent pas au dessus de l'ordre juridique constitutionnel mais bien sur le même plan. Les textes font partie du même processus constitutionnel : ils sont situés sur un pied d'égalité (...). En d'autres termes, la supraconstitutionnalité des principes de *Kempton Park* n'est qu'une supraconstitutionnalité de surface que tout pouvoir constituant originaire pourrait remettre en cause⁴⁴¹ ».

Ainsi, ces principes peuvent logiquement être considérés comme d'une « *supraconstitutionnalité de surface* » à l'origine, mais ayant acquis pleine valeur constitutionnelle du fait de leur légitimation par le pouvoir constituant originaire et par la Cour constitutionnelle. Par conséquent, la Constitution sud-africaine et par là-même le principe d'amnistie qu'elle contenait avaient valeur constitutionnelle.

Cette valeur n'était pas celle de la loi de promotion de l'unité nationale et de la réconciliation⁴⁴² qui mettait concrètement en place cette amnistie. Il est important de préciser que la loi d'application du principe d'amnistie avait bien valeur législative et non constitutionnelle. En effet, la Cour constitutionnelle avait strictement imposé sa soumission à la Constitution. Pour reprendre les termes du professeur Xavier Philippe :

« Le second texte à avoir fait l'objet d'une invalidation est la section 242 et l'annexe 6 relatives aux dispositions transitoires. (...) Le nouveau texte de la Constitution [de 1996] empêchait toute modification de [la loi de promotion de la vérité et de la réconciliation en particulier] par une majorité parlementaire ordinaire. Ce choix avait été dicté par un souci d'apaisement et la volonté de ne pas rouvrir des dossiers difficiles à gérer. La Cour a considéré que cette exception ne pouvait être admise en se fondant sur l'idée selon laquelle une loi ordinaire est soumise à un régime juridique unique et qu'il ne peut avoir de dérogations particulières. Le raisonnement tenu par la Cour est exclusivement juridique et fait prévaloir une stricte hiérarchie des normes⁴⁴³ ».

⁴⁴⁰ PHILIPPE Xavier, « La Cour constitutionnelle sud-africaine et le règlement des conflits politiques », *op. cit.*, pp. 487-488.

⁴⁴¹ *Ibid*, p. 490.

⁴⁴² *Promotion of National Unity and Reconciliation Act*, Act 34 of 1995, *op. cit.* ; voir, *infra*: annexe IX, p. 660.

⁴⁴³ PHILIPPE Xavier, « Droit constitutionnel étranger, l'actualité constitutionnelle en Afrique du Sud », *Revue française de droit constitutionnel*, P.U.F, 1996, n° 29, p. 166.

En outre, elle différait légèrement de la disposition constitutionnelle qu'elle appliquait. Selon Dominique Darbon⁴⁴⁴,

« Cette loi reprenait les termes de la Constitution intérimaire mais leur confér[ait] une interprétation assez particulière qui n'est pas assez clairement envisageable dans la lecture du texte constitutionnel. (...) [L'amnistie] est devenue moins automatique que le texte pouvait le laisser supposer ».

Le législateur a donc rendu plus strictes les conditions constitutionnelles d'octroi de l'amnistie⁴⁴⁵ et seul le principe d'amnistie avait valeur constitutionnelle⁴⁴⁶.

Par conséquent, l'Afrique du Sud n'est pas un exemple d'Etat dans lequel la Constitution préciserait les conditions d'application de l'amnistie ou même octroierait spécifiquement l'amnistie à des dirigeants politiques⁴⁴⁷. Il peut sembler très contestable que des dirigeants de l'ancien régime puissent en vertu de la Constitution bénéficier d'une inviolabilité, irresponsabilité ou immunité *de facto*, alors que la nouvelle norme suprême a précisément pour objectif d'instaurer un Etat de droit. La justification de cette amnistie de valeur constitutionnelle ne peut s'appliquer qu'à des Etats en transition démocratique où les considérations politiques l'emportent comme en Afrique du Sud, puisque généralement cette amnistie représente l'une

⁴⁴⁴ DARBON Dominique, « La Truth and Reconciliation Commission, le miracle sud-africain ... », *op. cit.*, pp. 711-712.

⁴⁴⁵ Voir, *infra* : pp. 596 à 598.

⁴⁴⁶ Même si dans la décision AZAPO précitée la Cour constitutionnelle a déclaré cette loi conforme à la Constitution dans la mesure où elle laissait le soin au législateur de fixer les conditions d'octroi et d'application de l'amnistie.

⁴⁴⁷ Elle n'a pu bénéficier qu'indirectement à des dirigeants politiques.

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

des conditions de l'instauration de l'Etat de droit. Nous expliquerons cependant qu'en cas de responsabilité des dirigeants dans des violations des droits de l'homme, ces dispositions constitutionnelles pourraient désormais être caduques en application du droit international, nonobstant leur valeur. Néanmoins, lorsqu'une mesure de clémence est octroyée à des dirigeants politiques, les critiques générales, ne portent pas seulement sur sa valeur. Elles peuvent aussi se concentrer sur les conditions de son adoption. Sur ce plan encore, les justifications sont plus faciles lorsque le pouvoir amnistiant est confié au législateur.

II. Une atteinte justifiable par les conditions d'adoption de l'amnistie législative

Selon Jean-Jacques Rousseau,

« A l'égard du droit de faire grâce ou d'exempter un coupable de la peine portée par la loi et prononcée par le juge il n'appartient qu'à celui qui est au-dessus du juge et de la loi ; c'est à dire au souverain. Encore son droit en ceci n'est-il pas bien net, et les cas d'en user sont ils très rares. (...) Les fréquentes grâces annoncent que bientôt les forfaits n'en auront plus besoin, et chacun voit où cela mène⁴⁴⁸ ».

Seul le souverain pourrait donc porter atteinte au pouvoir judiciaire par l'adoption d'une mesure de clémence. En accord avec ce point de vue dans la plupart des Etats européens le pouvoir amnistiant est confié à l'organe qui exerce la souveraineté, le plus souvent le Parlement ; certains constituants s'étant efforcés de le limiter par l'exigence d'une majorité qualifiée (A). D'autres solutions, liant de la même manière l'amnistie et la souveraineté ont également été envisagées. Parmi celles-ci, le recours au référendum est la solution la plus revendiquée pour adopter une amnistie de dirigeants politiques (B).

A. La justification de son adoption par une Assemblée exerçant la souveraineté

⁴⁴⁸ ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social*, op. cit., p. 62.

Il a été expliqué qu'en Angleterre, toutes les infractions étaient considérées comme des atteintes contre la personne du roi⁴⁴⁹, et que par conséquent seul ce dernier pouvait faire preuve de clémence envers l'auteur d'un acte délictueux ou criminel non condamné. Tous les crimes et délits représentaient ainsi une attaque contre le souverain dès lors unique détenteur du pouvoir de les pardonner. Cette théorie était répandue en Europe, même si le titulaire de la souveraineté a pu être différent selon les auteurs, les Etats et les époques. A partir du dix-huitième siècle et de l'essor dans beaucoup de pays européens du parlementarisme, souvent accompagné d'un culte de la loi⁴⁵⁰, le pouvoir d'amnistie a, peu à peu, été transféré au Parlement souverain. Ainsi, le risque d'arbitraire semblait écarté⁴⁵¹ (1). Mais, certains ont pu aller plus loin dans leurs exigences et réclamer la mise en place d'une majorité qualifiée pour adopter l'amnistie, afin de limiter les tentations du souverain de porter atteinte trop fréquemment au pouvoir judiciaire et donc à l'ordre constitutionnel qu'il a lui-même établi (2).

1. La volonté d'éviter l'arbitraire

Dans les Etats européens, du fait de l'association entre le pouvoir d'amnistie et la souveraineté, cette prérogative a pu être attribuée successivement à différents organes en fonction de l'évolution du titulaire de l'exercice de la souveraineté. Naghi Toloei Rahimabadi retrace une partie de cette évolution en France :

⁴⁴⁹ Voir, *supra* : pp. 34 et s.

⁴⁵⁰ En France avant 1958. En Italie et en Espagne le domaine de la loi apparaît toujours comme « *totalemment ouvert sans restriction aucune à la compétence du législateur. C'est cette conception qui a dominé en France au moins jusqu'en 1958* » (FAVOREU Louis (dir.), *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 726).

⁴⁵¹ Selon le professeur Jean Copper-Royer : « *L'amnistie est aujourd'hui l'œuvre de l'Assemblée nationale, c'est à dire d'un organisme collectif. Ce n'est plus un acte de souverain, mais celui du pouvoir législatif. Son caractère pénal s'efface. C'est davantage l'œuvre d'un pouvoir, c'est à dire d'un organe dissocié de la Nation, que celle de l'Etat. Elle tend à prendre sinon valeur juridique, parce que son rôle est d'abord politique, du moins valeur légale. Cette mesure d'arbitraire ne peut plus se justifier que par le seul arbitraire* » (COPPER-ROYER Jean, *L'amnistie...*, *op. cit.*, p. 15).

« Par ladite disposition du Code pénal de 1791, le législateur affirmait tout haut, pour la première fois, que le droit d'amnistie n'entrait pas dans les attributions du pouvoir exécutif ; ce droit fut ainsi déplacé. Il cessa d'appartenir au roi pour être conféré au pouvoir législatif qui en fit fréquemment usage dans la période de 1791 à 1800. (...) A partir de 1814, de vives discussions se sont engagées en France pour savoir à quel pouvoir, exécutif ou législatif, devait être attribuée la prérogative d'accorder des amnisties. En ce qui concerne la position doctrinale de l'époque sur cette question, rappelons qu'elle était plutôt favorable au système non législatif du droit d'amnistie⁴⁵² ».

En dépit de cette position doctrinale, les constituants des premières républiques françaises attribueront tous le pouvoir amnistiant au Parlement, de même que la Constitution de 1958 qui mélange⁴⁵³ les théories de la souveraineté populaire⁴⁵⁴ et nationale⁴⁵⁵. Il en est de même en Italie comme le montrent les débats de l'Assemblée constituante de 1946-1947. Alors que certains s'opposaient à l'introduction dans la future Constitution républicaine de l'amnistie, associée à la Monarchie, l'opinion qui s'imposa fut celle de Togliatti pour qui le pouvoir de clémence n'était pas attribué à la personne du roi mais à sa fonction souveraine. Par conséquent, l'amnistie pouvait – et même devait – être attribuée à l'Assemblée exerçant la souveraineté dans la nouvelle République⁴⁵⁶. Or, si la plupart des Constitutions européennes ont admis le

⁴⁵² TOLOEEI RAHIMABADI Naghi, *Les effets...*, *op. cit.*, pp. 63-64.

⁴⁵³ Dans le premier alinéa de son article 3 qui dispose que « *La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum* ». La Constitution de 1946 précisait déjà que : « *la souveraineté nationale appartient au peuple français* ».

⁴⁵⁴ Théorie systématisée par Jean-Jacques Rousseau, en vertu de laquelle la souveraineté appartient au peuple, c'est à dire que chaque individu en détient une part égale, et qui n'admet la représentation que si les agents désignés par le peuple sont titulaires d'un mandat impératif.

⁴⁵⁵ Théorie à laquelle se rattachait Siéyès qui attribue la souveraineté à la nation toute entière. En conséquence, la nation doit être dotée de représentants.

⁴⁵⁶ « *Una prima parte di quel dibattito [il dibattito che si svolse, nel 1946-1947, nell'Assemblea costituente] riguardò l'opportunità o meno di introdurre anche nella Costituzione repubblicana un istituto vigente nel regime monarchico. Sebbene il relatore, Giovanni Leone, si dichiarasse nettamente contrario a tale previsione, prevalse l'opinione opposta sostenuta tra gli altri, dall'onorevole Togliatti, il quale sostenne che l'amnistia non è attributo della regalità (come aveva affermato l'onorevole Leone, aggiungendo che per questo motivo non poteva essere trasferito alla Repubblica), ma della sovranità: togliere alla Repubblica in quel momento tale attributo sarebbe*

principe d'une prérogative amnistiante parlementaire, leur étude permet de révéler que deux types de procédures ont été mises en place. Le premier cas est celui où l'amnistie est adoptée selon la même procédure que la loi ordinaire. Elle peut alors aussi bien être d'initiative gouvernementale que parlementaire. Dans les démocraties pour des raisons politiques, une loi bénéficiant à des dirigeants politiques pourra être adoptée sur proposition de l'Assemblée nationale ou du Sénat, afin qu'elle apparaisse comme le fruit d'un consensus politique⁴⁵⁷. Elle est ensuite soumise aux mêmes conditions que les autres lois avant d'entrer en vigueur. Le professeur Bertrand Mathieu rappelle deux contraintes qu'elle aura à respecter en France, lors de la discussion, puis après une éventuelle saisine du Conseil constitutionnel. Ainsi, les amendements proposés devront « *avoir un lien avec le texte en discussion et par leur portée ne pas dépasser les limites inhérentes au droit d'amendement*⁴⁵⁸ ». Par ailleurs,

« Le législateur ne [pourra] pas reprendre dans une loi nouvelle une disposition d'amnistie déclarée inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel sans enfreindre le principe du respect de la chose jugée⁴⁵⁹ ».

Dans les autres Etats où les lois d'amnistie sont adoptées comme des lois ordinaires, elles devront également respecter les règles générales de discussion, d'amendement et de saisine de la juridiction suprême ou constitutionnelle.

stato politicamente un errore » (BOATO Mario, « Discussionione della proposta di legge costituzionale..., *op. cit.*, p. 27).

⁴⁵⁷ Au contraire, s'agissant des justices de transition, Véronique Lefranc considère que les amnisties ont presque toutes été proposées par l'exécutif : « *L'exécutif [intervient] de manière plus classique, au niveau de la proposition au législatif de lois d'amnistie (ce qui a presque systématiquement été le cas dans les justices de transition)* » (LEFRANC Sandrine, thèse..., *op. cit.*, p. 277).

⁴⁵⁸ MATHIEU Bertrand, « Fragments d'un droit constitutionnel de l'amnistie », *L.P.A.*, n° 36, 23 mars 1990, pp. 2 à 9.

⁴⁵⁹ *Ibid.*

La seconde procédure tend à atténuer les conséquences de l'exercice de la souveraineté par le Parlement sur les conditions d'adoption de l'amnistie, en instituant l'intervention d'un autre pouvoir dans la procédure amnistiante. Il est évident que dans les régimes parlementaires dont les procédures législatives sont rationalisées, la collaboration des pouvoirs exécutif et législatif pour l'adoption de l'amnistie existe déjà. Toutefois, des Constitutions vont l'imposer spécifiquement pour l'amnistie. Il est intéressant de le relever dans une étude de l'amnistie des dirigeants politiques, dans la mesure où cette collaboration pourrait empêcher que seuls les membres du pouvoir amnistiant puissent bénéficier d'une amnistie. En effet, elle implique un consensus entre l'exécutif et le législatif, même si le fait majoritaire relativise ce consensus⁴⁶⁰.

Ainsi, au Burkina Faso, le Parlement n'adopte l'amnistie⁴⁶¹ que sur proposition du président⁴⁶². D'ailleurs, quelques auteurs dont Joseph Barthélemy, ont pu réclamer la mise en place d'un tel système en France, en raison de l'importance de l'amnistie :

« L'amnistie est un acte de haute politique. C'est même un acte de si haute politique qu'on a estimé nécessaire d'y associer la représentation nationale. Mais quel est le mode suivant lequel s'opère normalement cette collaboration des grands pouvoirs de l'Etat? On peut le voir pour les traités, pour la déclaration de guerre : l'initiative appartient exclusivement au chef de l'Etat ; il doit logiquement en être de même de l'amnistie⁴⁶³ ».

A l'époque où écrivait Joseph Barthélemy, les pouvoirs du chef de l'Etat étaient moins importants que sous la Cinquième République et souvent tombés *de facto* en désuétude. Or, si une proposition du président de la République était rendue obligatoire par la Constitution de

⁴⁶⁰ En théorie, dans un régime parlementaire, l'exécutif est issu de la majorité parlementaire. Il devrait donc partager les mêmes positions politiques que l'Assemblée. Ce raisonnement est plus complexe en pratique. Ainsi, dans certains régimes parlementaires, le mode de scrutin favorise le multipartisme et donc les alliances électorales. La majorité parlementaire peut donc se défaire sur certains sujets.

⁴⁶¹ Article 101 de la Constitution du 27 janvier 1997 : « *La loi fixe les règles concernant (...) la détermination des crimes et des délits ainsi que (...) l'amnistie* ».

⁴⁶² Article 54 de la Constitution du 27 janvier 1997 : « *Le président du Faso (...) propose les lois d'amnistie* ».

⁴⁶³ Cité par Naghi Toloei Rahimabadi (TOLOEEI RAHIMABADI Naghi, *Les effets...*, *op. cit.*, pp. 306 à 308).

1958 en matière d'amnistie et à condition qu'elle soit dispensée de contreseing, l'utilisation de l'amnistie deviendrait difficile en période de cohabitation. Il serait même alors certainement impossible, durant ces périodes, que la majorité parlementaire puisse adopter une amnistie en sa faveur, sans inclure les dirigeants membres du parti présidentiel. Cette idée peut facilement être nuancée par le fait que l'auto-amnistie de la seule majorité parlementaire ne s'est jamais produite en France et par ses limites politiques évidentes.

D'autres, au contraire, considèrent que la loi d'amnistie doit être prise sur initiative parlementaire. Cette conception se retrouve dans les faits lorsque l'amnistie bénéficie à des dirigeants politiques, mais la raison est précisément politique : elle repose sur la responsabilisation politique de la majorité au sein d'une Assemblée. Elle est tout de même soumise aux mêmes limites que l'instauration par la Constitution d'une obligation de proposition présidentielle, avant tout en raison de la discipline majoritaire. Enfin, il existe une autre forme de collaboration des pouvoirs concernant l'amnistie : la délégation législative. En France la grâce amnistiante, l'admission par décret au bénéfice de l'amnistie, voire une ordonnance portant amnistie⁴⁶⁴ et l'amnistie judiciaire, permettent au pouvoir exécutif pour les deux premiers et au pouvoir judiciaire pour le dernier, de participer à l'application de l'amnistie. La loi ne désigne alors que les critères de l'amnistie et laisse aux autres pouvoirs le soin de les appliquer, ou d'en refuser l'application⁴⁶⁵. En Italie, avant la réforme de l'article 79 de la Constitution en 1992⁴⁶⁶, l'amnistie était accordée par le président de la République en vertu

⁴⁶⁴ Selon Bertrand Mathieu, « rien ne s'oppose à ce que le législateur habilite le gouvernement à prendre par ordonnance des mesures d'amnistie » (MATHIEU Bertrand, « Fragments... », *op. cit.*, p. 5). Il est vrai que l'article 38 de la Constitution française de 1958 impose matériellement que les mesures prises par voie d'ordonnance soient du domaine de la loi. Comme l'article 34 de la Constitution dispose clairement que l'amnistie est du domaine de la loi, rien ne semble s'opposer à l'adoption d'ordonnances d'amnistie.

⁴⁶⁵ Mais nous montrerons que cette délégation est peu utilisée en matière d'amnistie des dirigeants politiques dans les démocraties.

⁴⁶⁶ Par l'article 1 de la loi constitutionnelle du 6 mars 1992. (*Legge costituzionale*, 6 marzo 1992, n.1, art.1)

d'une loi de délégation⁴⁶⁷ du Parlement et ne pouvait s'appliquer aux infractions commises après la proposition de loi⁴⁶⁸. Depuis 1992, le président de la République n'intervient plus dans la procédure de l'amnistie, le Parlement l'adoptant seul. Néanmoins, l'article 71 de la même Constitution octroie l'initiative législative au gouvernement et au Peuple. Ces derniers peuvent donc proposer une loi d'amnistie. Cependant, les conditions d'adoption de cet acte législatif étant extrêmement strictes, les titulaires du droit d'initiative devront s'assurer préalablement d'un certain consensus social et politique avant de la proposer. C'est la nécessité de ce consensus qui rassure ceux qui craignent les abus de l'amnistie en faveur de dirigeants politiques mais qui les pousse à exiger une majorité qualifiée pour adopter ce type de norme.

2. La volonté d'en raréfier l'usage grâce à la majorité qualifiée

En sus, ou à la place de la collaboration des pouvoirs pour adopter une amnistie, la Constitution peut exiger une majorité qualifiée⁴⁶⁹ afin de rendre la procédure plus contraignante et ainsi en limiter l'usage. Il est important de s'intéresser à ce type de procédures dans le cadre d'une étude de l'amnistie des dirigeants politiques car leur mise en place est souvent réclamée après que des responsables politiques en aient bénéficié.

Ainsi, depuis 1992, en contrepartie de l'abandon de l'intervention du président dans la procédure, la Constitution italienne dispose que la loi d'amnistie doit être adoptée à la majorité

⁴⁶⁷ Il y a eu une discussion entre les constituants sur le terme à utiliser, certains préférant celui de « loi d'autorisation ». Un débat doctrinal s'en est suivi sur les limites de la délégation et donc des pouvoirs du président dans ce domaine. La révision constitutionnelle de 1992 a mis fin à cette discussion.

⁴⁶⁸ L'ancien article 79 disait : « *L'amnistia e l'indulto sono concessi dal Presidente della Repubblica su legge di delegazione delle Camere. Non possono applicarsi ai reati commessi successivamente alla proposta di delegazione* ».

⁴⁶⁹ Nous avons choisi d'en adopter la définition classique, en tant que « *majorité exigeant des conditions plus difficiles à réunir que la majorité absolue* », bien que certains considèrent que la majorité absolue soit déjà une majorité qualifiée (GUILLIEN Raymond, VINCENT Jean, (sous la direction de), *Lexique, termes juridiques, op. cit.*).

qualifiée : la majorité des deux tiers des membres de chaque Chambre du Parlement⁴⁷⁰. Cela revient à donner une grande solennité à ce vote puisque les votants ne sont pas seuls pris en compte pour la détermination de ce *quorum*. En outre, cette majorité est requise sur chaque article mais aussi lors de la votation finale. Il devient donc extrêmement difficile d'adopter une loi d'amnistie⁴⁷¹. En réaction contre cette procédure et après seulement dix ans d'application du nouvel article 79, une proposition parlementaire de révision constitutionnelle a été déposée en 2002, pour modifier cette disposition une nouvelle fois, et remplacer l'exigence de la majorité des deux tiers par celle de la majorité absolue⁴⁷². Même si elle n'a pas abouti, les débats parlementaires qui ont précédé le vote sur cette proposition sont particulièrement intéressants car les arguments en faveur de la majorité absolue et ceux en faveur de la majorité qualifiée pour adopter une amnistie s'y confrontent⁴⁷³. Ainsi, le rapporteur de cette proposition Marco Boato, justifie sa volonté de réduire à la majorité absolue le *quorum* de l'article 79 par l'appel à la clémence lancé par le pape lors de sa visite au Parlement italien le 14 novembre 2002 ; un appel qui s'explique selon lui par la surpopulation carcérale en Italie et l'impossibilité de

⁴⁷⁰ D'après l'article 79 de la Constitution italienne (tel que révisé par la loi constitutionnelle du 6 mars 1992) : « *L'amnistia e l'indulto sono concessi con legge deliberata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera, in ogni suo articolo e nella votazione finale. La legge che concede l'amnistia o l'indulto stabilisce il termine per la loro applicazione. In ogni caso l'amnistia e l'indulto non possono applicarsi ai reati commessi successivamente alla presentazione del disegno di legge* ».

⁴⁷¹ La justification de la rigidité de cette procédure est la volonté de mettre fin à la clémence envers les détenus, qui leur était régulièrement manifestée sous forme d'une amnistie. Le président du Conseil italien Andreotti, avait ainsi déclaré en février 1992 : « *Basta con il garantismo che protegge i delinquenti, basta con le amnistie* » (cité par : SEGIO Sergio, « L'elemosina dell' « indultino » », *fuoriluogo*, Dicembre 2002, 2 p. ; disponible sur <http://www.fuoriluogo.it>).

Nous verrons dans le titre suivant que la rigidité de cette procédure peut être l'une des explications des détournements de procédure et d'abus de droit à des fins amnistiantes.

⁴⁷² L'article 79 aurait comporté la disposition suivante : « *L'amnistia e l'indulto sono concessi con legge deliberata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera* ».

⁴⁷³ « *Discussione della proposta di legge costituzionale : Boato ed altri, op. cit., pp. 24 à 48.*

prendre une amnistie depuis la révision de 1992⁴⁷⁴. Il critique la disproportion entre les lois d'amnistie qui sont soumises à la majorité des deux tiers et la révision constitutionnelle qui elle peut être adoptée à la majorité absolue⁴⁷⁵. Enfin, il souligne que l'on risque une tyrannie de la minorité si un tiers des députés – plus un – peut empêcher l'adoption d'une mesure de clémence à laquelle souscrit pourtant la majorité des parlementaires⁴⁷⁶. Les partisans de la majorité qualifiée – et donc du *statu quo* – soutenaient quant à eux que la mise en place de la majorité des deux tiers avait atteint son but en diminuant le nombre d'amnisties qui était jusqu'alors excessif⁴⁷⁷. En outre, ils considéraient que la majorité des deux tiers évitait l'utilisation stratégique – par exemple, à son propre profit⁴⁷⁸ – de l'amnistie par la majorité gouvernante. Enfin, ils estimaient que dans un système politique bipolaire l'objectif des constituants devait être d'éviter la tyrannie de la majorité et qu'il n'était donc pas choquant qu'une proposition de loi d'amnistie puisse être rejetée par un tiers des députés⁴⁷⁹. Les partisans de la majorité

⁴⁷⁴ « *Dal Marzo del 1992 ad oggi (siamo al fine del 2002) mai più nessuna legge di amnistia e/o di indulto è stata approvata dal Parlamento* » (BOATO Marco, *Ibid*, p. 26).

⁴⁷⁵ En effet, s'agissant de la révision de la Constitution, l'article 138 ne prévoit le recours à la majorité des deux tiers que pour éviter un référendum éventuel. Pour le reste, il exige la majorité relative en première lecture puis la majorité absolue en deuxième lecture, et dans un délai de trois mois, des membres du Parlement.

⁴⁷⁶ « *Ciò fa capire quale sia il paradosso : un Parlamento, che approvasse una legge di amnistia e di indulto a maggioranza dei due terzi, meno uno, dei componenti alla Camera o al Senato, vedrebbe bocciata tale proposta di legge e, quindi, vanificata la volontà di un'amplissima* » (BOATO Marco, *op. cit.*, p. 28).

⁴⁷⁷ Michèle Saponara décrit la situation d'avant 1992. Pour elle, les italiens s'étaient tellement habitués à l'amnistie que dès qu'une personne était incarcérée, elle attendait l'amnistie : « *In Italia si è abituati a ricevere l'amnistia; quando si è in carcere, si attende l'amnistia (questa è la parte banale)* » (SAPORANA Michele, *Ibid*, p. 32).

⁴⁷⁸ « *Una prima preoccupazione concerne il quorum. Taluni temono che, riducendo il numero dei voti necessari per la deliberazione, lo strumento venga utilizzato dalla maggioranza di governo (...) per i suoi scopi politici* » (*Ibid*, p. 34).

⁴⁷⁹ Par exemple : « *Non mi sfugge l'argomento utilizzato poco fa dal collega Boato, cioè il rischio di un'interdizione da parte di piccole minoranze che, tuttavia, può verificarsi anche al fine di raggiungere la soglia della maggioranza assoluta dei componenti della Camera. Penso, però, che in un sistema bipolare la preoccupazione debba essere un'altra: la preoccupazione principale deve essere quella di evitare che una maggioranza politica possa disporre direttamente della libertà delle persone* » (*Ibid*, p. 37).

qualifiée l'ont donc emporté et l'Italie sert désormais de modèle à ceux qui prônent une complexification de l'adoption de l'amnistie lorsque des dirigeants politiques en bénéficient, surtout que d'après les défenseurs de cette complexification des procédures, la majorité serait toujours artificielle sur ce type de loi⁴⁸⁰.

Pourtant, les Constitutions intègrent rarement cette exigence d'une majorité qualifiée pour adopter les mesures de clémence. En réalité, la revendication de son adoption par le Parlement prime sur les autres dans la mesure où cette solution semble toujours plus démocratique pour une partie de la doctrine que l'octroi d'un pouvoir absolu de clémence à l'exécutif. Le professeur Dean Moore soulève deux critiques envers la situation américaine. Premièrement, selon elle, en vertu de la séparation des pouvoirs, le président ne devrait pas plus avoir le droit de *pardon* qu'un jury fédéral le droit de conduire une guerre. Deuxièmement, puisque dans une monarchie tout crime commis est considéré comme un crime contre le souverain, qui pourrait octroyer un *pardon* pour un crime dans une démocratie, sinon le peuple lui-même à travers ses représentants⁴⁸¹? Il serait possible de lui répondre que le Président américain est lui-même un

⁴⁸⁰ On retrouve donc cette solution dans certains Etats d'Amérique latine qui ont connu des auto-amnisties. Par exemple, la Constitution du Chili, dans son article 16 dispose que pour amnistier certains délits, la majorité des deux tiers est exigée : « *Las leyes que concedan indultos generales y amnistias requerirán siempre de quórum calificado. No obstante, este quórum será de las dos terceras partes de los disputados y senadores en ejercicio cuando se trate de delitos contemplados en el artículo 9* ». En revanche, la Constitution de l'Uruguay de 1967, telle que révisée en 1997, impose cette majorité qualifiée pour l'adoption, par l'Assemblée générale, de la grâce mais pas pour l'amnistie : « *A la Asamblea General compete: (...) 14. Conceder indultos por dos tercios de votos del total de componentes de la Asamblea General en reunión de ambas Cámaras, y acordar amnistias en casos extraordinarios, por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara* ».

⁴⁸¹ « *First, who should hold the pardon power when powers are separated among several branches of government? Given the separation of powers, a President would have no more right to pardon than a federal jury would have the right to conduct a war. However, pardon power would allow a President to step across that separating line and nullify any judicial decision, thwarting legislative intent in the process. There was another problem: in a monarchy, a crime is a crime against the King, who alone has the power to pardon. But in a democracy, a crime*

représentant légitime du peuple. Néanmoins, c'est parce que c'est un homme décidant seul et non un organe se prononçant à la majorité de ses membres – quelle que soit la forme de cette majorité – que son pouvoir amnistiant est critiqué.

Si l'on conteste le pouvoir amnistiant, de l'exécutif comme du Parlement, au profit des dirigeants politiques surtout lorsqu'il intervient avant leur condamnation, au nom de la séparation des pouvoirs, il pourrait rester une seule solution réellement démocratique : l'adoption de ce type d'amnistie par référendum⁴⁸².

B. La justification de son adoption par référendum

Le référendum est une technique de votation par laquelle les électeurs sont invités à répondre négativement ou positivement à une question qui leur est soumise directement. Le référendum constituant est généralement distingué du référendum législatif. Le premier permet d'adopter une disposition constitutionnelle, tandis que le second est relatif à une loi. Par définition, seule cette dernière forme est donc utilisable pour adopter une loi d'amnistie⁴⁸³. Or, le référendum législatif est particulièrement encadré dans les Etats qui le pratiquent⁴⁸⁴. Ainsi, l'adoption de

offends against the people. Who can pardon a crime, then, except the people themselves? » (DEAN MOORE Kathleen, *op. cit.*, p. 24)

⁴⁸² Par exemple Alain Etchegoyen dans son appel à l'amnistie des dirigeants politiques français que nous avons déjà cité expliquait : « *en 1994, je rêvais déjà d'une loi d'amnistie (...) certes il faudrait un débat public, et non pas un amendement en catimini comme en 1990, pour sauver un élu singulier. Mais ce serait un bon sujet de référendum, moins indifférent qu'une question sur le quinquennat* » (ETCHEGOYEN Alain, « Le courage de l'amnistie », *op. cit.*).

⁴⁸³ Il a été expliqué que peu d'amnisties ont pu en pratique avoir valeur constitutionnelle. Dans le cas où le principe de l'amnistie aurait été préalablement inscrit dans la Constitution, organiser un référendum qui lui soit relatif équivaldrait à un référendum constitutionnel abrogatif (Sur la question de l'abrogation de l'amnistie, voir *infra* : pp. 195 à 201).

⁴⁸⁴ « *Quant au référendum législatif, les normes de référence sont plus nombreuses et plus contraignantes, car il ne doit pas aboutir à modifier la Constitution, du moins en principe. C'est ce qui justifie un encadrement juridictionnel assez strict : en Italie, par exemple, des référendums abrogatifs peuvent être organisés à la demande de 500 000 électeurs, mais les requêtes doivent être préalablement soumises à l'examen du bureau du référendum*

l'amnistie sous forme d'une loi référendaire peut paraître la plus adaptée pour légitimer l'atteinte portée au pouvoir judiciaire par cette mesure de clémence. Pourtant, tous les Etats ne pratiquent pas le référendum, à l'image des Etats-Unis au niveau fédéral ou de la Belgique pour préserver son unité. En outre, cela n'éviterait pas le risque d'auto-amnistie mais au contraire le renforcerait, à la seule différence que les personnes s'auto-amnistiant ne seraient plus les dirigeants politiques mais la majorité des électeurs. C'est pour éviter ce type d'abus que dans certains Etats, la Constitution interdit l'usage du référendum pour adopter une amnistie (1). Pourtant, il n'est pas exclu dans la majorité des autres pays démocratiques. Pour les partisans de l'amnistie référendaire, même si elle n'empêche pas l'amnistie des dirigeants politiques et peut même servir à l'adopter, c'est la seule légitime à condition que la question posée relative à l'amnistie soit directe (2).

1. Une procédure exceptionnelle en droit constitutionnel

D'après Alain Trabuc⁴⁸⁵ l'Italie, pourtant terre d'élection du référendum avec la Suisse, est l'un des Etats dans lesquels l'amnistie ne peut pas être adoptée par référendum. Pour lui, le fondement de cette interdiction est que la personne qui prend une mesure d'amnistie doit s'exclure de son champ d'application⁴⁸⁶. Or, l'article 75 de la Constitution italienne dispose que « *le référendum n'est pas admis pour les lois fiscales et budgétaires, d'amnistie et de remise de peine, ni d'autorisation de ratifier des traités internationaux* ». Toutefois, cette disposition est

*de la Cour de cassation, qui veille au respect des règles de procédure (contrôle de légitimité) et à celui de la Cour constitutionnelle, qui veille au respect des règles de fond (contrôle de recevabilité) » (HAMON Francis, *Vox imperatoris, vox populi ? (réflexions sur la place du référendum dans un Etat de droit)*, in BRAIBANT Guy, « L'Etat de droit : mélanges en l'honneur de Guy Braibant », Paris : Dalloz, 1996, p. 393).*

⁴⁸⁵ TRABUC Alain, *L'amnistie en droit constitutionnel français et comparé*, Mémoire pour le D.E.A. de droit public sous la direction du professeur T. S. Renoux...*op. cit.*, p. 24.

⁴⁸⁶ C'est le même raisonnement qui a conduit les parlementaires à s'exclure du champ d'application de la loi relative à la limitation des dépenses électorales en France en 1995 : « *Le but de l'amnistie est d'apaisement politique ou social* ». Or il est difficile d'admettre que les individus qui s'auto-amnistient poursuivent un but d'apaisement » (*Ibid.*).

consacrée au référendum abrogatif. Elle interdit donc seulement d'abroger une loi d'amnistie par référendum. En revanche, l'article 71 relatif à l'initiative populaire par 50 000 citoyens n'empêche pas expressément la proposition d'une loi d'amnistie par une telle votation. Les citoyens semblent donc pouvoir proposer une loi d'amnistie au Parlement pour qu'il en délibère ensuite. En revanche, l'adoption proprement dite de ce type de loi par référendum n'est certainement pas admise, en premier lieu, parce que le référendum de ratification est la seule forme de référendum absente en Italie⁴⁸⁷, et en second lieu parce que l'article 79 définit une procédure d'exception exclusive pour l'adoption des lois d'amnistie ; cette procédure ne prévoyant pas l'intervention du peuple. Ainsi, les électeurs italiens pourraient seulement prendre l'initiative d'une amnistie des dirigeants politiques mais ne pourraient pas l'abroger⁴⁸⁸ ni la ratifier. Cette solution ne rend pas impossible l'auto-amnistie des dirigeants politiques puisqu'en définitive, c'est le Parlement qui adopte ce type de mesure.

En France, les avis sont partagés sur la possibilité d'adopter une loi d'amnistie par référendum, même si ce dernier est fréquemment réclamé lorsque des élus sont concernés⁴⁸⁹. Par exemple, selon Régis de Castelnau, la ratification d'une loi d'amnistie par référendum est impossible pour des raisons politiques, philosophiques, et juridiques :

« C'est une question importante et délicate. Cela permettrait, certes, d'éviter le reproche de l'auto-blanchissement, mais l'on peut malheureusement craindre un résultat négatif comme l'aurait été celui d'une consultation sur la peine de mort en 1981 (...). L'acte de refondation politique, pour lequel les citoyens donneront mandat à leurs représentants, doit être assumé par celui qui en est titulaire : le Parlement. Un référendum amnistiant, mesure d'exception au regard de l'histoire, en dénaturerait encore plus le sens profond et, en tout cas, exagérerait sans nécessité ni assise rationnelle le problème que l'amnistie est seule à pouvoir régler (...). En l'état actuel de la Constitution, le référendum est impossible. Il n'est prévu que dans deux hypothèses. La première (article 89) concerne la révision de la Constitution. La seconde, le référendum législatif, d'initiative présidentielle sur proposition du Parlement ou du gouvernement

⁴⁸⁷ Les citoyens peuvent être à l'initiative de la loi ordinaire (article 71) et peuvent l'abroger (article 75) par référendum. Aucune disposition constitutionnelle ne leur permet en revanche d'adopter la loi.

⁴⁸⁸ Voir, *infra* : pp. 195 à 201.

⁴⁸⁹ Par exemple voir : *supra*, note 482, p. 149.

(pendant la durée de la session), ne peut avoir comme objet que l'organisation des pouvoirs publics, les réformes relatives à la politique économique ou sociale de la nation et aux services publics qui y concourent, la ratification d'un traité (article 11). A supposer même que l'amnistie puisse être rattachée à la politique économique ou sociale de la nation, il ne s'agirait pas d'une réforme⁴⁹⁰ ».

Pourtant, s'il est vrai qu'en elle-même la loi d'amnistie, en particulier de dirigeants politiques, n'entre pas dans le cadre de l'article 11 il est possible qu'elle puisse être associée à une réorganisation des pouvoirs publics ou à des réformes relatives à la politique économique et sociale de la nation⁴⁹¹, à condition que son objet corresponde réellement à celui de la réorganisation ou de la réforme entreprise. Ainsi, d'après le professeur Bertrand Mathieu :

« Manifestement, l'amnistie n'entre pas dans le cadre des textes pouvant être soumis à référendum. Il est en effet difficile de considérer que l'amnistie est relative à l'organisation des pouvoirs publics fut-ce celui de la justice. Par contre, l'on peut parfaitement admettre que des dispositions d'amnistie figurent dans un projet de loi référendaire relatif à l'organisation des pouvoirs publics si la cohérence de la loi en dépend. On notera que c'est à propos de la modification d'une disposition d'amnistie prise par voie référendaire que le Conseil constitutionnel a logiquement rappelé que le législateur dans le cadre de sa compétence, peut modifier compléter ou abroger des dispositions antérieures résultant d'une loi référendaire, cette modification n'ayant comme limite que l'interdiction de priver de garanties légales des principes constitutionnels (décision 89-265 D.C. du 9 janvier 1990)⁴⁹² ».

En effet, la disposition d'amnistie qui se trouvait dans la loi de 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'auto-détermination de la Nouvelle-Calédonie, a été adoptée par

⁴⁹⁰ CASTELNAU (De) Régis, *Pour l'amnistie*, Collection : Ce que je veux, Stock, 2001, pp. 276 et s.

⁴⁹¹ Par exemple, des réformes économiques ayant pour objectif l'éradication de la corruption.

⁴⁹² MATHIEU Bertrand, « Fragments d'un droit constitutionnel de l'amnistie... », *op. cit.*, p. 4.

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

référendum⁴⁹³, sans que ce procédé soit censuré par le Conseil constitutionnel⁴⁹⁴. Ainsi, il est possible d'imaginer qu'une amnistie de dirigeants politiques soit un jour soumise au référendum à condition d'être intégrée à un projet plus vaste s'inscrivant dans les conditions de l'article 11. Il se pourrait également qu'un référendum légitime indirectement une telle mesure d'amnistie.

2. Une procédure pouvant permettre sa légitimation indirecte

Les partisans de la possibilité d'adopter une telle amnistie sous forme d'une loi référendaire n'évoquent qu'une légitimation directe de l'amnistie par référendum. Il existe pourtant deux formes de légitimation indirecte de l'amnistie. La première est constituée du refus par référendum d'abroger la loi d'amnistie. Ainsi, en Uruguay⁴⁹⁵, le système de justice

⁴⁹³ Elle était mise en place par l'article 80 de la loi référendaire n° 88-1028 du 9 novembre 1988 *portant dispositions statutaires et préparatoires à l'auto-détermination de la Nouvelle-Calédonie*.

⁴⁹⁴ Alain Trabuc développe un autre argument. Il se fonde sur l'article 3 de la Constitution précité. « *L'article 3 de la Constitution dispose que : « la souveraineté appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ». (...) En conséquence, l'amnistie peut être accordée aussi bien par une loi ordinaire que par une loi référendaire* » (TRABUC Alain, *L'amnistie en droit constitutionnel français et comparé*, Mémoire pour le D.E.A. de droit public sous la direction du professeur T. S. Renoux..., *op. cit.*, p. 22).

⁴⁹⁵ S'agissant du référendum en Uruguay, il faut signaler que c'est l'échec du plébiscite de 1980 destiné à adopter une nouvelle Constitution par laquelle le rôle de l'armée aurait été institutionnalisé qui a forcé les militaires à négocier avec les principales forces politiques d'opposition une transition vers un gouvernement civil. En Amérique latine, le terme de « plébiscite » n'a pas la même connotation qu'en France. Pour reprendre les termes du professeur Franck Moderne : « *Le terme de « plébiscite » n'a pas dans le droit latino-américain, la connotation péjorative qui lui est attribuée en Europe après le mésusage qui en a été fait par les régimes autoritaires. Dans la terminologie constitutionnelle sud-américaine, les plébiscites se réfèrent à des consultations populaires sur des questions politiques de niveau constitutionnel (ou qui, en tout cas, engagent l'avenir de la Nation) alors que les référendums tendent à l'adoption de normes, de rang constitutionnel ou législatif. Il est vrai que la distinction n'est pas toujours clairement établie, y compris dans les textes constitutionnels, et que certains plébiscites à effet normatif devraient être qualifiés de référendums* » (Voir : MODERNE Franck, « La résurgence des procédures de

transitionnelle et donc les lois de 1986, ont été considérés comme approuvés par les électeurs après l'échec du référendum abrogatif⁴⁹⁶ d'avril 1989⁴⁹⁷ organisé à l'initiative d'organisations syndicales et politiques⁴⁹⁸. Le second mode de légitimation indirecte par voie référendaire de l'amnistie est beaucoup plus contestable. En effet, la question de l'amnistie peut être liée à un processus plus général, le plus souvent de démocratisation. Il est vrai que dans les Etats en transition, le référendum visant à faire approuver le processus de paix, l'issue des négociations

démocratie semi-directe dans les régimes présidentielistes d'Amérique latine », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris : Dalloz, 2003, pp. 757 à 777).

⁴⁹⁶ Il faut pourtant un nombre important de pétitionnaires pour organiser un référendum abrogatif en Uruguay. En effet, les constituants de l'Uruguay se sont inspirés de la Constitution suisse en ce qui concerne les dispositions relatives au référendum. Toutefois, alors qu'en Suisse, 50 000 signatures suffisent pour qu'une pétition soit recevable, en Uruguay les signatures de 25 % du nombre d'électeurs à la dernière élection sont requises. Laurence Weschler fait les calculs suivants : « *In Switzerland, for instance, with its population of over 6 million, you need only 50,000 signatures on a qualifying petition. [In Uruguay], with less than half that population, we are required to get over ten times as many signatures – more than 555,000 ! That roughly the same number of total signatures you'd need to collect to qualify a referendum in Italy, only there you'd be able to draw from a total population of 57 million people* » (WESCHLER Lawrence, *A miracle, a universe : settling accounts with torturers*, Pantheon Books, New-York, pp. 231-232).

⁴⁹⁷ 58 % des électeurs ont refusé l'abrogation des lois de clémence (ce pourcentage inclut, selon la norme uruguayenne, 6% de votes nuls ou blancs).

⁴⁹⁸ Par exemple dans sa décision *Ley de caducidad*, en date du 2 octobre 1992, la commission interaméricaine des droits de l'homme prend en compte le fait que la loi a été « *approuvée par référendum* » : « *The law was declared constitutional by the Uruguayan Supreme Court and was approved by a national referendum called for that purpose pursuant to the provisions of article 79 of the Uruguayan Constitution* ». Elle condamnera néanmoins le gouvernement uruguayen et l'enjoindra à faciliter les poursuites de certains crimes (Sur l'attitude de la commission et de la cour interaméricaine des droits de l'homme face à l'amnistie, voir, *infra* : pp. 545 à 551).

et/ou la nouvelle Constitution démocratique peut conduire à légitimer politiquement une amnistie qu'elle soit postérieure au référendum ou déjà accordée à des dirigeants le jour de la votation. C'est ainsi qu'en Afrique du Sud, le référendum du 17 novembre 1992, auquel seuls les électeurs blancs étaient autorisés à participer, a été considéré comme légitimant l'amnistie. Il était demandé aux électeurs s'ils soutenaient la continuation des réformes entreprises par le président de Klerk depuis le 2 février 1992 et dont l'objectif était de mettre en place une nouvelle Constitution à la suite de négociations entre les forces politiques nationales⁴⁹⁹. Plus de soixante-huit pour cent⁵⁰⁰ des électeurs ayant répondu par l'affirmative à cette question, l'amnistie – bien qu'évoquée plus tard dans les négociations⁵⁰¹ – a été considérée comme adoptée par l'ensemble de la population⁵⁰², dans la mesure où cette dernière avait approuvé le principe de ces négociations. Dans le cadre des justices de transition, le référendum peut donc servir à légitimer l'ensemble du processus de réconciliation, y compris l'absence de poursuites pénales des dirigeants de l'ancien régime. Juridiquement, ce type de raisonnement est critiquable car un référendum doit porter sur une question précise⁵⁰³. En outre, lorsque l'amnistie adoptée bénéficie à des dirigeants politiques, cela revient à transformer la responsabilité pénale des gouvernants de l'ancien régime en une question politique, une transformation que la compétence des juridictions judiciaires en la matière vise précisément à éviter. C'est pour cela que le référendum n'est dans les faits qu'une solution ponctuellement

⁴⁹⁹ La question posée était la suivante: « *Do you support the continuation of the reform process which the State President began on February 2, 1990 and which is aimed at a new Constitution through negotiations?* »

⁵⁰⁰ Près de 68,7%.

⁵⁰¹ BERAT Lynn, « South Africa: negotiating change? », in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed), *Impunity and human rights in international law and practice*, Oxford : Oxford University press, 1995, pp. 269-270.

⁵⁰² Elle sera ensuite légitimée juridiquement en 1993 lors de l'adoption de la Constitution provisoire qui en prévoyait les grands principes.

⁵⁰³ Cette exigence peut être plus ou moins poussée selon les Etats. Ainsi, en Italie, lorsque le référendum est d'initiative populaire, d'après l'article 71 de la Constitution, la pétition doit proposer un texte rédigé sous forme d'articles, ce qui suppose une certaine connaissance juridique. La Cour constitutionnelle en vertu de l'article 2 de la loi constitutionnelle de 1953 pousse très loin le contrôle de cette présentation. Elle exige en effet que les questions soient posées de façon cohérente, précise et refuse toute interprétation tendancieuse.

Une maîtrise pouvant porter atteinte à l'aménagement constitutionnel de la séparation des pouvoirs

envisagée pour adopter l'amnistie, et que la fonction parlementaire amnistiante est privilégiée par les constituants attachés au lien entre souveraineté et amnistie.

Ainsi, l'atteinte par les amnisties de dirigeants politiques au pouvoir judiciaire est comparable à celle que peuvent lui porter toutes les amnisties. Elle est renforcée lorsqu'elle intervient avant la condamnation des dirigeants, puisqu'elle empêche alors toute intervention des tribunaux, et se justifie plus facilement, du point de vue de la théorie de la séparation des pouvoirs lorsqu'elle provient du pouvoir législatif. En revanche, s'agissant, non plus de l'atteinte à la fonction judiciaire et donc à la responsabilité de droit commun d'un dirigeant, mais de l'atteinte à la fonction d'empêcher de chaque pouvoir sur l'autre – c'est à dire à la responsabilité politique ou pénale *sui generis* des dirigeants mises en place par les Constitutions – l'amnistie des dirigeants politiques pose des problèmes qui lui sont propres.

CHAPITRE 2 – LA PARALYSIE DE LA « FACULTÉ D'EMPÊCHER » : UN DÉBAT SPÉCIFIQUE À L'AMNISTIE DES DIRIGEANTS POLITIQUES

Dans le cadre de l'aménagement constitutionnel de la séparation des pouvoirs, quel que soit le régime politique envisagé, il existe pour les pouvoirs législatif et exécutif des moyens d'action⁵⁰⁴ ou des freins et contrepoids⁵⁰⁵ réciproques. La réciprocité de ce que l'on peut désigner – en s'inspirant de Montesquieu – comme « la faculté d'empêcher » est indispensable à l'équilibre constitutionnel. Or, l'amnistie des dirigeants politiques peut « empêcher cette fonction d'empêcher ».

La plus célèbre de ces facultés d'empêcher est celle dont dispose le Parlement, éventuellement associé à la fonction judiciaire, pour mettre en cause la responsabilité de l'exécutif. Lorsque ce dernier s'auto-amnistie, il prive les pouvoirs législatif et souvent judiciaire d'un moyen d'action sur lui-même, tout en conservant des techniques de pression sur ces autres pouvoirs. Cette constatation conduit à se demander comment l'amnistie des dirigeants politiques s'intègre à l'aménagement constitutionnel de la séparation des pouvoirs.

⁵⁰⁴ Dans un régime parlementaire. Le lexique des termes juridiques *Dalloz* en donne la définition suivante : « régime de collaboration équilibrée des pouvoirs, où le Gouvernement et le Parlement ont des domaines d'action communs (Ex : initiative des lois) et des moyens d'action réciproques, le Parlement pouvant mettre en jeu la responsabilité politique du gouvernement (le chef de l'Etat étant, lui, irresponsable) et le Gouvernement prononcer la dissolution du Parlement » (GUILLIEN Raymond, VINCENT Jean, (sous la direction de), *Lexique, termes juridiques, op. cit.*).

⁵⁰⁵ Dans un régime présidentiel qui selon le même lexique de termes juridiques est un « Régime où l'équilibre des pouvoirs est obtenu par leur séparation (à la fois organique et fonctionnelle) : le pouvoir exécutif est détenu en totalité par un président élu par le peuple et irresponsable devant le Parlement qui, de son côté, ne peut être dissous par le président » (*Ibid.*).

Une maîtrise pouvant porter atteinte à l'aménagement constitutionnel de la séparation des pouvoirs

En pratique, l'atteinte ponctuelle et temporaire à la fonction d'empêcher est souvent encadrée par le droit constitutionnel, si bien que seuls quelques cas aboutissent à sa réelle paralysie (SECTION 1). En outre, il subsiste alors des possibilités, bien que rares, de l'éviter (SECTION 2).

SECTION 1 – LA RÉALITÉ DE L'ATTEINTE A LA FONCTION D'EMPÊCHER DES AUTRES POUVOIRS

« Dans certains cas, l'amnistie loin de produire l'apaisement escompté est la cause de graves conflits socio-politiques. L'impact négatif de cette mesure de clémence sur le climat socio-politique a été ressenti très récemment lors de l'amnistie liée au financement des partis politiques⁵⁰⁶ ».

Cette constatation de Janick Roche-Dahan peut être étendue au domaine juridique, les conflits n'étant pas seulement socio-politiques, et à d'autres systèmes de droit que le système français sur lequel cet auteur centrait ses réflexions. L'amnistie liée au financement des partis politiques à laquelle elle fait référence avait suscité des réactions de rejet assez violentes pour des raisons sociales, politiques mais aussi juridiques, en particulier du fait de la paralysie de la responsabilité pénale des parlementaires. Pourtant, s'il s'agissait bien d'une amnistie bénéficiant à des dirigeants politiques, elle avait été adoptée par le pouvoir législatif.

Or, c'est lorsque l'exécutif prend une telle mesure que la contestation de l'amnistie se fonde sur l'impossibilité de mettre en œuvre sa responsabilité constitutionnelle (I). En effet, même si certains justifient cette possibilité d'auto-amnistie par l'exécutif, il est difficile de l'admettre lorsque l'on défend un aménagement équilibré de la séparation des pouvoirs (II).

I. Un débat concernant surtout le pouvoir amnistiant de l'exécutif

Généralement, l'amnistie n'a aucun effet sur les moyens d'action à la disposition de l'exécutif sur le législatif, comme par exemple la dissolution en régime parlementaire ou le veto dans les régimes présidentiels. Elle peut seulement empêcher l'engagement de la responsabilité d'un ou

⁵⁰⁶ ROCHE-DAHAN Janick, thèse, *op. cit.*, p. 449.

de plusieurs parlementaires, voire d'un membre de l'exécutif par l'autorité judiciaire⁵⁰⁷. Théoriquement, l'autorité judiciaire n'a pas à se servir de sa possibilité de mettre en cause la responsabilité pénale des dirigeants politiques comme d'un moyen de pression sur les autres pouvoirs. Si bien que le Parlement ne peut être accusé, lorsqu'il adopte une amnistie, d'empêcher un frein ou contrepoids constitutionnel de fonctionner, comme peut l'être l'exécutif lorsqu'il s'auto-amnistie (A). En effet, dans ce dernier cas, c'est la faculté d'engager la responsabilité – pénale, mixte et plus indirectement politique – de l'exécutif octroyée au Parlement par la plupart des lois fondamentales qui est paralysée alors qu'elle est souvent l'un des éléments constitutifs du régime parlementaire et qu'elle représente une garantie contre les atteintes à la Constitution dans un régime présidentiel (B).

A. L'amnistie : « un moyen pour le Parlement d'intervenir à nouveau dans une procédure échappant à sa compétence » (Bertrand Mathieu)

C'est à propos de l'arrêt de la commission d'instruction de la Haute Cour de justice du 4 avril 1990, portant règlement de la procédure suivie contre Christian Nucci dans l'affaire dite

⁵⁰⁷ La protection pénale du parlementaire britannique est caractéristique en raison de son caractère minimal. Selon Denis Baranger, lors de son intervention durant le colloque « Responsabilité pénale et vie publique en France à l'étranger » : « le bouclier de parlementaire n'est guère plus solide que celui de ministre et beaucoup moins protecteur que dans de nombreuses autres nations. L'immunité pénale des parlementaires britanniques est des plus restreintes. Les MPs ne sont pas protégés contre l'arrestation et la condamnation, y compris des peines restrictives de liberté, dans les affaires pénales (leur Chambre doit seulement être tenue informée). Quant à la Chambre haute, un standing order de la Chambre des lords, reprenant une résolution remontant à 1626, autorise l'arrestation d'un pair « s'il existe une accusation en matière criminelle ». Sur le fondement de l'article 9 du Bill of Rights de 1689, s'applique cependant le principe d'immunité pour tous les « proceedings in Parliament ». Un parlementaire est donc protégé contre l'arrestation et la détention pour tout ce qu'il a dit au cours des « parliamentary proceeding ». Le terme de « proceedings in parliament » indique clairement que cette immunité s'étend également à la Chambre des lords » (BARANGER Denis, « La responsabilité pénale et politique des ministres en Grande-Bretagne dans la période contemporaine », in CHAGNOLLAUD Dominique (sous la direction de), *op. cit.*, pp. 40-41).

« *Carrefour du développement* », que le professeur Bertrand Mathieu tirait la conclusion selon laquelle : « *L'amnistie est un moyen pour le Parlement d'intervenir à nouveau dans une procédure qui échappe à sa compétence*⁵⁰⁸ ». Cela n'a donc pas de conséquences négatives sur l'aménagement constitutionnel de la séparation des pouvoirs.

Dans la plupart des Etats, il existe deux situations dans lesquelles le Parlement peut intervenir à nouveau dans une procédure échappant à sa compétence, grâce à l'amnistie. Le droit constitutionnel français est particulièrement significatif pour chacune d'entre elles. La première correspond à celle qu'évoque le professeur Bertrand Mathieu, puisque c'est celle dans laquelle la loi d'amnistie interrompt la mise en jeu de la responsabilité d'un dirigeant politique pour des faits commis dans l'exercice de ses fonctions devant une juridiction *ad hoc* composée exclusivement ou partiellement de parlementaires. En France, l'amnistie d'un membre ou ancien membre du gouvernement dont la responsabilité relève de la Cour de justice de la République illustre cette première situation (1). La seconde situation est celle de l'amnistie d'un parlementaire dont l'engagement de la responsabilité pénale est soumis à la levée de son immunité par le Parlement. Là encore cette situation peut se retrouver en France (2).

1. Le premier cas : l'amnistie d'un dirigeant politique soumis à une juridiction *ad hoc*.

En France, l'amnistie adoptée par le Parlement peut bénéficier à un membre du gouvernement pour des faits commis dans l'exercice de ses fonctions, relevant donc de la Haute Cour de justice et depuis la révision constitutionnelle du 27 juillet 1993 de la Cour de justice de la République⁵⁰⁹. Le raisonnement suivi pour analyser les effets de ce type d'amnistie sur

⁵⁰⁸ MATHIEU Bertrand, « La Haute Cour de justice et la responsabilité pénale des ministres ou comment se servir d'un sabre de bois, à propos de l'arrêt du 4 avril 1990 de la commission d'instruction de la Haute Cour de justice », *op. cit.*, pp. 735 à 746.

⁵⁰⁹ Depuis 1993, l'article 68-1 de la Constitution dispose que : « *Les membres du gouvernement sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés de crimes ou délits au moment où ils ont été commis.*

Ils sont jugés par la Cour de justice de la République.

l'aménagement constitutionnel de la séparation des pouvoirs pourrait s'appliquer à tous les exemples de ce type de mesure de clémence sur les dirigeants soumis à des juridictions *ad hoc* composées de parlementaires. En effet, lorsque ce cas existe, il ne peut être considéré comme une tentative du législateur de s'opposer à un moyen de pression sur lui-même.

En France, le Parlement dispose de la maîtrise de la procédure de jugement des membres du gouvernement pour les faits commis dans l'exercice de leurs fonctions, même si depuis 1993 trois juges du siège composent à côté des parlementaires la Cour de justice de la République⁵¹⁰. Par l'amnistie, il ne fait donc qu'éteindre une procédure contrôlée par lui ou revenir sur une décision à laquelle il a participé. Pourtant, ce type d'amnistie entraîne souvent des réactions défavorables. Il en fut ainsi dans deux situations comparables : en 1924 lors de l'amnistie des ministres Caillaux et Malvy⁵¹¹, puis en 1990 lorsque Christian Nucci a pu bénéficier d'un non-lieu en vertu d'une loi d'amnistie. Joseph Caillaux et Louis Malvy respectivement ministre des finances et ministre de l'intérieur pendant la première guerre mondiale, furent condamnés par le Sénat constitué en Haute Cour, pour le premier à cinq années de bannissement en 1918 parce qu'il avait « *méconnu, violé, et trahi les devoirs de sa charge, constituant un état de forfaiture et encouru des responsabilités criminelles prévues par l'article 12 de la loi du 16 juillet 1875* », et pour le second à trois ans de prison en raison de sa correspondance avec l'ennemi en 1920⁵¹². Ils furent tous deux amnistiés par la loi du 3 janvier 1925⁵¹³. Selon Barthélemy, par cette loi

La Cour de justice de la République est liée par la définition des crimes et délits ainsi que par la détermination des peines telles qu'elles résultent de la loi ».

⁵¹⁰ La Cour de justice est composée de quinze juges. Douze sont des parlementaires élus par leur pairs, mais trois d'entre eux sont des magistrats du siège à la Cour de cassation.

⁵¹¹ Voir *supra*, pp. 94-95.

⁵¹² L'infraction de trahison n'a pas été retenue contre lui. Joseph Caillaux avait en réalité voulu favoriser une paix rapide avec l'Allemagne, mais il semble que les autorités politiques de l'époque aient désiré en faire un exemple.

⁵¹³ La loi d'amnistie du 3 janvier 1925 disposait dans son article 2-2 : « *Amnistie pleine et entière est accordée (...) pour les faits commis antérieurement au 12 novembre 1924 et prévus par les articles 78, 166 et 167, sous la*

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

« le Sénat déchir[ait] en fait l'arrêt qu'il a[vait] lui-même rendu », ce qui signifiait que cette amnistie ne contrevenait pas à l'organisation du régime parlementaire français. Il faut préciser que c'est surtout la victoire du cartel des gauches⁵¹⁴ en 1924, qui explique la clémence envers les deux ministres. C'est donc cette considération politique qui fut utilisée par les opposants à cette mesure pour la critiquer ; celle de la violation du moyen d'action du législateur sur l'exécutif ne semblant pas cohérente, étant donné que le Parlement revenait par l'amnistie sur sa propre décision. Il en fut de même en 1990, même si le ministre ayant bénéficié de l'amnistie, Christian Nucci, n'avait pas été condamné. La procédure engagée contre lui dans ce qui était désigné comme l'affaire « carrefour du développement » avait été menée jusqu'à la saisine de la Haute Cour de justice, mais la commission d'instruction près de cette Cour avait dû constater que les faits reprochés à l'ancien ministre de la coopération et du développement⁵¹⁵ étaient couverts par l'article 19 de l'amnistie du 15 janvier 1990⁵¹⁶, et que l'action publique était donc éteinte. Cette amnistie, qui s'inscrivait là encore dans un conflit entre droite et gauche, était assez significative pour plusieurs raisons. En premier lieu, Christian Nucci était alors l'unique membre du gouvernement à avoir été mis en accusation par le Parlement sous la cinquième République. En quarante ans d'existence la procédure de l'article 68 n'avait jamais abouti. L'amnistie de l'ancien ministre a été ressentie comme une nouvelle preuve de l'impossibilité de mettre en cause la responsabilité d'un membre du gouvernement pour des faits commis dans

réserve expresse que dans ces trois derniers cas, il s'agira de faits appréciés par la Cour de justice depuis 1914 ». Seuls les deux anciens ministres répondaient à ces conditions.

⁵¹⁴ Qui était une alliance entre les radicaux et les socialistes.

⁵¹⁵ Il lui était reproché d'avoir commis dans l'exercice de ses fonctions des actes de complicité de faux en écriture publique et privé, soustraction par dépositaire légal et recel.

⁵¹⁶ Qui disposait que : « *Sauf en cas d'enrichissement personnel de leurs auteurs, sont amnistiées toutes infractions commises avant le 15 juin 1989 en relation avec le financement direct ou indirect de campagnes électorales ou de partis et de groupements politiques, à l'exclusion des infractions prévues par les articles 132 à 138 et 175 à 179 du code pénal et de celles commises par une personne investie à cette date d'un mandat de parlementaire national* [dispositions déclarées non conformes à la Constitution par décision du Conseil constitutionnel n° 89-271 D.C. du 11 janvier 1990] » (Loi n° 90-55 du 15 janvier 1990, *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques*).

l'exercice de ses fonctions. Elle devenait un moyen pour le Parlement d'éviter de condamner Christian Nucci et pouvait donc être perçue comme une renonciation à son moyen d'action sur l'exécutif⁵¹⁷. Mais comme en 1924, le pouvoir législatif ne pouvait être accusé d'avoir empêché l'exécutif d'utiliser l'un des moyens de pression constitutionnels sur le Parlement à sa disposition, l'amnistie n'ayant aucune conséquence sur ces derniers. En second lieu, la procédure de mise en accusation des membres du gouvernement était une procédure entièrement politique avant la révision de 1993⁵¹⁸. La proposition de traduction devant la Haute Cour devait être adoptée par les deux Chambres du Parlement après examen par deux commissions *ad hoc* créées au sein de l'Assemblée nationale et du Sénat. En outre, la Haute Cour de justice était composée uniquement de parlementaires. Beaucoup ont donc accusé l'amnistie de renforcer la spécificité politique de cette procédure et donc son caractère aléatoire. Pourtant, il n'est pas choquant, d'un point de vue théorique, qu'une procédure politique soit close par un instrument lui-même politique tel que l'amnistie. Cette dernière ne porte donc pas atteinte à un moyen d'action constitutionnel de l'exécutif sur le Parlement, lorsque celui-ci l'adopte pour des actes commis dans l'exercice de leurs fonctions par des membres de l'exécutif qu'il a condamné ou qu'il s'apprête à juger.

En revanche, depuis la réforme de 1993, il est possible de se demander si l'amnistie ne pourrait pas permettre de gêner illégitimement un contre-pouvoir à la disposition des citoyens et de

⁵¹⁷ D'après Pierre Draï, alors Premier président de la Cour de cassation, qui s'exprimait au nom de plusieurs magistrats : « *on nous fera porter le chapeau sur la non-poursuite de M. Nucci devant la Haute Cour, alors qu'en fait les députés se sont autoblanchis avec cette loi d'amnistie* » (cité par BOUDANT Joël, « La crise identitaire du Parlement français », *RDP*, 5-1992, p. 1355).

⁵¹⁸ Selon Bertrand Mathieu : « *Cette situation illustre la constatation que nous avons déjà faite à propos de la procédure suivie devant la commission parlementaire : les droits de la défense sont fort peu protégés lors de la procédure parlementaire préalable à la saisine de la Haute Cour. L'aspect politique l'emporte manifestement, à ce niveau sur l'aspect juridictionnel* » (MATHIEU Bertrand, « La Haute Cour de justice... », *op. cit.*, p. 740).

l'autorité judiciaire lorsque ces derniers saisissent la Cour de justice de la République. En effet, en vertu du nouvel article 68-2 de la Constitution,

« Toute personne qui se prétend lésée par un crime ou délit commis par un membre du gouvernement dans l'exercice de ses fonctions peut porter plainte auprès d'une commission des requêtes⁵¹⁹ »

et

« Le Procureur général près la Cour de cassation peut aussi saisir d'office la Cour de justice de la République sur avis conforme de la commission des requêtes⁵²⁰ ».

Si l'on estime que l'équilibre de l'organisation constitutionnelle du régime parlementaire dépend également du respect des prérogatives de l'autorité judiciaire et des possibilités⁵²¹ d'intervention des citoyens, il faut considérer qu'un dirigeant dont la responsabilité pénale aurait été engagée par un citoyen ou le Procureur général près de la Cour de cassation ne pourrait être amnistié sans que cela lèse les pouvoirs des auteurs de la saisine de la commission des requêtes. Il en est de même pour l'amnistie d'un membre de l'exécutif qui aurait été condamné par la nouvelle Cour de justice de la République. Cette dernière est, en effet, désormais composée de trois magistrats du siège en sus des douze parlementaires : l'amnistie porterait atteinte à leur faculté de participer au jugement. Quoiqu'il en soit, dans ces deux cas encore, la loi d'amnistie ne bénéficie pas aux membres du Parlement l'ayant votée. La contestation de cette mesure de clémence ne pourra donc se faire en dénonçant la reprise en main par le législateur d'une procédure qui lui échappe mais plutôt à l'aide d'un argument non juridique – fréquemment invoqué⁵²² – qui dénonce la collusion possible de la classe politique, en raison du

⁵¹⁹ Article 68-2, alinéa 2.

⁵²⁰ Article 68-2, alinéa 3.

⁵²¹ Même indirecte comme dans le cas étudié.

⁵²² Nous verrons dans le chapitre suivant que la collusion de la classe politique se vérifie dans certains exemples à travers l'utilisation de l'amnistie.

Une maîtrise pouvant porter atteinte à l'aménagement constitutionnel de la séparation des pouvoirs

fait majoritaire⁵²³ dans les régimes parlementaires ou *de facto* dans les régimes présidentiels⁵²⁴. En revanche, il sera difficile de se fonder sur l'équilibre de l'aménagement des pouvoirs.

Dans cette étude de l'amnistie par le Parlement français d'un dirigeant politique dans l'exercice de ses fonctions, seule la responsabilité d'un membre de l'exécutif a été envisagée. La première raison est que l'exemple français est significatif concernant les effets de l'amnistie sur les procédures d'exception qui peuvent exister s'agissant de la responsabilité des dirigeants politiques. La seconde raison est qu'en France, comme dans la quasi-totalité⁵²⁵ des Etats démocratiques⁵²⁶ il est logique qu'aucune amnistie ne leur bénéficie puisqu'un parlementaire ne peut voir sa responsabilité engagée pour un acte commis dans l'exercice de ses fonctions « *à l'occasion des opinions ou des votes émis par lui* ⁵²⁷ », c'est à dire si cet acte est lié à l'exercice de ses fonctions⁵²⁸. Seuls les actes non liés à l'exercice de ses fonctions pourront engager sa

⁵²³ Pourtant, l'amnistie peut révéler les limites de ce fait majoritaire. On peut se référer en France à l'exemple de l'amnistie bénéficiant aux généraux ayant participé au putsch d'Alger de 1961. Le président Mitterrand et la majorité parlementaire, bien que de même tendance politique, n'avaient pas le même point de vue sur cette loi d'amnistie votée en 1982.

⁵²⁴ Du fait d'intérêts communs ou d'accords informels entre les membres du pouvoir législatif et ceux du pouvoir exécutif. L'accusation est assez fréquente en Russie, pas uniquement à l'occasion d'adoption d'amnisties de dirigeants politiques.

⁵²⁵ Dans les autres elle est protégée par la juridiction constitutionnelle.

⁵²⁶ Dans les Etats non-démocratiques, ce n'est pas le cas, surtout s'agissant des opinions émises par le parlementaire dans l'exercice de ses fonctions.

⁵²⁷ L'article 26 de la Constitution de 1958 dispose, dans son alinéa premier, qu' : « *Aucun membre du Parlement ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions* ».

⁵²⁸ Il en est de même dans la plupart des Etats. Par exemple, la formulation de l'article 68 de la Constitution italienne de 1947 est très proche de celle de l'article 26 de la Constitution française. Son premier alinéa dispose que : « *Les membres du Parlement ne peuvent être appelés à répondre des opinions exprimées et des votes émis par eux dans l'exercice de leurs fonctions...* ». En vertu de l'article 71 de la Constitution du Royaume d'Espagne du 31 octobre 1978, une exception est ajoutée à cette inviolabilité : la flagrance. Ainsi, « *Les députés et sénateurs,*

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

responsabilité, mais devant les juridictions judiciaires. Il y a cependant généralement une condition : que l'autorisation en ait été donnée par la Chambre dont il est issu. Cela correspond au second cas dans lequel le Parlement intervient à nouveau par l'amnistie dans une procédure à laquelle il a participé préalablement, et qui ne peut donc être considérée comme une atteinte à l'aménagement constitutionnel de la séparation des pouvoirs.

2. Le deuxième cas : l'amnistie d'un parlementaire dont l'immunité à été levée

En France comme dans la plupart des Etats, l'autorité judiciaire est compétente pour connaître de la responsabilité pénale des parlementaires ou des membres du gouvernement pour les actes commis hors de l'exercice de leurs fonctions. Dans ce cas, si le législateur adopte une amnistie, il peut être accusé d'empêcher l'autorité judiciaire d'agir, surtout lorsque le bénéficiaire de la loi est un parlementaire, et donc là encore de briser un contrepoids indirectement mis en place par la Constitution. Deux points de vue peuvent être adoptés. D'après le premier, on considérera que le Parlement ne peut amnistier la personne poursuivie, voire condamnée, sans porter atteinte à l'équilibre constitutionnel. Mais cet argument est contredit par le rappel que la fonction du pouvoir judiciaire n'est pas d'empêcher les autres pouvoirs d'agir : la possibilité pour l'autorité

durant leur mandat, jouissent d'une immunité et ne peuvent être arrêtés qu'en cas de flagrant délit. Ils ne peuvent pas être poursuivis ou jugés sans une autorisation préalable de l'Assemblée dont ils sont issus ». La section 57 de la Constitution du Royaume du Danemark du 5 juin 1953 émet la même condition. Quant à la Constitution américaine dans sa section 6 (2), elle ne distingue pas les actes commis hors et dans l'exercice des fonctions des membres du Congrès, mais les conséquences sont comparables aux Constitutions précitées : « *Les sénateurs et représentants (...) jouiront du privilège de ne pouvoir en aucun cas, sauf pour trahison, crime et violation de la paix publique, être mis en état d'arrestation pendant leur présence à la session de leurs Chambres respectives, ni pendant qu'ils s'y rendent ou qu'ils en reviennent ; et pour tout discours ou débat dans l'une ou l'autre Chambre, ils ne pourront être mis en cause dans aucun lieu ».*

judiciaire de mettre en cause la responsabilité pénale des autres pouvoirs n'est pas un contrepoids à ces derniers⁵²⁹. En réalité, particulièrement en régime parlementaire, les constituants se concentrent sur les rapports entre les pouvoirs législatif et exécutif et mettent en place des contrepoids ou des moyens de pression respectifs avant tout en faveur de ces deux pouvoirs. En ce qui concerne l'autorité judiciaire, ils préfèrent surtout préserver son indépendance. C'est ce que veut signifier Nathalie Merley lorsqu'elle affirme que

« D'une façon générale, (...) les constitutionnalistes concentrent leur réflexion sur la place respective de l'exécutif et du législatif et sont peu disert sur celle de la justice ».

Dans cette conception, la séparation des pouvoirs n'est une nouvelle fois pas atteinte mais au contraire renforcée, puisque l'amnistie conforte le rôle de protection des dirigeants attribué aux immunités et inviolabilités mises en place par la Constitution⁵³⁰. Dans un second point de vue, on prendra en compte le fait qu'un parlementaire en exercice doit voir son immunité levée par le Bureau de la Chambre dont il est issu pour pouvoir être poursuivi pénalement⁵³¹. En

⁵²⁹ MERLEY Nathalie, « Le chef de l'Etat et l'autorité judiciaire sous la Vème République », *R.D.P.*, 1997, pp. 700 à 739.

⁵³⁰ Par exemple, d'après le professeur Thierry Debar, l'invocabilité est la « *protection issue de la théorie de la séparation des pouvoirs dont bénéficient les parlementaires afin de leur permettre de remplir leur mandat en toute indépendance, à l'abri des pressions que pourraient constituer des arrestations ou poursuites pénales, ou la simple menace d'y procéder, motivées uniquement par des considérations politiques* » (DEBARD Thierry, « Dictionnaire de droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 170). L'amnistie irait alors dans le même sens.

⁵³¹ En vertu des trois derniers alinéas de l'article 26 de la Constitution de 1958 : « *Aucun membre du Parlement ne peut faire l'objet, en matière criminelle ou correctionnelle, d'une arrestation ou de toute autre mesure privative ou restrictive de liberté qu'avec l'autorisation du Bureau de l'Assemblée dont il fait partie. Cette autorisation n'est pas requise en cas de crime ou délit flagrant ou de condamnation définitive.*

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

conséquence, par l'amnistie le Parlement reviendrait une nouvelle fois sur une décision émanant de l'une de ses composantes⁵³².

Ainsi, dans les deux situations envisagées, rien n'indique que le pouvoir d'amnistie du législateur porte atteinte à l'aménagement constitutionnel de la séparation des pouvoirs en empêchant le fonctionnement d'un moyen d'action des autres pouvoirs sur lui-même. Il en va autrement lorsque le pouvoir exécutif dispose du pouvoir d'amnistie, en particulier lorsqu'il l'utilise à son profit.

B. L'amnistie : un moyen pour le pouvoir exécutif de contrer les effets d'une procédure échappant entièrement à sa compétence

Les règles générales de responsabilité pénale des dirigeants politiques sont habituellement déterminées par la Constitution⁵³³. Cette dernière permet à la loi de les aménager ; d'établir les infractions et les peines, mais l'exécutif ne se voit jamais confier une telle prérogative. C'est pour cette raison qu'il est possible de se demander si l'exécutif ne s'approprie pas une compétence constitutionnelle qu'il ne devrait pas pouvoir exercer – celle d'influer sur le régime juridique de responsabilité des dirigeants politiques – lorsqu'il adopte une amnistie leur bénéficiant.

La détention, les mesures privatives ou restrictives de liberté ou la poursuite d'un membre du Parlement sont suspendues pour la durée de la session si l'Assemblée dont il fait partie le requiert.

L'Assemblée intéressée est réunie de plein droit pour des séances supplémentaires pour permettre, le cas échéant, l'application de l'alinéa ci-dessus ». Le régime de responsabilité des parlementaires est comparable dans la plupart des Etats démocratiques. Sur l'Angleterre, voir : *supra*, note 507 p. 159.

⁵³² Ou empêcherait cette décision dans le cas d'une amnistie intervenant avant l'ouverture de toute procédure.

⁵³³ Il est possible de citer, comme exception, l'exemple de la section 13 de la Constitution du Royaume du Danemark du 5 juin 1953, qui dispose que les ministres seront responsables des actions du gouvernement mais que le régime juridique de leur responsabilité sera déterminé par une loi écrite.

Comme les parlementaires, les membres de l'exécutif peuvent être mis en accusation pour des actes commis hors ou dans l'exercice de leurs fonctions⁵³⁴. Dans les régimes parlementaires, la mise en jeu de la responsabilité d'un membre du gouvernement peut être exclusivement politique – elle fait partie des moyens d'action réciproques mis en place par la Constitution – les juridictions judiciaires ou spéciales étant compétentes pour juger le dirigeant qui ne serait pas seulement l'auteur d'une faute politique mais aussi d'une infraction pénale. Dans les régimes présidentiels la procédure d'*impeachment*⁵³⁵ ne sert pas à destituer uniquement les

⁵³⁴ Le professeur Philippe Lauvaux propose, suivant en cela les professeurs Bertrand Mathieu, Thierry Renoux et André Roux, auteurs d'un ouvrage sur la Cour de justice de la République, un critère de distinction entre les procédures de responsabilité pénale des membres de l'exécutif : « *Si l'on considère la diversité des systèmes dans leur ensemble, systèmes classiques donc aussi bien que systèmes contemporains, une typologie peut être proposée selon le critère du degré de plus ou moins grande spécificité des procédures par rapport au droit commun (...). On peut ainsi distinguer trois catégories de systèmes :*

« - ceux où la mise en accusation résulte d'une procédure spéciale (le plus souvent parlementaire) et où le jugement appartient, également, à une juridiction spéciale ;

- ceux où la mise en accusation résulte d'une procédure spéciale mais où le jugement appartient aux juridictions ordinaires ;

- ceux enfin, où la mise en accusation et le jugement relèvent des procédures et des juridictions ordinaires ». Cette classification est sans doute la plus fonctionnelle que l'on puisse opérer » (LAUVAUX Philippe, « Rapport introductif », *op. cit.*, pp. 13 à 23).

⁵³⁵ La procédure d'*impeachment* est d'origine anglaise mais les constituants américains puis les autres régimes présidentiels se sont efforcés de la maintenir dans un cadre non politique afin qu'elle ne fasse pas évoluer le régime

membres de l'exécutif mais toute personne investie d'un mandat public⁵³⁶. Pénale à l'origine, la Cour suprême considère qu'elle ne doit pas être utilisée « *pour des raisons politiques et personnelles*⁵³⁷ ». Sa sanction est pourtant politique⁵³⁸. Elle est parfois utilisée comme un contrepoids aux pouvoirs du président⁵³⁹ ; un contrepoids que peut développer le Congrès s'il

de manière parlementaire. D'après Philippe Lauvaux : « *la Chambre des lords était en Grande-Bretagne le juge de l'impeachment en tant qu'institution judiciaire et héritière des pouvoirs de justice des anciens Parlements médiévaux et non en tant que Chambre haute au sens moderne du terme. A ce titre, elle était théoriquement tenue au respect du principe de légalité des délits et des peines et c'est précisément pour s'y être de mieux en mieux conformée que l'impeachment politique est tombée en désuétude. En second lieu, l'impeachment anglais était essentiellement un procès en trahison, punissable de mort le cas échéant, et non pas un simple procès en destitution d'un office public. Inversement, le Sénat américain apparaît comme le prototype de la Chambre haute moderne, Assemblée politique aux compétences essentiellement législatives. Son intrusion dans la fonction judiciaire est plus apparente que réelle puisque son jugement ne peut aboutir qu'à une seule condamnation, la destitution. Une fois celle-ci prononcée, « l'empêché » est passible des juridictions pénales ordinaires (indictement). (...) S'il frappe un président des Etats-Unis, c'est un correctif de l'absence de responsabilité politique de celui-ci devant le Congrès. Afin d'éviter qu'il ne devienne un moyen ordinaire de poursuites d'une responsabilité dont on écartait le principe, le constituant a pris certaines précautions la majorité des deux tiers requise pour prononcer la condamnation semble être la principale (Ibid).*

⁵³⁶ La procédure existe au niveau fédéral comme au sein des Etats fédérés.

⁵³⁷ Voir ROGOFF Martin A., « La conception américaine de la responsabilité politique », in SEGUR Philippe (dir), *gouvernants quelle responsabilité ?*, collection logiques juridiques, L'Harmattan, 2001, p. 66.

⁵³⁸ Par exemple aux Etats-Unis, d'après la Section 3 (7) de la Constitution, la sentence dans les cas d'*impeachment* ne peut excéder la destitution ou l'incapacité d'occuper ou de bénéficier de toute fonction honorifique, de confiance ou rémunérée au service des Etats-Unis. Mais il est précisé dans la même disposition que la partie « empêchée » pourra être poursuivie, jugée et condamnée pénalement en vertu de la loi.

⁵³⁹ Le professeur Mark J. Rozell rappelle que le pouvoir d'*impeachment* est un élément constitutif de l'aménagement de la séparation des pouvoirs aux Etats-Unis : « *Congress power to impeach is a constitutional and political check built into the separation of powers system* » (ROZELL Mark J., « President Ford's pardon of Richard Nixon »..., *op. cit.*, p. 128).

souhaite renforcer ses compétences⁵⁴⁰. Or, lorsque dans un régime présidentiel, l'exécutif⁵⁴¹ utilise son pouvoir de *pardon* pour amnistier une personne contre laquelle une procédure d'*impeachment* est susceptible d'être engagée, ou que dans un régime parlementaire, il utilise un pouvoir d'amnistie octroyé par la Constitution, voire délégué par le Parlement, pour contrer la mise en œuvre de la responsabilité pénale d'un membre du gouvernement, il peut être accusé d'empêcher le pouvoir législatif d'utiliser l'une de ses prérogatives de contrôle de la fonction exécutive. Ce type de critique est commun à tous les régimes constitutionnels démocratiques quel que soit leur mode d'aménagement de la séparation des pouvoirs. C'est pourquoi les Constitutions instaurant un régime présidentiel proscrivent parfois l'adoption d'une amnistie paralysant la procédure d'*impeachment* (1). C'est également l'une des raisons pour laquelle elle est limitée dans les régimes parlementaires (2).

1. Un moyen proscrit par des dispositions constitutionnelles en régime présidentiel

Aux Etats-Unis la Constitution précise expressément que le pouvoir présidentiel de *pardon* peut être exercé excepté « *en cas d'impeachment* ». Pourtant, cette mesure de clémence a été octroyée à Richard Nixon, un président qui risquait précisément l'*impeachment* pour les infractions amnistiées. La question s'est donc posée de la validité de ce *pardon* ; les constituants semblant avoir voulu prévenir l'utilisation par l'exécutif de son pouvoir amnistiant pour les fautes pouvant entraîner la destitution de leurs auteurs.

⁵⁴⁰ C'est particulièrement le cas en Russie en raison de la spécificité de son régime politique. Parlementaire à l'origine, il est désormais parfois qualifié par la doctrine anglo-saxonne de « super-présidentialiste ». Le président de la fédération a en effet le pouvoir de dissoudre l'Assemblée fédérale (le Parlement). L'*impeachment*, parce qu'il est à la disposition de la Douma peut être considéré comme un contrepoids à cette faculté.

⁵⁴¹ En général, le président au niveau fédéral et le gouverneur au niveau des Etats fédérés. Il faut signaler que certains Etats américains ont préféré confier le pouvoir de *pardon* au législateur. C'est le cas de la Géorgie et du New Hampshire.

Selon le professeur Daniel T. Kobil, si le président pouvait utiliser son pouvoir de *pardon* dans les cas d'*impeachment*, c'est un important moyen d'action du Congrès sur le président et sur l'autorité judiciaire qui serait privé d'effets⁵⁴². De même, à la lecture des travaux de Joseph Story⁵⁴³, il apparaît que l'interdiction pour le président d'utiliser le pouvoir de *pardon* dans les cas d'*impeachment* avait été mise en place par les constituants pour éviter toute tentation de la part du président de l'utiliser abusivement dans des cas d'infractions politiques commises dans l'exercice de leurs fonctions par des personnes exerçant un mandat public. Ce constitutionnaliste américain précisait que les personnes soumises à la procédure d'*impeachment* sont celles qui occupent les plus hautes fonctions et qu'il était donc fondamental que le président ne puisse prévenir une telle procédure, afin de les protéger de la disgrâce que représente l'*impeachment*⁵⁴⁴.

⁵⁴² « *If the President could pardon in case of impeachment, this important check which Congress can exercise on the Executive and the Judiciary would be significantly weakened. Likewise, if the President had been required to share the clemency power with the Congress, the efficacy of clemency as an essential counterbalance on the law-making and law-interpreting branches would be diminished* » (KOBIL Daniel T, « The clemency... », *op. cit.*, p. 32). Le même auteur fait référence à la décision de la Cour suprême *Gregg v. Georgia* de 1976 (*Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, n. 50 (1976)) dans laquelle les juges précisent que la possibilité de prononcer la peine de mort contre un criminel n'est valable que parce qu'il existe des possibilités de clémence. Pour le professeur Kobil, cela démontre que le *pardon* est aussi un moyen d'améliorer l'exercice de leur tâches par les fonctions législative et judiciaire (*Ibid*, p. 41).

⁵⁴³ STORY Joseph, *Commentaries on the Constitution of the United States : with a preliminary review of the constitutional history of the colonies and states before the adoption of the Constitution*, paragraphes 1488 à 1498, Boston, Little, Brown and Company, 1st édition, 1833.

⁵⁴⁴ « *There is an exception to the power of pardon, that it shall not extend to cases of impeachment, which takes from the president every temptation to abuse it in cases of political and official offences by persons in the public service. The power of impeachment will generally be applied to persons holding high offices under the government; and it is of great consequence, that the president should not have the power of preventing a thorough investigation of their conduct, or of securing them against the disgrace of a public conviction by impeachment, if they should deserve it. The Constitution has, therefore, wisely interposed this check upon his power, so that he cannot, by any corrupt coalition with favourites, or dependents in high offices, screen them for punishment* » (*Ibid*, § 1495).

Nous avons expliqué qu'en ce qui concerne le *pardon*, la Cour suprême américaine avait estimé qu'il fallait se baser sur le droit anglais pour en déterminer le régime juridique et les limites⁵⁴⁵. Or, en Angleterre il existait depuis plusieurs siècles une restriction au *pardon* pour les cas d'*impeachment*. C'est sur cette restriction que se seraient fondés les constituants américains. Elle datait du règne de Charles II. Lorsque le comte de Danby fut l'objet d'une procédure d'*impeachment* par la Chambre des communes, en particulier pour haute trahison, il invoqua le *pardon* du roi. Mais la Chambre des lords appelée à se prononcer considéra que le *pardon* invoqué était illégal et sans effet, car accorder une amnistie après un *impeachment* déposséderait cette procédure de tout intérêt, découragerait son utilisation et priverait donc le système constitutionnel britannique de l'une de ses protections⁵⁴⁶. Après la révolution, la Chambre des communes adopta définitivement cette restriction au pouvoir de *pardon*⁵⁴⁷ mais avec une limite importante: le *pardon* pouvait intervenir une fois l'*impeachment* prononcé. Si William Blackstone ne comprend pas que la clémence royale ait pu être octroyée après leur *impeachment* à trois des « six lords rebelles » en 1715⁵⁴⁸, Joseph Story l'analyse comme une possibilité

⁵⁴⁵ *United States v. Wilson*, 32 U.S. 150 (1833) précitée (Voir *supra*, note 110, p. 36).

⁵⁴⁶ Selon William Blackstone, « *The commons alleged*, « that there was no precedent that ever any pardon was granted to any person impeached by the commons of high treason or other high crimes, depending the impeachment » ; *and therefore resolved*, « that the pardon so pleaded was illegal and void, and ought not to be allowed in bar of the impeachment of the commons of England » *for which resolution they assigned this reason to the House of Lords*, « that the setting up of a pardon to be a bar of an impeachment defeats the whole use and effect of impeachments: for should this point to be admitted, or stand doubted, it would totally discourage the exhibiting any for the future; whereby the chief institution for the preservation of the government would be destroyed » » (BLACKSTONE William (Sir), *Commentaries on the laws of England*, *op. cit.*, pp. 397 à 402).

⁵⁴⁷ « *No pardon under the great seal of England shall be pleadable to an impeachment by the commons in parliament* » (Act of settlement, 12 & 13 W. III. c. 2). Pour une description des différentes étapes de l'adoption de cet Acte du Parlement, voir : BLACKSTONE William, *Ibid.*

⁵⁴⁸ *Ibid.*

offerte au roi d'octroyer un *pardon* après la condamnation du dirigeant⁵⁴⁹. Or, l'acte des Communes n'interdisant l'octroi de la clémence que pour « faire obstacle à l'*impeachment*⁵⁵⁰ », une fois le dirigeant condamné, le *pardon* ne pourrait plus être considéré comme faisant obstacle à la destitution⁵⁵¹. Pourtant, aux Etats-Unis, le droit constitutionnel n'a pas retenu cette possibilité d'octroyer un *pardon* après l'empêchement du dirigeant. Joseph Story explique cette différence par celle des conséquences de la procédure : aux Etats-Unis, elle entraîne la destitution de celui à laquelle elle s'applique et son éventuelle condamnation par les juridictions judiciaires, alors qu'au Royaume-Uni elle allait jusqu'à le priver, avec ses héritiers, de ses biens, de sa fortune et de son titre, voire de la vie⁵⁵². Ainsi, l'interdiction pour le président d'octroyer un *pardon* à une personne qui risque de voir ouvrir contre elle une procédure d'*impeachment* ou qui l'a subie semble absolue. La jurisprudence de la Cour suprême le confirme. Elle a considéré dans la décision *Schick v Reed* que le pouvoir de *pardon* ne pouvait pas être modifié, abrogé ou diminué par le Congrès, et qu'il était absolu, excepté dans les cas d'*impeachment*⁵⁵³.

⁵⁴⁹ « *In England (from which this exception was probably borrowed) no pardon can be pleaded in bar of an impeachment. But the king may, after conviction upon an impeachment pardon the offender. His prerogative, therefore, cannot prevent the disgrace of a conviction; but may avert its effects, and restore the offender to his credit* » (STORY Joseph, *Commentaries on the Constitution of the United States...*, *op. cit.*). La doctrine majoritaire a suivi cet auteur.

⁵⁵⁰ La formule en anglais est : « *No pardon can be pleaded in bar of impeachment* ».

⁵⁵¹ Si l'on adoptait une conception française des mesures de clémence, on pourrait conclure que le roi ne peut octroyer d'amnistie pour des infractions qui font encourir un *impeachment* à leur auteur, mais qu'il peut leur octroyer une grâce après leur condamnation. Mais on comprend les limites de ce raisonnement : l'amnistie comme le *pardon* peut être octroyée avant mais aussi après condamnation ; ce serait limiter ce dernier que de le comparer à une grâce même dans ce cas précis (Voir : *supra*, introduction générale, pp. 35 à 45).

⁵⁵² « *The president possesses no such power in any case of impeachment ; and as the judgment upon a conviction extends no farther, than to a removal from office, and disqualification to hold office, there is the same reason for its exercise after conviction, as there is in England; since (as we have seen) the judgment there, so that it does not exceed what is allowed by law, lies wholly in the breast of the House of Lords, as to its nature and extent, and may, in many cases, not only reach the life, but the whole fortune of the offender* » (STORY Joseph, *Ibid*).

⁵⁵³ *Schick v. Reed*, 419 U.S. 256 (1974), précité.

C'est en raison de cette cohérence entre la doctrine et la jurisprudence que le *pardon* octroyé par Gerald Ford à Richard Nixon a pu déconcerter. Même si l'ancien président avait démissionné, certains auteurs soutenaient qu'il pouvait encore faire l'objet d'une procédure d'*impeachment*, dans le but de le priver pour l'avenir de la possibilité d'occuper des fonctions officielles⁵⁵⁴. Ils citaient l'exemple du Secrétaire à la guerre William Belknap contre qui une procédure d'*impeachment* avait été ouverte en 1876 peu de temps pourtant après qu'il ait démissionné. Le Sénat l'avait acquitté mais s'était tout de même déclaré compétent pour juger une personne n'occupant plus de fonctions officielles. Toutefois, nous l'avons expliqué, cet argument n'a pas été retenu par l'unique Cour saisie d'une requête contre le *pardon* accordé à Richard Nixon : la Cour de district du Michigan. Il faut dire que la Cour suprême avait expliqué que le Congrès ne pouvait limiter le pouvoir présidentiel de *pardon*. Le Juge Field a même rejeté l'argument des requérants qui considéraient que l'on ne pouvait octroyer un *pardon* avant

⁵⁵⁴ Par exemple, le professeur Stone en 1974 remarquait que: « *Nixon has committed impeachable offenses, thereby rendering invalid a presidential pardon protecting the former president from impeachment proceedings* » (Cité par ROZELL Mark J., « President Ford's pardon of Richard Nixon ... », *op. cit.*, p. 124). Le professeur Kalt, l'a réaffirmé à propos de Bill Clinton, en 2001, sur le site internet consacré aux débats doctrinaux relatifs aux *pardons* : « *presidents can indeed be impeached after leaving office and disqualified from holding further federal office. While the ability to hold a « late impeachment » seems fairly clear to me, it is not undisputed. To be sure, the Constitution does not address the issue directly one way or the other. Nevertheless, there is, as professor Michael Gerhardt has put it, a « surprising consensus » among scholars on this issue. English practice allowed post-term impeachment. (...) Nothing in article II eliminates this possibility. (...) The punishment described in the Constitution for impeachment includes not just removal from office, but also « disqualification to hold and enjoy any office of honor, trust or profit under the United States » » (KALT Brian, Professor, Detroit College of Law, Michigan State University, « *And stay out!* » *The Constitutional case for post-presidential impeachment*, <http://jurist.law.pitt.edu/pardonop3.htm>, p. 1).*

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

toute condamnation, au motif que : « *le pouvoir de pardon est illimité, excepté en cas d'impeachment*⁵⁵⁵ », une précision qui, au lieu de calmer les débats doctrinaux, les a plutôt ravivés. Néanmoins, la pensée majoritaire actuelle est différente. Il est généralement considéré que le *pardon* octroyé par Gerald Ford à Richard Nixon n'allait pas à l'encontre du pouvoir constitutionnel d'*impeachment* à la disposition du Congrès mais s'appliquait uniquement aux poursuites judiciaires contre Richard Nixon. Ainsi, le Congrès aurait pu mettre en œuvre ou faire aboutir la procédure d'*impeachment* en dépit du *pardon* présidentiel, mais y aurait renoncé pour des raisons politiques⁵⁵⁶. Dans cette conception la disposition constitutionnelle précitée permet donc d'éviter que l'exécutif puisse se servir de son pouvoir de *pardon* pour paralyser un contre-pouvoir du Congrès.

Le pouvoir amnistiant de l'exécutif peut également être limité dans un régime parlementaire.

2. Un moyen limité dans les régimes parlementaires

Dans les régimes parlementaires modernes, il est rare que le pouvoir amnistiant soit octroyé exclusivement à l'exécutif en raison du caractère plus souple de la séparation des pouvoirs mais aussi d'une conception de la souveraineté qui leur est propre⁵⁵⁷. Lorsque l'amnistie des dirigeants politiques est admise, elle est généralement très limitée.

⁵⁵⁵ « *The Pardoning Power is unlimited, except in cases of impeachment* » (*Murphy v. Ford*, U.S. District Court, W. District of Michigan, *op. cit.*, 1975).

⁵⁵⁶ Elle est en particulier résumée par le professeur Rozell: « *Congress power to impeach is a constitutional and political check built into the separation of powers system. Ford's pardon of Richard M. Nixon did not eliminate Congress's right to exercise its impeachment power. The pardon's effect was instead to block any criminal prosecutions against Nixon. Technically, if Congress had desired to continue the impeachment proceedings after the pardon to deny Nixon his presidential pension and entitlements, it could have done so, even though, properly speaking, such an outcome could not be described as « impeachment »* » (ROZELL Mark J., « *President Ford's pardon of Richard Nixon* »..., *op. cit.*, p. 128).

⁵⁵⁷ Voir, *supra* : pp. 140 à 149.

Elle est en premier lieu restreinte *de facto* par la nature du régime. En effet, même si l'amnistie ne peut logiquement empêcher la mise en œuvre de la responsabilité politique du gouvernement, la procédure étant entièrement politique⁵⁵⁸, elle peut en revanche lui permettre de s'opposer à sa responsabilité pénale et à celle du chef de l'Etat⁵⁵⁹. Mais cette dernière ne pouvant pas toujours être engagée durant l'exercice de ses fonctions, elle concernera davantage les anciens présidents et ne permettra pas à ces derniers de contrer directement l'utilisation d'un moyen de pression constitutionnel sur une fonction qu'ils n'occupent plus. Dans un régime parlementaire, lorsqu'un membre du gouvernement est poursuivi pour des actes commis hors de l'exercice de ses fonctions, l'amnistie peut donc seulement représenter un moyen pour l'exécutif d'intervenir dans une procédure qui lui échappe.

En second lieu, l'amnistie des dirigeants politiques est généralement limitée expressément par la Constitution. Même dans certaines monarchies parlementaires, où le roi est titulaire du pouvoir d'amnistie mais dont la qualité de membre de l'exécutif est pourtant souvent discutable, une disposition constitutionnelle l'empêche de l'octroyer à des membres de l'exécutif en exercice afin qu'il ne renforce pas sa position et pour qu'il ne puisse priver d'effets la possibilité pour le Parlement de mettre en œuvre la responsabilité pénale des ministres résultant de l'organisation de la séparation des pouvoirs. Par exemple, la Section 24 de la Constitution du royaume du Danemark adoptée en 1953, attribue au roi les prérogatives de grâce et d'amnistie. Toutefois, elle précise que le souverain ne peut accorder un *pardon* aux ministres après leur condamnation par la Haute Cour du Royaume, que si le Parlement y a consenti⁵⁶⁰. De cette

⁵⁵⁸ De manière logique, l'amnistie n'a par exemple aucun effet sur une motion de censure.

⁵⁵⁹ Ce qui n'est pas le cas dans les monarchies (par exemple en Espagne, en vertu de l'article 56-3 de la Constitution : « *La personne du roi est inviolable et n'est pas soumise à la responsabilité* ») ou dans les régimes autoritaires (la Constitution irakienne en vigueur jusqu'à la seconde guerre contre les Etats-Unis en 2003 disposait dans son article 40 que : « *Le président du Conseil de commandement révolutionnaire (...) jouit de la pleine immunité* »).

⁵⁶⁰ « *The King shall have the prerogative of mercy and of granting amnesty. The King may grant Ministers a pardon for sentences passed upon them by the High Court of the Realm only with the consent of the Parliament* »

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

manière, le Parlement ne peut, sans son accord, voir son intervention dans l'engagement de la responsabilité des ministres pour des faits commis dans l'exercice de leur fonction⁵⁶¹ privée d'effets par une amnistie.

Malgré ces limites, le pouvoir de l'exécutif reste très controversé lorsqu'il s'applique à un autre membre du gouvernement ou à un ancien chef d'Etat. Il peut en effet avoir des conséquences sur l'équilibre désiré par les constituants, lorsqu'ils aménagent la séparation des pouvoirs ou sur l'évolution coutumière de l'équilibre constitutionnel. Pourtant, c'est cette théorie de la séparation des pouvoirs qui peut paradoxalement également servir à justifier le pouvoir amnistiant de l'exécutif et son caractère absolu, même lorsqu'il est utilisé en faveur d'un autre membre du gouvernement.

II. Un pouvoir amnistiant de l'exécutif pourtant protégé

Selon une vue théorique traditionnelle,

« A partir du moment où le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif se sont rendus compte de l'importance et de l'avantage des effets de l'amnistie, une lutte acharnée s'est instaurée entre eux pour s'arroger le droit d'amnistier⁵⁶² ».

Cette remarque de Naghi Toloei Rahimabadi peut être faite à propos de tous les Etats et de toutes les époques. Il a été précédemment expliqué⁵⁶³ que dans le passé la conception de la souveraineté a pu déterminer le titulaire du pouvoir amnistiant et qu'ainsi, lorsque le peuple

Cette traduction en anglais de la Constitution danoise est disponible sur le site Internet de l'institut de droit comparé de l'Université de Bern (Institut für öffentliches Recht, Universität Bern: http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/da00000_.html).

⁵⁶¹ D'après la section 16 de la Constitution de 1953, le Parlement saisit la Haute Cour du Royaume (un pouvoir partagé avec le roi) et élit la moitié des juges composant cette juridiction (L'autre moitié est composée des quinze doyens des plus hautes Cours du Royaume d'après la section 59 de la Constitution). En revanche, la Haute Cour du royaume n'est pas composée de parlementaires, cette dernière fonction étant incompatible avec celle de juge (*Ibid*).

⁵⁶² TOLOEEI RAHIMABADI Naghi, *Les effets de l'amnistie...*, thèse, *op. cit.*, p. 43.

⁵⁶³ Voir, *supra* : pp. 139 et s.

était tenu pour souverain, la faculté d'amnistier était attribuée au Parlement, alors que lorsque le roi était considéré comme détenteur de la souveraineté, la prérogative d'octroyer des clémences lui était attribuée. Or, les défenseurs du pouvoir amnistiant de l'exécutif, dont on a compris qu'il était particulièrement contesté lorsqu'il bénéficiait à un dirigeant, ont dû se démarquer de la souveraineté pour justifier ce type d'amnistie (A). Ils ont préféré se fonder sur le respect de procédures qui reflèteraient l'organisation de la séparation des pouvoirs, en considérant que la qualité de la personne amnistiée importait peu, dès lors que les conditions de forme pour adopter une telle mesure étaient respectées (B).

A. La volonté de dissocier l'amnistie des dirigeants politiques de la souveraineté

La jurisprudence et la doctrine américaine se fondent sur la jurisprudence anglaise pour déterminer le régime juridique du *pardon*⁵⁶⁴. On aurait donc pu penser qu'elles avaient adopté la même justification de cette prérogative accordée au président que celle apportée au pouvoir royal de clémence au Royaume-Uni, c'est à dire que toute infraction rompait la paix royale et que la Couronne, par le biais du *pardon* ne faisait qu'absoudre une infraction commise contre elle-même⁵⁶⁵.

1. La volonté des constituants

Selon Kathleen Dean Moore, les constituants américains n'ont pas fait l'erreur de concevoir le pouvoir présidentiel de *pardon* comme strictement similaire à celui du monarque anglais. Ils lui ont donné une autre signification : les crimes fédéraux ne sont pas des crimes contre le

⁵⁶⁴ Voir, *supra* : note 110, p. 36.

⁵⁶⁵ « *By the law of England, pardon is the sole prerogative of the King, and it is declared by Hen.VIII.c.24 that no other person has power to pardon or remit any treasons or felonies whatsoever. This position follows logically from the theory of English law that all offences are breaches of the king's peace (...). The crown by pardon only remits the penalty for an attack upon itself* » (« Pardon », in: *The 1911 edition encyclopedia..., op. cit.*). Voir, également: *supra*, note 112, p. 36.

président mais contre le peuple, dans l'intérêt duquel le chef de l'Etat doit agir⁵⁶⁶. C'est l'une des justifications apportée par Gerald Ford dans sa proclamation 4311 du 8 septembre 1974 octroyant un *pardon* à Richard Nixon. Il explique que la tranquillité de la nation, qu'elle vient enfin de retrouver après la démission de Richard Nixon le mois précédent, pourrait être rompue par un éventuel procès de l'ancien président⁵⁶⁷ et provoquer des divisions entre partisans et opposants à sa comparution devant une juridiction. Il sous-entendait donc que ce *pardon* était proclamé dans l'intérêt du peuple américain, adoptant ainsi le raisonnement décrit par le professeur Dean Moore. Le professeur Kalt suit la même idée lorsqu'il affirme que le pouvoir de *pardon* est associé à la position présidentielle *de facto* de Procureur en chef de la nation⁵⁶⁸. Mais il existe une deuxième explication donnée en faveur de la possibilité pour le chef de l'Etat de proclamer une amnistie, même lorsque c'est au bénéfice d'un dirigeant politique. En vertu de la Constitution, le président doit prêter serment de « *consacrer toutes ses forces à maintenir, protéger et défendre la Constitution des Etats-Unis* ». Or, le préambule de la Constitution marque la volonté que cette norme suprême soit la garantie de la perfection de l'union, de la

⁵⁶⁶ « [The framers] *did not make the mistake of assuming that because the President is roughly analogous to a monarch, the President's pardoning power must be strictly analogous to a monarch's « act of grace »*. Under the absolute monarchies, any criminal offence was an offence against the monarch. The monarch's power to punish an offence or pardon an offence both were grounded in his « ownership » of offences. In contrast, it is clear that federal offences are not crimes against the President, but against the people, in whose interests the President acts » (DEAN MOORE Kathleen, *Pardons, justice, mercy, and the public interest*, op. cit., p. 91).

⁵⁶⁷ « *It is believed that a trial of Richard Nixon, if it became necessary, could not fairly begin until a year or more has elapsed. In the meantime, the tranquility to which this nation has been restored by the events of recent weeks could be irreparably lost by the prospects of bringing to trial a former President of the United States. The prospects of such trial will cause prolonged and divisive debate over the propriety of exposing to further punishment and degradation a man who has already paid the unprecedented penalty of relinquishing the highest elective office of the United States* » (*President Gerald R. Ford's Proclamation 4311, granting a pardon to Richard Nixon, September 8, 1974*). Voir : annexe IV, p. 652.

⁵⁶⁸ « *The pardon power is tied structurally to the President's position as the nation chief prosecutor* » (KALT Brian C., « Pardon me ?... », op. cit., p. 798).

bonne justice, de la paix de la prospérité et de la liberté⁵⁶⁹. Le président est le gardien de la Constitution et de toutes ces garanties ; le *pardon* étant un moyen à sa disposition pour remplir ce rôle. La troisième explication se démarquant de la souveraineté est la conception américaine – qui peut heurter celle de la plupart des Etats européens – selon laquelle le pouvoir de *pardon* est exercé plus efficacement par un homme seul que par une Assemblée. On la retrouve dès les travaux préparatoires de la Constitution lors de la Convention de Philadelphie. L'un des constituants, Edmund Randolph⁵⁷⁰, souligna le danger de laisser un président avoir une prérogative aussi absolue alors qu'il pouvait lui-même être coupable d'une infraction⁵⁷¹. Son homologue James Wilson lui répliqua que ce pouvoir devait être placé entre les mains de l'exécutif car s'il était lui-même coupable d'une infraction, il pouvait toujours être destitué et poursuivi⁵⁷². Mais la conception américaine apparaît surtout lors d'un échange entre quatre conventionnels à propos de l'opportunité de laisser le Parlement participer à l'octroi du *pardon*. Ainsi, Rufus King⁵⁷³ expliqua qu'il était contraire à la séparation des pouvoirs – et donc à la Constitution – que le pouvoir législatif puisse octroyer des *pardons* car il était trop soumis aux passions du moment⁵⁷⁴. James Madison souscrivit à ce raisonnement sur les faiblesses du

⁵⁶⁹ « *Nous le peuple des Etats-Unis, avec la volonté de rendre plus parfaite notre Union, de la fonder sur la justice, d'assurer la paix civile, de pourvoir à la nécessité d'une défense commune, de promouvoir la prospérité de tous et d'assurer les bienfaits de la liberté à nous même et à nos descendants, nous décidons et nous instituons la présente Constitution pour les Etats-Unis d'Amérique* ».

⁵⁷⁰ Le gouverneur de Virginie.

⁵⁷¹ Ce constituant était favorable à l'octroi du pouvoir de *pardon* au président mais il réclamait une limitation plus importante de celui-ci.

⁵⁷² « *Pardon is necessary for cases of treason and is best placed in the hands of the Executive. If he be himself a party to the guilt he can be impeached and prosecuted* » (Mr Wilson, in FARRAND Max (editor), *Records of the federal Convention...*, op. cit., vol. 2, p. 626, Madison 15 septembre).

⁵⁷³ Du Massachusetts.

⁵⁷⁴ « *Mr King thought it would be inconsistent with the constitutional separation of the Executive & Legislative powers to let the prerogative be exercised by the latter—A Legislative body is utterly unfit for the purpose. They are governed too much by the passions of the moment. In the Massachusetts, one assembly would have hung all*

Parlement mais ajouta qu'il était autant inapproprié de laisser ce pouvoir aux mains du président. Il proposa donc que le Sénat soit associé à l'exercice du pouvoir de *pardon* présidentiel ; et qu'il donne un avis à toute mesure de clémence⁵⁷⁵. Mais un troisième conventionnel Edmund Randolph refusa cette intervention du Sénat au nom de l'atteinte à la liberté que pouvait représenter l'alliance d'une des Chambres du Congrès avec le président⁵⁷⁶. C'est finalement George Mason qui conclut ce débat en estimant que le Sénat avait déjà trop de pouvoir⁵⁷⁷.

2. La volonté de la doctrine

La doctrine a toujours justifié l'octroi par les constituants du pouvoir de *pardon* au seul président. Il y existe trois raisonnements possibles que l'on peut présenter par l'intermédiaire de trois auteurs. Le premier, Alexandre Hamilton, écrit dans le *Federalist* 74 publié le 25 mars 1788, qu'un homme seul, prudent et doté de raison est plus approprié pour peser les arguments en faveur ou contre la clémence que ne pourrait l'être une Assemblée⁵⁷⁸. Six décennies plus

the insurgents in that State: the next was equally disposed to pardon them all. He suggested the expedient of requiring the concurrence of the Senate in Acts of pardon » (FARRAND Max (editor), *Records of the federal Convention...*, *op. cit.*).

⁵⁷⁵ « *Mr Madison admitted the force of objections to the Legislature, but the pardon of treasons was so peculiarly improper for the President that he should acquiesce in the transfer of it to the former, rather than leave it altogether in the hands of the latter. He would prefer to either an association of the Senate as a Council of advice, with the President* » (*Ibid.*).

⁵⁷⁶ « *Mr Randolph could not admit the Senate into a share of the Power. The great danger to liberty lay in a combination between the President & that body* » (*Ibid.*).

⁵⁷⁷ « *The Senate has already too much power. There can be no danger of too much lenity in legislative pardons, as the Senate must concur, and the president moreover can require 2/3 of both Houses* » (*Ibid.*).

⁵⁷⁸ « *It is not to be doubted, that a singled man of prudence and good sense is better fitted, in delicate conjectures, to balance the motives which may plead for and against the remission of the punishment, than any numerous body whatever* » (HAMILTON Alexander, JAY John, MADISON James, *The Federalist : a commentary on the*

tard Joseph Story légitime à son tour l'article 2 section 2 de la Constitution en se référant à la théorie générale de la séparation des pouvoirs. Il pensait que Montesquieu ne jetait l'opprobre que sur les monarques qui cumulaient le pouvoir de juger et celui de faire grâce. Il concluait que dans une démocratie comme dans une monarchie, il n'était pas contraire à la pensée du philosophe français qu'un magistrat détienne le pouvoir de juger et qu'un autre dispose de la prérogative de pardonner. En outre, il considérait qu'il est préférable que cette dernière ne soit pas octroyée à une Assemblée car celle-ci n'étant pas toujours en session, était particulièrement longue pour prendre des décisions et avait une responsabilité plus difficile à mettre en œuvre que celle d'un homme seul⁵⁷⁹ ; trois caractéristiques qui ne convenaient pas aux conditions dans

Constitution of the United States, being a collection of essays written in support of the Constitution agreed upon September 17, 1787, by the Federal Convention, from the original text of Alexander Hamilton, John Jay and James Madison, with an introduction by Edward Mead Earle, New York, The Modern Library, édition 1964, pp. 500 à 503).

⁵⁷⁹ Un raisonnement partagé en France par Joseph Barthélemy, d'autant plus que d'après cet auteur, une Assemblée est également soumise aux risques d'abus de l'amnistie : « *Il y a souvent un véritable abus de l'amnistie, une démagogie du pardon. Le Parlement a cherché d'abord une popularité en accordant des amnisties globales, et ensuite, certains partis dans le Parlement ont cherché à recouvrer des électeurs. Ce ne sont pas des électeurs très désirables que ceux qui rentrent dans le corps électoral par cette voie ; mais les voix se comptent et ne se pèsent pas. L'amnistie systématique énerve l'autorité de l'Etat* » (BARTHELEMY Joseph, *Précis de droit constitutionnel*, petits précis Dalloz, deuxième édition, Paris : Dalloz, 1933, p. 361).

lesquelles un *pardon* devait être adopté⁵⁸⁰. La troisième théorie est développée par le professeur Kobil lors de son audition par une sous-commission près la commission des affaires judiciaires de la Chambre des représentants. Elle se concentre sur l'efficacité de la loi, de la justice et de la peine. Daniel T. Kobil explique que le pouvoir de l'exécutif d'octroyer des *pardons* permet au justiciable d'avoir confiance dans le système judiciaire⁵⁸¹, qu'il permet au président d'adapter le bon fonctionnement de la justice aux exigences de la politique⁵⁸², et que cela lui

⁵⁸⁰ « *There is [no] more difficulty or absurdity in a democracy, than in a monarchy, in such cases, if the power of judging and pardoning be in the same hands ; as if the monarch be at once the judge, and the person, who pardons. And Montesquieu's reasoning is in fact addressed to this very case of a monarch, who is at once the judge, and dispenser of pardons. In the next place, there is no inconsistency in a democracy any more, than in a monarchy, in entrusting one magistrate with a power to try the cause, and another with a power to pardon. The one power is not incidental to, but in contrast with the other. Nor if both powers were lodged in the same magistrate, would there be any danger of their being necessarily confounded; for they may be required to be acted upon separately, and at different times, so as to be known as distinct prerogatives. But in point of fact, no such reasoning has the slightest application to the American governments, or, indeed, to any others, where there is a separation of the general departments of government, legislative, judicial and executive, and the power of pardon to another, in a republic any more, than there is in the king's delegating the judicial power to magistrates, and reserving the pardoning power to himself, in a monarchy? (...) A single magistrate would be compelled to search, and act upon his own responsibility ; and therefore would be at once a more enlightened dispenser of mercy, and a more firm administrator of public justice. A still more satisfactory reason is, that the legislature is not always in session; and that their proceedings must be necessarily slow, and are generally not completed, until after long delays* » (STORY Joseph, *Commentaries on the Constitution of the United States ...*, op. cit., paragraphes 1490 et s.).

⁵⁸¹ « *Remission of punishment by the executive actually promotes public confidence in our system of justice by providing a mechanism to remit anomalous sentences* » (KOBIL Daniel T, « *The clemency* », Prepared statement for: *Presidential pardon power...*, p. 41).

⁵⁸² « *Clemency fulfils an important role in allowing the President to achieve broad policy goals that may be unrelated to achieving « justice » in individual cases, but which nevertheless advance the public welfare* » (*Ibid*, p. 42).

Une maîtrise pouvant porter atteinte à l'aménagement constitutionnel de la séparation des pouvoirs

permet de participer au dialogue entre le législatif et le judiciaire relatif à la sagesse, l'efficacité et la constitutionnalité des lois américaines⁵⁸³.

Le point commun entre ces trois justifications de l'octroi du pouvoir amnistiant à l'exécutif, est que le chef de l'Etat qui amnistie un dirigeant politique le fait en tant que représentant du peuple souverain, ce qui rendrait ce type de clémence inattaquable juridiquement mais très contestable politiquement⁵⁸⁴. Toutefois, parce qu'elles laissent transparaître une méfiance envers le

⁵⁸³ « *Clemency provides an opportunity for the executive to initiate or participate in a dialogue regarding the wisdom, efficacy, or constitutionality of our laws* » (*Ibid*).

⁵⁸⁴ Il est possible de retrouver le même refus de s'appuyer sur des arguments liés à la souveraineté dans le débat relatif au pouvoir amnistiant de l'exécutif ayant pu exister en France. Il est synthétisé par Naghi Tolooei Rahimabadi dans sa thèse : « *D'une part, les débats parlementaires sont longs (...), ce qui empêche l'examen impartial et mesuré du texte et son adoption rapide. (...) D'autre part les parlementaires, préoccupés qu'ils sont de leur électorat, peuvent par ce désir de la sauvegarde d'intérêts privés, nuire au but d'intérêt général de l'amnistie. Enfin, les parlementaires ne sont pas à même, dit-on, de choisir le moment opportun pour accorder une amnistie. Eu égard à ces inconvénients, disent les adversaires du système législatif, il est préférable d'attribuer le droit d'amnistie au président de la République lequel est en mesure de capter les mouvements d'opinion, de ne céder que devant l'intérêt collectif, de prendre ses distances par rapport aux partis politiques...* ». Le même auteur donne la réponse à ces arguments du pouvoir législatif : « *D'abord les reproches adressés au déroulement des débats parlementaires ne peuvent être admis dans un régime démocratique où toute loi est soumise au débat et au vote des représentants du peuple. Ensuite tout autant que les élus, le président de la République est animé de sentiments et de ressentiments. C'est sacraliser en effet, le pouvoir exécutif que d'affirmer que dans son âme, il ne peut entrer ni haine, ni vengeance, ni souci d'ordre personnel, (...) Et si les députés peuvent faire intervenir l'amnistie dans leur propre intérêt ou dans celui de leur électorat, le président de la République, lui, peut s'en servir d'une arme contre son adversaire (...) déjà avec le système de la grâce amnistiant, soumise, on l'a dit, au décret présidentiel, on s'est rendu compte qu'il y avait de sérieux risques de favoritisme et d'acceptation de personnes* » (TOLOOEI RAHIMABADI Naghi, *Les effets de l'amnistie en droit comparé ...*, op. cit., p. 250 et s.).

Parlement et parfois l'autorité judiciaire, elles pourraient laisser penser que l'objectif du pouvoir du *pardon* est de permettre à l'exécutif d'avoir le dernier mot et là encore favoriser les réactions contre une amnistie des dirigeants politiques. Il en est de même dans les Etats où le chef de l'Etat ne fait que partager le pouvoir d'amnistie. Les débats des constituants démontrent que ceux-ci prennent un soin particulier à justifier l'intervention présidentielle dans l'exercice de la prérogative amnistiant autrement que par la tradition développée dans les monarchies⁵⁸⁵. Par exemple, en Italie, avant 1992, elle était légitimée par la position du chef de l'Etat, garant de l'unité nationale⁵⁸⁶. Des justifications comparables sont aussi apportées lorsque l'exécutif se voit déléguer le pouvoir amnistiant. En France l'un des deux décrets du 22 mars 1962⁵⁸⁷ accordant l'amnistie aux militaires et policiers pour les délits et crimes – souvent graves – commis au cours des « *opérations de maintien de l'ordre* » a suscité de vives réactions. Comme l'explique Stéphane Gacon,

⁵⁸⁵ Le soin particulier que prennent les constituants à justifier la participation de l'exécutif au pouvoir amnistiant autrement que par la souveraineté, s'explique par l'aspect non démocratique de cette solution. Janick Roche-Dahan, après avoir cité les professeurs Merle et Vitu, conclut qu'« *Une considération de morale politique milite également en faveur de cette thèse : l'histoire révèle que les régimes autoritaires ont conféré au chef de l'Etat le droit d'user de l'amnistie* » (ROCHE-DAHAN Janick, thèse, *op. cit.*, p. 466). L'opinion contraire est très rare. On peut cependant mentionner la lettre écrite par le professeur belge Tahon, que Naghi Tolooei Rahimabadi avait consulté pour avoir des précisions sur l'amnistie en Belgique : « *Dans la rigueur des principes de notre droit public, le droit d'amnistie n'existerait pas faute d'avoir été organisé. C'est confie t-il, par un acte de pure dictature que le pouvoir législatif s'est arrogé le droit de décréter des amnisties* » (TOLOOEI RAHIMABADI Naghi, thèse, *op. cit.*, p. 135).

⁵⁸⁶ D'après Carlo Leoni, rapporteur de la proposition de loi constitutionnelle portant révision de l'article 79 : « *La competenza era del Presidente della Repubblica non per un antico retaggio culturale (l'amnistie come concessione benevola da parte del sovrano) ma in qualita di garante dell'unita nazionale* (LEONI CARLO, *op. cit.*, p. 36-37).

⁵⁸⁷ Ils amnistiaient, pour le premier, tous les algériens « *qui avaient participé ou apporté une aide à l'insurrection algérienne avant le 20 mars 1962* » en Algérie et pour le second présenté par le gouvernement français comme une mesure réciproque au premier « *les faits commis dans le cadre des opérations de maintien de l'ordre dirigées contre l'insurrection algérienne* ».

« Les décrets de mars 1962 surprennent par leur précocité et leur contenu, mais aussi parce qu'ils accordent l'amnistie en dehors du cadre législatif habituel. Le Parlement n'a pas eu son mot à dire. Cette situation juridiquement anormale trouve son explication dans la loi de mars 1956 sur les pouvoirs spéciaux qui autorisaient « *le gouvernement à mettre en œuvre en Algérie un programme d'expansion économique, de progrès social et de réformes administratives, l'habilitant à prendre toutes mesures exceptionnelles en vue du rétablissement de l'ordre, de la protection des personnes et des biens et de la sauvegarde du territoire* » Ces premiers textes ont donc un fondement légal, mais l'usage de cette procédure ouvre un long conflit entre exécutif et législatif sur l'amnistie de la guerre d'Algérie. Le pouvoir gaulliste confisque la première amnistie. La guerre à peine achevée, le premier acte du gouvernement consiste à faire disparaître les crimes dont il est en partie responsable ou dont il avait pour le moins assumé l'existence en refusant d'entamer des poursuites contre leurs auteurs⁵⁸⁸ ».

Ces décrets montrent que les justifications du pouvoir amnistiant de l'exécutif avancées par la doctrine américaine sont peu convaincantes lorsque la responsabilité du gouvernement est en cause⁵⁸⁹. Il est alors indifférent que, par exemple, l'exécutif soit le mieux placé pour adopter des amnisties ou qu'il collabore à la bonne administration de la justice. C'est pourquoi lorsque des dirigeants politiques sont amnistiés par l'exécutif, il est plus facile de défendre cette possibilité en démontrant que c'est la procédure suivie qui permet le respect de la séparation des pouvoirs.

B. La défense d'une procédure qui reflèterait l'organisation de la séparation des pouvoirs

Dans les régimes autoritaires et plus paradoxalement dans les régimes parlementaires, il est difficile de soutenir l'octroi de l'amnistie des dirigeants politiques par le pouvoir exécutif, quelle que soit sa procédure d'adoption (1). En revanche, dans les régimes présidentiels, lorsqu'un gouvernant est amnistié par l'exécutif, les défenseurs de cette mesure de clémence

⁵⁸⁸ GACON Stéphane, *L'amnistie, De la Commune à la guerre d'Algérie*, collection l'univers historique, Seuil, juin 2002, p. 256.

⁵⁸⁹ Nous expliquerons dans le chapitre suivant que les dirigeants politiques peuvent se servir indirectement de l'amnistie à leur profit, en l'octroyant à leurs proches ou leurs subordonnés, afin d'éviter que leur propre responsabilité soit engagée.

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

mettent toujours en avant le respect par la procédure suivie – à défaut de respect par le titulaire du pouvoir amnistiant – de l'organisation de la séparation des pouvoirs pour la légitimer juridiquement (2).

1. Une défense difficile dans les régimes non présidentiels

Les arguments liés à la séparation des pouvoirs favorables à un pouvoir amnistiant de l'exécutif n'apparaissent que dans les démocraties, les régimes autoritaires privilégiant l'apparence de constitutionnalité et la légitimation politique de leur acte à l'observation réelle des procédures constitutionnelles. Ainsi, au Chili le décret-loi de 1978 adopté par la junte comporte le souci de justifier juridiquement et politiquement son contenu mais pas le respect, par le titulaire du pouvoir amnistiant, d'une procédure en cohérence avec la séparation des pouvoirs. Juridiquement, l'état de siège avait été déclaré dans tout le pays, de même que l'état d'urgence dans certaines provinces et quelques départements. Le décret-loi du 18 avril 1978 respectait donc en apparence la procédure constitutionnelle⁵⁹⁰. L'état d'exception étant renouvelé tous les six mois⁵⁹¹, dans une démocratie il aurait été possible de contester les raisons motivant son maintien. Politiquement, on retrouve dans cet acte des justifications comparables à celles que l'on a déjà citées dans d'autres Etats. Elles permettent de se distinguer de la conception du pouvoir amnistiant de l'exécutif en raison de la souveraineté, telles que la tranquillité générale, la paix et l'ordre, la réconciliation des chiliens mais aussi l'unité nationale⁵⁹². Toutefois, la junte ne s'est pas souciée de montrer qu'elle respectait la séparation des pouvoirs, même si l'état d'exception avait comme conséquence pratique de lui octroyer les pouvoirs traditionnellement

⁵⁹⁰ Sur l'amnistie et les pouvoirs de crise, voir, *infra* : pp. 262 et s.

⁵⁹¹ « Rapport de la commission chilienne », in KRITZ Neil J. editor, *Transitional justice, How emerging democracies reckon with former regimes*, Foreword by Nelson Mandela, *op. cit.*, The Constitutional context, p. 123.

⁵⁹² Le préambule du décret précise ainsi ses objectifs : « *Considerando* :

1. *La tranquilidad general* (...)
2. *El imperativo ético* (...)
3. *La necesidad de una férrea unidn nacional* (...)

La Junta de Gobierno ha acordado dictar el siguiente decreto ley ».

attribués au pouvoir législatif et de dessaisir les juridictions judiciaires au profit de juridictions militaires lorsque la violation des règles de l'état de siège était en cause. Le respect de la séparation des pouvoirs par le pouvoir exécutif amnistiant n'est donc invocable que dans les démocraties.

C'est dans les régimes parlementaires que le souci d'inscrire la procédure d'amnistie dans le respect de la séparation des pouvoirs est la plus forte. Le pouvoir amnistiant est rarement attribué au pouvoir exécutif de manière exclusive et absolue, en accord avec la conception souple de la séparation des pouvoirs qui prédomine dans ces Etats. Lorsque le pouvoir exécutif intervient c'est, le plus souvent, sous forme de collaboration. La procédure qui semble respecter au mieux la séparation des pouvoirs est celle par laquelle l'exécutif se voit déléguer la faculté d'amnistier par le Parlement, comme le disposait l'article 79 de la Constitution italienne avant sa révision de 1992⁵⁹³. Même lorsque l'amnistie concerne des dirigeants politiques, l'habilitation de l'exécutif par le législateur permet de justifier la mesure de clémence comme si le pouvoir législatif exerçait lui-même l'amnistie. En outre, le partage de ce pouvoir en garantirait une utilisation raisonnable. Il pourrait exister un seul cas de figure contestable : celui dans lequel l'exécutif initie en réalité l'amnistie avant d'être chargé de l'appliquer par le biais de l'habilitation. Cette initiative peut prendre deux formes. Soit, le gouvernement utilise sa faculté de préparer un projet de loi, soit l'exécutif propose indirectement une amnistie en suggérant par exemple au *quorum* de parlementaires nécessaire d'adopter une loi l'habilitant à amnistier par voie de décret. En France, la tradition de « l'amnistie présidentielle » a ainsi pu être critiquée et même associée à une pratique de régime autoritaire. Ainsi, d'après Matthieu Conan⁵⁹⁴,

« Si le droit de grâce a toujours été conféré au chef de l'Etat, il apparaît que ce dernier a été également titulaire de nombreuses reprises du droit d'amnistier dans la période moderne: il s'agit même d'une constante de tous les régimes autoritaires qu'à

⁵⁹³ Voir, *supra* : pp. 145 et s., notamment la note 468, p. 145.

⁵⁹⁴ CONAN Matthieu, « Amnistie présidentielle et tradition », *op. cit.*, pp. 1303 à 1306.

connus la France depuis la Révolution, la dernière manifestation d'une telle prérogative remontant au régime de Vichy ».

Or, la tradition en vertu de laquelle chaque chef d'Etat nouvellement élu fait préparer un projet de loi d'amnistie, déposé par le nouveau gouvernement et immédiatement adopté par le Parlement, est parfois associée aux pratiques de ces régimes autoritaires, même si cela reste discutable. Il en est de même lorsque l'amnistie initiée par le président de la République ou en collaboration entre le gouvernement et le chef de l'Etat⁵⁹⁵ bénéficie à des dirigeants politiques⁵⁹⁶. Cela pourrait être l'une des raisons de l'échec du premier projet de loi de 1990 amnistiant les infractions « *en relation avec le financement direct ou indirect de campagnes électorales ou de partis et de groupements politiques* » qui fut d'abord élaboré par l'exécutif puis ajouté sous forme d'amendement parlementaire à la loi mettant en place un nouveau régime pénal du financement des partis politiques et des campagnes électorales⁵⁹⁷. Toutefois, cet exemple montre aussi que l'amnistie d'un membre du gouvernement par l'exécutif, pourra être

⁵⁹⁵ En cas de cohabitation.

⁵⁹⁶ Il faut rappeler que les lois n° 15737 du 8 mars 1985 et n° 15848 du 22 décembre 1986 adoptées en Uruguay ainsi que celles promulguées en Argentine n° 23 492 du 23 décembre 1986 et n° 23 521 du 4 juin 1987 ont été initiées par un gouvernement.

⁵⁹⁷ Guy Carcassonne décrit la procédure d'adoption de cette disposition dans la revue « Pouvoirs » en 1994 : « *Une première tentative a tourné court. Elle consistait à ajouter un article à un projet de loi portant amnistie d'infractions commises à l'occasion d'évènements politiques en Martinique et en Guadeloupe. (...) C'est ainsi qu'est né le projet que le Premier ministre, Michel Rocard, et le ministre de l'intérieur, Pierre Joxe, ont voulu très rigoureux (...). Mais le contenu novateur de ses vingt articles n'a pu empêcher que l'attention se centre sur un seul d'entre eux, l'article d'amnistie qui paraissait signer l'intention réelle sinon unique. Supprimé en première lecture à l'Assemblée nationale et au Sénat, il n'a reparu qu'ensuite, par amendement, sous la forme édulcorée qui seule permettait son adoption. Etaient en effet, exclus du bénéfice de l'amnistie, outre les parlementaires eux-mêmes, outre les cas d'enrichissement personnel, toutes les infractions susceptibles d'être qualifiées de corruption ou de trafic d'influence. Juridiquement, cela laissait finalement aux juges, moyennant quelques efforts, limités pour retenir la bonne qualification, la possibilité de poursuivre à peu près tout, y compris, parfois, ce qu'il aurait été juste d'amnistier* » (CARCASSONNE Guy, « Du non droit au droit », in *L'argent des élections*, Pouvoirs n° 70, Seuil, 1994, p. 14).

empêchée par les membres de la majorité s'il est manifestement abusif. Le contrôle se déroule donc en aval même dans ce cas, à condition que le fonctionnement démocratique du régime ne soit pas uniquement apparent. Un contrôle existera également en amont, lorsque l'exécutif sera chargé de mettre en œuvre l'amnistie, puisqu'il sera soumis aux conditions définies par la loi⁵⁹⁸. C'est cet encadrement par la loi en aval comme en amont qui justifie l'intervention de l'exécutif dans le pouvoir amnistiant au sein des régimes parlementaires. Il faut remarquer que l'habilitation par le Parlement de l'exécutif pour amnistier des dirigeants politiques est très rare car la grâce amnistiant ou l'amnistie par décret sont très individualisées, qu'elles reviennent à désigner la personne amnistiée⁵⁹⁹, et peuvent être soumises à un contrôle de légalité.

2. Une défense facilitée dans le cadre d'une séparation stricte des pouvoirs

Dans les régimes présidentiels où l'exécutif se voit confier la prérogative de *pardon*, la procédure d'octroi de l'amnistie est réputée respecter la séparation des pouvoirs précisément parce que le Congrès⁶⁰⁰ n'intervient pas.

D'après le professeur américain Daniel T. Kobil, le *pardon* fait partie de la séparation des pouvoirs et constitue un nécessaire contrepoids aux fonctions législatives et judiciaires. En donnant au président la faculté de déroger aux règles générales contenues dans les lois adoptées par le Congrès, le *pardon* lui permettrait même d'aider le pouvoir judiciaire à ce que l'exécution

⁵⁹⁸ Celles-ci ne doivent donc pas être trop vagues. Voir, *infra* : pp. 258 à 262.

⁵⁹⁹ « *L'institution elle-même a considérablement évolué dans sa forme, dans son but et dans ses conséquences : On observe ainsi que, tout en procédant d'une loi, elle est devenue fréquemment une prérogative du pouvoir exécutif. Celui-ci va l'exercer par voie de grâce amnistiant ou par décret en faveur de personnes appartenant à certaines catégories prévues par le législateur (...). Le législateur va privilégier certaines catégories de délinquants. Ce sont des facteurs personnels et non plus le caractère de l'infraction qui entrent en ligne de compte. Mais à cet égard, le pouvoir exécutif est le plus souvent chargé d'assurer l'individualisation de l'amnistie* » (GONNARD Jean-Marie, « Amnistie », textes ..., *op. cit.*, pp. 18-19).

⁶⁰⁰ Le plus souvent le Congrès.

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

de ces lois se fasse selon la volonté du législateur⁶⁰¹. Par ailleurs, les constituants américains, dont M. King, estimèrent qu'il était illogique du point de vue de la séparation des pouvoirs d'octroyer ce pouvoir au Congrès, car cela revenait à lui donner un moyen de revenir sur sa propre fonction législative, un moyen superflu car il s'ajoutait à sa faculté de réviser ou d'abroger les lois⁶⁰². De même, partager l'octroi du *pardonn* avec le Congrès aurait réduit son efficacité en tant que contrepoids aux fonctions de faire et d'interpréter la loi⁶⁰³.

Telles sont les justifications de l'octroi d'un pouvoir amnistiant exclusif à l'exécutif aux Etats-Unis et dans les pays qui se sont inspirés de son système constitutionnel sur ce sujet. Dans ces Etats, la protection constitutionnelle contre les abus est assurée non pas par la collaboration des pouvoirs mais par la mise en place d'une administration⁶⁰⁴ chargée d'étudier les demandes de

⁶⁰¹ « *Clemency is a vital part of our system of checks and balances. Of course, it is easy to see how by remitting punishment imposed by the courts applying the laws of the legislature, the clemency power is a check on both of these branches. Indeed, Thomas Jefferson contemplated using this power in just such a manner by pardoning individuals he considered to have been unconstitutionally convicted under the Federalist-enacted Sedition Act. But the clemency power can be properly viewed as enhancing the legislative and judicial powers as well. (...) By allowing for the possibility of exceptions to general rules promulgated by the legislature when those rules would frustrate the goals sought to be furthered, clemency ensures that laws will be executed in a way that fulfills Congress' broader objectives* » (KOBIL Daniel T, « The clemency », Prepared statement for: *Presidential pardon power, hearing before the subcommittee on the Constitution of the Committee on the judiciary House of representatives*, One hundred seventh Congress, First session, February 28, 2001, Serial n° 2, 71-180, Printed for the use of the Committee on the judiciary, For sale by the US Government Printing Office Superintendent of Documents, Congressional Sales office, Washington DC 20402, p. 41).

⁶⁰² En réalité, la lecture des débats à la Convention de Philadelphie montre que les constituants considéraient que le Congrès – le Sénat en particulier – disposait déjà de trop de pouvoirs (Voir: FARRAND Max (editor), « Records of the federal Convention, of 1787 », *op. cit.*).

⁶⁰³ « *If the President had been required to share the clemency power with the Congress, the efficacy of clemency as an essential counterbalance on the law-making and law interpreting branches, would be diminished* » (KOBIL Daniel T, « The clemency », *op. cit.*, p. 32).

⁶⁰⁴ Par définition composée de personnes détachées de la politique et indépendants. C'est un point sur lequel insiste le Doyen Sutin, aux Etats-Unis: « *Those attorneys also are far-removed from the buffeting winds of politics. They are career employees of the department whose jobs are secure and who need not win or maintain the personal*

pardon, et de donner son avis sur leur recevabilité dans le but d'aider le président à prendre la décision la plus appropriée. Aux Etats-Unis, la recommandation du département de la justice est facultative, la Constitution ne définissant aucune procédure ou obligation pour que le président demande ou respecte l'avis d'un autre organe constitutionnel. En règle générale, cette recommandation est toutefois suivie par les présidents. Or, les *pardons* octroyés à des dirigeants politiques ou à leurs proches ne respectent pas cette règle⁶⁰⁵. Ainsi, le fait que Bill Clinton ait usé de son droit de *pardon* sans investigation ou recommandation préalable du département de la justice, est l'une des raisons de la multiplicité des commentaires négatifs à propos des mesures de clémence qu'il a adoptées en fin de mandat et dont l'une visait son beau-frère⁶⁰⁶. Il est possible de conclure que la procédure d'adoption de l'amnistie par l'exécutif – y compris de dirigeants politiques – respecte d'autant plus la séparation des pouvoirs que les mécanismes de contrôle, même facultatifs, qu'elle comporte sont appliqués. Cependant, en dépit de cette possible justification de la faculté pour l'exécutif d'amnistier un autre dirigeant politique, lui-même ou l'un de ses proches, le débat est régulièrement réouvert dès qu'une amnistie de ce type est adoptée. C'est pourquoi il paraît important de réfléchir aux moyens d'éviter tout soupçon d'atteinte à la fonction d'empêcher par l'amnistie des dirigeants politiques.

favor of the wealthy or well connected to advance » (SUTIN Anthony L., *If only you had asked : trust the pardon review process*, commentary, <http://jurist.law.pitt.edu/pardonop6.htm>, p. 2).

⁶⁰⁵ « *Former Department of Justice Pardon Attorney Margaret Colgate Love observed that the number of situations in recent decades in which a pardon was granted by a President without a prior Justice Department investigation and recommendation from the attorney general « could be counted on the fingers of one hand* » [Occupying this category are the 1974 pardon of Richard Nixon and the 1992 pardons of Capar Weinbeberg and others] » (*Ibid*, pp. 1-2).

⁶⁰⁶ Ces *pardons* ont pu être qualifiés d'auto-amnisties indirectes du président, en raison des personnes en bénéficiant : le frère de sa femme, ses collaborateurs accusés dans l'affaire *Whitewater* et l'un des principaux bailleurs de fonds de sa campagne (Voir *infra*, titre suivant, section 2, pp. 269 à 299).

SECTION 2 – LES POSSIBILITÉS D'ÉVITER CETTE ATTEINTE

A partir du moment où certains auteurs et constituants sont persuadés que l'amnistie des dirigeants politiques peut servir, pour celui qui l'adopte, à empêcher les autres pouvoirs d'utiliser un moyen de pression constitutionnel sur lui-même, ils essaient d'imaginer des solutions pour éviter cette atteinte à l'aménagement constitutionnel de la séparation des pouvoirs. Deux possibilités s'offrent alors : la mise en place d'une procédure constitutionnelle contrariant directement ce mode d'utilisation de l'amnistie, ce qui est rare, (I) ou bien l'utilisation d'autres procédures plus indirectes pour empêcher que l'amnistie des dirigeants politiques modifie l'équilibre constitutionnel, mais c'est une mise en œuvre ayant peu d'effets juridiques (II).

I. La rareté des procédures constitutionnelles permettant de contrôler le pouvoir amnistiant

Deux formes constitutionnelles de contrôle devraient éviter que l'amnistie des dirigeants politiques soit utilisée comme une entrave aux moyens de pression sur le titulaire de la fonction amnistiante. Ces deux procédures ont en commun d'être difficilement mises en œuvre. En premier lieu, la Constitution peut prévoir un contrôle de l'amnistie par le pouvoir – législatif ou exécutif – n'intervenant pas dans son adoption (A). En second lieu, dans les cas d'absence ou d'échec de la première procédure, les juges de la Cour constitutionnelle ou suprême ont la faculté de se prononcer sur sa validité (B).

A. Un contrôle limité de l'amnistie des dirigeants politiques par l'autre pouvoir

Il est rare qu'une Constitution permette au législateur ou à l'exécutif de s'opposer à la mise en place d'une amnistie par le titulaire de la prérogative amnistiante dans la mesure où cette mise en place se fait selon la procédure constitutionnellement définie. Il est ainsi peu fréquent que

l'autre pouvoir puisse empêcher l'adoption d'une telle mesure de clémence (1) et il est encore plus rare qu'il puisse en faire disparaître les effets, en l'annulant ou en l'abrogeant (2).

1. La difficulté pour l'autre pouvoir de s'opposer à l'adoption d'une amnistie

La collaboration entre les pouvoirs dans certains domaines d'action est constitutive d'un régime parlementaire. Il a été expliqué qu'en ce qui concerne l'amnistie cela pouvait se traduire très naturellement par la préparation d'un projet de loi adopté ensuite par le Parlement, avec éventuellement une habilitation de l'exécutif à mettre en œuvre cette mesure. C'est cette collaboration qui permet à l'autre pouvoir de contrôler l'utilisation de la fonction amnistiante par son titulaire et, concernant l'amnistie des dirigeants politiques, impose un consensus entre ces deux pouvoirs. Ce consensus est généralement aisé à obtenir, lorsque la majorité simple suffit pour adopter une amnistie puisque le gouvernement est alors issu du Parlement, si l'on écarte les situations de cohabitation « à la française » dans lesquelles les accords sont peut-être plus difficiles.

En revanche, dans les régimes présidentiels, la coopération des pouvoirs est plus rare et facilite les possibilités de désaccord entre les pouvoirs exécutif et législatif. Aux Etats-Unis, l'intervention du Congrès dans l'octroi du *pardon* a été envisagée par certains constituants d'abord, puis par la doctrine, au cours des débats qui ont suivi les *pardons* contestés octroyés par Gerald Ford, Georges Bush senior⁶⁰⁷ et Bill Clinton. C'est Hamilton qui proposa durant l'élaboration de la Constitution américaine que le *pardon* ne puisse être accordé par le président qu'une fois obtenu l'accord du Sénat. Mais il fut considéré que ce dernier avait déjà trop de pouvoir, que le *pardon* serait difficile à octroyer et qu'il devait rester discrétionnaire sans être l'objet de passions politiques. Quoi qu'il en soit, pour reprendre les propos du professeur

⁶⁰⁷ Par exemple aux protagonistes de l'affaire de l'*Irangate* (voir : *infra*, pp. 276 à 283 et annexe VIII, p. 656).

William Ross, outre la fonction de commandant en chef des forces armées⁶⁰⁸, la prérogative d'octroyer des *pardons* est le seul pouvoir que le président peut exercer sans aucune intervention du Congrès. Celui-ci ne peut donc ni en limiter les effets ni exclure une catégorie de délinquants de son champ d'action⁶⁰⁹. A l'unisson avec cette conception, la doctrine est unanime sur la nécessité d'empêcher le Congrès d'agir sur le pouvoir du *pardon*. Pour beaucoup, lui donner une telle opportunité reviendrait non pas à empêcher les abus de *pardon* mais à accroître les difficultés qu'il pose. Ainsi selon Margaret Love⁶¹⁰, introduire le Congrès dans l'exercice de ce pouvoir ne ferait qu'accroître le caractère politique et passionné du *pardon*⁶¹¹. Si l'on adapte son raisonnement à l'amnistie des dirigeants politiques, cette dernière peut faire naître ou révéler une crise politique entre le Congrès et le président, ce qui ne correspondrait pas à la rapidité, la sérénité et l'opportunité du *pardon* exigées par la doctrine

⁶⁰⁸ En temps de guerre, le président dirige les opérations militaires (la déclaration de guerre est un pouvoir du Congrès) et en temps de paix il décide de l'utilisation des forces armées en cas d'attaque soudaine.

⁶⁰⁹ Il ajoute que bien que les *pardons* soient moins destructeurs qu'une guerre ils provoquent une certaine fureur lorsque le président adopte des *pardons* impopulaires : « *Commencement of military action and the granting of pardons are virtually the only powers that the President can exercise without any countervailing congressional (...). As the Supreme Court explained (...) the President's pardon power* « is not subject to any legislative control. Congress neither limit the effect of his pardon, nor exclude from its exercise any class of offenders ». *Although pardons are less destructive than war, a furor over their plenary character flares up whenever the President makes unpopular pardons* » (ROSS William G., *Question a president's pardons, but not the pardon power*, <http://jurist.law.pitt.edu/forumnew16.htm>, page 1).

⁶¹⁰ Qui répondait à la proposition d'un membre de la Chambre des représentants de faire intervenir le Congrès dans la procédure de *pardon* (LOVE Margaret, *hearing before the subcommittee on the Constitution of the Committee on the judiciary House of representatives*, *op. cit.*, 2001, p. 64).

⁶¹¹ « *I leave it to others to explain in more detail why the Framers thought that the President alone should have the power and duty to bestow public mercy, and why of all his powers they chose to make this one entirely independent of the other branches. I would simply note that giving Congress a role in approving or disapproving pardons is hardly likely to result in more or better ones, and will do little to remove the power from the influence of politics. Indeed, it is likely to exacerbate the situation* » (*Ibid*).

américaine. Dans le régime américain, il n'existe donc pas de contrôle imposé de l'amnistie des dirigeants politiques par un pouvoir autre que l'exécutif. Cela ne se vérifie pas dans tout régime présidentiel.

En effet, il a été expliqué que dans certains de ces régimes, l'exécutif n'était pas le possesseur exclusif de la fonction amnistiante et que le législateur pouvait également être susceptible d'octroyer une amnistie. Or, lorsque le Parlement adopte cette mesure de clémence, le président peut en influencer l'objet et les effets en lui opposant son veto. Même si ce dernier peut être levé par le Congrès, il ne peut l'être qu'à une majorité qualifiée. Opposer son veto à l'amnistie peut donc permettre d'obliger le Congrès à rechercher – pour la première fois⁶¹² ou à nouveau⁶¹³ – ce type d'accord sur l'amnistie. Par exemple en septembre 1999, le président de la République brésilien a utilisé son droit de veto contre une loi⁶¹⁴ amnistiant les dirigeants politiques ayant utilisé l'administration pour mener leur campagne électorale⁶¹⁵, obligeant ainsi les parlementaires à discuter à nouveau du contenu de la loi pour pouvoir lever son veto. En outre, le président étant chargé de l'application des lois, il est possible d'imaginer qu'il puisse en restreindre les effets lors de l'adoption des normes réglementaires d'application de la loi. Toutefois, cette possibilité pour l'autre pouvoir de s'opposer à l'adoption d'une amnistie des dirigeants politiques reste très restreinte.

Il est encore plus difficile pour lui d'éteindre les effets de l'amnistie une fois qu'elle a été adoptée.

2. La difficulté pour l'autre pouvoir de faire disparaître l'amnistie

⁶¹² Lorsque l'amnistie est adoptée à la majorité simple.

⁶¹³ Lorsque l'amnistie est déjà adoptée à la majorité qualifiée.

⁶¹⁴ Loi d'amnistie n° 9840-99 publiée au journal officiel du 29 septembre 1999.

⁶¹⁵ Voir : WHITAKER Chico, « Echec à la corruption au Brésil », *Le Monde diplomatique*, septembre 2000, page 1.

S'agissant de l'abrogation par le pouvoir exécutif de l'amnistie adoptée par le pouvoir législatif, ou de l'abrogation par le pouvoir législatif de l'amnistie adoptée par le pouvoir exécutif, la problématique se pose surtout dans les Etats où il n'y a pas collaboration entre ces pouvoirs pour adopter une amnistie. Toutefois, il convient de distinguer les pays où il existe une concurrence des pouvoirs amnistiants de ceux dont la Constitution attribue la prérogative amnistiante exclusivement à l'un ou à l'autre de ces pouvoirs.

Il a été expliqué qu'en Russie les pouvoirs exécutif et législatif sont en concurrence pour l'octroi de l'amnistie. La Douma ne semble pas pouvoir revenir sur un *pardon* octroyé par l'exécutif⁶¹⁶. Ainsi, en janvier 2000, le décret adopté par Vladimir Poutine⁶¹⁷ empêchant les poursuites contre Boris Eltsine, en tant que personne « *ayant abandonné ses fonctions de président de la fédération de Russie* », a été limité par une loi du Parlement fédéral russe⁶¹⁸ dans les cas de crimes graves, tels que l'assassinat, le viol, mais aussi de blanchiment d'argent en bande organisé commis par le président au cours de son mandat. Mais il n'a pas été abrogé. Cette limitation par la loi d'un décret présidentiel avait implicitement pour but de pouvoir un jour juger Boris Eltsine soupçonné de détournement de fonds, et de blanchiment d'argent⁶¹⁹. Néanmoins, si le pouvoir législatif russe peut exercer un certain contrôle sur la prérogative amnistiante du président, ce dernier ne dispose pas d'une faculté similaire sur la fonction amnistiante de la Douma. L'amnistie par cette dernière des putschistes de 1991 et 1993 que l'on a déjà évoquée l'illustre bien. Même si Boris Eltsine semblait déterminé à agir contre cette mesure, tous s'accordaient sur un point : une fois l'amnistie prononcée, ses effets ne pouvaient être contrés dès lors qu'elle avait été appliquée c'est à dire que les détenus avaient été libérés.

⁶¹⁶ En réalité, on assiste, comme il a été expliqué précédemment, à une bataille constante entre la Douma d'Etat et le président pour dominer ce pouvoir.

⁶¹⁷ Nous verrons dans le chapitre suivant qu'il est formellement difficilement qualifiable d'amnistie en dépit de sa désignation sous le terme de *pardon* par la doctrine américaine.

⁶¹⁸ Elle était initialement prévue par le décret du président Poutine (voir : annexe XII, p. 677).

⁶¹⁹ Dans l'affaire Mabetex-Mercata des sociétés basées en Suisse sont soupçonnées d'avoir versé des pots de vin pour obtenir le marché de la rénovation du Kremlin. L'ex-intendant du Kremlin, Pave Borodine, a été arrêté le 17 janvier 2001 à New York pour blanchiment d'argent dans le cadre de cette affaire.

Boris Eltsine a dû se contenter, selon la description du correspondant du journal *Le Monde* à Moscou, de l'envoi d' « une missive » au président de la Douma :

« Dans une missive fort courtoise, envoyée samedi au président de la Douma, Ivan Rybkine, M. Eltsine note que la résolution de la Chambre basse n'est pas une amnistie mais une grâce⁶²⁰, qui est une prérogative exclusive du chef de l'Etat. Il demande en conséquence à la Douma « *d'améliorer la résolution afin qu'elle corresponde pleinement à la Constitution et à la législation russes* »⁶²¹ ».

Un président russe a donc des difficultés à contrer le pouvoir amnistiant de la Douma lorsque cette dernière lui est hostile.

Toutefois, il est rare qu'il y ait concurrence des pouvoirs amnistiants dans un Etat. En général, la prérogative d'amnistie est attribuée, soit au pouvoir exécutif, soit le plus souvent, au pouvoir législatif. Dans ce cas, en vertu du principe de la spécialisation des pouvoirs, celui qui ne dispose pas de la prérogative amnistiant ne pourra empêcher les effets d'une amnistie. Il faut pourtant différencier l'abrogation, de l'annulation d'une amnistie. En effet, l'abrogation fait seulement cesser les effets d'un acte juridique pour l'avenir, alors que l'annulation a des conséquences plus vastes puisqu'elle a un caractère rétroactif. Ainsi, l'abrogation d'une loi d'amnistie pourrait n'avoir aucune portée juridique dans la mesure où elle interviendrait une fois les faits concernés dépenalisés, les condamnations effacées ou la peine non exécutée. Au contraire, l'annulation d'une telle loi permettrait la condamnation de dirigeants politiques. Par conséquent, si une autre autorité pouvait abolir une loi d'amnistie adoptée par le pouvoir amnistiant, cela n'aurait qu'une valeur symbolique tandis que son annulation aurait un effet tellement absolu qu'il serait en contradiction avec le principe de non rétroactivité de la loi

⁶²⁰ En réalité, le correspondant du journal « *Le Monde* » fait référence à cette institution particulière qu'est le *pardon* et que l'on traduit faussement en France par le terme de grâce, ce qui conduit à de nombreuses confusions.

⁶²¹ « Flottements en Russie : Boris Eltsine cherche une parade après la libération de ses principaux opposants », *Le Monde*, mardi 1^{er} mars 1994.

pénale. L'annulation ne peut donc être qu'exceptionnelle⁶²². Or, s'il est généralement considéré que l'autorité ayant adopté un acte normatif est compétente pour le faire disparaître, les conséquences de l'annulation sont telles en matière d'amnistie que cette autorité est fréquemment limitée pour le faire. De ce fait, l'autre pouvoir ne peut également revenir rétroactivement sur les effets de l'amnistie. Par exemple, aux Etats-Unis, il est reconnu en vertu du principe de non-rétroactivité de la loi pénale qu'une fois adopté, le *pardon* ne peut plus être annulé par le président⁶²³. La Cour suprême a donc logiquement refusé que le pouvoir législatif puisse revenir sur un *pardon* décidé par le président. En ce sens, la décision *United States v. Klein*, de 1871⁶²⁴ est particulièrement intéressante puisque la haute juridiction américaine justifie sa position par rapport à la séparation des pouvoirs. En effet, elle considère que dans la mesure où le pouvoir exécutif ne peut changer une loi, il est logique que le pouvoir législatif ne puisse revenir sur les effets d'un *pardon*⁶²⁵. En matière d'amnistie des dirigeants politiques, il est possible de confronter le cas de l'Argentine à celui du Chili pour comprendre quelles sont les deux situations juridiques existantes.

⁶²² « Si l'on s'attache non aux formes de l'inefficacité d'un acte, mais aux formes dont dispose le législateur pour faire disparaître une loi, le droit offre en général deux méthodes : l'abrogation et l'annulation. L'abrogation, qui correspond aux cas où un texte vient retirer toute valeur normative à un texte antérieur, représente la pratique législative normale, puisqu'une autorité normative a toujours compétence pour défaire ce qu'elle avait posé précédemment, ou y apporter des dérogations plus ou moins étendues. Elle ne permet donc pas de revenir sur l'existence même d'un acte, dans la mesure où elle est soumise au principe de non rétroactivité. L'annulation, au contraire, tend à un effacement complet, rétroactif, de la disposition qui en a fait l'objet. Elle est donc en lisière du droit positif confronté à la problématique des conflits de lois dans le temps, lorsqu'il veut tracer « la ligne séparative entre la souveraineté successive des lois » : les juristes la présentent en général comme tout à fait exceptionnelle, qui se fonde sur des considérations éthiques ou politiques » (LEFRANC Sandrine, *Politiques du pardon*, op. cit., p. 309).

⁶²³ Voir : DEAN MOORE Kathleen, *Pardon, mercy...*, op. cit., p. 8.

⁶²⁴ *United States v. Klein*, 80 U.S. (13 Wall.) 128, 147 (1871).

⁶²⁵ « It is clear that the legislature cannot change the effect of such a pardon any more than the executive can change a law » (*Ibid*).

Le droit argentin admet que le pouvoir non amnistiant puisse faire disparaître l'acte d'amnistie pour l'avenir, comme rétroactivement. Ainsi, lors de la première vague d'invalidation des actes normatifs amnistiant les membres de la junte en 1983⁶²⁶, sous la présidence d'Alfonsín, le décret d'amnistie adopté à leur propre profit par les généraux a été annulé par une loi⁶²⁷ ce qui a permis de juger quelques responsables de la Junte, avant que les lois de limitation et de l'obéissance due de 1986 et 1987 déjà citées ne créent une situation d'impunité des responsables comme des exécutants de la junte. En 1998, c'est l'organe dont étaient issues ces lois, le Parlement argentin, qui les a abrogées, ce qui de manière logique n'avait aucun effet

⁶²⁶ Il y en aura ensuite deux autres : l'une en 1998 et l'autre en 2003. Mais ces deux dernière phases correspondent à une autre situation que celle étudiée dans ce paragraphe, celle de l'abrogation puis de l'annulation de lois d'amnistie par le Parlement lui-même, c'est à dire par l'organe qui les a adoptées. (Voir paragraphe suivant, B.)

⁶²⁷ Par la loi n° 23 040. Cette loi a été accompagnée d'une déclaration du président Alfonsín enjoignant le pouvoir judiciaire à poursuivre neuf généraux de la junte. Seuls cinq d'entre eux furent déclarés coupables, avant que les lois de 1986 et 1987 n'empêchent d'autres condamnations et que l'arrivée de Carlos Menem au pouvoir ne soit suivi d'une mesure de clémence en leur faveur (voir : annexe VI, p. 654).

rétroactif⁶²⁸, puis qui les a annulé en 2003. Cela devrait permettre de poursuivre d'autres membres de la junte⁶²⁹.

En revanche, au Chili, la doctrine s'accorde sur le fait que l'annulation de l'amnistie est impossible et que seule une abrogation – par nature symbolique – est possible. C'est pour cette raison que dans cet Etat, il existe un mouvement de contestation juridique des actes normatifs amnistiant les responsables de la junte au pouvoir jusqu'en 1989, qui se traduit autrement que par l'appel à l'autre pouvoir afin qu'il annule ces actes. Il y a d'abord eu la volonté de recourir à une loi interprétative. Lors de sa campagne électorale, le futur président Aylwin avait fait plusieurs propositions s'inscrivant dans ce mouvement. Puisque l'annulation du décret-loi d'amnistie de 1978 n'était envisageable ni par lui-même, ni par le Parlement, il proposait une disparition pour l'avenir de l'acte d'amnistie accompagnée du vote d'une loi par le Parlement précisant que les plus sérieuses violations des droits de l'homme n'entraient pas dans le champ d'application de la mesure de clémence adoptée par les responsables du régime autoritaire dirigé par le général Pinochet. Pour le professeur Jorge Mera, une loi interprétative n'aurait pas violé le principe de non-rétroactivité de la loi pénale puisqu'elle aurait représenté une application du droit national et international, en particulier de l'article 15-2 du pacte international relatifs aux droits civils et politiques⁶³⁰. Ratifié par le Chili le 10 février 1972, ce

⁶²⁸ Selon Richard J. Wilson, Carlos Menem présentant un manque de soutien politique, n'avait pas osé opposer son veto à cette loi d'annulation : « *Earlier this year, in the face of mounting public opposition to continued impunity for the military, Argentina's president, Carlos Menem, always a strong supporter of the military found that he lacked support for his threatened veto of a repeal of the Argentine amnesty law. The amnesty was thus repealed, though not retroactively. Though symbolic for the victims of the Dirty war because it is not retroactive, the amnesty repeal arguably is a direct outgrowth of the Spanish prosecutions, and has lent further momentum to anti-impunity efforts* » (WILSON Richard J., *Prosecuting Pinochet: international crimes in Spanish domestic law*, *op. cit.*, p. 943).

⁶²⁹ La Cour suprême l'a confirmé en juin 2005 (Voir : annexe XXII, p. 715).

⁶³⁰ Adopté et ouvert à la signature, à la ratification ainsi qu'à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, entrée en vigueur le 23 mars 1976 conformément aux dispositions de l'article 49 en vertu duquel « *Pour chacun des Etats qui ratifieront le présent Pacte ou y adhéreront après le*

texte dispose que le principe de non rétroactivité ne fait pas obstacle au jugement et à la condamnation de toute personne pour un acte ou une omission qui, au moment où il a été commis pouvait être considéré comme criminel⁶³¹ en vertu des principes généraux de droit reconnus par la communauté des nations⁶³². Le professeur Mera, qui écrivait alors que cette proposition n'avait pas été débattue par le Congrès, estimait donc que cette solution était la plus pertinente pour permettre au pouvoir législatif d'éteindre rétroactivement certains effets de l'amnistie adoptée par l'exécutif⁶³³. Devant le refus du Sénat⁶³⁴ d'adopter une telle loi, le

dépôt du trente-cinquième instrument de ratification ou d'adhésion, ledit Pacte entrera en vigueur trois mois après la date du dépôt par cet Etat de son instrument de ratification ou d'adhésion ».

⁶³¹ Le paragraphe 2 de l'article 4 du pacte les énumère. Il s'agit en particulier du droit à la vie, de l'interdiction de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, et des expériences médicales ou scientifiques menées sans le libre consentement de la personne concernée.

⁶³² Article 15-2 : « Rien dans le présent article ne s'oppose au jugement ou à la condamnation de tout individu en raison d'actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations ».

⁶³³ « *There are several legal options. One, annulling the amnesty decree, as presidential candidate Aylwin proposed, was followed in Argentina. However unlike the Argentine legal tradition, the Chilean does not formally allow for annulment of laws. Another option, derogation, also proposed in the Aylwin government's platform, would not achieve the desired result because it would not have retroactive effect. What is needed, rather, is an interpretative law that excludes from the scope of the amnesty the most serious violations of human rights – specifically, forced disappearances and other violations (summary executions, torture) that resulted in deaths of individuals. Socialist members of Congress have introduced such a proposal, which have not yet been debated. Such a law would not violate the principle of non-retroactivity of penal laws, since under both national and international law the amnesty was never able legally to cover these serious violations of human rights. Moreover, article 15.2 of the International Covenant on Civil and Political Rights makes clear that the principle of non-retroactivity does not* » prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations » *The acts at issue come within that principle* » (MERA Jorge, « Chile: truth and justice under the democratic government », *op. cit.*, p. 183).

⁶³⁴ Il faut préciser que certains sénateurs, dont le général Pinochet, étaient des anciens membres de la junte, non démocratiquement élus. Bien que protégés par l'immunité parlementaire, ils avaient donc de fortes raisons de

président Aylwin ainsi que les familles des victimes de la dictature ont privilégié le recours au pouvoir judiciaire pour empêcher les conséquences de l'amnistie⁶³⁵, un recours qui n'a pas abouti à l'annulation du décret-loi d'amnistie⁶³⁶. Par conséquent, au Chili où seule l'abrogation de l'amnistie est possible, le pouvoir non amnistiant n'a pu empêcher complètement les effets de l'amnistie, alors que l'Argentine s'est engagée en 2003 dans une troisième et certainement dernière phase d'annulation des lois d'amnistie⁶³⁷.

Ainsi, le contrôle par les autres pouvoirs de l'utilisation de l'amnistie au bénéfice de dirigeants politiques ne peut être que limité surtout dans les régimes présidentiels. Etrangement, il en est de même pour l'intervention des juridictions constitutionnelles.

B. Un contrôle refusé par les Cours constitutionnelles et suprêmes

s'opposer à l'abrogation comme à l'annulation du décret-loi d'amnistie de 1978. Leur influence sur les autres semble avoir été grande durant cette période.

⁶³⁵ « En août 1993, (...) le président Aylwin tenta de revenir à la voie parlementaire, en soumettant au Parlement un projet de loi destiné à accélérer l'instruction des procès qui, selon lui, n'avaient pas donné les résultats attendus, n'ayant pu établir la vérité. Le « projet de loi Aylwin » prévoyait la nomination de juges provisoires, instruisant tous les cas pouvant être couverts par l'amnistie, et l'adoption de mesures garantissant le secret des déclarations des personnes ayant contribué à l'élucidation des faits. L'objectif n'était plus d'obtenir des contributions mais de contribuer à la « vérité », en élucidant le sort des disparus et en localisant leurs corps (...). Le projet de loi fut retiré au début du mois de septembre » (LEFRANC Sandrine, thèse, *op. cit.*, p. 104).

⁶³⁶ Voir *infra*, pp. 203-204.

⁶³⁷ Selon Richard J. Wilson, cette impossibilité d'annulation par l'autre pouvoir de l'amnistie se traduit par une impunité plus importante au Chili : « *It should no be surprising that impunity has eroded more in Argentina than in Chile. The political atmosphere in Chile has been consistently less open than in Argentina, and more legal actions have thrived in Argentina than Chile, where the amnesty has held up under domestic judicial review. General Pinochet, will not be tried in Chile for his crimes* » (WILSON Richard J., « Prosecuting Pinochet: international crimes in Spanish domestic law », *Human Rights Quarterly*, 21, 1999, Baltimore, Etats-Unis: The Johns Hopkins University Press, p. 943).

Les juridictions constitutionnelles refusent d'être les arbitres entre le pouvoir amnistiant et les autres pouvoirs (1). Elles se cantonnent de manière logique à leurs compétences constitutionnellement définies. C'est donc uniquement en vertu de ces compétences qu'elles peuvent limiter l'exercice de la prérogative amnistiante en faveur de dirigeants politiques (2).

1. Leur refus absolu en l'absence de dispositions constitutionnelles

Selon le professeur Ross, le *pardon* est l'un des seuls pouvoirs du président américain exercé non seulement sans le contrôle du Congrès mais aussi sans celui de la Cour suprême. Nous expliquerons que cette affirmation peut être relativisée dans certains domaines, mais en ce qui concerne le contrôle de l'utilisation par l'autorité amnistiante de l'amnistie des dirigeants politiques dans le respect de l'équilibre des pouvoirs, il semble hors du champ d'action des juridictions constitutionnelles. Cela se ressent lorsque ces juridictions se prononcent sur l'adoption d'une amnistie par des dirigeants pour empêcher la mise en œuvre de leur propre responsabilité. Ainsi, lorsqu'au Salvador des requêtes en annulation furent portées contre les lois d'amnistie, la Cour suprême de justice considéra que l'octroi d'une amnistie était une question politique et que les juridictions ne pouvaient donc pas statuer sur sa validité⁶³⁸. Pourtant la question qui était en réalité soumise à la Cour était celle de la constitutionnalité de la loi mais surtout de l'étendue des pouvoirs du législateur en la matière⁶³⁹. Le même refus, de la part de ces juridictions, d'intervenir dans les rapports entre le pouvoir amnistiant et les autres autorités peut se retrouver dans la plupart des Etats s'agissant de l'amnistie des dirigeants politiques⁶⁴⁰.

⁶³⁸ Cour suprême de justice du Salvador, *Décision relative à la Loi d'amnistie*, 20 mai 1993, n° 10-93.

⁶³⁹ Voir: SCHARF Michael P., « Swapping amnesty for peace... », *op. cit.*, note 126, pp. 8-9.

⁶⁴⁰ Il est possible de reprendre l'exemple des juridictions américaines qui l'ont réaffirmé plusieurs fois. Par exemple dans la décision *Ohio Adult Parol Auth. v. Woodard*, 523 US 272, 280 (1998) : « *Pardon and commutation have not traditionally been the business of Courts ; as such, they are rarely, if ever decisions appropriate subjects for judicial review* » ou encore dans la décision *Yelvington v. Presidential Pardon and Parole*

Or, ce refus fait souvent l'objet de critiques peu fondées juridiquement. Par exemple, le professeur Barcroft le déplore s'agissant de l'Argentine. Pour lui, la Cour suprême est allée à l'encontre de sa tradition historique⁶⁴¹ et a conduit à une omnipotence de l'exécutif antidémocratique mais a aussi contredit la volonté des constituants argentins en refusant d'annuler les décrets de *pardon* présidentiel de 1990⁶⁴². Il est vrai qu'en Argentine, les membres de la Cour suprême étaient considérés comme complaisants envers les anciens responsables de la junte en raison des conditions de leur nomination et donc de mettre en péril l'équilibre institutionnel⁶⁴³. C'est l'une des raisons pour laquelle il a fallu attendre près de deux ans pour que cette juridiction confirme l'annulation des lois de 1986 et 1987 prononcée en septembre

Attorneys, 211 F. 2d 642 (D.C. Cir. 1954) : « *The Court will not compel compliance with internal Justice Department clemency regulations so as to interfere with administration of pardon power* ».

⁶⁴¹ Selon lui, la tradition historique argentine montre que le droit constitutionnel de cet Etat ne peut sur le modèle américain admettre les *pardons* avant condamnation : « *The Argentine judiciary has displayed a unfortunate lack of consistency in its pronouncements. More disturbing still, an analysis of the historical background of the Argentine Constitution (1853), in particular cogent evidence that it does not duplicate the U.S. Constitution vis-à-vis the viability of pre-conviction pardons...* » (BARCROFT Peter A.A., « *The presidential pardon, a flawed solution* »..., *op. cit.*, p. 384)

⁶⁴² « *While a finding of unconstitutionality has been made in its Criminal and Appeals Courts, the Supreme Court has not observed these rulings and ignored its own historical precedent. Although the recent determination of the Argentine Supreme Court was disappointing, it was not entirely unanticipated. Its imprimatur of approval for the decrees of pardon (...) [is] the failure of the Supreme Court to defend its own turf leaves unchallenged the undemocratic status quo of executive omnipotence in the area of the law (...). The Courageous activism of the Federal Criminal, Civil and Appeals Courts in declaring unconstitutional a number of pardon decrees represents a necessarily defiant attempt to remedy this abuse of Executive power. In Argentina there was no ambiguity amongst the Framers of the Constitution regarding this provision, only a lack of willingness on the part of the Executive to observe the confines of its authority. International law has a key role to play in this area in attaining the observance of, and continued adherence to, its fundamental provisions* » (*Ibid*, p. 393).

⁶⁴³ Voir *supra*, note 365, p. 118.

2003 par le Congrès⁶⁴⁴. Au Chili, la décision de la Cour suprême du 24 août 1990⁶⁴⁵, par laquelle cette dernière déclarait à l'unanimité que l'application de l'amnistie était conforme à la Constitution a été extrêmement contestée. Il lui a été reproché en premier lieu de ne pas suivre la volonté de l'exécutif, en l'occurrence le président de la République, qui avait expressément appelé à l'invalidation du décret-loi de 1978. Ce premier argument était critiquable juridiquement. En effet, dans la mesure où l'exécutif ne pouvait lui-même prononcer la nullité de cet acte, il ne pouvait, en vertu de la séparation des pouvoirs, contraindre l'autorité judiciaire à le faire. En second lieu, elle a été critiquée pour avoir refusé de reconnaître que les principaux bénéficiaires de l'amnistie étaient en réalité les membres des forces de sécurité ce qui portait atteinte à l'obligation de définition d'une catégorie objective des bénéficiaires de l'amnistie dans un tel acte normatif et pour avoir rejeté l'argument des requérants en vertu duquel ces lois devaient être annulées du fait de leur contradiction avec les conventions internationales ratifiées par le Chili⁶⁴⁶. Cette critique était davantage fondée juridiquement, et l'évolution du droit international pénal allait le confirmer⁶⁴⁷. Mais elle ne se fondait pas sur l'aménagement

⁶⁴⁴ Cour suprême d'Argentine, décision du 14 juin 2005, *op. cit.* Voir : annexe XXII, p. 715.

⁶⁴⁵ Dans l'affaire *Insunza Bascunan* (Corte Suprema de Chile, Aug. 24, 1990, « Insunza Bascunan, Ivan Sergio (recursi de inaplicabilidad) », *Revista de Derecho y jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, t. LXXXVII, n° 2, May-Aug.1990, pp. 64 à 86).

⁶⁴⁶ Jorge Mera synthétise les motivations de la Cour suprême pour rejeter les arguments relatifs à la violation du droit international présenté par les requérants: « *The Court considered arguments that the amnesty violated Chile's international obligations under the Genocide Convention and the 1949 Geneva Conventions. It held that the Genocide Convention was inapplicable because Chilean criminal law did not include a specific crime of genocide, and that the Geneva Conventions were inapplicable because the acts subject to amnesty did not take place during an international or non-international armed conflict. Finally, the Court sua sponte considered whether the international Covenant on Civil and Political Rights which was ratified and became a party to the Covenant. It also held that the victims' right to compensation was not affected because civil remedies were still open to them, and it was up to the victim to decide how to obtain the necessary information without a criminal investigation* » (MERA Jorge, « Chile: truth and justice under the democratic government », *op. cit.*, note 17, p. 356).

⁶⁴⁷ Voir *infra*, seconde partie.

constitutionnel de la séparation des pouvoirs. Quoiqu'il en soit, les juridictions chiliennes vont continuellement refuser d'invalider l'amnistie de 1978 ou de lui reconnaître des limites d'application autres que celles définies expressément dans ce décret-loi⁶⁴⁸. En 1995, la Cour suprême appliquera ainsi cette mesure de clémence à l'assassinat du diplomate espagnol Carmelo Soria en 1976 à Santiago, en dépit d'éléments objectifs démontrant la responsabilité d'anciens membres du gouvernement⁶⁴⁹.

En France, ce n'est qu'en raisonnant par analogie que l'on peut penser que le Conseil constitutionnel aurait la même attitude concernant l'amnistie des dirigeants politiques. Il a été expliqué que dans sa décision n° 89-265 du 9 janvier 1990 relative à la loi portant amnistie d'infractions commises à l'occasion d'événements survenus en Nouvelle-Calédonie, le Conseil constitutionnel a considéré que la loi qui lui était soumise ne violait pas la compétence réglementaire définie à l'article 34. D'après le professeur Thierry Renoux, cette disposition offre une grande marge de manœuvre au législateur. En effet, pour le Conseil constitutionnel,

« La loi peut être individualisée (...). La loi peut très bien empiéter sur la compétence réglementaire sans être pour autant contraire à la Constitution. L'application de ces principes à l'amnistie autorise pratiquement tous les cas de figure : le législateur, sous réserve de se déterminer en fonction de critères objectifs peut parfaitement, indique la décision commentée définir « quelles sont les infractions et s'il y a lieu, les personnes auxquelles doit s'appliquer le bénéfice de l'amnistie ». (...) La réserve de l'édiction par voie législative de « critères objectifs » semble autoriser dans

⁶⁴⁸ Il faut rappeler que ce décret-loi définissait une limitation temporelle : les infractions devaient avoir été commises entre le 11 septembre 1973 et le 10 mars 1978, une limitation matérielle : les infractions telles que le parricide, l'infanticide ou encore le trafic de stupéfiants n'étaient pas couvertes par l'amnistie et enfin une limitation personnelle : les auteurs et complices de l'assassinat d'Orlando Letelier et de Ronni Moffitt à Washington ne pouvaient en bénéficier (voir : annexe V, p. 653).

⁶⁴⁹ Cour suprême du Chili, 23 mai 1995, *Soria*, Rol. n°. 31.083. Voir : WILSON Richard J., « Prosecuting Pinochet: international crimes in Spanish domestic law », *op. cit.*, p. 943.

cette seule limite la pratique des décrets présidentiels d'amnistie, pris sur habilitation législative⁶⁵⁰ ».

Cette juridiction vérifie donc la constitutionnalité de la loi adoptée, mais considère qu'en matière d'amnistie, sa vérification ne peut avoir qu'un caractère formel en raison de son caractère politique. Dans la mesure où le Conseil constitutionnel refuse de sanctionner l'empiètement du législateur sur la compétence réglementaire, il est possible de penser qu'il aurait la même attitude concernant l'amnistie des dirigeants politiques. Pour autant, le Conseil constitutionnel sanctionnera l'incompétence ou éventuellement le détournement d'une procédure constitutionnelle par le pouvoir exécutif ou législatif puisque cela fait partie de ses compétences constitutionnellement définies.

2. Un contrôle soumis aux dispositions constitutionnelles l'autorisant

Ce n'est que par application d'une disposition constitutionnelle expresse, qu'une juridiction constitutionnelle ou suprême est susceptible de contrôler la constitutionnalité des lois d'amnistie. Elle peut donc censurer, toujours dans la limite de ses compétences, une disposition inconstitutionnelle. Cela n'en fait pas pour autant un arbitre entre les pouvoirs amnistiant et non amnistiant.

Ainsi, en Russie, la Cour suprême peut vérifier la constitutionnalité formelle de l'amnistie des dirigeants politiques. En effet, en vertu de l'article 125-2 de la Constitution⁶⁵¹ elle est compétente pour statuer sur la conformité à la Constitution des lois fédérales de la Douma d'Etat. Par exemple, en 1991, elle a été saisie par le parquet fédéral qui protestait contre l'annulation par sa Chambre militaire du procès des responsables de la tentative de putsch

⁶⁵⁰ Voir : RENOUX Thierry, *chronique de jurisprudence du Conseil constitutionnel ; décision n° 89-265 du 9 janvier 1990 (loi portant amnistie d'infractions commises à l'occasion d'évènements survenus en Nouvelle-Calédonie)*, R.F.D.C., 1990, p. 323.

⁶⁵¹ *Op. cit.*, voir : *supra*, note 294, p. 92.

d'août 1991 en application de l'amnistie votée par le Parlement. Elle a décidé le 11 mars 1991 que l'amnistie ne s'appliquait pas à ces accusés qui devaient être jugés par des magistrats nouvellement désignés. Par conséquent, la Cour suprême russe peut se prononcer sur la procédure d'adoption de l'amnistie, sur son application, sur sa forme mais pas sur son contenu matériel. En revanche, la doctrine est unanime sur le fait qu'un *pardons* octroyé par le président russe n'est pas soumis à son contrôle même si ses effets sont plus absolus⁶⁵². Il en est ainsi de Jody C. Baumgartner et Mark Morris. Pour eux, aucun élément objectif ne peut laisser conclure que la Cour constitutionnelle a le pouvoir de contrôler les *pardons* présidentiels et encore moins de les modifier⁶⁵³. Ces auteurs expliquent cette impossibilité de contrôle par une raison politique : les juges seraient trop soumis au chef de l'Etat pour pouvoir s'opposer à une mesure de clémence qu'il octroierait. Ils rappellent que Boris Eltsine mécontent de la position de cette juridiction qui avait déclaré inconstitutionnelle sa prise de pouvoir de 1993 avait suspendu l'activité de cette Cour en dépit de l'indépendance politique reconnue de son président Valery Zorkin, puis fait désigner de nouveaux membres⁶⁵⁴. Néanmoins, le raisonnement de la Cour concernant son pouvoir de contrôle des *pardons* présidentiels est également juridiquement fondé, puisque comme nous l'avons expliqué aucune limitation du pouvoir présidentiel de *pardons* ne se trouve dans la Constitution⁶⁵⁵.

Toutefois, certaines juridictions, tout en refusant d'invalider juridiquement des amnisties bénéficiant à des dirigeants politiques, admettent certains arguments permettant d'en écarter l'application. Ainsi, si la Cour suprême chilienne a continuellement reconnu la constitutionnalité du décret-loi d'amnistie de 1978, elle n'en a pas moins refusé que cet acte normatif produise des effets sur certaines infractions dans deux cas distincts. Dans le premier,

⁶⁵² Voir, *supra* : pp. 89 à 93.

⁶⁵³ « *However there is nothing to suggest that the Court has the power to review or otherwise modify presidential pardons* » (BAUMGARTNER Jody C., MORRIS Mark H., « *Presidential Power Unbound...* », *op. cit.*, p. 223).

⁶⁵⁴ « *Moreover, the Court consists of Yeltsin appointees who are mindful of the fact that Yeltsin had disbanded the previous Court. They have generally been very cautious about challenging presidential prerogatives* » (*Ibid*).

⁶⁵⁵ Voir, *supra*, pp. 89 à 93.

elle a logiquement admis la condamnation de dirigeants politiques tenus pour responsables d'infractions commises avant 1978, pour d'autres infractions réalisées par eux après l'adoption de l'amnistie. L'ancien maire Carlos Herrera a été condamné à dix ans de prison pour un meurtre commis en 1982, puis a été reconnu coupable du meurtre d'un opposant politique en 1984, soit six ans après l'adoption du décret-loi d'amnistie⁶⁵⁶. Dans le second cas, depuis 1999⁶⁵⁷ elle considère que l'amnistie ne couvre pas les disparitions qui sont des infractions continues, c'est à dire devant être considérées comme toujours en cours de réalisation tant que le corps de la personne disparue n'a pas été retrouvé⁶⁵⁸.

Les Cours constitutionnelles peuvent donc logiquement être amenées à contrôler la constitutionnalité des normes d'amnistie, sans pour autant accepter de jouer le rôle d'arbitre entre les autres pouvoirs et le pouvoir amnistiant. Ce dernier ne peut pas davantage être contrôlé par des procédés indirects.

II. La restriction du pouvoir amnistiant par des procédés constitutionnels indirects

Jody C. Baumgartner et Mark H. Morris, dans leur étude comparative du *pardon* en Russie et aux Etats-Unis, partent du constat que le Congrès américain ne peut revenir sur une mesure de clémence du président. Ils proposent deux solutions indirectes pour contrer le pouvoir abusif de

⁶⁵⁶ CASSEL Douglass, « Lessons from the America's guideline for international response to amnesties ... », *op. cit.*, note 125, p. 217.

⁶⁵⁷ En réalité, la première à avoir refusé l'application de la loi d'amnistie est la Cour d'appel de Santiago en 1999. En l'espèce, elle a considéré que les cinq officiers supérieurs qui comparaissaient devant elle devaient être jugés tant que les décès des 75 personnes disparues n'avait pas été constaté, la réalisation de l'infraction étant toujours en cours.

⁶⁵⁸ Ne pas retrouver les corps des victimes de la répression au Chili est très fréquent. Depuis le rapport de la commission vérité et réconciliation et divers témoignages d'anciens responsables du régime, il a été établi que de nombreux opposants enlevés par la DINA étaient jetés du haut d'hélicoptères au large des côtes chiliennes, ce qui faisait disparaître toute trace de ces assassinats.

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

pardon. La première serait que le Congrès engage une procédure judiciaire d'*impeachment* et qu'il en appelle à l'opinion publique pour décourager le président d'exercer ce pouvoir⁶⁵⁹. Or, dans tous les Etats, le contrôle de l'utilisation de l'amnistie des dirigeants politiques par l'exécutif qui l'adopte pourrait se faire en premier lieu par la mise en jeu de sa responsabilité pénale ou politique (A). Mais il suggère une seconde solution : que le Congrès propose un amendement constitutionnel limitant ou annulant ce pouvoir. Il est vrai que si les utilisations abusives de l'amnistie sont fréquentes, en particulier au bénéfice de dirigeants politiques, il est possible d'envisager un encadrement constitutionnel de la procédure à l'initiative du pouvoir législatif. (B)

A. La difficile mise en œuvre de la responsabilité du pouvoir exécutif amnistiant

La logique constitutionnelle voudrait que l'utilisation fautive par une autorité des pouvoirs qui lui sont octroyés par la Constitution entraîne l'engagement de sa responsabilité politique⁶⁶⁰. Il

⁶⁵⁹ « *Individual pardon grants cannot be overturned by an act of Congress. Congress could theoretically propose a constitutional amendment to alter or abolish the pardon power; but the difficulties associated with this task were noted above. Indirectly, members of Congress can pursue grievances through the judicial process; this may or may not yield the desired results. Another indirect method of challenging the pardon power might be to « go public » in hopes of deterring the president from using the power* » (*Ibid*, p. 219).

⁶⁶⁰ Margaret Colgate Love considère ainsi que le président des Etats-Unis ne peut voir sa responsabilité engagée du fait de l'utilisation du *pardon* que selon une procédure politique (COLGATE LOVE Margaret, « President's duty to be merciful, of pardons, politics and collar buttons : reflections on the president's duty to be merciful », 27 *Fordham Urban Law Journal*, p. 1486). Or, en vertu de l'article II section 2 de la Constitution américaine, une infraction pénale doit être à l'origine de la procédure d'*impeachment*. Cependant, à la lecture des rapports adoptés par la commission des affaires judiciaires du Sénat lors de la procédure d'*impeachment* ouverte contre Richard Nixon, la frontière entre infraction pénale et faute politique est nuancée. Par exemple, l'article I du rapport lie les infractions qui lui sont reprochées à la violation de son serment de préserver la Constitution et les lois (Voir : KASPI André, *Le Watergate : la démocratie américaine à l'épreuve, 1972-1974*, La mémoire du siècle, éditions complexe, 1983, 174 p).

est ainsi arrivé que des gouvernements engagent leur responsabilité sur une loi d'amnistie⁶⁶¹. De même, lorsque l'institution qui dispose de la prérogative amnistiant l'utilise abusivement – par exemple à son propre profit – un autre pouvoir devrait pouvoir mettre en œuvre sa responsabilité, en théorie par la dissolution si le pouvoir amnistiant est le législateur et, plus facilement, par une procédure en destitution lorsque le titulaire de la fonction amnistiant est l'exécutif. La responsabilité pénale du dirigeant ne pourrait être engagée que si un lien était établi entre l'utilisation de l'amnistie et une infraction pénale (1). Toutefois, les Constitutions mettent en place d'autres techniques, pouvant être utilisées pour engager indirectement la responsabilité du pouvoir amnistiant. Elles seront plus appropriées à l'utilisation controversée de l'amnistie au profit de dirigeants politiques (2).

1. La destitution

Dans les régimes présidentiels, par définition, le président ne dispose pas de moyens de pression comparables à la dissolution en régime parlementaire⁶⁶². Il a été expliqué que l'amnistie de dirigeants politiques par le pouvoir législatif était plus facilement justifiable au regard de la hiérarchie des normes ou de la théorie de la souveraineté et que lorsqu'une telle mesure de clémence était adoptée par l'exécutif elle était davantage contestée. En outre, dans les régimes parlementaires, le pouvoir amnistiant est plus fréquemment confié au Parlement et l'exécutif est issu de la majorité parlementaire. C'est ce qui explique l'absence de cas d'utilisation de la

⁶⁶¹ En France, il est possible de se référer à la loi d'amnistie de 1982 bénéficiant aux auteurs du putsch d'Alger, sur laquelle le gouvernement a engagé sa responsabilité mais sans que l'opposition vote de motion de censure.

⁶⁶² Dans un régime présidentiel, le président dispose d'autres « facultés d'empêcher » : principalement un droit de veto et plus accessoirement un droit de message et d'autres moyens de pression politique plus informels. Par exemple : « Grâce à son droit de veto, le président [américain] peut contrecarrer les « excès » du Congrès ou tout ce qui dans son esprit transgresse les règles de « sa » politique. Arme suprême mais non absolue, le veto présidentiel peut être à son tour annulé par une « résolution » du Congrès votée à la majorité des deux tiers des membres présents dans chacune des deux Chambres » (LACORNE Denis, « La séparation des pouvoirs aux Etats-Unis, A propos de L'Iranganate », *Commentaire*, 1987, n° 38-39, p. 483).

procédure de dissolution par l'exécutif pour sanctionner l'adoption d'une amnistie au profit de dirigeants politiques, contrairement à la destitution dont la menace est parfois utilisée dans ce domaine.

Pourtant, même lorsque le pouvoir amnistiant utilise ses prérogatives pour empêcher les moyens d'action des autres pouvoirs sur lui-même, cela n'entraîne pas automatiquement la mise en jeu de sa responsabilité. Les procédés de pression purement politiques sont généralement préférés à cette extrémité. Par exemple, en Guinée-Bissau, le président Kumba Yala a annoncé en 2002 son intention d'accorder une amnistie aux personnes accusées de participation à la tentative de coup d'Etat de décembre 2001. Néanmoins, les membres de l'Assemblée nationale contestaient cette faculté présidentielle d'adopter une telle mesure dans la mesure où il s'agissait pour eux de leur propre prérogative dès lors que la Constitution ne prévoyait qu'un droit d'initiative en la matière pour le président⁶⁶³. Les partis d'opposition ont mis en place de multiples pressions informelles sur Monsieur Yala qui s'est trouvé politiquement fragilisé et a renoncé à faire entrer en vigueur son amnistie.

Ce n'est que lorsque ces moyens de pression purement politiques n'ont aucune efficacité que la mise en jeu de la responsabilité du chef de l'Etat par la procédure constitutionnelle prévue à cet effet peut être envisagée. Dans les régimes présidentiels, la procédure constitutionnelle est la procédure de destitution⁶⁶⁴, une procédure qui n'est pas toujours exclusivement politique. Par

⁶⁶³ Il en était ainsi avant le coup d'Etat d'octobre 2003.

⁶⁶⁴ Des Constitutions dans des régimes parlementaires prévoient également une procédure de destitution du président. Cela pourrait être le cas en France si la révision constitutionnelle relative au statut pénal du chef de l'Etat était adoptée. Les conclusions du rapport de « la commission Avril » en conformité desquelles cette révision pourrait être élaborée laissent présager la mise en place d'un système de responsabilité présidentiel comparable, selon le professeur Avril lui-même, à l'*impeachment* aux Etats-Unis ou d'après le professeur Chagnollaud à l'*impeachment* sud-américain en raison de la facilité de l'ouverture de cette procédure et de la nature politique du « *manquement aux devoirs manifestement incompatibles avec l'exercice de son mandat* » qui pourrait être reproché au président (Voir : AVRIL Pierre, « Destituer plutôt que juger », *Le Monde*, 22 juillet 2003, analyses et débats. ; BADINTER Robert, « Un mauvais coup institutionnel », *Aujourd'hui en France*, n° 629, Mercredi 25

exemple, une fois connu le projet de Bill Clinton d'amnistier des personnes impliquées dans le scandale *Whitewater*, ses opposants ont tenté de le décourager en menant une véritable campagne contre cette idée. Toutefois, le président était en fin de second mandat et n'avait donc pas le droit en vertu du vingt-deuxième amendement de se porter candidat à l'élection suivante⁶⁶⁵. Il n'était de ce fait pas dépendant de l'opinion publique. Certains ont alors envisagé d'engager sa responsabilité en se fondant sur la théorie qu'un ancien président peut être l'objet d'une procédure d'*impeachment* afin de l'empêcher d'occuper pour l'avenir une fonction officielle ou honorifique⁶⁶⁶. Cette idée n'a pas été concrétisée faute de soutien politique. Toutefois, avant d'en arriver à la destitution proprement dite, il existe dans tous les Etats démocratiques des procédures permettant de mettre en jeu la responsabilité de l'exécutif amnistiant par d'autres moyens, et ce, quel que soit le régime politique de l'Etat en cause.

2. Les autres techniques pour engager la responsabilité du pouvoir amnistiant

Dans les régimes parlementaires, l'utilisation controversée de l'amnistie des dirigeants politiques par l'exécutif ne peut survenir que lorsqu'il ne se voit pas déléguer ce pouvoir par le

juin 2003, p. 4. ; CHAGNOLLAUD Dominique, « Un dangereux empêchement : l'article 68 de la Constitution qui instituerait l'immunité du président tend à rapprocher le régime français du présidentielisme sud-américain », *Libération*, Mardi 15 juillet 2003, p. 6 ; QUIVIGER Pierre-Yves, « Le statut pénal du président : de la commission Avril à la réforme constitutionnelle », *Commentaire*, n° 103, automne 2003, pp.649 à 656).

⁶⁶⁵ Amendement XXII de la Constitution des Etats-Unis adopté en 1951 : « *Nul ne sera élu à la présidence plus de deux fois et quiconque aura rempli les fonctions de président ou fait fonction de président pendant plus de deux ans durant un mandat pour la durée duquel une autre personne aurait été élu à la Présidence plus d'une seule fois* ».

⁶⁶⁶ Voir : *supra*, note 554, p. 173.

Parlement, ce qui est rare dans la mesure où il est très encadré⁶⁶⁷. Il est donc intéressant de se concentrer à nouveau sur les régimes présidentiels.

La première possibilité pour mettre en œuvre la responsabilité politique du pouvoir exécutif dans ce type de régime est de privilégier l'information sur les conditions de l'octroi de l'amnistie controversée afin de faire apparaître, soit des infractions pénales commises par ce pouvoir amnistiant, principalement dans le cadre de l'auto-amnistie⁶⁶⁸, soit des fautes politiques. Ainsi, selon William G. Ross, si les contrepouvoirs que détient le Congrès américain sur l'exercice du *pardon* par le président américain n'ont jamais été utilisés, ce n'est pas parce qu'ils n'existent pas mais parce qu'il n'y a jamais eu d'utilisation du *pardon* suffisamment controversée pour justifier cette utilisation⁶⁶⁹. Pour lui l'*impeachment* du président Clinton n'était pas possible pour l'avenir, mais son utilisation du *pardon* aurait pu faire l'objet d'une enquête du Congrès⁶⁷⁰. Il est vrai que le *pardon* de Gerald Ford à Richard Nixon avait amené le premier à témoigner devant la sous-commission des affaires criminelles de la Chambre des

⁶⁶⁷ Dans le chapitre suivant nous verrons qu'il y a également des possibilités d'amnisties indirectes et des amnisties par détournement de droit.

⁶⁶⁸ Dans le cadre de l'amnistie d'autres dirigeants politiques que lui-même, il pourrait être possible de faire apparaître des infractions pénales telles que le trafic d'influence si le pouvoir amnistiant avait par exemple monnayé l'exercice de sa prérogative.

⁶⁶⁹ « *Although periodic controversies over particular exercises of the pardon power have produced calls for its curtailment or elimination, Congress would be unwise to permit any transient discontent with an isolated abuse of the pardon power to result in any tampering with the power itself (...). Even if Ford used the pardon power unwisely, histoire misuse of it would not have justified the curtailment of a power that generally had been used with prudence for nearly two centuries* » (ROSS William G., *Question a president's pardons, but not the pardon power*, <http://jurist.law.pitt.edu/forumnew16.html>, *op. cit.*, p. 2).

⁶⁷⁰ « *Since Congress has no power to revoke Clinton's pardon or to discipline Clinton for them, a congressional investigation of Clinton's use of the pardon power is not likely to have any immediate practical impact. Moreover, since the decision about whether to grant a pardon is inherently subjective and plausible arguments are being advanced in favor of even Clinton's most controversial pardons, Congress cannot prove that any pardon was necessarily « improper », except in the unlikely event that an investigation produced evidence of actual corruption. An investigation nevertheless could have a number of salutary effects* » (*Ibid*, p. 3).

représentants. Toujours selon le professeur Ross, la comparution d'un président ou d'un ancien président devant une commission d'enquête pour expliquer l'octroi d'un *pardon* est une rare opportunité de dialogue entre le président et le Congrès sur les conditions constitutionnelles de cette mesure et peut aider à en déterminer les critères d'attribution⁶⁷¹. Il existe une seconde possibilité pour le Congrès : celle d'adopter une résolution condamnant l'octroi d'un *pardon* comme il a pu le faire en 1999 contre la commutation de peine par Bill Clinton des leaders nationalistes portoricains du FALN. Ces techniques constitutionnelles d'information sur les conditions de l'octroi de l'amnistie ont donné lieu à une variante spécifique à l'amnistie de crimes considérés comme graves commis sous la responsabilité des dirigeants politiques : la mise en place de commissions vérité et réconciliation afin de contrecarrer l'impossibilité d'ouverture d'une action pénale par l'établissement d'un rapport sur les faits couverts par l'amnistie⁶⁷².

En revanche, les Procureurs indépendants ne peuvent pas contrôler l'utilisation du *pardon*. Aux Etats-Unis, ce Procureur indépendant ne peut plus les contrôler pour la bonne raison qu'il n'existe plus, le Congrès américain n'ayant pas renouvelé la loi ayant créé cette fonction, après les dérives de l'affaire Clinton. Il est possible d'imaginer qu'il puisse un jour réapparaître, ne serait-ce que sous une autre forme. Mais l'ancien Procureur Léon Jaworski expliquait après la démission de Richard Nixon que rien dans le droit constitutionnel américain ni dans la jurisprudence de la Cour suprême n'autorisait le Procureur spécial à entraver le libre exercice

⁶⁷¹ « *Far from debasing the presidency or eroding the principle of separation of power (...). An appearance of a President or former President before a congressional committee to explain a pardon also provides a rare opportunity for direct dialogue between the president and Congress on a question of constitutional significance and therefore helps to inform thinking about the appropriate significance and therefore helps or inform thinking about the appropriate criteria for pardons and their role in American law* » (*Ibid*).

⁶⁷² Sur la nature de ces commissions, voir, *infra* : pp. 583 à 589.

présidentiel du *pardon*⁶⁷³. Il en est de même en Russie⁶⁷⁴ puisque le 26 février 1994, le Procureur général Alexeï Kazannik a démissionné estimant ne pas avoir les moyens constitutionnels d'empêcher l'amnistie par la Douma des anciens putschistes de 1991 et 1993⁶⁷⁵. Pourtant, dans la mesure où en Russie les personnes amnistiées doivent accepter cette mesure pour qu'elle devienne applicable et parce qu'elle leur est transmise par le pouvoir judiciaire, certains lui avaient suggéré de bloquer la transmission des mesures de clémence à ses bénéficiaires afin de montrer son opposition, ce qui semblait techniquement possible.

Aux Etats-Unis, si une procédure d'*impeachment* était envisagée contre un président en raison de l'utilisation controversée au regard de l'organisation de la séparation des pouvoirs d'un *pardon* en faveur de dirigeants politiques, la responsabilité du président pourrait davantage être engagée s'il n'a pas suivi les recommandations du bureau des grâces et des *pardons*. Au niveau fédéral⁶⁷⁶, la quasi-totalité des *pardons* sont élaborés par le Procureur du bureau des *pardons*

⁶⁷³ « As special Prosecutor Leon Jaworski wrote to Attorney General William Saxbe : I have also concluded, after thorough study, that there is nothing in the charter and guidelines appertaining to the Office of the Special Prosecutor that impairs or curtails the President's free exercises of the Constitutional rights of pardon. (...) For me to procure an indictment of Richard M. Nixon for the sole purpose of generating a purported Court test on the legality of the pardon would constitute a spurious proceeding in which I had no faith; in fact, it would be tantamount to unprofessional conduct and violative of my responsibility as prosecutor and officer of the Court... » (...) And this opinion is supported by a number of key supreme Court decisions » (ROZELL Mark J, « *President Ford's pardon of Richard M. Nixon; constitutional and political considerations* », *op. cit.*, p. 129).

⁶⁷⁴ A la différence de son homologue américain, le Procureur général russe cumule des fonctions d'investigation, d'ouverture de poursuites et de prévention des dénis de justice (Voir: YELTSIN (ELTSINE) Boris, *Midnight diaries*, Londres : Phoenix Press, 2000, p. 221).

⁶⁷⁵ Il a aussi démissionné parce qu'il ne voulait pas « *cautionner une des pages les plus honteuses du parlementarisme russe* » (Cité par le correspondant du journal *Le Monde* du mardi 1^{er} mars 1994 : « Flottements en Russie : Boris Eltsine cherche une parade après la libération de ses principaux opposants », *op. cit.*)

⁶⁷⁶ Au niveau des Etats fédérés, le pouvoir de *pardon* appartient généralement au gouverneur qui lui aussi partage le plus souvent ce pouvoir avec un bureau des *pardons*. Dans la plupart des Etats le *pardon* ne peut pas être accordé avant condamnation, même s'il y a des exceptions comme par exemple le chapitre II, 20 de la Constitution de

du département de la justice (OPA) établit dans sa forme actuelle en 1892. En vertu de la section 28 du Code des règles fédérales américain⁶⁷⁷ ce bureau peut conduire une enquête. Or d'après Kathleen Dean Moore, le système fonctionne de telle sorte que le président ne lit même pas les *pardons* lorsqu'il les signe⁶⁷⁸. Mais le président reste entièrement maître de la procédure et peut constitutionnellement agir sans la suivre à la manière de Gerald R. Ford lorsqu'il a adopté le *pardon* en faveur de Richard Nixon. Lorsque le président suit les recommandations du bureau fédéral, l'administration semble absorber une partie de sa responsabilité qui se trouve moins facile à mettre en œuvre que dans le cas contraire. Il n'y a pour l'instant pas d'exemples de destitution en raison d'une amnistie de dirigeants politiques mais l'hypothèse est donc juridiquement possible et politiquement elle a servi de moyen de pression dans certains cas.

Cependant, c'est cette difficulté à mettre en œuvre la responsabilité politique et *a fortiori* la responsabilité pénale qui explique en partie la généralisation des recours fondés sur le droit international ou en vertu de la compétence universelle devant d'autres juridictions que les juridictions nationales⁶⁷⁹. La seule possibilité pour le droit interne de pallier le difficile engagement de la responsabilité du pouvoir amnistiant, surtout lorsqu'il s'auto-amnistie, est d'endiguer le déséquilibre constitutionnel provoqué par ce type d'amnistie.

B. Le dernier recours : l'endiguement du déséquilibre constitutionnel

Les auteurs sont partagés sur l'évolution future de l'amnistie. Ils s'accordent souvent sur le fait qu'il y aurait une diminution de son adoption pour des crimes internationaux. Mais alors que certains estiment que l'on se dirige vers une réduction du nombre de mesures de clémence, en

l'Etat du Vermont qui dispose que le pouvoir du gouverneur d'accorder des *pardons* et de remettre les peines est de ce point de vue absolu.

⁶⁷⁷ *United States Code of Federal Regulations*

⁶⁷⁸ DEAN MOORE Kathleen, *Pardons, justice, mercy, and the public interest*, op. cit., p. 6.

⁶⁷⁹ Voir : *infra*, pp. 458 à 476.

raison de la généralisation des politiques centrées sur l'insécurité⁶⁸⁰, d'autres prévoient son augmentation du fait de l'inadaptation des droits pénaux nationaux à l'exigence d'individualisation des condamnations et des peines⁶⁸¹. Quelle que soit cette évolution les questions relatives à la séparation des pouvoirs continueront à se poser. Si l'amnistie des dirigeants politiques était accusée de rompre l'équilibre constitutionnel, la seule arme radicale serait alors juridique, c'est à dire soit une révision constitutionnelle encadrant la procédure d'adoption de l'amnistie (1), soit surtout l'adaptation du régime de responsabilité des dirigeants politiques (2).

1. Par une révision constitutionnelle spécifique à l'amnistie

Dès lors qu'une amnistie des dirigeants politiques est adoptée, elle est controversée et est suivie d'un appel à la révision de la Constitution. Par conséquent, la plupart des juristes s'intéressant à cette question envisagent une telle possibilité quel que soit leur Etat de référence. Néanmoins, ils rappellent tous sa difficile mise en œuvre. Ainsi Jody C. Baumgartner et Mark H. Morris

⁶⁸⁰ Selon le professeur Ruckman: « *The « Law and order » presidential campaigns of Richard Nixon may have increased the salience of criminal justice issues in executive politics to the point that we should no longer expect to find aggressive clemency activity in the executive branch (...). A second possible explanation for the apparent decline in the exercise of clemency is the presence of presidents who had previous experience as a state governor. Ronald Reagan, James Carter and William Jefferson Clinton all served as governors before entering the presidency. Former governors, of course, know – better than anyone – the potential perils of an act of clemency. It may therefore be necessary to reexamine the date upon election of an individual without such experience before reaching more global conclusions about federal executive clemency* » (RUCKMAN P.S. Jr, « Federal executive clemency in United States, 1934-1994: an empirical analysis », in *1996 Annual meeting of the southern political science association*, Atlanta, GA, <http://ednet.rvc.cc.il.us>, p. 2).

⁶⁸¹ Parmi ces auteurs, se trouve Kathleen Dean Moore : « *It is reasonable to expect that the role of pardons will expand in the next decade because of changes now taking place in the criminal law. These changes grew out of widespread disillusionment with the failures of a penal system in which judges had the power to assign individualized, indeterminate sentences in « correctional facilities », until offenders could safely and gradually be reintroduced into society by means of furloughs and parole. Under the new rules, judicial discretion will be sharply curtailed by sentencing guidelines, and parole will be gradually eliminated. Pardon may end up as the only means of individualizing sentences* » (DEAN MOORE Kathleen, *Pardon, mercy...*, op. cit., p. 7).

expliquent les conditions de révision de la Constitution en Russie, c'est à dire la réunion de la majorité des trois-quarts du Conseil de la fédération puis le soutien de deux tiers des quatre-vingts neuf régions, avant de conclure qu'une telle révision constitutionnelle serait impossible concernant le *pardon* et inenvisageable actuellement en raison de l'influence du président⁶⁸².

Dans les autres Etats dont la Constitution est rigide⁶⁸³, la révision constitutionnelle est soumise à une procédure se distinguant de la procédure législative ordinaire. Concernant l'amnistie, les propositions de révision constitutionnelle sont en premier lieu relatives à un plus grand formalisme de la procédure d'adoption des mesures de clémence. C'est le cas en Italie où depuis 1992, les lois d'amnistie doivent être adoptées par le pouvoir législatif à la majorité des deux tiers⁶⁸⁴. Mais cela peut se vérifier également dans des pays où le pouvoir amnistiant est confié à l'exécutif. Aux Etats-Unis, après le *pardon* octroyé à Richard Nixon, des propositions de révision constitutionnelle ont été préparées par certains membres du Congrès, sans être jamais examinées. En particulier, le sénateur Walter Mondale proposa un nouvel amendement en vertu duquel le Congrès aurait pu annuler un *pardon* présidentiel par un vote à la majorité des deux tiers dans un délai de cent-vingt jours suivant son adoption.

Néanmoins, réviser la Constitution pour empêcher que l'exécutif se serve de sa prérogative amnistiante comme d'un moyen de renforcer sa position, c'est prendre le risque de modifier l'équilibre constitutionnel et même parfois de changer la nature du régime. Si l'on reprend l'exemple américain, il est possible de penser qu'octroyer un contrepouvoir au Congrès en matière de *pardon* sans contrepartie pour le président reviendrait à lui ôter de l'importance par

⁶⁸² BAUMGARTNER Jody C., MORRIS Mark H., « Presidential Power Unbound... », *op. cit.*, p. 223.

⁶⁸³ C'est à dire précisément que contrairement à une Constitution souple, la procédure de révision constitutionnelle diffère de la procédure législative ordinaire et que par conséquent cette Constitution se place au sommet de la pyramide des normes.

⁶⁸⁴ Voir, *supra* : pp. 146-147.

rapport au Sénat et à la Chambre des représentants. Or, pour reprendre la conclusion de Paul Gaudemet dans son analyse de la séparation des pouvoirs précitée, ce principe doit être nuancé :

« Point besoin que ces [diverses autorités] soient chargées de compétences législatives, exécutives ou judiciaires, il suffit qu'elles aient des attributions différentes et des sources d'autorité distinctes pour pouvoir s'équilibrer et empêcher qu'elles n'abusent de leur pouvoir⁶⁸⁵ ».

En réalité, les révisions et aménagements constitutionnels privilégiés sont ceux qui encadrent plus indirectement l'exercice du pouvoir amnistiant. Par exemple, de nombreux pays d'Amérique latine ont modifié au cours de leur transition démocratique la composition des organes intervenant dans l'adoption ou dans le contrôle de l'amnistie. Pour Sandrine Lefranc, en Argentine,

« L'évolution de la composition de la Cour suprême a déjà fait disparaître l'un des obstacles majeurs à l'exercice « normal » de la justice (...). A la suite d'une réforme constitutionnelle qui, en décembre 1997, a donné au Sénat le pouvoir d'approuver les nominations présidentielles et a augmenté l'effectif des juges de 17 à 21, les membres nommés par le régime autoritaire ont perdu leur position majoritaire⁶⁸⁶ ».

Cela peut également se traduire par une évolution de la composition du Parlement ou de l'exécutif. Toutefois, se concentrer sur la séparation des pouvoirs pour dénoncer la possibilité offerte à l'exécutif d'adopter des amnisties de dirigeants politiques détourne de ce qui doit être l'objectif principal d'une telle dénonciation: aménager la responsabilité des hommes politiques qu'ils soient ou non en exercice de telle sorte qu'elle soit adaptée aux infractions qu'ils ont commises et prévienne l'utilisation abusive de l'amnistie pour contrer ses faiblesses.

⁶⁸⁵ GAUDEMET Paul, « La séparation des pouvoirs, mythe et réalité », *Dalloz* 1961, p. 120.

⁶⁸⁶ LEFRANC Sandrine, *Politiques du pardon – Amnistie et transitions démocratiques...*, *op. cit.*

2. Par l'aménagement de la responsabilité des dirigeants politiques

Le fait que l'amnistie puisse révéler l'inadaptation des règles de responsabilité pénale n'est pas propre aux amnisties de dirigeants politiques⁶⁸⁷. Cependant, dans ce cas spécifique, le problème se pose avec plus d'acuité dans la mesure où ce type d'amnistie peut avoir des conséquences sur l'aménagement constitutionnel de la séparation des pouvoirs. Or, dès lors que l'on reconnaît qu'une amnistie est liée à l'inadaptation des règles de responsabilité des dirigeants politiques, le débat porte essentiellement sur les modalités de la révision des règles relatives à l'amnistie des dirigeants politiques. Ces règles de responsabilité des dirigeants politiques sont à la fois constitutionnelles et législatives. Pour ce qui concerne les règles constitutionnelles qui mettent en place une immunité, une irresponsabilité, une inviolabilité ou une justice d'exception s'appliquant aux titulaires de fonctions politiques, leur modification ou leur instauration peut empêcher l'adoption d'amnisties bénéficiant à des dirigeants politiques. C'est tout l'apport d'auteurs comme Cesare Beccaria qui considéraient que dans un système juridique parfait la clémence n'existe pas. Toutefois, c'est souvent l'adoption d'une loi pénale s'appliquant aux dirigeants politiques qui suscite des discussions, notamment en France. En effet, pour certains auteurs, ces lois pénales doivent intervenir concomitamment avec l'amnistie, afin que cette dernière renforce l'efficacité de la réforme envisagée. Selon Maître Soulez-Larivière qui analyse les différentes lois relatives au financement des partis politiques et des campagnes électorales, celles-ci auraient dû être accompagnées d'une amnistie absolue :

« Avec pertinence, le pouvoir politique crée une loi de financement des partis.
(...) Par ailleurs, le pouvoir considéra qu'il n'était ni juste, ni raisonnable, de laisser se développer des instructions pénales qui devraient normalement conduire la totalité de la

⁶⁸⁷ Par exemple, après le vote d'une loi d'amnistie par la Douma devant bénéficier à près de 100 000 détenus et prisonniers en Fédération de Russie, l'Organisation Non Gouvernementale (ONG) Amnesty international soulignait qu' : « *Il est vital que l'ensemble du système judiciaire soit réformé ; les autorités ne sauraient se contenter d'adopter des lois d'amnistie pour remettre en liberté des milliers de détenus, dont un grand nombre n'auraient en tout état de cause jamais dû être incarcérés* » (Amnesty international, Fédération de Russie : la nouvelle loi d'amnistie n'est qu'un palliatif, Index AI : EUR 46/21/99, 1999, p. 1).

représentation nationale devant le tribunal correctionnel, puisque pas plus à droite qu'à gauche, le financement des campagnes ne s'est fait autrement que par des actes formellement délictueux. Aussi fit-il voter, avec la loi nouvelle sur le financement des partis, une loi d'amnistie venant doubler celle déjà votée en 1988, comme il est d'usage après l'élection du président de la République. Mais cette loi comporte une exclusion, celle qui concerne le trafic d'influence. (...) Et puis cette loi exclut de son bénéfice les parlementaires qui l'ont votée ! Réflexe politique, et non pas juridique, typique du personnel d'Etat qui n'accorde aucune importance au droit. Naturellement le droit se venge. Car avec ces exclusions, la loi d'amnistie n'existe pas complètement et le fin politique se retrouve avec sur les bras tous les inconvénients de l'amnistie, sans tous les avantages⁶⁸⁸ ».

Daniel Soulez-Larivière estime donc que ces nouvelles lois auraient dû être accompagnées d'une amnistie totale afin de renforcer leur efficacité. Mais d'autres auteurs font le constat inverse. Pour eux lorsque les lois pénales s'appliquent à la responsabilité des dirigeants politiques elles ne doivent pas être accompagnées d'amnistie sous peine de ne pas atteindre l'objectif espéré. C'est le cas de Michel Bon d'après qui:

« L'amnistie qui accompagnait la loi – la bonne loi – sur le financement de la politique a, de même, certainement dopé la corruption en encourageant à la fois le sentiment de son impunité et le mimétisme pervers qu'il propage⁶⁸⁹ ».

⁶⁸⁸ SOULEZ-LARIVIERE Daniel, « Le juge et le politique, un opéra sans fin ? », *Commentaire*, numéro 65, printemps 1994, Plon, p. 10.

⁶⁸⁹ BON Michel, « Face à la corruption », *Commentaire*, numéro 65, printemps 1994, Plon, p. 17. En France, on retrouve fréquemment la même idée concernant le financement des partis politiques et des campagnes électorales dans la presse, mais de façon plus implicite. Par exemple, en janvier 2003, Nathalie Guibert écrivait dans le journal *Le Monde* : « La loi est mauvaise, changeons la ! Après la condamnation d'Alain Juppé au titre de la loi de 1995 sur le financement des partis politiques des voix s'élèvent à l'UMP, pour remettre l'ouvrage sur le métier. Depuis les années 1980 après quatre lois et autant d'amnisties censées remettre les compteurs judiciaires à zéro, le scénario se répète. Cette fois, c'est l'automaticité entre la condamnation d'un élu pour prise illégale d'intérêt et inéligibilité qui semble devenue inacceptable. Elle avait pourtant été votée au nom de la défense de la morale et du progrès d'un droit soucieux de mieux adapter les sanctions aux délits : un élu qui trahit la confiance des citoyens ne devait plus être éligible » (GUIBERT Nathalie, « Financement des partis : des lois sans cesse critiquées par les élus », *Le Monde*, jeudi 5 février 2004, p. 8).

En conclusion, l'amnistie des dirigeants politiques ne remet pas en cause l'aménagement constitutionnel de la séparation des pouvoirs même lorsque des conventions internationales s'appliquent. Elle participe seulement à la nuance de ce principe. Si les conséquences de l'utilisation de l'amnistie sur l'organisation de la séparation des pouvoirs peuvent être atténuées par une révision constitutionnelle des règles relatives à l'amnistie ainsi que par l'adaptation du régime de responsabilité pénale des dirigeants politiques, cela ne peut se faire qu'en dehors de toute crise. Toutefois, contester une amnistie ne doit pas conduire à remettre en cause tout le pouvoir d'amnistie au profit des dirigeants politiques⁶⁹⁰ car il conserve son utilité politique. Seules certaines d'entre elles peuvent être remises en cause : celles qui représentent un abus de droit ou un détournement de procédure.

⁶⁹⁰ Cette considération est celle du professeur Ross qui estime qu'il est possible de contester un *pardon* octroyé par le président mais pas le pouvoir de *pardon* du président (ROSS William G., « Question a president's pardons, but not the pardon power », *op. cit.*).

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

TITRE 2 – UNE MAÎTRISE POUVANT CONDUIRE À UNE UTILISATION ABUSIVE DE L'AMNISTIE

Selon Marilda Boccassini, juge chargée de l'instruction pénale de plusieurs affaires dans lesquelles sont mis en cause des dirigeants politiques italiens, dont le chef de gouvernement Silvio Berlusconi : « *C'était plus facile de combattre la Mafia : l'ennemi ne pouvait pas changer les lois à sa convenance* ⁶⁹¹ ». Même si les termes employés par madame Boccassini traduisent les tensions entre les magistrats et la majorité parlementaire italienne actuelle, ils expriment l'une des problématiques importantes de la responsabilité pénale des dirigeants politiques. En effet, comment juger les infractions commises par ces derniers, dès lors qu'ils peuvent eux-mêmes modifier leur régime de responsabilité ? Plus précisément : la participation d'un dirigeant politique à la révision de son propre statut pénal représente-t-elle un abus d'autorité⁶⁹²?

L'amnistie s'inscrit inévitablement dans cette problématique dans la mesure où elle a des effets généraux qui permettent aux dirigeants politiques d'interrompre les poursuites en cours contre eux-mêmes, quel que soit le stade de la procédure. Il est certain qu'étant un instrument contrôlé par des hommes politiques, son utilisation ne peut, par nature, être que politique. L'un de ses

⁶⁹¹ Propos recueillis par Marcelle Padovani. (PADOVANI Marcelle, « La Bravoure d'Ilda la Rouge, cette magistrate seule contre Berlusconi », *Le Nouvel Observateur*, semaine du 12 au 18 décembre 2002, rubrique : notre époque, disponible sur : <http://www.nouvelobs.com/articles/p1936/a7675.html>)

⁶⁹² Une problématique que l'on pourrait retrouver en France à propos du statut pénal du chef de l'Etat que le président Chirac s'est engagé à soumettre au Congrès en application de la procédure déterminée par l'article 89 alinéa 3 de la Constitution française. L'initiative de la révision constitutionnelle « *appartient concurremment au président de la République sur proposition du Premier ministre et aux membres du Parlement (...). Le projet de révision n'est pas présenté au référendum lorsque le président de la République décide de le soumettre au Parlement convoqué en Congrès ; dans ce cas, le projet de révision n'est approuvé que s'il réunit la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés* ».

objectifs est d'ailleurs d'assouplir les rigueurs du droit pour l'adapter à des cas non envisageables juridiquement. Elle doit ainsi être mise en œuvre pour des raisons d'opportunité et donc indubitablement subjectives. Du fait de cette généralité et de cette subjectivité, il pourrait être considéré que la prérogative d'auto-amnistie représente une utilisation abusive de cet instrument juridique. Toutefois, il convient alors de s'entendre sur le sens donné au terme d'abus. En effet, si dans le langage courant, l'abus désigne « *l'usage mauvais, excessif, ou injuste d'une chose*⁶⁹³ », il a des significations plus précises en droit. Il peut en effet recouvrir un abus de droit, un abus de pouvoir ou un abus de fonctions. Traditionnellement, on lui associe également les détournements de procédure et les détournements de pouvoir. Lors de leur utilisation, ces qualifications peuvent présenter trois difficultés. La première est qu'elles renvoient à un domaine de compétence restreint. Ainsi, l'abus de droit, l'abus de fonction⁶⁹⁴ et le détournement de droit se rapportent traditionnellement au droit privé, contrairement au détournement de procédure, qui lui est spécifique au droit administratif dans les Etats où celui-ci représente un système de droit autonome⁶⁹⁵. Néanmoins, ces qualifications d'abus de droit,

⁶⁹³ Définition du dictionnaire « Le Petit Robert » (REY Alain, REY-DEBOVE Josette (dir. de rédaction), *Le Petit Robert, dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, réédition, première édition en 1967)

⁶⁹⁴ Entendu alors comme l'abus de fonction par un préposé. D'après le professeur Georges Michaelides-Nouaros, « *sous le terme d'un « abus de fonctions » (qui fait naître la responsabilité du commettant), on peut comprendre tout acte dommageable du préposé qui constitue une violation des ordres ou des instructions du commettant, pourvu qu'il se trouve dans un lien de causalité ou de connexité à l'exercice des fonctions* » (MICHAELIDES-NOUAROS Georges, « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil, Rapport général », in *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, Paris, Tome 28, 1977, 546 p.).

⁶⁹⁵ Par exemple, voir : CALCULLI Francesco, *Le détournement de pouvoir en France et en Italie : analyse comparative*, thèse pour l'obtention du doctorat de droit public soutenue à l'Université de Montpellier I, 1997, 496 p.

d'abus de fonction et de détournement de droit ont déjà été étendues par des chercheurs à d'autres domaines tels que le droit administratif⁶⁹⁶, le droit fiscal⁶⁹⁷, mais surtout les droits comparé⁶⁹⁸, international⁶⁹⁹ et constitutionnel⁷⁰⁰. De ce fait, il existe un sens de l'abus en droit privé, et un autre plus large⁷⁰¹ qui s'« étend également à d'autres domaines juridiques, (...) [et] même à l'ensemble des rapports juridiques⁷⁰² ». De même, le détournement de pouvoir pourrait être entendu dans un sens moins strict comme l'utilisation par toute autorité d'une de ses compétences en dehors de sa finalité⁷⁰³. Il faudrait alors prendre en compte le détournement de

⁶⁹⁶ DUBOUIS Louis, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, thèse, Paris : LGDJ, 1962, 471 p.

⁶⁹⁷ ESMEL-BERAUDY Paulin, *De la spécificité de l'abus de droit en matière fiscale*, thèse pour l'obtention du doctorat en droit, sous la direction du professeur J-P. Gastaud, soutenue à l'Université de Nice-Sophia Antipolis, 2000, 364 p.

⁶⁹⁸ MARKOVITCH M., *La théorie de l'abus des droits en droit comparé*, Librairie générale du droit, 1936.

⁶⁹⁹ KISS Alexandre-Charles, *L'abus de droit en droit international*, thèse pour le doctorat en droit, présentée et soutenue le 19 mai 1952, à Paris, Jury sous la présidence de Madame Suzanne Bastid, Paris : LGDJ, 1952, 180 p.

⁷⁰⁰ ECK Laurent, *L'abus de droit en droit constitutionnel*, thèse en préparation sous la direction du professeur T. Debard, Université Jean Moulin, Lyon III.

⁷⁰¹ L'acceptation de l'abus de droit dans son sens large est illustrée par l'article 6-1 du Code civil luxembourgeois, introduit par la loi du 2 juillet 1987 : « *Tout acte ou fait qui excède manifestement, par l'intention de son auteur, par son objet ou par les circonstances dans lesquelles il est intervenu, l'exercice normal d'un droit, n'est pas protégé par la loi, engage la responsabilité de son auteur et peut donner lieu à une action en cessation pour empêcher la persistance dans l'abus* ».

⁷⁰² COTTIER Bertil, « L'abus de droit en droit comparé », in Conseil de l'Europe (affaires juridiques), *L'abus de droit et les concepts équivalents : principes et applications actuelles*, Actes du dix-neuvième Colloque de droit européen, Luxembourg, 6-9 novembre 1989, Strasbourg, 1990, p. 25.

⁷⁰³ Robert Biever en donne une description plus précise : « *le détournement de pouvoir consiste en l'exercice d'un pouvoir public en dehors des fins en vue desquelles ce pouvoir a été institué. Cette fin est l'intérêt général et le bien du service. L'acte public entaché de détournement de pouvoir est extérieurement correct : les formes légales sont observées. Mais à considérer toutes les circonstances du cas, il est possible d'établir que l'autorité a détourné son pouvoir du but en vue duquel il lui est conféré ; elle l'a asservi à l'intérêt individuel d'une manière incompatibles avec les normes de droit admises* » (BIEVER Robert, « Allocution » (l'abus de droit), in Conseil de

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

procédure qui est une forme de détournement de pouvoir consistant à « *substituer à une procédure régulière une autre procédure plus expéditive mais non applicable à l'opération poursuivie*⁷⁰⁴ ». Mais ce détournement de procédure se distinguerait encore de l'abus de procédure qui consiste pour un individu à utiliser son droit de recours dans le but de causer un préjudice. Quoiqu'il en soit, parce qu'elles sont une forme d'abus de droit, les notions liées à un détournement pourraient donc être appropriées à notre sujet d'étude.

La deuxième difficulté que présente l'utilisation de ces concepts provient de l'adoption d'un raisonnement en droit comparé. Or, d'après Bertil Cottier,

« De la définition de l'abus de droit à ses effets juridiques, en passant par ses conditions de mise en œuvre et ses domaines d'application, les points communs entre les pays européens sont rares. Si rares, que nous affirmerons d'emblée, (...) qu'il y a pratiquement autant de notions de l'abus de droit qu'il y a d'Etats membres du Conseil de l'Europe. Et ce n'est pas tout : cette diversité est encore accentuée par le fait que, à l'intérieur même de la plupart des pays, la portée de l'interdiction de l'abus de droit ne fait pas l'unanimité ; les controverses doctrinales comme les arrêts contradictoires sont monnaie courante⁷⁰⁵ ».

Cependant, même si elles font l'objet de controverses juridiques, ces notions renvoient toutes à un phénomène identique : la mise en œuvre à dessein d'une procédure, d'un droit, ou la réalisation d'un acte dans un but autre que celui dans lequel ils ont été institués. En outre, ces concepts ont en commun d'identifier un comportement⁷⁰⁶ pour lequel des règles de

l'Europe (affaires juridiques), *L'abus de droit et les concepts équivalents : principes et applications actuelles*, Actes du dix-neuvième Colloque de droit européen, Luxembourg, 6-9 novembre 1989, Strasbourg, 1990, p. 19).

⁷⁰⁴ GUILLIEN Raymond, VINCENT Jean, (sous la direction de), *Lexique, termes juridiques, op. cit.* Il faut préciser néanmoins que certains refusent cette assimilation du détournement de procédure – qui suppose une interversion de procédure – au détournement de pouvoir, dès lors que ce dernier se définit exclusivement par un critère finaliste.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 23.

⁷⁰⁶ Ce comportement est comparable à celui défini par M. Léon Moureau président émérite du Conseil d'Etat belge : « *C'est (...) l'usage inadmissible fait par l'autorité ou l'agent public des prérogatives ou avantages de sa fonction et non sur des éléments qui caractériseraient en lui-même cet abus* » (MOUREAU Léon, « L'abus de

responsabilité et de sanctions peuvent être appliquées. L'objectif de cette étude est de réaliser cette identification mais appliquée à l'amnistie.

Néanmoins, il existe une troisième difficulté lors de l'application de ces notions à l'amnistie des dirigeants politiques. Cette difficulté réside dans la subjectivité de la caractérisation d'un abus⁷⁰⁷. Par exemple, l'abus de droit renvoie à l'utilisation d'un droit subjectif⁷⁰⁸ lui-même

pouvoirs ou de fonctions en droit public belge », in Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, Tome 28, 1977, p. 431).

⁷⁰⁷ Cette difficulté a été exprimée par de nombreux auteurs. On retiendra celle de Robert BIEVER, lors du colloque du Conseil de l'Europe relatif aux abus de droit et aux concepts équivalents: « *La théorie de l'abus de droit a connu un grand succès, et ceci dans de nombreux pays. Cependant, l'exposé en est difficile, car les questions soulevées ne sont pas seulement d'ordre technique mais mettent en jeu des choix philosophiques et politiques. La notion de droit subjectif, la morale et l'ordre social sont en cause. Les prises de position à l'égard de ces sujets sont toujours très périlleuses* » (BIEVER Robert, « Allocution » (l'abus de droit), *op. cit.*, p. 16).

⁷⁰⁸ C'est Louis Josserand qui définit le premier le détournement de pouvoir par rapport à sa finalité. Il est possible de désigner sa conception comme la théorie finaliste qui s'oppose à la conception absolutiste des droits : « *L'agent a utilisé ses pouvoirs en vue d'un but autre que celui qui leur était assigné, il les a détournés de leur destination, il les a faussés et son acte tombe sous le coup du recours pour excès de pouvoir. C'est le triomphe de la moralité sur la légalité, de l'esprit de l'institution sur la lettre de la loi ; c'est la consécration officielle de la notion de but dans le droit* » (JOSSERAND Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits, Essais de téléologie juridique*, Dalloz, 1939, 2^{ème} édition, p. 259). Cette subjectivité représente l'une des principales difficultés d'analyse de l'abus de droit, surtout face à un « droit discrétionnaire ». Selon Robert Biever : « *Se pose pour les pays qui ont ancré le principe de l'abus de droit parmi les principes fondamentaux de droit, un autre problème bien délicat. C'est celui de savoir s'il n'y a pas de droits absolus ou discrétionnaires auxquels la théorie de l'abus de droit ne s'applique pas. (...) Les raisons qui font admettre l'existence de droits discrétionnaires sont variées et un changement dans les normes sociales ou dans l'organisation sociale peut leur enlever le caractère de droit discrétionnaire. D'ailleurs il semble bien que la liste des droits discrétionnaires tend à se réduire* » (*Ibid*, p. 21).

caractérisé subjectivement de non conforme à sa destination. Or, la finalité de l'amnistie est unanimement reconnue comme étant politique et donc subjective. Se pose alors la question de sa caractérisation en tant que droit puisque pour que son titulaire puisse en abuser, le droit à bénéficier de l'amnistie doit être également subjectif. Un droit subjectif est une « *prérogative attribuée à un individu dans son intérêt lui permettant de jouir d'une chose, d'une valeur ou d'exiger d'autrui une prestation*⁷⁰⁹ ». L'amnistie, à condition qu'elle ne soit pas d'ordre public, pourrait répondre à ces caractéristiques. Cependant, les simples titulaires du droit d'amnistie – ceux qui en bénéficient sans disposer de ce pouvoir – ne l'exercent pas eux-mêmes ; ils voient ses effets s'appliquer automatiquement à leurs faits délictueux. L'abus du droit de l'amnistie pourrait donc être juridiquement impossible dans la mesure où son titulaire n'a aucune influence sur l'intensité avec laquelle il l'exerce et parce que la finalité de l'amnistie est si largement définie qu'elle paraît difficile à être outrepassée. En revanche, il pourrait y avoir plus facilement abus de la prérogative d'amnistie, et en particulier détournement de celle-ci, dans les situations d'auto-amnistie, lorsque le titulaire du droit exerce lui-même cette prérogative. En effet, dans ce cas, le titulaire du droit agit sur la mise en œuvre de ce droit puisque c'est lui qui la décide, l'adopte ou parfois l'applique à lui-même. Lorsque l'amnistie est un droit subjectif, il peut également se servir de cette prérogative et des droits qu'elles lui procurent pour causer un préjudice à un autre individu.

L'abus sera donc considéré dans son sens le plus général, celui qui inclut notamment le détournement de pouvoir. Ainsi, la présence d'un préjudice intentionnel ne sera pas indispensable à la caractérisation de l'abus puisque l'on admet « *qu'il y a possibilité d'abus en dehors de toute intention de nuire, ce qui forcément aura pour conséquence que l'on s'interrogera sur les limites externes du droit, lesquelles seront nécessairement fonction de la finalité – plus ou moins nette – en vue de laquelle le droit est organisé*⁷¹⁰ ». Le problème reste

⁷⁰⁹ GUILLIEN Raymond, VINCENT Jean, (sous la direction de), *Lexique, termes juridiques*, op. cit.

⁷¹⁰ KRIEPS Robert, « Rapport général », présenté à l'occasion du colloque organisé par le Conseil de l'Europe (affaires juridiques), *L'abus de droit et les concepts équivalents : principes et applications actuelles*, op. cit., p. 164.

qu'il faudra définir cette finalité de l'amnistie, en essayant de ne pas faire intervenir de paramètres d'analyse non juridiques⁷¹¹ et de ne pas oublier que tout droit peut en lui-même être qualifié d'abusif dans la mesure où il porte atteinte à un autre droit, ou à une autre liberté⁷¹², comme le fait l'amnistie à l'encontre du droit de chacun d'agir en justice⁷¹³.

Avec ces précisions, il convient de s'interroger sur le respect par les amnisties de dirigeants politiques de la finalité de l'amnistie, même si l'utilisation du droit comparé a pour conséquence une volonté de privilégier le phénomène d'abus, plutôt que les qualifications employées⁷¹⁴. Or,

⁷¹¹ En effet, si l'on prend en compte la définition subjective de la finalité d'un droit ou d'une procédure, le risque est grand de faire intervenir des concepts extra-juridiques tels que l'injuste ou la morale par exemple. « *En logique pure la notion d'abus de droit est contradictoire. Qui dit abus, affirme par là que les limites du droit sont franchies. Celui qui agit abusivement, n'est pas dans son droit. Le problème vient de ce que, en usant d'une faculté garantie par la loi ou prévue dans une convention, on peut aller jusqu'à commettre un acte que réprouve l'équité ou la morale (laquelle quoiqu'on dise, n'a pas encore tout à fait cessé d'exercer une influence sur le droit). Il s'agit alors de fixer des limites à l'exercice du droit subjectif. Qui doit s'y employer ?* » (MARGUE Georges, « L'abus de droit et la loi luxembourgeoise », in Conseil de l'Europe (affaires juridiques), *L'abus de droit ...*, op. cit., p. 54)

⁷¹² Robert Biever démontre ainsi que tout droit peut être abusif : « *Les droits ne sont-ils pas par définition, ou presque, les domaines réservés à la liberté de chaque individu ? Se pose alors, dans cette optique, la question de savoir comment un individu pourrait abuser de ses droits. Cependant, ne se trouve-t-il pas que, bien souvent, l'avantage qu'un droit confère à son titulaire ne s'obtient qu'au prix d'une limitation de la liberté d'autrui ? Parfois même, l'exercice d'un droit cause un préjudice important. (...) Admettre un contrôle des droits (...) ce n'est pas comme on l'a dit peut-être avec quelque injustice, sacrifier l'individu à la société, mais limiter les droits de l'individu par ses devoirs. C'est affirmer que les droits ne sont pas « absolus » mais relatifs, et qu'on ne peut en retourner l'exercice contre la société qui en assure la reconnaissance. Partant de cette opposition, on a beau jeu de faire dévier le débat du terrain juridique sur le terrain politique* » (BIEVER Robert, op. cit., p. 15).

⁷¹³ Voir, *supra* : pp. 81 à 103.

⁷¹⁴ Il est d'ailleurs possible de considérer que les qualifications adoptées dans ce domaine sont voisines et même qu'elles peuvent être regroupées en une seule et même catégorie: « [Dans], *la théorie civiliste de l'abus des droits et la théorie administrative du détournement de pouvoir ; ne faut-il pas y voir deux rameaux issus d'une souche commune, deux manifestations d'une seule et même idée, à savoir que nos prérogatives, qu'elles soient d'ordre privé ou bien d'ordre public, qu'elles ressortissent à notre personnalité même ou bien à la fonction dont nous sommes investis, ont une valeur sociale et non abstraite ; qu'elles doivent donc se réaliser socialement, en*

l'auto-amnistie ne constitue pas en elle-même une utilisation abusive de l'amnistie dans la mesure où aucune disposition constitutionnelle ne paraît la rendre non conforme à la finalité de l'amnistie (CHAPITRE 1). En revanche, l'utilisation par des dirigeants politiques, courante dans certains Etats, d'autres procédures constitutionnelles à des fins amnistiantes peut plus facilement être caractérisée de détournement de pouvoir – et donc de comportement abusif – dans la mesure où elle leur bénéficie en allant à l'encontre de la finalité de ces prérogatives (CHAPITRE 2).

*conformité du but auquel elles répondent, but variable, sans doute, avec les pays, les époques et les rapports juridiques, mais but qui se retrouve partout et toujours, qui forme l'essence même de nos droits et en dehors duquel ceux-ci perdraient jusqu'à leur raison d'être et jusqu'à leur justification ? (...) En réalité dans le domaine du droit administratif comme dans celui du droit privé, on voit parfois le titulaire d'une prérogative l'exercer dans une fausse direction et accomplir un acte qui constitue un contresens juridique ; d'où la sanction qui intervient alors, sous des aspects variables, mais pour la même raison et pour le même but : il s'agit toujours d'assurer l'exercice et la réalisation des droits en conformité de leur finalité, de leur destination sociale ; et c'est pourquoi nous persistons à voir dans l'abus des droits et dans le détournement de pouvoir, deux institutions sœurs ayant chacune son individualité certes, et se réalisant par des procédés différents, mais issues du même sang et répondant à la même pensée ; ou, plus exactement et plus précisément, la deuxième théorie nous apparaît comme un rameau détaché de la première » (JOSSERAND Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, op. cit., pp. 259-262).*

CHAPITRE 1 – L'AUTO-AMNISTIE : UN INSTRUMENT CONFORME A LA FINALITÉ CONSTITUTIONNELLE DE L'AMNISTIE

Il existe de nombreux domaines dans lesquels les dirigeants politiques semblent mettre en œuvre abusivement l'amnistie. En effet, les initiateurs de l'amnistie peuvent en retirer des avantages personnels qui ne se limitent pas à celui d'empêcher ou de faire cesser des poursuites pénales à leur rencontre. Par exemple, le cas du *pardon* accordé par le gouverneur de Caroline du Sud à William H. Mills en 1912 est fréquemment cité comme démonstratif des possibilités d'abus du *pardon* dans la doctrine anglo-saxonne. Durant sa campagne électorale, le gouverneur Coleman Blease avait décidé de rechercher les voix de tous les électeurs de sa circonscription, même les plus délaissés par les autres candidats. Dans ce contexte, il avait promis à un groupe de malfaiteurs notoires d'octroyer un *pardon* à la personne de leur choix⁷¹⁵ en échange de leur militantisme actif et de leurs suffrages. Il tint sa promesse le jour du *Thanksgiving* suivant sa réélection, en amnistiant William H. Mills, condamné pour plusieurs crimes. De même, l'amnistie plus récente accordée par Bill Clinton à Marc Rich⁷¹⁶ a été qualifiée d'abusive et une commission d'enquête a été mise en place au sein de la Chambre des représentants pour contrôler ses conditions d'octroi. En effet, le bénéficiaire de ce *pardon*, qui exerçait l'activité

⁷¹⁵ Procédé qui pourrait être très ancien puisqu'il aurait déjà été utilisé au temps des romains si l'on se réfère à la Bible comme une source historique: « *A chaque fête, le gouverneur avait coutume de relâcher un prisonnier pour la foule, celui qu'elle voulait. (...) Le gouverneur leur demanda : lequel des deux voulez-vous que je vous relâche ? Ils répondirent : Barabbas !* » (*La nouvelle Bible Segond*, édition d'étude, alliance biblique universelle, édition 2002, p. 1289)

⁷¹⁶ Bill Clinton a accordé de nombreux *pardons* controversés dans le mois précédent la cessation de son mandat présidentiel.

de négociant en matières premières, était poursuivi pour fraude fiscale⁷¹⁷ mais aussi pour commerce illégal avec Cuba, l'Iran et la Libye – qualifié juridiquement de commerce avec l'ennemi –, deux infractions particulièrement attentatoires aux intérêts de l'Etat américain. Or, il a été dit que le président des Etats-Unis exerçait son pouvoir de *pardon* en tant que Procureur général et au nom de la nation offensée par l'infraction commise⁷¹⁸. Ce *pardon* ne semblait donc pas cadrer avec les objectifs de la mise en place d'un tel pouvoir, d'autant plus que Marc Rich était en fuite d'abord en Suisse puis en Israël. Surtout, il est apparu que l'ex-épouse de Marc Rich était l'une des premières contributrices aux campagnes de Bill et Hillary Clinton ainsi que du Parti démocrate⁷¹⁹. Cette amnistie semblait donc avoir été accordée par le président américain en dehors de toute finalité constitutionnelle de l'amnistie et par intérêt financier⁷²⁰. La commission d'enquête s'est pourtant heurtée à un problème : celui de la détermination de la véritable motivation du président Clinton, un intérêt d'autant plus difficile à apprécier qu'il n'est pas évoqué par la Constitution. Ce problème d'interprétation de l'intérêt véritablement retiré par l'initiateur de l'amnistie était déjà évoqué par Naghi Toloei Rahimabadi, qui considérait dans sa thèse qu'il était toujours constitué ou doublé de considérations électorales. Il expliquait que :

⁷¹⁷ L'administration fiscale américaine (The U.S. Treasury Department) la qualifia de plus grosse fraude fiscale que l'histoire des Etats-Unis n'est jamais connu. Marc Rich aurait permis l'évasion fiscale de plus de 48 millions de dollars (Voir: U.S. Congress, House of Representatives, Committee on Government Operations, « The strange case of Marc Rich, Contracting with tax fugitives and at large in the Alps », *Hearing before the government information, justice and agriculture committee*, 102nd Cong., 1st and 2nd session, 4 December 1991).

⁷¹⁸ Voir, *supra* : pp. 178 et s.

⁷¹⁹ Il apparaissait en 2000 que Denise Rich avait versé 1,1 million de dollars pour les campagnes respectives de Bill et Hillary Clinton mais aussi activement levé des fonds en leur faveur. Les membres de la commission d'enquête mise en place au sein de la Chambre des représentants ont désiré interroger Denise Rich sur les divers versements qu'elle avait effectués, mais celle-ci a invoqué le cinquième amendement de la Constitution américaine permettant à un individu de ne pas témoigner sous serment si cela risque de le mettre en cause.

⁷²⁰ Voir, par exemple : « Amnistie de Marc Rich : les témoins invoquent le cinquième amendement », Marie-Christine Bonzom, Washington : *Keystone Archive*, 09-02-2001, 10:26, disponible sur <http://www.denistouret.net/constititalien/Rich.html>.

« Il faut aller chercher la motivation effective et réelle du [*pouvoir amnistiant*], au besoin dans les travaux préparatoires ou dans la vie politique et sociale des parlementaires et hommes politiques, motivation qui ne se trouve mentionnée ni dans l'exposé des motifs, ce serait trop naïf !, ni dans le corps du texte. Tâche redoutable. (...) on sait que les préoccupations électorales constituent l'une des raisons qui ont trop souvent incité le législateur à voter des lois d'amnistie⁷²¹ ».

La motivation principale de l'auto-amnistie – entendue comme une amnistie adoptée à son propre profit par l'autorité amnistiante – est plus facilement identifiable même si l'on peut effectivement considérer qu'un intérêt secondaire peut justifier son adoption par le pouvoir amnistiant. Lorsque l'auto-amnistie est qualifiée d'utilisation abusive de l'amnistie⁷²², un critère finaliste est toujours adopté expressément ou implicitement. Ainsi, Kathleen Dean Moore se fonde sur la théorie de la rétribution⁷²³ pour distinguer les *pardons* abusivement octroyés de ceux qui le seraient légitimement⁷²⁴. Elle établit un lien entre la justification de la peine, qui doit infliger au condamné un tort comparable à celui qu'il a causé, pour lui faire réaliser les dommages causés par ses actes, et celle de l'amnistie qui ne peut intervenir qu'une fois réalisée la fonction de la peine ou dans le même esprit que la peine. D'autres auteurs

⁷²¹ TOLOOEI RAHIMABADI Naghi, thèse, *op. cit.*, p. 188.

⁷²² Par exemple, Stéphane Gacon dans sa thèse explique que : « *L'expression « auto-amnistie » témoigne du mal qui ronge la vie politique française. Elle reflète le hiatus qui existe entre une grande partie de l'opinion et la classe politique. L'amnistie est présentée comme l'outil privilégié permettant à une caste placée hors de la société de bénéficier du privilège insigne de ne pas subir la loi commune (...) sur la base d'un antiparlementarisme rampant, dans le cadre d'une vraie crise de la représentation politique reposant sur de réels abus et de véritables problèmes de corruption – qui ne sont peut-être pas plus scandaleux qu'à d'autres époques –, l'amnistie est présentée comme l'un des signes principaux de l'immoralité politique. François Mitterrand lui-même a fini par reconnaître publiquement que cette disposition de la loi de 1990 fut l'un des faits qui ont le plus compté dans la démoralisation publique* » (GACON Stéphane, *L'amnistie, De la Commune à la guerre d'Algérie, op. cit.*, pp. 7-8).

⁷²³ Voir *supra*, note 161, p. 50.

⁷²⁴ « *What is not clear is the basis on which judgements about the moral justifiability of pardons are to be made. In this book, I offer a theory of pardons that shows how the principles of retributive justice can be used to distinguish between cases in which a pardon is justified and even morally obligatory, and cases in which a pardon is an abuse of the clemency power* » (DEAN MOORE Kathleen, *Pardons, justice, mercy...*, *op. cit.*, p. 4).

accorderont une ou plusieurs autres fonctions à l'amnistie : en particulier celle d'être un moyen d'associer le pays à un événement important, un outil de rénovation politique, de réconciliation, ou de régulation de la population pénitentiaire. Ils considéreront donc que l'utilisation de l'amnistie est abusive lorsqu'elle est adoptée sans respecter ces fonctions. La difficulté de cette approche est sa subjectivité, une subjectivité qui la rend inutilisable dans cette étude. Il convient donc au contraire de se concentrer sur un élément objectif pour qualifier d'abusifs les cas d'utilisation d'amnisties par les dirigeants politiques à leur profit. Le critère qui s'impose est alors la confrontation de l'auto-amnistie à la finalité de l'amnistie définie par le droit constitutionnel de l'Etat que ce soit directement par la Constitution, par des juridictions suprêmes et constitutionnelles par la coutume constitutionnelle ou par l'application du droit international.

Or, l'amnistie peut produire directement des effets sur les poursuites pénales engagées contre le dirigeant politique. Dans ce cas, dès lors qu'aucune norme constitutionnelle ou internationale ne s'y oppose, l'auto-amnistie directe ne paraît pas pouvoir être désignée comme une utilisation abusive de l'amnistie (SECTION 1). En revanche, l'auto-amnistie peut aussi être indirecte, soit que le dirigeant politique n'en soit qu'indirectement le bénéficiaire – par exemple lorsqu'il amnistie un proche ou un collaborateur pour éviter que des poursuites pénales s'engagent contre eux et mettent ainsi en évidence sa propre responsabilité – soit qu'il n'en soit qu'indirectement l'initiateur, comme lorsqu'il négocie son amnistie avec un autre dirigeant, le plus souvent celui qui lui succède. Ces cas d'auto-amnisties indirectes, pourraient plus facilement être qualifiables d'abusifs dans la mesure où, dans le premier cas, le véritable bénéficiaire de l'amnistie n'est pas celui qui est nommé dans l'acte normatif de clémence et que, dans le second cas, le pouvoir amnistiant n'est pas réellement à l'origine. Pourtant, la généralité de l'amnistie s'oppose à cette appréciation (SECTION 2).

SECTION 1 – LA VALIDITE DE L'AUTO-AMNISTIE

L'article 244 de la Constitution salvadorienne de 1983 est singulier. Il protège en effet expressément le texte constitutionnel contre l'utilisation de l'amnistie au profit de fonctionnaires publics, de civils ou de militaires qui auraient, notamment, violé ses dispositions. Aucune amnistie ne peut leur être accordée au cours de l'exercice du même mandat présidentiel que celui durant lequel les violations ont été commises⁷²⁵. Cette disposition est une limitation de l'auto-amnistie. Elle permet de l'éviter mais seulement durant une période limitée et uniquement pour des infractions déterminées⁷²⁶.

Dans nos pays de référence, les conditions de l'octroi de l'auto-amnistie ne sont pas déterminées ni par application de la Constitution, ni par référence à des conventions internationales. Seule la doctrine y fait référence, souvent en présentant l'invalidité de l'auto-amnistie comme

⁷²⁵ « *La violación, la infracción o la alteración de las disposiciones constitucionales serán especialmente penadas por la ley, y las responsabilidades civiles o penales en que incurran los funcionarios públicos, civiles o militares, con tal motivo, no admitirán amnistía, conmutación o indulto, durante el período presidencial dentro del cual se cometieron* » (Constitución Política de la República de El Salvador de 1983, actualizada hasta reforma introducida por el DL n° 56, del 06.07.2000, Base de datos políticos de las Américas, article. 244)

⁷²⁶ POPKIN Margaret, « El Salvador : a negotiated end to impunity ? », in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed), *Impunity and human rights in international law and practice*, op. cit., pp. 198 à 217, en particulier note 76.

évidente, à la manière du professeur Kalt aux Etats-Unis⁷²⁷. Deux considérations s'opposent à cette conception. En premier lieu, dans la mesure où l'amnistie des dirigeants politiques n'est pas prohibée explicitement, elle ne peut être considérée comme inconstitutionnelle ou inconstitutionnelle (I). En second lieu, aucune sanction n'est appliquée spécifiquement à cette utilisation particulière de l'amnistie. Pour la contester, il faudrait en effet se fonder sur un autre élément d'invalidité (II). Il est donc difficile de soutenir qu'elle représente en elle-même une utilisation abusive de l'amnistie au regard du droit international comme du droit constitutionnel.

I. Une utilisation de l'amnistie admissible en droit constitutionnel comme en droit international

L'auto-amnistie ne paraît pas contredire les normes constitutionnelles ou conventionnelles dans la mesure où celles-ci ne lui font pas expressément référence, qu'elles soient spécifiquement relatives à l'amnistie (A) ou qu'elles ne s'y rapportent qu'indirectement (B).

A. La non contradiction de l'auto-amnistie avec les normes constitutionnelles et conventionnelles relatives à l'amnistie

Les conventions internationales n'ont pas vocation à interdire l'auto-amnistie en général. De même, en règle générale, les Constitutions ne mentionnent pas l'auto-amnistie. Il est très rare que, comme en Espagne, l'octroi d'une mesure de clémence à un membre du gouvernement soit expressément mentionné⁷²⁸. Pour les associations qui luttent contre l'impunité des auteurs de violations de droits de l'homme⁷²⁹, ce silence des Constitutions signifie qu'elles ne

⁷²⁷ « *The evidence for the unconstitutionality of presidential self-pardons is substantially stronger* » (KALT Brian C., « Pardon me? : the constitutional case against presidential self-pardons », *op. cit.*, p. 782).

⁷²⁸ D'autant plus qu'en Espagne, une partie de la doctrine considère que l'amnistie n'a pas sa place en droit constitutionnel espagnol dès lors que la Constitution prohibe l'octroi par le roi de l'« indulto » général. Il n'y pas eu d'amnisties depuis la transition démocratique. C'est d'ailleurs pour cela que les traductions de la Constitution espagnole en français font directement référence à « la grâce ».

⁷²⁹ Essentiellement nord et sud-américaines, en raison du caractère personnel, voire même individuel dans le cas de *pardons*, des auto-amnisties envisagées ou adoptées sur ce continent. Mais les associations sud-américaines se sont davantage concentrées sur d'autres éléments d'inconstitutionnalité – telle que l'inconstitutionnalité de la

l'autorisent pas. Elles s'appuient sur la volonté des constituants pour renforcer leur position. Cette dernière est contestable (1) d'autant plus lorsque l'on interprète littéralement les dispositions relatives à l'amnistie, comme le font les juridictions constitutionnelles (2).

1. L'interprétation de la volonté des constituants

La Russie et l'Italie ont déjà été présentées comme des Etats dans lesquels l'amnistie était mise en place par les constituants afin d'atténuer la rigidité de l'application de règles de droit pénal et pour lutter contre la surpopulation carcérale. Cela correspond à la motivation de l'insertion de dispositions de clémence dans les Constitutions de la plupart des Etats⁷³⁰. Il est donc possible d'en conclure que les constituants ne souhaitaient pas que l'amnistie soit octroyée en dehors de ces justifications, notamment par des dirigeants en leur propre faveur. Néanmoins, il est facile de critiquer une telle interprétation de la volonté du pouvoir constituant originaire. En effet, en l'absence de précisions contraires, la responsabilité pénale des dirigeants politiques fait partie des régimes juridiques pénaux dont la rigidité des règles peut être adoucie occasionnellement.

Ce type de raisonnement est pourtant tenu par certains auteurs à propos d'Etats dans lesquels l'insertion de mesures de clémence dans la Constitution n'obéit pas exactement à la même

procédure utilisée – des auto-amnisties adoptées dans les Etats auxquels elles s'intéressaient. Au contraire, une petite partie des constitutionnalistes des Etats-Unis confrontée à des rumeurs régulières de *self-pardons* de présidents américains, s'est véritablement interrogée sur la constitutionnalité de l'auto-amnistie. Richard Nixon, Georges Bush Senior et Bill Clinton ont notamment été soupçonnés par la presse de l'époque de vouloir s'octroyer un *pardon* respectivement dans les affaires du *Watergate*, de l'*Irangate* et de *Whitewater*. Ainsi, s'agissant de Nixon, Jody C. Baumgartner et Mark H. Morris rappellent que : « *There has even been speculations that a President could pardon himself. Former Nixon Chief of Staff Alexander Haig writes in his autobiography that one of the legal options given to president Nixon prior to his resignation was to pardon himself and then resign. (...) It is almost a certainty that the Supreme Court would have been asked to rule had President Nixon pardoned himself* » (BAUMGARTNER Jody C., MORRIS Mark H., « Presidential Power Unbound: A Comparative Look at Presidential Pardon Power », *op. cit.*, p. 226).

⁷³⁰ Concernant la Russie, voir, *supra* : note 85 p. 31 ; quant à l'Italie, voir, *supra* : p. 146.

logique. S'agissant des États-Unis, Jody C. Baumgartner et Mark H. Morris⁷³¹ se réfèrent aux écrits d'Alexander Hamilton⁷³². Celui-ci considérait que la principale justification de l'octroi du pouvoir de *pardon* au président était la nécessité – surtout dans des périodes de rébellion ou d'insurrection – que le chef de l'exécutif puisse faire preuve, à un moment calculé, de clémence envers les insurgés ou les rebelles pour restaurer la tranquillité. Selon ces deux auteurs, le *pardon* d'un président à lui-même serait donc contraire à la justification constitutionnelle originelle du *pardon* et, par conséquent, en opposition avec le droit constitutionnel américain. Toutefois, à la lecture du reste des écrits d'Hamilton, la position de Jody C. Baumgartner et Mark H. Morris est faussée. Ainsi, dans les quelques lignes suivant le passage qu'ils citent, celui qui avait été l'un des inspirateurs de la Constitution de 1787 faisait remarquer que le pouvoir de *pardon* pouvait être confié sous une forme discrétionnaire au président américain puisque celui-ci serait toujours soumis dans son utilisation à des contraintes politiques⁷³³. Dans la mesure où cet auteur ne s'intéressait qu'aux limites politiques du pouvoir de *pardon*, il était possible d'en conclure qu'il ne lui envisageait aucune limite juridique.

Plus convaincante pourrait être la démarche d'une autre partie de la doctrine américaine, qui se réfère directement aux débats des constituants pour refuser la constitutionnalité de l'auto-amnistie du président américain ; mais elle est là encore contestable. Ainsi, d'après le professeur Kalt, l'exclusion du *self-pardon* par la Constitution américaine est implicite. Cet auteur développe, en deux étapes, l'idée selon laquelle le président ne peut pas s'octroyer un *pardon*

⁷³¹ BAUMGARTNER Jody C., MORRIS Mark H., *op. cit.*, p. 226.

⁷³² Dans le *Federalist 74*, publié le 25 mars 1788 (voir: HAMILTON Alexander, « The command of the military and naval forces, and the pardoning power of the executive » in HAMILTON Alexander, JAY John, MADISON James, *The Federalist : a commentary on the Constitution of the United States, op. cit.*).

⁷³³ Toujours à propos du *pardon*, Hamilton raisonne, par exemple, de la manière suivante : « *If it should be observed, that a discretionary power (...) might be occasionally conferred upon the President, it may be answered (...) that it would generally be impolitic beforehand to take any step which might hold out the prospect of impunity* » (*Ibid.*).

en raison de l'intention des constituants⁷³⁴. Cependant, ses arguments peuvent tous être contredits juridiquement. En premier lieu⁷³⁵, il fait référence aux discussions relatives à l'éventuelle interdiction de l'utilisation du pouvoir présidentiel de *pardon* pour les cas de trahison. Il se fonde plus précisément sur le débat entre les constituants Randolph et Wilson, en particulier sur l'observation de ce dernier selon laquelle, s'il s'avérait que le président soit lui-même coupable d'une infraction – quelle qu'elle soit – il serait alors toujours possible de le destituer puis de le poursuivre⁷³⁶. Selon Brian C. Kalt, l'argument de Wilson doit être interprété comme la reconnaissance du fait qu'à l'image du monarque anglais, le président américain n'est pas au dessus des lois et donc que le pouvoir de *pardon* ne peut en aucune manière le protéger⁷³⁷. Or, paradoxalement, le professeur Kalt donne lui-même les limites de ce premier argument. Il relève lui-même que, lorsque Randolph envisageait la possibilité d'une trahison présidentielle, la solution qu'il proposait alors était que la Constitution interdise l'octroi d'un *pardon* dans les cas de trahison et non pas l'utilisation du *pardon* en faveur du président, ce qui aurait été la solution la plus directe⁷³⁸. Randolph ne semblait donc pas condamner la possibilité d'un *self-pardon*. En second lieu, le professeur Kalt conclut de l'absence de référence à la possibilité d'utilisation par le président du pouvoir de *pardon* en sa propre faveur, lors des débats à la Convention américaine, que les constituants refusaient cette possibilité. Il estime que si les délégués ont voté sans aucun commentaire en faveur d'un pouvoir présidentiel de *pardon* aussi

⁷³⁴ « A preclusion of self-pardons, is implicit in the Constitution (...) the framers' deliberations at the Convention provide evidence against the validity of self-pardons » (KALT Brian C., « Pardon me?: the constitutional case against presidential self-pardons », *op. cit.*, pp. 781 et 784).

⁷³⁵ *Ibid*, p. 786.

⁷³⁶ « Pardon is necessary for cases of treason, and is best placed in the hands of the Executive. If [the President] be himself a party to the guilt he can be impeached and prosecuted » (« Mason, 15 sept. », In FARRAND Max (editor), *Records of the federal Convention*, *op. cit.*, vol. 2, p. 638).

⁷³⁷ « The response was decisive. Unlike the King, Wilson had argued, the President was not above the law. As such, the pardon power could not protect him » (KALT Brian C., *op. cit.*, p. 786).

⁷³⁸ « When Randolph suggested the possibility of presidential treason, his solution was to eliminate the treason pardon, not to prohibit self-pardons, which would have been a more direct solution » (*Ibid*, p. 787).

large, c'était parce qu'ils étaient certains qu'un président pourrait toujours être poursuivi à l'initiative de son successeur⁷³⁹ s'il s'octroyait un *pardon* ou bien que des considérations politiques l'en empêcheraient⁷⁴⁰. Là encore, son raisonnement est très discutable puisqu'il n'est pas fondé sur des éléments objectifs mais sur des postulats que l'étude des débats à la Convention ne confirme pas. Or, à la lecture des dispositions constitutionnelles, des considérations philosophiques mais aussi jurisprudentielles et pratiques tendent à prouver une position contraire à celle du professeur Kalt.

2. L'interprétation littérale des dispositions relatives à l'amnistie

Le silence des Constitutions pourrait être interprété comme une interdiction implicite des auto-amnisties dès lors que celles-ci ne sont pas prévues par les lois fondamentales. Toutefois, ce raisonnement s'oppose particulièrement à un principe développé par les grands philosophes du dix-septième siècle⁷⁴¹ et communément admis dans les Etats de droit, selon lequel : « *ce qui n'est pas expressément interdit par la loi est autorisé* ». Ce principe philosophique est assez largement appliqué dans la jurisprudence relative à l'amnistie de la plupart des Etats. Ainsi, il est le plus souvent considéré par les juridictions constitutionnelles – comme la Cour suprême

⁷³⁹ « *Nobody objected to Wilson's interpretation by arguing, « That cannot be ; the President in such a situation could just pardon himself and stay unpunished ».* Instead, the delegates votes without comment to centralize the pardon power in the President and to include the power to pardon traitors, secure in the knowledge that a President could be prosecuted by his successor » (Ibid, p. 788).

⁷⁴⁰ « *A President might choose not to pardon himself. He might choose to maintain his innocence and avoid the imputation of guilt carried by a pardon, it might not be worth the political costs, or he might be concerned about his place in history. Indeed, the fact that a President will weigh such considerations of politics and public opinion is a major reason for vesting the pardon power in him in the first place* » (Ibid, p. 789).

⁷⁴¹ En particulier par Thomas Hobbes dans l'un de ses ouvrages de référence : *Le Leviathan*, publié en 1651.

américaine dans la décision *Schick v. Reed*⁷⁴² – que les limites de l'amnistie doivent se trouver dans la Constitution. Il peut donc être estimé qu'en l'absence de dispositions constitutionnelles interdisant l'auto-amnistie ou de décisions juridictionnelles la condamnant⁷⁴³, celle-ci n'est pas en elle-même contraire au droit constitutionnel. Les conditions à respecter pour l'adoption d'une auto-amnistie seraient donc les mêmes que pour celle de l'amnistie générale. Le même raisonnement pourrait s'appliquer en droit international.

Cette considération n'empêche pas certains d'appeler à une révision constitutionnelle pour interdire les auto-amnisties, comme le parti communiste en France à plusieurs reprises après l'adoption d'amnisties d'infractions en relation avec le financement de campagnes électorales ou de partis politiques⁷⁴⁴, ou la doctrine aux Etats-Unis⁷⁴⁵. Cet appel est une nouvelle

⁷⁴² « *The pardoning power is an enumerated power of the Constitution and (...) its limitations, if any, must be found in the Constitution itself* » (*Schick v. Reed*, 419 U.S. 256 (1974), *op. cit.*).

⁷⁴³ Le Conseil constitutionnel aurait pu condamner l'auto-amnistie dans sa décision DC du 11 janvier 1990, *loi relative à la limitation des dépenses électorales*. En effet, il relève que « *Selon le législateur, cette dernière exception trouve sa justification dans le fait que le but d'apaisement politique et social poursuivi par la loi ne serait pas atteint si les membres du Parlement investis par la Constitution du pouvoir de voter l'amnistie en faisaient usage en leur faveur s'agissant d'infractions en relation avec le financement de campagnes électorales ou de partis politiques* ». Le Conseil ne contredit pas le législateur sur ce point. Il ne s'oppose pas à la conception de ce dernier selon laquelle l'auto-amnistie est contraire à l'objet de l'amnistie lorsqu'elle concerne des infractions en relation avec le financement des campagnes électorales ou de partis politiques. Mais il n'ajoute pas pour autant que toutes les auto-amnisties pourraient être contraires à cet objet.

⁷⁴⁴ Qui diffèrent pourtant du *self-pardon* américain sur un point. Tout en étant applicables à l'ensemble des députés votant l'amnistie, elles ne bénéficient qu'à ceux ayant effectivement commis une infraction ; pas aux autres.

⁷⁴⁵ « *The Constitution should consequently be amended to provide reasonable limitations on the pardon power. The president should be prohibited from pardoning himself, or anyone involved in an investigation of the President*

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

démonstration de la possibilité d'auto-amnistie : il serait illogique de réclamer la suppression d'une technique non applicable...

Enfin, la pratique et le fait que des auto-amnisties soient adoptées régulièrement sans être contestées juridiquement – dans des Etats de systèmes différents, dans des situations de paix ou de guerre, de transition démocratique ou de démocratie consolidée – est également révélateur de la validité intrinsèque de cette forme de clémence. Par exemple, en France, les amnisties bénéficiant à des membres du pouvoir législatif visent le plus souvent des infractions liées au financement des campagnes et des partis politiques⁷⁴⁶. Le projet de création d'une commission d'enquête sur le financement des partis politiques en 1991 est révélateur de l'institutionnalisation de la possibilité d'amnistie de membres du Parlement car il était alors envisagé que ladite commission puisse elle-même définir les faits amnistiables sans qu'elle soit limitée aux anciens dirigeants politiques :

« Le 29 mai 1991, le garde des Sceaux a indiqué au président du Sénat, à propos de l'éventuelle constitution d'une commission d'enquête sur le financement des partis politiques⁷⁴⁷, qu'au cas où la commission découvrirait elle-même dans ses investigations

*or members of his administration. Moreover, the Congress should be given authority to veto any pardon within 90 days » (FERRARA Peter, « Could president pardon himself? », *The Washington Times*, October 22, 1996, section A, p. 14).*

⁷⁴⁶ Par exemple : « *Sont amnistiés les délits suivants lorsqu'ils ont été commis avant le 22 mai 1988 : (...) 5°) Délits en relation avec des élections de toute nature, notamment en relation avec le financement direct ou indirect de campagnes électorales ou de partis politiques avant le 11 mars 1988, à l'exception de ceux prévus par les articles 257-3 et 435 du Code pénal et des délits concernant le vote par procuration et le vote par correspondance » (Loi n° 88-828 du 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, article 2).*

⁷⁴⁷ Le même rapport rappelle le statut de ce type de commission : « *Dès que la commission saisie au fond de la proposition de résolution a achevé son travail, la Conférence des présidents peut proposer à l'Assemblée d'inscrire la proposition de résolution à l'ordre du jour complémentaire. Le Sénat est alors appelé à discuter le texte élaboré par la commission saisie au fond ou, à défaut, le texte initial de la proposition de résolution. Si le*

des faits susceptibles de relever de procédures judiciaires en cours, il appartiendrait à son président ou à son rapporteur d'interroger à nouveau le ministre de la justice. Dans la même réponse, le garde des sceaux indiquait en outre, qu'à son sens, rien ne s'opposait à ce qu'une commission d'enquête fasse porter ses investigations sur des faits susceptibles d'être amnistiés⁷⁴⁸ ».

Il faut préciser que le pouvoir amnistiant a souvent été tenté de minimiser les effets de l'auto-amnistie⁷⁴⁹ ou même de la masquer, par son adoption au milieu d'autres mesures plus générales. Ces manœuvres politiques ont pu tromper les observateurs sur la réalité de la possibilité d'adopter ce type de clémence et les inciter à conclure que cette attitude démontrait l'impossibilité juridique de mettre en œuvre de telles amnisties. Or, elles correspondent en réalité à la mise en évidence des limites politiques extrêmement strictes de l'auto-amnistie. Cette dernière étant politiquement risquée, elle n'est utilisée qu'en dernier recours, en l'absence d'autres moyens de parvenir à l'irresponsabilité pénale du – ou des – dirigeants qui en bénéficient et est souvent adoptée difficilement⁷⁵⁰. Ainsi, il semble que la possibilité pour Richard Nixon et pour George Bush de s'octroyer un *pardón* avait été étudiée par leurs conseillers juridiques respectifs. Cependant tous deux y auraient renoncé pour éviter de laisser dans l'histoire un aveu explicite de leur culpabilité, préférant courir le risque de poursuites

Sénat approuve la création de la commission d'enquête, il est procédé à sa constitution. Le règlement de l'Assemblée nationale prévoit que ces commissions ne peuvent comporter plus de trente députés ; au Sénat, l'effectif maximum est de 21 membres ».

⁷⁴⁸ Souligné par nous. (*Connaître le Sénat*, « Tome IV : le Sénat et le contrôle du gouvernement », <http://www.senat.fr/presentation/livre4/>)

⁷⁴⁹ Par exemple en l'adoptant juste avant la cessation de ses fonctions, comme l'a fait par exemple Bill Clinton, qui avait exercé deux mandats présidentiels à la suite et alors qu'il ne pouvait constitutionnellement pas en exercer un troisième successivement.

⁷⁵⁰ Il est possible de reprendre l'exemple de la loi d'amnistie du 15 janvier 1990, « adoptée difficilement après trois lectures au Sénat et quatre à l'Assemblée nationale, avec une réunion de la commission mixte paritaire dont les conclusions ont été rejetées par le Sénat » (BOUDANT Joël, « La crise identitaire du Parlement français », *RDP*, 5-1992, p. 1351).

judiciaires à la cessation de leur mandat⁷⁵¹. De même, la doctrine, mais aussi les juridictions d'Afrique du Sud, ont toujours tenté de distinguer l'amnistie adoptée dans le cadre d'une politique de réconciliation d'une auto-amnistie⁷⁵².

Ainsi, cette dernière est conforme aux dispositions constitutionnelles relatives à l'amnistie. Mais certains juristes ont pu soulever un nouveau problème : celui de la non conformité de l'auto-amnistie à d'autres dispositions constitutionnelles ou, pour reprendre l'expression du professeur Kalt, à « *l'esprit de la Constitution*⁷⁵³ ».

⁷⁵¹ Le professeur Kalt est de ceux qui l'évoquent : « *One possibility discussed was Nixon to pardon himself and then resign. His lawyers prepared a short memorandum concluding that a self-pardon would be legal. Nevertheless, Nixon decided against a self-pardon, resigned and left his fate in the hands of President Gerald Ford. (...) Christmas Eve 1992 (...) Special Prosecutor Lawrence Walsh had persisted in his pursuit of Iran-Contra suspects. Several commentators speculated that Bush might pardon himself for his role in the scandal, and many assumed that such an act would be valid. One stated, for a president to pardon himself would, admittedly, be an act of unprecedented chutzpah, but the Constitution does not forbid it, containing nothing that circumscribes the power... In the end, like Nixon, Bush did not pardon himself. His gamble paid off; he was not indicted* » (KALT Brian C., *op. cit.*, pp. 779-780).

⁷⁵² On peut la retrouver dans la décision de la Cour constitutionnelle AZAPO déjà évoquée : « *Decision of States in transition, taken with a view to assisting such transition, are quite different from acts of a State covering up its own crimes by granting itself immunity. In the former case, it is not a question of the governmental agents responsible for the violations indemnifying themselves, but rather one of a constitutional compact being entered into by all sides, with former victims being well-represented, as part of an ongoing process to develop constitutional democracy and prevent a repetition of the abuse* » (Décision AZAPO, *op. cit.*, §. 24).

⁷⁵³ « *As the Court held in Schick v. Reed, the limits of the pardon power « must be found in the Constitution itself », not, notably, in the clause itself* » (KALT Brian C., *op. cit.*, p. 793). « L'esprit » de la Constitution est également pris en compte par la doctrine française (Voir, par exemple : ARNÉ Stéphane, « L'esprit de la cinquième République, réflexions sur l'exercice du pouvoir », *R.D.P.*, 1971, pp. 641 et s. ; PIERRÉ-CAPS Stéphane, « L'« esprit » des Constitutions, *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, pp. 375 et s., MOUZET Pierre, « Les manifestations contentieuses de l'« esprit » de la Constitution de 1958 », *RDP*, 2004, pp. 1243 et s.).

B. La compatibilité de l'auto-amnistie avec l'esprit des Constitutions

« Comment pourrait-on faire confiance à des pyromanes pour définir un plan de lutte contre l'incendie ? » s'interrogeait le député français Bernard Deschamps lors de la première séance des débats à l'Assemblée nationale du 2 février 1988. Il faisait indirectement référence à la contradiction de l'auto-amnistie avec un principe qui voudrait que nul ne puisse être son propre juge. Et en effet, beaucoup considèrent que s'amnistier soi-même viole de nombreux autres principes constitutionnels que ceux s'appliquant directement à l'amnistie. Le raisonnement du professeur américain Brian C. Kalt, s'agissant des Etats-Unis, peut être repris et adapté à d'autres pays. D'après cet auteur, il y a en effet de grands principes qui se dégagent implicitement ou explicitement de l'esprit de toutes les Constitutions démocratiques. Il est possible d'en extraire deux principes susceptibles d'être spécifiquement contredits par l'auto-amnistie. Le premier se rapporte à l'égalité des citoyens (1) et le dernier à l'impossible utilisation par un dirigeant de ses fonctions à des fins personnelles (2).

1. Sa compatibilité avec l'esprit d'égalité des Constitutions

Selon Brian C. Kalt, l'auto-amnistie pourrait être contraire à l'égale protection de tous par la justice⁷⁵⁴ garantie aux Etats-Unis par le quatorzième amendement⁷⁵⁵. Il est vrai que l'égalité devant la justice, lorsqu'elle est garantie constitutionnellement⁷⁵⁶, devrait pouvoir impliquer

⁷⁵⁴ Que l'on qualifie en France plus directement d'égalité devant la justice.

⁷⁵⁵ Il faut préciser que pour Brian C. Kalt, l'atteinte à ce principe est plus générale. En effet, le quatorzième amendement pourrait représenter une limite à la prérogative générale de *pardon* et donc pas uniquement au *self-pardon* : « *Finally, and significantly for those who would argue that the pardon power is unrestricted, it is arguable that presidential pardons are hemmed in by the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment* » (KALT Brian C., *op. cit.*, p. 791).

⁷⁵⁶ Il l'est dans la plupart des Etats dans la mesure où beaucoup de conventions internationales le garantissent. Par exemple, il est rappelé dans le protocole 12 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des Libertés fondamentales, adopté à Rome le 4 novembre 2000 : « *Les Etats membres (...) signataires du présent protocole, prenant en compte le principe fondamental selon lequel toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit à une égale protection de la loi...* »

l'impossibilité pour certains d'intervenir, grâce à leurs fonctions, sur son déroulement lorsqu'ils sont mis en cause. Surtout, elle ne devrait pas permettre qu'une autre catégorie de citoyens soit jugée et condamnée en raison de la perpétration d'infractions pour lesquelles les dirigeants seraient exonérés de toute responsabilité⁷⁵⁷. En outre, d'après Geneviève Giudicelli-Delage :

« [La] spécificité de la justice (...) devrait trouver sa source dans la spécificité du politique, sous peine d'être contraire au principe d'égalité. Le principe d'égalité devant la justice se décline en trois impératifs : mêmes juges, mêmes règles procédurales, mêmes règles substantielles : mais ces impératifs ne valent qu'à situations semblables. Pour que le politique justifie d'une justice spécifique (...), il faut alors admettre qu'il relève d'une ou de situations différentes. Or, il est une règle claire : l'état, la qualité des personnes n'est pas un critère pertinent de la situation différente ; c'est même contre ce critère que depuis la révolution française se développe le principe d'égalité (...) Actions et fonctions : ce sont ces deux éléments qui, dans la Constitution, fondent le privilège de juridiction des membres du Gouvernement. Ce sont ces deux

⁷⁵⁷ C'est ce que veut signifier Josua Giustiniani dans son témoignage sur la collecte de fonds occultes pour financer les partis politiques, faits délictueux pour lesquels il a été condamné : « *Vingt ans après, parlementaires et ministres s'auto-blanchissent, en hâte et en catimini, et ont même le toupet de se dégager de toutes leurs fautes sur leurs complices de la société dite civile, la seule qui, à leur yeux soit passible des tribunaux* ». Il s'estime, « *condamné (...) par le tribunal correctionnel, au nom du droit de mes employeurs, « auto-amnistiés », à se décharger sur autrui de fautes qui furent aussi les leurs* » (GIUSTINIANI Josua, *Amnistie et fausses factures, le racket politique*, Paris : Albin Michel, 1990, p. 23).

Cette condamnation de l'auto-amnistie au nom du respect de l'égalité entre tous les individus impliqués dans une même affaire judiciaire n'est pas constante. Ainsi, dans l'affaire du *Watergate*, les autres accusés ont publiquement affirmé leur soutien à l'octroi d'un pardon en faveur de Nixon: « *None of this controversy over whether a pardon for Nixon was fair to the other Watergate co-defendants who did not receive any form of clemency. Professor Daniel L. Ostrander asked two Watergate figures, Jeb Stuart Magruder and Bob Hadelman, whether they felt unfairly treated. Magruder replied that « in the context of the situation the pardon was appropriate » and Hadelman had « no problem with the pardon » and called it « the right thing to do ». Ostrander reports that Hadelman distinguished bringing a former president to trial from bringing a former presidential aide to trial and concluded that the effects of the former on the national welfare would have been too severe* » (ROZELL Mark J., « *President Ford's pardon of Richard M. Nixon; constitutional and political considerations* », *op. cit.*, p. 131).

éléments qui doivent ou devraient fonder toute spécificité de la justice du politique, non pas séparément mais cumulativement⁷⁵⁸ ».

Cet auteur en conclut que tout acte délictueux commis par un dirigeant politique en dehors de ses fonctions doit relever du droit commun⁷⁵⁹. Dans cette logique, l'auto-amnistie est contraire à l'égalité devant la justice lorsqu'elle concerne des infractions de droit commun commises par le dirigeant qui l'adopte. Pourtant, la plupart des Constitutions garantissent l'égalité de tous devant la loi et la justice, tout en mettant en place des régimes dérogatoires de droit commun qui peuvent s'appliquer à des infractions commises par les dirigeants en dehors de leurs fonctions. Par nature, le régime juridique de responsabilité des dirigeants politiques déroge donc à l'égalité de tous devant la loi, sans pour autant porter atteinte à la cohérence constitutionnelle. L'auto-amnistie pourrait donc coexister avec le principe d'égalité de tous devant la justice sans être inconstitutionnelle.

Par ailleurs, l'auto-amnistie ne provoque pas uniquement une rupture de l'égalité en faveur du dirigeant, elle peut également servir à corriger une inégalité devant la justice, défavorable à un gouvernant. C'est l'une des justifications du *pardon* octroyé à Richard Nixon que défend le professeur Rozell. Selon cet auteur américain, Nixon n'aurait jamais pu bénéficier d'un procès équitable aux États-Unis. Il ajoute même que lorsqu'un ancien président est jugé, il est impossible que des considérations politiques n'interviennent pas dans la détermination de son innocence, de sa culpabilité ou de sa sanction⁷⁶⁰. En ce sens, l'auto-amnistie pourrait rétablir

⁷⁵⁸ GIUDICELLI-DELAGÉ Geneviève, *La justice du politique*, op. cit., p. 113.

⁷⁵⁹ « Tout acte qui ne trouve pas sa source directe ou indirecte, dans l'exercice des fonctions, que cet acte soit justiciable d'une juridiction civile ou pénale, doit se voir appliquer les règles d'une justice égale pour tous » (*Ibid*, p. 114).

⁷⁶⁰ « *Could Nixon have received a fair trial? (...) Ford correctly concluded that given the political context and public nature of the case, Nixon could not have received a fair trial for quite some time (...). It must be emphasized that a former president can never be equal to all other citizens in a very important sense: as the nation's highest office-holder he made many highly visible decisions that affected the welfare of millions. In the case of such a visible national leader it is doubtful that public opinions and passions about matters partisan and political would*

l'égalité⁷⁶¹. Enfin, les juridictions constitutionnelles admettent toutes que le pouvoir normatif puisse traiter différemment des situations différentes. En France, pour reprendre les termes du professeur Xavier Philippe,

« Le Conseil constitutionnel (...) applique les lignes directrices de sa jurisprudence du 12 juillet 1979, *Ponts à péage*. Il rappelle ainsi que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que dans l'un et l'autre cas la différence de traitement soit en rapport avec la loi qui l'établit. (...) Le juge constitutionnel ne se limite pas à une analyse globale du principe mais opère une véritable dissection du texte soumis à son contrôle pour vérifier si dans chaque cas la discrimination instituée par le législateur est justifiée ou non⁷⁶² ».

Il en est ainsi dans la plupart des Etats. Par exemple en Argentine, la Cour suprême a considéré que la loi de l'obéissance due⁷⁶³ ne contredisait pas le principe de l'égalité de tous par la loi, le législateur pouvant traiter de manière différente des situations elles-mêmes différentes et que cette loi n'entraînait donc pas de privilèges en faveur de certaines personnes⁷⁶⁴. Elle a

*not influence the legal process and eventually the determinations of innocence, guilt, and punishment. The case for a pardon for Nixon on the basis that he could not receive a fair trial is especially compelling. The publicity surrounding Nixon's role in Watergate was extraordinary (...). It is highly unlikely that any jury judging Nixon could have maintained strict impartiality » (ROZELL Mark J., « President Ford's pardon of Richard M. Nixon; constitutional and political considerations », *op. cit.*, pp. 130-131).*

⁷⁶¹ On se situe alors dans une configuration désignée par Gilles Pellissier comme « l'égalité par la règle de droit », qui se distingue de « l'égalité devant la règle de droit » et « l'égalité dans la règle de droit » : « *l'application de l'égalité par la loi suppose l'obligation pour l'auteur de la norme de prendre en considération, dans le contenu de l'acte les situations de fait. Ainsi, (...) l'égalité par la loi commande de traiter différemment des situations différentes* » (PELLISSIER Gilles, *le principe d'égalité en droit public*, L.G.D.J., droit public, 1996, 143 p.).

⁷⁶² PHILIPPE Xavier, « Note sous décision 92-316 DC, du 20 janvier 1993 », *R.F.D.C.*, 14-1993, p. 390.

⁷⁶³ Dont on rappelle qu'elle permettait l'extinction des poursuites contre les subalternes de généraux, auteurs d'infractions pénales durant la période de la junte.

⁷⁶⁴ « *This provision does not contradict the principle of equal protection, because this Court has repeatedly held that the legislator may treat different situations in different ways, provided that the discrimination is not unfair or invidious, and that it does not imply hostility against, or undue privileges in favor of, certain persons* » (Cour suprême d'Argentine, décision du 22 juin 1987. En espagnol : *Causa n° 547 incoada en virtud del Decreto n°*

ensuite précisé que ce droit à l'égalité protection n'exigeait pas que les lois instaurent le même traitement pour tous les individus mais consistait en une simple obligation de ne pas adopter de lois traduisant une hostilité envers une catégorie d'individus⁷⁶⁵. C'est encore le même raisonnement qui a été suivi par la Cour suprême chilienne pour rejeter l'argument des requérants dans l'affaire *Insunza Bascunan* selon lequel, parce qu'il excluait les personnes déjà jugées ou condamnées, les principaux bénéficiaires du décret-loi d'amnistie étaient en réalité les anciens membres de la DINA⁷⁶⁶. Il est donc difficile de contester la constitutionnalité de toutes les auto-amnisties au nom du principe d'égalité. Il en est de même sur le fondement de leur contradiction avec d'autres dispositions constitutionnelles.

2. Sa compatibilité avec l'esprit général des Constitutions

Le second argument qui pourrait être tiré du raisonnement du professeur Kalt concerne la Constitution américaine. Pourtant, il peut être adapté à d'autres systèmes juridiques.

D'après ce théoricien, toute la Constitution des Etats-Unis est organisée autour de l'idée que le titulaire d'un pouvoir ne doit pas utiliser sa fonction à des fins personnelles. Il cite l'exemple des membres du Congrès qui ne peuvent simultanément exercer une autre fonction fédérale et le fait que le Congrès ne puisse voter des augmentations de rémunération de ses membres qui ne prennent effet avant l'élection suivant ce vote. Il se réfère également à la procédure d'*impeachment* en vertu de laquelle c'est le *Chief Justice* qui présiderait un éventuel jugement du chef de l'Etat – et non le vice-président comme pour les autres procédures d'*impeachment* – afin que ce dernier n'exerce pas son pouvoir contre le président qu'il remplacerait en cas de destitution. Néanmoins, là encore, une objection à ce raisonnement s'impose. En effet, puisque

280/84 *del Poder Ejecutivo Nacional* ; En anglais : « Constitutionality of the law of « due obedience » and dissenting opinion (Supreme Court of Argentina, Buenos Aires), in *Human Rights Law Journal*, vol. 8, n° 2-4 (1987), pp. 441 à 470. Translated by Alejandro M. Garro and Henry Dahl).

⁷⁶⁵ « *The right to equal protection does not require that all laws treat everybody in the same way ; it simply establishes a prohibition to enact laws reflecting hostile purposes towards people or groups of people* » (*Ibid*).

⁷⁶⁶ Voir : MERA Jorge, « Chile: truth and justice under the democratic government », *op. cit.*, p. 356.

le droit constitutionnel américain comporte des conditions limitatives à l'exercice de leurs pouvoirs par des autorités en leur faveur mais qu'il ne restreint pas l'exercice par le président de son pouvoir de *pardon*, c'est que ce dernier n'est pas limité dans ce domaine.

Ainsi, les arguments du professeur Kalt relatifs à la contradiction entre le pouvoir de *pardon* et « l'esprit de la Constitution » peuvent être contredits. Néanmoins, il serait possible d'aller dans le même sens à propos de la non conformité de l'auto-amnistie à d'autres principes juridiques. D'après Bruno Py, qui réfléchit ici à l'amnistie des contraventions routières :

« Malheureusement, si l'intelligence humaine conduit l'homme raisonnable à se projeter dans le temps pour respecter les règles dont la trahison pourrait lui coûter, la réciprocité est vraie. La certitude qu'une indulgence généralisée empêchera l'exécution de toute sanction aboutit inéluctablement à une diminution du respect de la règle. Ce qui pose la question de l'automatisme de l'indulgence⁷⁶⁷ ».

Il est possible de suivre le même raisonnement concernant l'amnistie des dirigeants politiques. Le droit est constitué d'une règle qui doit être respectée sous peine de sanction. Si les dirigeants politiques ont à leur disposition l'instrument juridique de l'auto-amnistie, ils pourraient être amenés à adapter leur comportement et à ne plus respecter la règle. Toutefois, le principe de l'automatisme de la sanction n'est pas reconnu en tant que tel comme un principe juridique. Enfin, il pourrait être reproché à l'auto-amnistie d'être contraire à des principes de droit international qui doivent désormais s'appliquer en droit interne⁷⁶⁸. Les principes peuvent être définis de manière assez large comme le fait, par exemple, le professeur Bassiouni qui pense que l'auto-amnistie va à l'encontre de celui selon lequel seules les victimes devraient pouvoir pardonner⁷⁶⁹.

⁷⁶⁷ PY Bruno, « Amnistie : le choix dans les dates », *op. cit.*, p. 5.

⁷⁶⁸ Voir *infra*, seconde partie de cette thèse.

⁷⁶⁹ « *How can governments forgive themselves for crimes they have committed against others? (...) The power to forgive, forget, or overlook in the cases of genocide, crimes against humanity, war crimes, and torture is not that of the governments, but of victims* » (BASSIOUNI Cherif, « Searching for peace and achieving justice: the need

Néanmoins, au delà de la contestable contradiction de l'auto-amnistie avec des principes constitutionnels, il peut se poser un problème de conformité entre cette forme de clémence et une autre disposition constitutionnelle, et donc une possible incohérence constitutionnelle. L'exemple le plus significatif est celui de la confrontation par la doctrine du pouvoir présidentiel de *pardon* aux dispositions constitutionnelles relatives à l'*impeachment*. Paradoxalement, ce débat se tient à intervalles réguliers, dans la presse, entre les professeurs de droit américains mais il y a très peu de discussions sur ce sujet dans les revues juridiques. Cela s'explique d'abord par l'inscription de cette controverse dans son contexte politique. Elle se tient dès que des rumeurs d'utilisation par le président de son pouvoir de *pardon*, pour son propre profit, apparaissent⁷⁷⁰. Malgré l'utilisation d'arguments juridiques, la frontière entre républicains et démocrates apparaît clairement dans ces discussions. La seconde raison est certainement le désarroi de la doctrine américaine qui ne peut, sur ce point précis, se fonder sur l'exemple anglais comme elle le fait pourtant en matière de *pardon* depuis la décision de la Cour suprême *United States v. Wilson*⁷⁷¹. Le roi anglais n'étant pas responsable il ne pouvait être question de se pardonner lui-même⁷⁷².

Aux Etats-Unis le président peut être empêché puis soumis à des poursuites judiciaires devant des juridictions ordinaires. Or, l'article 2 de la section II de la Constitution interdit expressément l'utilisation du *pardon* en cas d'*impeachment*⁷⁷³. Une partie de la doctrine considère donc qu'un

for accountability », *Law and contemporary problems*, vol. 59, n° 4, Autumn 1996, p. 19). Voir, *infra* : notamment pp. 446 à 450.

⁷⁷⁰ Cela a été le cas dans les temps précédant la fin du mandat de plusieurs présidents : en 1974, en 1993, en 1996 et en 2000.

⁷⁷¹ 32 U.S. 150 (1833), *op. cit.*; voir, *supra* : note 110, p. 36.

⁷⁷² Toutefois, des rois ont été déposés par le Parlement (Edouard II en 1327, Charles I en 1649 et James II en 1688) mais un *pardon* aurait alors été inutile, cette déposition n'ayant aucun caractère pénal.

⁷⁷³ « *Power to grant reprieves and pardons for offenses against the United States, except in cases of impeachment* » (souligné par nous).

self-pardon ne serait jamais valable puisqu'une procédure d'empêchement peut toujours être ouverte contre un président⁷⁷⁴. D'autant plus que pour certains juristes américains, il serait possible d'engager une procédure de destitution contre les anciens présidents⁷⁷⁵, ce qui les inciterait à ne pas s'octroyer de *pardon* les heures précédant la cessation de leurs fonctions. En effet, les constituants américains ont débattu sur le moment durant lequel cette procédure pourrait intervenir, certains proposant de le limiter à la durée de l'exercice du mandat, d'autres

⁷⁷⁴ Le professeur Rozell synthétise les points de vue des principaux représentants de ce courant doctrinal : « *According to Firmage and Mangrum, the constitutional framers therefore « intended to except from the presidential pardon power those cases involving public misconduct rising to the level of impeachable offenses ».* Firmage and Mangrum quote Justice Joseph Story to substantiate their view that Ford's pardon of Richard M. Nixon was invalid for having obstructed the impeachment process: (...) *The President should not have the power of preventing a thorough investigation of their conduct, or of securing them against the disgrace of a public conviction by impeachment if they should deserve it. (...) Firmage and Mangrum contend that the framers included the impeachment exception to foreclose the possibility of a presidential obstruction of congressional investigations into charges of misconduct by public officials. In their view, Ford's assessment that public disgrace and forfeiture of office by Nixon were sufficient punishment fails to recognize that the framers separated the impeachment and criminal processes. (...) In Stone's view, Nixon had committed impeachable offenses, thereby rendering invalid a presidential pardon protecting the former president from impeachment proceedings » (ROZELL Mark J., « President Ford's pardon of Richard M. Nixon; constitutional and political considerations », *op. cit.*).*

⁷⁷⁵ Une fraction du parti républicain avait sérieusement envisagé d'engager une procédure d'*impeachment* contre l'ex-président américain Bill Clinton, pour... utilisation abusive de son pouvoir de *pardon* à la fin de son mandat.

suggérant qu'elle soit utilisable plus tard. Victor Williams pense donc que si les délégués à la Convention de Philadelphie n'ont pas restreint explicitement le champ d'application de cette mesure, c'est qu'elle doit pouvoir être ouverte à tout moment⁷⁷⁶. Les conséquences de l'*impeachment* ne peuvent alors plus être la destitution, mais une interdiction d'exercer des fonctions fédérales pour l'avenir et d'éventuelles poursuites judiciaires⁷⁷⁷. Certains estiment même que le président est alors privé de tous les avantages octroyés aux anciens chefs d'Etats américains. Cela est difficilement conciliable avec un statut qui maintient ceux ayant exercé un mandat présidentiel dans une situation de représentation des Etats-Unis et qui comporte de nombreuses exigences dont celle de voir assurée leur sécurité. Toutefois, dans cette optique, le président américain ne peut jamais s'octroyer de *pardon*, même au jour de la cessation de ses fonctions puisqu'il est toujours susceptible d'*impeachment*⁷⁷⁸.

La limite de ce raisonnement se trouve dans la Constitution de 1791 qui formule cette interdiction en spécifiant que c'est pour « *les cas d'impeachment* ». Il faut donc considérer que le président doit effectivement voir engagée une telle procédure contre lui pour ne pas être susceptible de *pardon*. Si les constituants avaient désiré empêcher que le président ne s'octroie de *pardon* à lui-même, ils l'auraient expressément spécifié et auraient donc défini une limite

⁷⁷⁶ « *Even ex-president can be impeached (...). In Philadelphia, delegates to the Constitutional Convention debated whether to allowed impeachment during the official's tenure in office, or only afterwards. The Framers decided to allow both. And Congress has explicitly affirmed its jurisdiction to institute impeachment proceeding against an ex-official* ». On relèvera la cohérence de ce raisonnement avec celui, tenu plus haut, selon lequel puisque la Constitution américaine n'interdit pas explicitement le *self-pardon*, celui-ci serait constitutionnel (WILLIAMS Victor, *Pardongate : another impeachment after the investigations conclude ?*, tuesday, Feb.27, 2001, disponible sur: http://writ.news.findlaw.com/commentary/20010227_williams.html, 3 p.).

⁷⁷⁷ « [The president] *could also end up being convicted and disqualified from holding future federal office* » (*Ibid*).

⁷⁷⁸ Les défenseurs de cette théorie considèrent même que le *pardon* octroyé à Nixon était illégal. Voir *infra*, pp. 286 à 303.

personnelle et non pas processuelle. En outre, certains auteurs⁷⁷⁹ estiment que la possibilité offerte par la Constitution au président de s'amnistier lui-même avait pour objectif de proscrire toute intervention du judiciaire sur l'exécutif, ce qui démontrerait qu'elle est possible. Ce raisonnement paraît un peu bancal lorsque l'on estime que le *pardon* accordé pour éviter une destitution neutralise avant tout une « fonction d'empêcher » à la disposition du pouvoir législatif plutôt que l'action du pouvoir judiciaire. Quoi qu'il en soit, dans ce débat, la doctrine américaine majoritaire considère que le *self-pardon* est constitutionnel. Il semble d'ailleurs que la Cour suprême, compte tenu de sa jurisprudence en matière de *pardon* le définissant très largement⁷⁸⁰, ne censurerait pas l'utilisation de cette forme de clémence si elle était saisie de la question de sa validité.

Le second argument est comparable au premier. Il se fonde sur la conviction que l'esprit des Constitutions – mais aussi le droit international⁷⁸¹ – s'oppose à ce qu'une autorité puisse

⁷⁷⁹ Voir, par exemple : JACOBY Jeff, « Pardon Clinton? », *Globe Columnist, Boston Globe*, January 15, 2001, 3 pages.

⁷⁸⁰ Voir, *supra* : pp. 36 et s.

⁷⁸¹ Selon Naomi Roht-Arriaza : « *Amnesties (...) allow the state to judge its own case, a result inconsistent with general principles of law forbidding self-judging. This general principle belongs to the group of general maxims long used as « gap fillers » by international Courts. The Permanent Court of international justice in the 1925 Frontier between Iraq and Turkey case used the « well-known rule that no one can be judge in his own suit ». Like similar principles of equity and fairness, the rule is found in one form or another in all major legal system. It applies in both civil and criminal law area, where legislators and judges often disqualify themselves, or are subject to disqualification, from hearing cases or voting on laws in which they might be perceived to have a personal interest (...). The principle should be applicable as well in cases of a self-amnesty granted by a government to his forces: Such amnesties are simply a version of judging one's own case (at least by implication, since no judgment is in fact allowed) and therefore would seem to be prohibited under general principles of law » (ROHT-ARRIAZA Naomi, « Special problems of a duty to prosecute : derogation, amnesties, statutes of limitation, and superior orders », in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed), *Impunity and human rights in international law and practice*, Oxford University press, Oxford, 1995, pp. 57-58).*

participer à son propre jugement⁷⁸². S'amnistier soi-même équivaldrait selon cette conception à se juger soi-même⁷⁸³. Pourtant, comme l'argument précédent, celui-ci peut être contesté mais de manière plus littérale. En effet, amnistier est, par essence, contraire à la fonction de juger, puisqu'elle implique le refus de la sanction et l'oubli de l'infraction⁷⁸⁴. Il n'est donc pas possible d'appliquer à l'amnistie par analogie des règles qui s'appliquent au jugement.

L'auto-amnistie semble donc être une pratique non contestable juridiquement. Cette impression est renforcée par le fait que pour discuter de leur validité, il convient en réalité de se fonder sur d'autres irrégularités.

⁷⁸² Le professeur Kalt cite en particulier la décision *Calder v. Bull*, l'une des premières décisions rendues par la Cour suprême. Pour lui, elle illustre les racines du refus du jugement par soi-même par la *common law* : « [Regarding] a law that makes a man a Judge in his own cause... [it] is against all reason and justice, for a people to entrust a Legislature with such powers ; and therefore, it cannot be presumed that they have done » (*Ibid* , p. 806).

⁷⁸³ Par exemple, Robert Norris considère que : « we have not recognized the power of a president (...) to pardon himself. On the contrary, one of the most fundamental principles of justice is that a person shall not sit in judgment of himself » (NORRIS Robert, « Pretrial pardon raises thorny issues », *Dallas Morning News*, Jan. 2, 1993, section A, p. 29).

Il est à nouveau possible de citer Brian C. Kalt : « Aside from reply that these structural arguments should be incorporated because they are persuasive, one answer is that none of these additional punishments and penalties would necessarily apply, and thus the President might not have « suffered enough ». The President's crime could be one that does not realistically expose him to any state prosecution (e.g., Watergate, Iran-Contra, Whitewater, and the Paula Jones case) or private civil liability (e.g. Watergate, Iran-Contra and Whitewater). The underlying crime might be too minor to justify impeachment. Such a power simply does not fit with the rest of the structure of the government established by the Constitution that prevent self-judging and self-dealing. It does not fit with the bounds of presidential prosecutorial and political power » (KALT Brian C., *op. cit.*, pp. 801-802).

⁷⁸⁴ Voir, *supra* : « Introduction générale », pp. 46 à 50.

II. Une utilisation contestable uniquement en présence d'autres irrégularités

Dans la mesure où l'auto-amnistie n'est pas intrinsèquement invalide, il convient de confronter ses caractéristiques à celles des autres cas d'amnistie afin de rechercher si certaines sont critiquables juridiquement. Sur le plan matériel, il convient d'opérer une distinction en fonction de l'autorité amnistiante et de la forme de l'amnistie. Ainsi, le *pardon* adopté par l'exécutif est utilisable de manière tellement large et originale⁷⁸⁵, qu'il paraît difficile d'en contester le champ d'application⁷⁸⁶. En revanche, lorsque l'amnistie est législative, il est certain qu'elle devra se conformer aux règles concernant le champ d'application d'une loi ordinaire sous peine d'être invalidée (A). Formellement, l'amnistie devra respecter la procédure constitutionnellement définie pour l'adoption de la norme qui la contient. Il existe une seule exception, qui a beaucoup été exploitée dans les Etats d'Amérique latine : l'Etat ne doit pas se trouver en période d'utilisation de pouvoirs de crise (B).

A. La contestation du champ d'application de l'auto-amnistie

Pour critiquer le champ d'application de l'auto-amnistie, il faudrait pouvoir se baser sur son caractère trop général ou trop restrictif, mais cela est assez difficile (1). En réalité, la contestation juridique du champ d'application d'une auto-amnistie n'est possible que s'il ne définit pas de critères objectifs d'application de la clémence et qu'il est imprécis (2).

1. La contestation limitée de sa définition

Parce que dans un Etat de droit le champ d'application d'une loi d'auto-amnistie est toujours susceptible d'être contesté, le législateur peut faire preuve d'une certaine prudence, d'autant plus lorsque le climat politique laisse présager une opposition à la mesure de clémence qui lui bénéficie. C'est ainsi qu'une loi d'amnistie s'appliquant à des dirigeants peut exclure certains

⁷⁸⁵ *Ibid.*

⁷⁸⁶ Avec aux Etats-Unis la limite que l'on a évoquée dans le sous paragraphe précédent : la Constitution interdit d'octroyer un *pardon* pour *impeachment*, mais elle est interprétée strictement. Si bien que cette interdiction ne s'appliquera ni au *pardon* anticipant l'ouverture d'une procédure d'*impeachment*, ni au *pardon* octroyé à un ancien président.

anciens parlementaires ou membres du gouvernement pour que l'auto-amnistie n'apparaisse pas comme l'objet principal de la loi en cause⁷⁸⁷. Cela pourrait, par exemple, être le cas de l'amnistie de 1945 en Italie. Une épuration sanglante a eu lieu lors de la chute du régime fasciste, les résistants italiens se dépêchant selon Philippe Foro⁷⁸⁸ de commettre des actes irréversibles afin que leurs cibles n'échappent pas, en raison de l'amnistie, à la justice. Des dirigeants politiques – dont Mussolini – sont morts. Parmi ceux qui avaient échappé à cette épuration, certains ont pu bénéficier de l'amnistie de 1945⁷⁸⁹. Toutefois, les principaux d'entre eux en ont été exclus, en particulier le roi d'Italie frappé par une loi d'exil⁷⁹⁰ l'empêchant de revenir sur le territoire italien. De manière plus absolue, le pouvoir amnistiant peut renoncer à amnistier tous les anciens gouvernants, comme ce fut le cas après le retour de Thrasybule en Grèce⁷⁹¹. Toutefois, lorsque le législateur ne fait pas preuve de cette prudence et qu'une auto-amnistie est adoptée, son champ d'application doit respecter toutes les règles relatives à l'amnistie sous peine de pouvoir être contestée juridiquement par ses opposants.

Ainsi, dans les Etats où l'amnistie est législative, un recours contre une loi d'auto-amnistie peut se fonder sur son caractère trop restrictif. En effet, il a été expliqué qu'une loi est le plus souvent générale⁷⁹². Il faut alors se demander si le fait d'adopter une amnistie personnelle – en particulier lorsque des dirigeants politiques sont désignés par la loi comme en bénéficiant – ne constitue pas une utilisation abusive de cette mesure de clémence. Or, des amnisties personnelles et même individuelles sont de plus en plus fréquemment adoptées, par exemple pour distinguer des

⁷⁸⁷ En effet, l'adoption par les parlementaires d'une loi d'amnistie en faveur de membres de l'exécutif peut être assimilée par l'opinion publique à une auto-amnistie, du fait de la collusion supposée entre les dirigeants politiques. Toutefois, formellement, elle ne pourrait être qualifiée d'auto-amnistie.

⁷⁸⁸ FORO Philippe, « L'épuration en Italie après la chute du fascisme », *op. cit.*, p. 20.

⁷⁸⁹ *Ibid*, p. 20.

⁷⁹⁰ Abrogée depuis.

⁷⁹¹ Voir, *supra* : pp. 10 et s., et PAYEN Pascal, « Ostracisme, amnistie et amnésie : Athènes au cinquième siècle avant Jésus-Christ », *op. cit.*

⁷⁹² Voir, *supra* : pp. 123 à 125.

personnes ayant rendu de grands services à l'Etat. Si un dirigeant politique était catégorisé de la sorte par une loi d'amnistie, cette dernière ne devrait donc pas être invalidée. De même, lorsque l'amnistie s'applique à des dirigeants politiques en raison de leurs actes, de leurs fonctions, voire de la sanction qui leur a été appliquée, l'auto-amnistie ne peut pas voir sa valeur contestée. La pratique montre que sont également admises les amnisties qui désignent implicitement les dirigeants politiques à qui elles bénéficient. C'est indirectement le cas de la loi d'amnistie du 3 janvier 1925 précitée, qui disposait dans son article 2-2 :

« amnistie pleine et entière est accordée (...) pour les faits commis antérieurement au 12 novembre 1924 et prévus par les articles 78, 166 et 167, sous la réserve expresse que dans ces trois derniers cas, il s'agira de faits appréciés par la Cour de justice depuis 1914 ».

En raison des faits visés, de la période définie et de l'exigence d'une intervention préalable de la Cour de justice, cette amnistie ne pouvait s'appliquer qu'aux cas de Joseph Caillaux et Louis Malvy. Elle révélait donc implicitement le nom de ceux en bénéficiant, bien que construite comme une loi d'amnistie générale. Elle n'a pourtant jamais été contestée juridiquement⁷⁹³.

La question inverse se pose également, que le pouvoir amnistiant soit confié à l'exécutif ou au législateur. Les opposants à une mesure d'amnistie peuvent alors lui reprocher sa trop grande généralité et dénoncer une sorte d'abdication de son pouvoir par l'autorité amnistiante. C'est souvent le cas lorsque les personnes amnistiées sont des dirigeants politiques et plus encore lorsqu'il y a auto-amnistie. Mais là encore, la contestation reposant sur la trop grande généralité de l'amnistie sera difficile à soutenir juridiquement. A Haïti, deux amnisties susceptibles⁷⁹⁴ de bénéficier à des dirigeants politiques se sont inscrites dans cette problématique. La première

⁷⁹³ Précisons qu'à cette époque, il n'existait pas en France de contrôle de constitutionnalité. La seule contestation juridique efficace d'une loi générale reposait sur les parlementaires : en amont par le refus d'adopter une loi et en aval par l'adoption d'une nouvelle loi. En matière d'amnistie, seuls les juges auraient pu, par leur interprétation, en refuser l'application, acte difficilement envisageable à l'époque du « règne de la loi ».

⁷⁹⁴ Seule la seconde est entrée en vigueur.

était issue des accords de *Governor's Island*⁷⁹⁵ qui prévoyaient qu'une amnistie absolue devait être octroyée aux auteurs et participants au coup d'Etat du 30 septembre 1991, pour toutes les infractions qu'ils auraient pu commettre depuis lors, sans que s'applique l'article 147 de la Constitution haïtienne de 1987 « *ou tout autre instrument juridique qui pourrait être adopté par la Constitution* ». Or, comme le dénonce Irwin P. Stotzky⁷⁹⁶, l'article 147 de la Constitution de 1987 dispose qu'une amnistie présidentielle ne « *peut être adoptée qu'en matière politique et selon les prescriptions de la loi*⁷⁹⁷ ». Cet article n'était donc pas respecté par les accords de *Governors Islands*. Et en effet, bien qu'ayant accepté l'amnistie en échange de la création d'une commission vérité et réconciliation, Jean-Bertrand Aristide marqua fortement sa désapprobation envers la largesse de cette mesure sur laquelle le Parlement n'aurait pas à se prononcer⁷⁹⁸. Toutefois, elle n'entra jamais en vigueur en raison du non respect par les parties de leurs engagements. Ce n'est que le 15 octobre 1994 que le Parlement haïtien vota une loi d'amnistie sur le modèle de celle qui avait été envisagée, afin de favoriser le réel départ de

⁷⁹⁵ Après la dictature de François Duvalier (« Papa Doc ») puis de son fils Jean-Claude (« Baby Doc ») qui a duré de 1956 à 1986, il a fallu attendre 1990 pour que des élections présidentielles se tiennent à Haïti. Ces élections furent remportées par Jean-Bertrand Aristide. Mais le 30 septembre 1991, ce dernier fut chassé du pouvoir par un coup d'Etat de Raoul Cedras. Les négociations de *Governors Islands* réunissaient le général Cedras, Jean-Bertrand Aristide et le représentant spécial de l'ONU Dante Caputo. L'accord qui fut signé le 3 juillet 1993 suspendait les sanctions contre Haïti imposées par les Nations Unies et l'Organisation des Etats américains. En outre, il prévoyait : la démission de Cedras, le rétablissement d'Aristide dans ses fonctions présidentielles et l'amnistie par ce dernier de tous les membres du régime précédent (Accords de *Governors islands*, accords entre le président de la République d'Haïti et le Commandant en chef des forces armées d'Haïti conclus le 3 juillet 1993, reproduits en annexe du rapport du Secrétaire général de l'ONU en date du 12 juillet 1993 (S/26063) ; voir aussi : SPENCER Michael T., « United States-Haitian relations: imperialistic or diplomatic? », in *TransAfrica Forum, Intern*, Winter 2002/2003, Washington D.C., 10 pages, disponible sur <http://www.transafricaforum.org>).

⁷⁹⁶ STOTZKY Irwin P., « Haiti: searching for alternatives », in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed), *Impunity and human rights in international law and practice*, Oxford University press, Oxford, 1995, p. 189.

⁷⁹⁷ Constitution de 1987 disponible en français sur le site de l'ambassade haïtienne aux Etats-Unis, <http://www.haiti.org>.

⁷⁹⁸ STOTZKY Irwin P., « Haiti: searching for alternatives », *op. cit.*, p. 189.

Raoul Cedras, pour tous les crimes dont cet ancien dictateur était tenu pour responsable, ainsi que ceux de ses collaborateurs. Là encore, Aristide dénonça l'inconstitutionnalité de l'amnistie « [d]es crimes contre l'humanité, [d]es meurtres et [d]es actes de torture (...) [ce qui est] contraire à la Constitution » puisque la norme suprême ne prévoit que l'amnistie « en matière politique ». De ce fait, quelques rapports parlementaires parus après le retour d'Aristide laissaient penser que la loi d'amnistie ne couvrait que les crimes politiques et qu'elle « laissait ouverte la possibilité de poursuites pour les crimes de droit commun ou de droit international⁷⁹⁹ ». En apparence seulement, la seconde amnistie étant beaucoup moins générale que la première, ce qui peut expliquer son application.

La question de la généralité ou de la spécialité de la mesure d'amnistie est donc souvent au centre des critiques contre des lois d'amnistie de dirigeants politiques mais elle s'avère difficile à soutenir juridiquement. En réalité, une réponse commune peut être apportée aux deux problèmes précédents relatifs à la validité des mesures d'auto-amnistie personnelles, trop restrictives ou trop générales. Il s'agirait de se concentrer sur le caractère objectif de leur champ d'application.

2. La contestation possible de sa précision

Quel que soit le système de droit envisagé, la loi d'amnistie doit être suffisamment précise et déterminer des critères d'attribution objectifs pour ne pas laisser place à l'interprétation du juge. Si l'auto-amnistie respecte ces deux conditions elle ne peut être que constitutionnelle. Or, sa précision ou son caractère objectif découle de son caractère général ou restrictif. Pour reprendre Régis de Castelnau qui suggérait en 2001 l'adoption, en France, d'une nouvelle amnistie des hommes politiques ayant réalisé des infractions relatives au financement des campagnes et des partis politiques :

⁷⁹⁹ « *The amnesty law also leave considerable discretion to President Aristide to decide whether to proceed with prosecutions. In addition, it calls for the creation of a « truth commission » to hear complaints, gather evidence, and convey it to criminal justice system if warranted* » (*Ibid*, note 66).

« Il existe (...) deux options pour définir les comportements amnistiés. La généralité ou la spécialité. La première branche de l'alternative est simple. Le texte de la loi pourrait être une reprise du texte de 1988 : « *sont amnistiés tous les délits en relation avec des élections de toute nature, notamment avec le financement direct ou indirect de campagnes électorales ou de partis politiques* ». Le législateur pourrait avec force définir un large champ d'application (...). La deuxième branche de l'alternative, à l'inverse est la spécialité. Technique législative de droit commun, mais très originale en matière d'amnistie, il s'agit de définir le plus précisément possible le champ d'application de la loi. Le texte donne tous les détails des comportements auxquels le législateur entend donner des conséquences juridiques (...). Les deux options peuvent d'ailleurs se combiner : après la définition générale le législateur pourra préciser sa volonté en déclinant de façon non exhaustive des comportements (...) pris à titre d'exemple⁸⁰⁰ ».

Toutefois, lorsque l'auto-amnistie est adoptée sous forme de loi, l'obligation de précision sera moindre, en raison de sa généralité, que lorsqu'elle est octroyée par le pouvoir exécutif dans le cadre de ses attributions constitutionnelles générales. S'agissant du *pardon*, prérogative amnistiante absolue de l'exécutif, l'existence d'une obligation de précision que devrait respecter le président lors de l'attribution de ce *pardon* a pu se poser. Ainsi, lorsque Gerald R. Ford a octroyé un *pardon* à Richard Nixon, une partie de la doctrine s'est interrogée sur cette question. Les auteurs qui soutenaient que le champ d'application du *pardon* devait être précis, le faisaient par référence à la pratique britannique. Ils relevaient qu'en vertu de la *common law*, le roi devait dans certaines circonstances préciser les crimes pour lesquels il octroyait ce *pardon*. Ces auteurs tenaient de ce fait pour inconstitutionnel le *pardon* de Richard Nixon du fait de l'indétermination des infractions pour lesquelles l'ancien président américain était susceptible d'être poursuivi⁸⁰¹. Au contraire, d'autres théoriciens américains considèrent qu'à

⁸⁰⁰ CASTELNAU (de) Régis, *Pour l'amnistie, op. cit.*, p. 275. Le même auteur pense qu'une loi d'amnistie « *ne doit pas laisser de marge d'appréciation ou d'interprétation, rendant nécessaire l'intervention d'un juge et allant ainsi à l'encontre du but poursuivi* » (*Ibid*, p. 270).

⁸⁰¹ Par exemple : MCGILL Hugh, « The Nixon pardon : limits on the benign prerogative », *Connecticut Law Review*, Fall 1974, 9, p. 88.

la généralité du pouvoir de *pardon*, octroyé par la Constitution et confirmé par la Cour suprême, correspond celle de l'acte de *pardon*. Ainsi pour le professeur Rozell, la Constitution américaine ne spécifie pas explicitement les infractions pour lesquelles le *pardon* doit être accordé. En outre, il précise qu'il n'existe aucun précédent dans le droit constitutionnel américain exigeant du président la liste des infractions visées⁸⁰². Il ajoute que le droit américain admet la spécificité des *pardons* absolus⁸⁰³, dont le *pardon* octroyé à Richard Nixon fait partie⁸⁰⁴, qui ne sont pas soumis à une obligation de précision de leur champ d'application.

En définitive, le seul impératif commun à la plupart des Etats est la définition du champ d'application de l'amnistie à l'aide de catégories objectives. En France, le Conseil constitutionnel l'a rappelé à plusieurs reprises et détermine ce caractère objectif par rapport au but de l'amnistie qui doit être l'apaisement politique et social et par rapport au principe d'égalité⁸⁰⁵. Par exemple, dans sa décision du 9 janvier 1990, il annule les dispositions de la loi

⁸⁰² « *The Constitution's provision granting a presidential pardon power nowhere requires that the president explicitly specify the crimes for which a pardon is granted. There exists no precedent in American constitutional law requiring that when presidents issue pardons they must list the specific offenses committed* » (ROZELL Mark J., « President Ford's pardon of Richard M. Nixon; constitutional and political considerations », *op. cit.*, p. 128).

⁸⁰³ Ce sont les *generals pardons*, dont on a expliqué qu'il correspondait davantage à la conception française de l'amnistie : « *American constitutional law also recognizes a distinction between full and unconditional pardons for offenses which are specified in the pardon statement preamble, and generals pardons. This distinction is made in Stetler's case where the Court held that a full, unconditional pardon is valid only for the offense(s) cited in the preamble, and thereby does not constitute a general pardon for other offenses* » (*Ibid*, p. 129).

⁸⁰⁴ « *President Ford issued to Nixon a general pardon, «full, free, and absolute», covering Nixon's entire time in the office of the Presidency, «during the period from January 20, 1969 through August 9, 1974»* » (*Ibid*).

⁸⁰⁵ En France, le Conseil constitutionnel associe souvent cette obligation de définir objectivement les catégories de personnes ou d'infractions bénéficiant de l'amnistie à un corollaire du principe d'égalité. C'est pour cela que le professeur Bertrand Mathieu considère que : « *le problème est essentiellement celui de la détermination de critères objectifs définissant les infractions visées et s'il y a lieu les personnes. C'est une question de respect du principe d'égalité* » (MATHIEU Bertrand, « Fragments d'un droit constitutionnel de l'amnistie », *op. cit.*, pp. 2 à 9).

d'amnistie qui excluent de son bénéfice les parlementaires au moment de la réalisation de l'infraction, disposition qui incluait ceux qui n'étaient plus parlementaires au moment du vote de cette loi d'amnistie. Selon André Roux :

« Le raisonnement qui aboutit à cette solution est le suivant : l'exclusion des parlementaires du bénéfice de l'amnistie se justifiant, selon le législateur lui-même, dans un but d'apaisement politique et social, ce dernier ne serait pas atteint si les parlementaires utilisaient leur pouvoir de voter l'amnistie en leur faveur. Mais seuls ceux disposant de ce pouvoir peuvent s'exclure de l'amnistie. En effet, exclusion des personnes parlementaires au moment des faits délictueux, mais qui ayant perdu leur mandat, ne disposent plus de ce pouvoir, conduit à opérer une discrimination entre les auteurs d'agissements identiques au regard de l'amnistie qui ne trouve aucun fondement dans l'objectif d'apaisement politique et social poursuivi par la loi. Autrement dit, aucune raison ne justifie de traiter plus défavorablement un ancien parlementaire par rapport à un simple particulier ou un élu non parlementaire. Le seul critère qui permette de déterminer de manière objective, et, partant, conforme au principe d'égalité la catégorie des parlementaires exclus de l'amnistie est donc la détention du mandat parlementaire au moment où est votée l'amnistie⁸⁰⁶ ».

Pour le reste, le Conseil constitutionnel a jugé le champ d'application de l'amnistie conforme aux exigences constitutionnelles et donc précisé de manière objective. Par conséquent, dès lors que les critères d'admission au bénéfice de l'amnistie sont expressément définis, l'auto-amnistie ne peut pas être considérée comme inconstitutionnelle.

Toutefois, en dépit de ces possibles obligations de précision et de la fréquente nécessité de définir objectivement les critères du champ d'application de l'amnistie, il existe très peu de censure de la part des juridictions constitutionnelles. En France, le Conseil constitutionnel ne s'est ainsi pas prononcé dans sa décision relative à la loi du 20 juillet 1988⁸⁰⁷ sur l'article 2-5°

⁸⁰⁶ ROUX André, « Chronique de jurisprudence du Conseil constitutionnel, l'amnistie », *RFDC*, 1990, pp. 337-338.

⁸⁰⁷ Décision 88-244 DC.

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

amniant les délits en relation avec les élections de toute nature⁸⁰⁸. Pourtant, le champ d'application de cette loi était large puisqu'il visait tous les délits⁸⁰⁹ et tous les dirigeants politiques⁸¹⁰. En réalité, il est plus facile de dénoncer la procédure, à condition que l'utilisation des pouvoirs de crise ne modifie pas les règles qui la régissent.

B. La contestation plus facile de la procédure hors période de crise

Dans la mesure où l'auto-amnistie n'est pas contestable juridiquement et qu'il en est également ainsi de son champ d'application trop largement défini, c'est la procédure suivie pour l'adopter qui pourrait être prise en compte pour fonder un recours. En effet, cette procédure est strictement définie par la Constitution, qu'elle soit la procédure générale d'adoption des lois, qu'elle soit celle d'adoption des actes normatifs du pouvoir exécutif ou qu'elle soit spécifique à l'amnistie. Mais cette considération comporte deux limites importantes liées à la pratique de l'auto-amnistie. La première se justifie par la nature politique de l'amnistie des dirigeants politiques : du fait de l'opposition fréquente que rencontre ce type d'amnistie, le pouvoir amniant va s'efforcer de respecter la procédure d'adoption de cette mesure de clémence. Si bien que s'il ne la respecte pas c'est paradoxalement qu'il est politiquement faible⁸¹¹ (1). La seconde limite est plus juridique. Il s'agit de l'utilisation des pouvoirs de crise par certains gouvernements, qui permettront d'adopter une auto-amnistie, selon une procédure d'exception mais constitutionnelle (2).

⁸⁰⁸ Elle amnistie « les délits en relation avec les élections de toute nature notamment avec le financement direct ou indirect des campagnes électorales ou de partis politiques commis avant le 11 mars 1988 ».

⁸⁰⁹ Les crimes étaient exclus de son champ d'application.

⁸¹⁰ Il n'y a pas de distinction entre l'auteur, les co-auteurs et les complices de l'infraction.

⁸¹¹ Par exemple qu'il a dû contourner l'absence de majorité nécessaire pour adopter l'amnistie par l'utilisation d'une procédure inconstitutionnelle.

1. Le nécessaire respect de la procédure amnistiant des dirigeants politiques

L'autorité amnistiante va le plus souvent anticiper les actions contre l'auto-amnistie en respectant scrupuleusement les règles formelles auxquelles elle doit se soumettre. Plus encore, dès lors qu'elle est politiquement forte, si elle a le choix entre deux procédures, elle adoptera celle qui paraît la plus démocratique. C'est ainsi que peut être analysée en France la réapparition, sous forme d'amendement parlementaire à la loi mettant en place un nouveau régime pénal du financement des campagnes et des partis politiques en 1990, de la disposition du premier projet de loi amnistiant les infractions « *en relation avec le financement direct ou indirect de campagnes électorales ou de partis et de groupements politiques* » qui n'avait pas été adopté par le Parlement alors qu'il avait été préparé par le pouvoir exécutif⁸¹². Ce dernier semblait préférer que cette disposition provienne du Parlement même si celui-ci pouvait également paraître s'auto-amnistier, la procédure paraissant davantage démocratique et la responsabilité politique de cette adoption devenant collective. De même, si l'on s'intéresse de nouveau à l'amnistie adoptée par le Parlement haïtien en octobre 1994, il est possible de remarquer une détermination similaire de la part du pouvoir amnistiant de cet Etat. La loi fut ainsi votée le 6 octobre à la quasi-unanimité par la Chambre des députés puis par le Sénat. En outre, elle rappelait dans son article premier⁸¹³ la procédure à laquelle était soumis l'octroi de l'amnistie, alors que ces règles étant constitutionnelles, elle n'aurait pu y déroger. Cet article peut donc être interprété comme la marque de la volonté de démontrer que cette loi et les futurs actes normatifs du président qui en constitueraient l'application, dont on savait qu'ils étaient destinés à amnistier l'ancien dictateur Cedras, étaient soumis au strict respect de la procédure d'amnistie constitutionnellement définie. Néanmoins, la volonté d'insister sur le respect de la

⁸¹² Voir *supra*, pp. 187 et s., et plus spécialement la note 597, p. 188.

⁸¹³ Qui précise que l'amnistie ne pourra être accordée par le président qu'en matière politique « *c'est à dire pour toutes les infractions commises contre l'Etat définies par le Code pénal et contre la sécurité interne et externe. L'amnistie peut être octroyée avant ou après l'ouverture des poursuites et pour les condamnations in absentia [par contumace]* ».

procédure peut aussi apparaître dans le moment choisi par le pouvoir amnistiant pour la mettre en œuvre. Ainsi, au Zimbabwe, la première amnistie de 1980 avait été extrêmement critiquée en particulier parce qu'elle avait bénéficié à l'ancien Premier ministre nationaliste de Rhodésie Ian Smith. Mais en 1988, le gouvernement a attendu que les criminels les plus célèbres soient poursuivis et condamnés avant d'adopter la nouvelle mesure de clémence. Celle-ci n'avait donc pas empêché les poursuites et ne s'appliquait qu'une fois la peine prononcée. Par conséquent la mobilisation contre cette amnistie fut faible et elle ne fut pas contestée devant les juridictions nationales⁸¹⁴. Cependant, la limite la plus importante à la possibilité d'un recours contre une auto-amnistie fondé sur le non respect de la procédure est la fréquente adoption d'auto-amnisties durant l'utilisation de pouvoirs de crise⁸¹⁵.

2. L'exception constitutionnelle : les pouvoirs de crise

L'adoption d'auto-amnisties à l'aide des pouvoirs de crise a été très fréquente en Amérique latine dans les dictatures qui se sont inspirées de la théorie américaine de la sécurité nationale⁸¹⁶

⁸¹⁴ Selon Richard Carver, la mobilisation fut limitée à quelques victimes et organisations de défense des droits de l'homme, mais elle ne porta pas sur la procédure : « *Although few people actually opposed the amnesty for security force personnel, human rights activists pointed out the inconsistency of the government's position because prisoners serving sentences for far less serious offenses under the Law and Order (Maintenance) Act did not benefit from the amnesty* » (CARVER Richard, « Zimbabwe : drawing a line through the past », *op. cit.* , pp. 261-264).

⁸¹⁵ Le gouvernement du nouveau Zimbabwe « démocratique » a lui aussi mis en place ce type de législation mais il ne s'en est pas servi pour adopter une auto-amnistie. Pour Richard Craven, l'utilisation des pouvoirs d'exception a toutefois permis d'installer une culture d'impunité : « *However it did provide the environment – and the means – for new human rights violations. At one level the new government consciously used the repressive apparatus of the Rhodesian State: emergency laws, intelligence personnel, specialized military units, and counterinsurgency tactics. But more broadly it allowed a culture of abuse and impunity to permeate the security structures* » (*Ibid*).

⁸¹⁶ Dont les conséquences sont très importantes. Comme l'affirme Michael Wells, aux Etats-Unis : « *En temps de crise réelle (ou supposée telle), les juges ont refusé, de manière caractérisée, toute ingérence dans les décisions des pouvoirs exécutif et législatif. Ainsi, pendant la Guerre Civile, le président Lincoln, avec l'aval du Congrès, a*

pour justifier l'étendue de leurs pouvoirs⁸¹⁷. C'est donc à l'état d'exception que fait référence Sandrine Lefranc lorsqu'elle remarque que :

« Lorsque c'est la sanction même du législateur qui fait défaut, comme dans le cas des « auto-amnisties » octroyées par la dernière junte argentine et le gouvernement du général Pinochet, l'accent est mis, dans les exposés justificatifs, sur le caractère *a priori* équitable de la mesure, qui est censée bénéficier autant aux « subversifs » qu'aux membres des forces de sécurité, à quoi s'ajoute le légalisme des régimes autoritaires qui, pour avoir supprimé les organes législatifs (dans le cône sud latino-américain) n'en ont pas moins tenté de reconstruire un ordre juridique légal incluant un substitut d'autorité législative (sous la forme d'instances collégiales, par exemple)⁸¹⁸ ».

*autorisé les militaires à enfermer et punir les personnes suspectées de manque de loyauté, et ceci sans le bénéfice du droit au juge. (...) L'histoire prouve qu'en temps de crise, le pouvoir des présidents Etats-Uniens s'étend largement par-delà les limites de la Constitution fédérale » (WELLS Michael, « préface », in *Pouvoirs et société en temps de crise*, actes du Colloque de Lyon, 18 et 19 décembre 2002, p. 18).*

⁸¹⁷ Cette théorie de la sécurité nationale a été utilisée dans la plupart des régimes autoritaires d'Amérique latine. Généralement présentée comme importée des Etats-Unis par de jeunes officiers brésiliens ayant combattu aux côtés des américains, elle repose sur la conviction qu'il convient d'assurer une sécurité absolue pour faire face à une guerre permanente et généralisée menée par des ennemis intérieurs soutenus par une puissance étrangère. Selon Louis Joinet, « *s'agissant d'une guerre totale et permanente, l'exception tend à devenir la règle. Tous les citoyens sont mobilisés et la frontière s'estompe entre civils et militaires (« toute personne physique ou morale est responsable de la sécurité nationale, dans les limites prévues par la loi », selon l'article 1^{er} de la loi brésilienne de sécurité nationale) » (JOINET Louis, « L'internationalisation des régimes d'exceptions », *Pouvoirs*, n° 10, 1979, p. 97).*

⁸¹⁸ LEFRANC Sandrine, *Politiques du pardon...*, *op. cit.*, p. 266.

Ainsi, durant l'utilisation des pouvoirs de crise, c'est l'apparence de légalité⁸¹⁹ qui empêche les recours contre la procédure utilisée pour adopter les auto-amnisties⁸²⁰. Les conséquences de l'auto-amnistie après l'utilisation des pouvoirs d'exception sont particulières. Du point de vue de la responsabilité pénale, si l'on se réfère à Guy Braibant, l'auto-amnistie est un moyen pour légitimer des faits qui seraient délictueux hors de toute période de crise et représente donc un moyen pour faire survivre les pouvoirs de crise à la fin de la crise. Mais elle empêcherait également l'engagement de la responsabilité politique pour avoir utilisé de manière

⁸¹⁹ Une apparence de légalité organisée de la façon suivante : « *Dans sa manifestation brutale, cette technique prend la forme pure et simple de la proclamation de l'état de siège élargi, c'est à dire produisant les effets juridiques de l'état de guerre (Chili 1973), la crise interne étant assimilée à un conflit armé traditionnel. (...) Une forme moins apparente consiste à réformer la législation des circonstances exceptionnelles en introduisant de multiples degrés qui, de l'état de guerre à l'état d'émergence en passant par l'état de siège ordinaire, l'état de siège de défense interne, l'état d'urgence... permet, aux yeux de l'opinion internationale, de proclamer la levée d'un état d'exception tout en le rétablissant sous une autre forme comme ce fut le cas au Chili en 1974. Mais la véritable banalisation emprunte une voie désormais plus classique : formellement les principes démocratiques sont constitutionnellement affirmés puis violés par des lois spéciales dites de sécurité nationale, qui produisent les mêmes effets juridiques qu'un état d'exception, sans avoir à le proclamer, ce qui permet de minimiser d'éventuelles réactions internationales* » (JOINET Louis, « L'internationalisation des régimes d'exception », *op. cit.*, p. 99).

⁸²⁰ Quand bien même elles sont adoptées par les auteurs de violations graves des droits de l'homme comme le faisait remarquer Eric Sottas, le directeur de l'OMT, devant le Parlement européen : « *L'auto-amnistie est un des éléments les plus fréquemment utilisés. L'amnistie conçue dans le cadre de politiques de réconciliation nationale, ne saurait être décrétée par des instances sous contrôle des auteurs des violations graves. Pourtant c'est ce dont nous avons été témoins dans la plupart des pays d'Amérique latine, à commencer par le Chili* » (SOTTAS Eric, *Efforts internationaux de coordination contre l'impunité...*, *op. cit.*, p. 3).

inappropriée ou trop longuement les pouvoirs de crise⁸²¹. L'auto-amnistie serait enfin révélatrice des faiblesses des pouvoirs d'exception⁸²².

Mais des auteurs vont plus loin dans leur réflexion et considèrent que, de même que le champ d'application de l'amnistie est libre dans un ordre juridique souverain⁸²³, la procédure suivie

⁸²¹ « *La nécessité de faire face à l'adversité, ou à l'adversaire, sert de prétexte et d'occasion à des abus qui sont en fait et même en droit totalement incontrôlés : internements arbitraires, jugements sommaires, tortures, exécutions. On voit fleurir les législations et les juridictions d'exception, avec leur cortège de sanctions pénales rétroactives, de peines de mort pour les délits politiques et de tribunaux spéciaux. Ces atteintes aux libertés les plus fondamentales sont déjà très graves au moment où elles se produisent à chaud. Mais le pire est que les crises laissent derrière elles, comme une marée d'épais sédiments de pollution juridique. Les lois exceptionnelles et les tribunaux spéciaux survivent aux circonstances qui les ont fait naître, de même que les forces d'intervention. Le provisoire dure. Si l'amnistie intervient pour faire oublier les actes individuels, aucune abrogation n'efface les normes d'exceptions qui sont ainsi définitivement incorporées à la légalité courante* » (BRAIBANT Guy, « L'Etat face aux crises », *Pouvoirs*, n° 10, 1979, p. 8).

⁸²² « [les pouvoirs de crise] ont un double inconvénient : ils sont une tentation permanente pour ceux qui ont le droit de les utiliser ; et ils échappent, aussi bien dans leur déclenchement que dans leur exercice, à tout contrôle efficace » (*Ibid*, p. 9).

⁸²³ D'après le professeur Eric Millard : « *l'amnistie est inséparable de la souveraineté. (...) Le souverain qui nous intéresse ici, c'est celui du premier sens, qui caractérise l'ordre juridique : il n'est juridiquement lié par rien qu'il n'a lui-même décidé, ou accepté* » (MILLARD Eric, «Epurations, amnistie, amnésie: un bref éclairage sur le droit », in *Epurations, amnistie, amnésie*, M.I.R.E.H.C., Toulouse, n° 3, 1999, p. 5).

pour adopter une auto-amnistie ne peut être contestée juridiquement que dans les limites de sa validité interne⁸²⁴. Il suffit donc au pouvoir amnistiant d'obtenir du pouvoir souverain la modification de la procédure d'amnistie pour que celle suivie pour adopter l'auto-amnistie ne puisse être contestée. Outre les limites de cette théorie en droit international, elle ne se vérifie pas en pratique où l'on peut remarquer que modifier cette procédure irait à l'encontre de l'apparence de constitutionnalité toujours recherchée par le pouvoir qui s'auto-amnistie.

En conclusion, l'auto-amnistie n'est intrinsèquement entachée d'aucun vice justifiant son annulation et ne représente donc pas en elle-même une utilisation abusive de la prérogative amnistiant par les dirigeants politiques. Or, pour le professeur Kalt, la pratique de l'auto-amnistie bien que conforme à la Constitution américaine, ne devrait pas exister car le dirigeant

⁸²⁴ « *Qu'aucun principe qui n'est reconnu par cet ordre de fait qu'est un ordre juridique souverain, un Etat, ne liera [le pouvoir amnistiant]: pas plus à cet égard l'idée de justice ou d'humanité que les soi-disant principes de non-rétroactivité des lois pénales notamment, qu'on interroge par exemple dès que surgit la problématique de l'épuration ou de l'amnistie. (...) cette souveraineté ne signifie pas que n'existent aucunes limites. Un ordre souverain définit ses conditions de validité interne (...) (pour s'en tenir à trois hypothèses simples) (...):*

- *L'épuration ou l'amnistie peut être interdite par le texte suprême (Constitution par exemple), soit dans son énoncé, soit du fait d'une interprétation par une autorité d'application (Cour suprême, Conseil constitutionnel, etc...)*
- *L'épuration ou l'amnistie n'est possible que décidée par une autorité définie selon une procédure définie.*
- *Sans être impossible, l'épuration et l'amnistie ne sont promulguables qu'en respectant certaines règles matérielles qui les encadrent sans les concerner expressément.*

(...) Lorsqu'une volonté politique ne peut pas se réaliser à l'intérieur d'un ordre juridique donné, ou qu'elle ne le veut pas (...) pour ne pas assumer l'héritage, pour le condamner politiquement, etc..., et que cette volonté politique est dotée d'une force suffisante pour peser sur les faits, elle peut aisément se libérer des contraintes d'un ordre juridique pour en générer un autre » (Ibid).

qui souhaite utiliser l'amnistie pour s'exonérer de sa responsabilité pénale peut toujours en faire bénéficier ses subordonnés et ses collaborateurs afin d'empêcher l'ouverture de poursuites contre lui-même⁸²⁵. Il fait en réalité référence à une forme spécifique d'auto-amnistie : l'auto-amnistie indirecte. Cette dernière peut quelquefois être révélatrice d'une pratique abusive.

⁸²⁵ « *If a President can protect himself merely by pardoning his confederates, as King Charles II did, this would amount to a constructive self-pardon. Structurally, if a President can achieve a self-pardon by different ends, it would make sense that he could just do so directly. That is one could argue that there would be no point in banning direct self-pardons if a President could legally construct an indirect one? But Bush's actions did not amount to a self-pardon. Indeed, Bush was still in trouble after the pardons. He was left as the only major Iran Contra figure who was not immune from prosecution; Walsh declared as much immediately after the pardons were issued* » (KALT Brian C., « Pardon me?: the constitutional case against presidential self-pardons », *op. cit.*).

SECTION 2 – L'ABUS POSSIBLE UNIQUEMENT A TRAVERS L'AUTO-AMNISTIE INDIRECTE

Il a été expliqué que l'auto-amnistie n'est pas un phénomène invalide par nature. Chercher à obtenir les effets de cette auto-amnistie par un autre moyen juridique pour échapper à sa contestation politique pourrait être assimilé à une utilisation abusive de l'amnistie. Il en est ainsi de cette possibilité évoquée par Peter Ferrara d'après laquelle la Constitution américaine permet au président d'octroyer un *pardon* à toute personne impliquée dans une affaire pénale, par exemple sa femme ou ses amis, en échange de leur silence⁸²⁶ ; ce qui évite donc la mise en cause de sa propre responsabilité. Cela correspond à la définition première de l'auto-amnistie indirecte. La particularité de ce phénomène est d'être extrêmement difficile à qualifier et à sanctionner en raison là encore de la généralité de l'amnistie. Ainsi, l'amnistie indirecte est souvent qualifiée « d'amnistie de fait » alors que cette dernière a un sens beaucoup plus large et n'est donc pas toujours abusive (I). En outre, l'amnistie d'un dirigeant politique négociée par lui-même avec ses successeurs, en échange de son départ est également souvent assimilée à tort à ce type d'auto-amnistie (II).

I. L'auto-amnistie indirecte, une notion plus restreinte que l'auto-amnistie de fait

Comme les expressions « amnistie de fait » et « amnistie indirecte », celles d'« auto-amnistie de fait » et « d'auto-amnistie indirecte » semblent employées indifféremment. Pourtant, elles ne correspondent pas au même phénomène. Si elles produisent les mêmes effets (A), seule l'auto-amnistie indirecte est susceptible de représenter une utilisation abusive de l'amnistie par

⁸²⁶ « *Under the Constitution [the President] can pardon everyone who has evidence against him, his wife, or his friends, in return for their silence* » (FERRARA Peter, « Could president pardon himself? », *The Washington Times*, October 22, 1996, section A, p. 14. (avec une illustration de Ramirez : « Excuse me... / No. pardon me... »)).

le dirigeant en bénéficiant. Elle est donc plus restreinte mais comme elle présente un caractère intentionnel, elle est plus difficile à sanctionner (B).

A. Auto-amnistie de fait et auto-amnistie indirecte : un résultat identique

L'auto-amnistie indirecte et l'auto-amnistie de fait ont une portée comparable (1). Elles provoquent toutes deux l'extinction des poursuites contre le dirigeant concerné sans qu'il ait lui-même été amnistié. Elles ont aussi le même avantage, celui d'être plus discrètes que l'auto-amnistie du dirigeant. Le plus souvent elles se traduisent par l'amnistie de leurs subordonnés, de leurs associés ou de leurs intimes afin d'empêcher que l'audition de ces personnes dans le cadre d'une procédure pénale ou politique ne permette la mise en cause du gouvernant. L'exemple le plus fréquemment cité est celui de Bill Clinton qui fit bénéficier d'un *pardon* plusieurs personnes impliquées dans le scandale financier du *Whitewater*⁸²⁷, scandale dans lequel il était lui-même compromis. De même, en France, les décrets déjà évoqués⁸²⁸ de mars 1962 adoptés en application de la loi de mars 1956, sont souvent présentés comme la démonstration de la volonté du gouvernement de cacher les crimes commis en Algérie sous son autorité, afin de ne pas voir sa propre responsabilité engagée⁸²⁹. C'est cette similarité des effets de l'auto-amnistie indirecte et de l'auto-amnistie de fait qui explique la confusion entre ces deux qualifications (2).

1. Les effets d'une auto-amnistie, mais sans que le dirigeant politique en soit expressément le bénéficiaire

⁸²⁷ Selon le professeur Ralph Stein, « *M. Clinton pardoned quite a few people and most are of no interest to either the media or the general public. Perhaps because of Mr Clinton involvement with Whitewater, the pardoning of any accused or suspected of White Collar criminal activity excites attention* » (issu d'un débat entre plusieurs professeurs de droits américains, spécialistes du *pardon*, organisé par le site internet jurist. Law.pitt, disponible sur <http://jurist.law.pitt.edu/pardonslist.htm>).

⁸²⁸ Voir, *supra* : pp. 184-185.

⁸²⁹ Par exemple, voir : GACON Stéphane, *L'amnistie...*, thèse, *op. cit.*, p. 256 (cité *supra*, p. 184).

Pour que l'auto-amnistie indirecte ou de fait bénéficie au dirigeant, il faut généralement que l'amnistie soit réelle, c'est à dire qu'elle s'applique à certaines infractions, comme par exemple le deuxième décret de 1962 qui en amnistiant les militaires français portait sur « *les faits commis dans le cadre des opérations de maintien de l'ordre dirigées contre l'insurrection algérienne* ». Ces faits peuvent alors être évoqués mais pas en tant qu'infractions, ce qui empêche toute mise en cause de leurs auteurs, même s'ils ne sont pas expressément visés par l'amnistie, et indirectement des gouvernants ayant pu avoir une responsabilité politique dans la réalisation de ces faits. C'est pour cela que l'on a pu qualifier d'auto-amnistie indirecte ou d'auto-amnistie de fait des parlementaires, la loi d'amnistie française de 1990 en dépit de l'exclusion explicite de ceux-ci du champ d'application de cette loi. En effet, l'amnistie était réelle puisqu'elle dépenalisait les infractions commises en relation avec le financement des partis et des campagnes politiques, si bien qu'elle pouvait produire des effets très larges. Joël Boudant synthétise, de la manière suivante, les accusations d'auto-amnistie indirecte ou de fait :

« Malgré les réaffirmations des hommes politiques tendant à souligner qu'ils ne s'étaient pas auto-amnistiés, le système adopté revenait à faire bénéficier la classe politique d'une amnistie de fait. En effet, l'amnistie ayant un caractère personnel, ne bénéficie certes pas directement aux parlementaires, mais dans la mesure où elle est réelle, c'est à dire qu'elle opère en fonction de son objet même, elle joue également à leur égard, puisqu'elle efface la qualification pénale des faits donnant lieu à des poursuites dont elle provoque ainsi l'extinction⁸³⁰ ».

Selon Elise Fajgeles :

« Tous les protagonistes de l'infraction, auteurs, coauteurs, complices, bénéficient de cette situation. C'est pourquoi l'exclusion peut n'apparaître que théorique. Généralement, l'auteur principal n'avait pas la qualité de parlementaire. Il s'agissait par exemple d'un dirigeant de société coupable du délit d'abus de biens de cette société en vue du financement d'une campagne électorale ou au profit d'une

⁸³⁰ BOUDANT Joël, « La crise identitaire du Parlement français », *op. cit.*, p. 1355. Le même auteur ajoute : « *Quand Monsieur Mitterrand (...) affirme : « (...) la réalité, c'est que les parlementaires se sont exclus de l'amnistie », il nous faut préciser que si la disposition prévoyant cette exclusion existe, elle se trouve en fait contrariée dans sa portée par les dispositions de la loi supprimant la qualification des faits. La remarque s'impose afin de ne pas entretenir l'ambiguïté* » (*Ibid*, p. 1356).

formation politique. En l'occurrence, le député ou le sénateur susceptible de voir retenu à son encontre des faits de complicité ou de recel ne pourra que bénéficier de l'amnistie couvrant le fait principal punissable. Il faut convenir, en accord avec la formule de Pierre Mazeaud, parlementaire, que « *l'amnistie du donateur entraîne celle du donataire* (J.O., deb. Ass. nat., 19 décembre 1989) »⁸³¹ ».

Le problème de la qualification de cette loi, de « loi d'auto-amnistie indirecte » ou « d'auto-amnistie de fait » des parlementaires, est que cette hypothèse est difficilement vérifiable en pratique. En effet, des parlementaires ont été amnistiés par la suite mais sur le fondement de la loi d'amnistie précédente de 1988. Toutefois, il est vrai que la dépénalisation de l'infraction commise par les co-auteurs et complices de l'infraction a pu entraîner *de facto* le classement sans suite par les Procureurs d'actions pénales qui s'y rapportaient même si un parlementaire était impliqué. Ainsi, l'amnistie réelle est plus facilement qualifiable d'auto-amnistie indirecte ou d'auto-amnistie de fait. Néanmoins, selon Peter Ferrara, lorsque l'amnistie est personnelle, elle pourrait également permettre une auto-amnistie indirecte, en particulier dans les cas où elle s'appliquerait au refus de témoigner⁸³².

Quoi qu'il en soit, l'avantage de l'auto-amnistie indirecte et de l'amnistie de fait est qu'elles produisent tous les effets de l'amnistie sans que le dirigeant politique en soit expressément le bénéficiaire. Elles empêcheront l'engagement de sa responsabilité pénale tout en évitant celui de sa responsabilité politique⁸³³ à cause du champ d'application de l'amnistie mais aussi de ses effets, puisqu'elle interdit le rappel des infractions, des poursuites ou des condamnations visées.

⁸³¹ FAJGELES Elise, *les amnisties politiques*, mémoire de D.E.A. de droit public interne, sous la direction du professeur C. Goyard, session de juin 1995, pp. 42 et s.

⁸³² « *If everyone who could provide evidence was pardoned, even for refusing to answer questions* ». (FERRARA Peter, « *Could president pardon himself?* »..., *op. cit.*).

⁸³³ C'est ce que pense là encore Peter Ferrara : « *Of course, the pardon power cannot prevent Congress from impeaching Mr. Clinton and removing him from office. But (...) the Congress would be unable to amass the evidence to provide politically acceptable justification for such removal* » (*Ibid.*).

Les effets de ces auto-amnisties indirecte et de fait sont tels qu'une partie de la doctrine les retrouve dans deux situations.

En premier lieu, toute amnistie d'un proche du gouvernant constituerait une auto-amnistie indirecte ou une auto-amnistie de fait. Les auteurs qui s'inscrivent dans cette théorie se fondent sur le postulat – illustré par exemple par la démission du président de la troisième République française Jules Grévy en raison du scandale impliquant son gendre⁸³⁴ – que la mise en cause de la responsabilité d'un membre de la famille ou des relations du dirigeant entraînerait inévitablement sa propre responsabilité même lorsqu'il n'est lui-même coupable d'aucune infraction pénale⁸³⁵ ou faute politique⁸³⁶. C'est ainsi qu'à été présenté⁸³⁷ le *pardon* de Bill Clinton à son frère Roger Cassidy Clinton qui avait terminé d'exécuter sa peine de prison depuis 1986, en particulier pour trafic de drogue. Toutefois, la limite de cette théorie est précisément d'être fondée sur un postulat contestable, ne serait-ce que parce que les poursuites engagées contre les proches de dirigeants n'entraînent pas toujours l'engagement de la responsabilité de ces derniers. Il est par exemple possible de citer l'exemple de Winnie Mandela, l'ancienne épouse du dirigeant de l'ANC, mise en cause dès 1993 date à laquelle elle était encore l'épouse du futur président de l'Afrique du Sud⁸³⁸, qui la soutenait sans équivoque⁸³⁹, sans que cela

⁸³⁴ Il démissionna en 1887, après la découverte d'un trafic de décorations organisé par son gendre Wilson.

⁸³⁵ Entraînant la mise en cause de la responsabilité pénale du dirigeant.

⁸³⁶ La faute politique peut avoir pour conséquence la mise en cause de la responsabilité politique du dirigeant. Or, concernant Jules Grevy, il est possible de considérer qu'à défaut d'infraction, le président avait commis une faute politique en ne découvrant pas le trafic auquel se livrait son gendre et surtout en ne l'empêchant pas.

⁸³⁷ Par exemple par Paul Sperry. Voir : SPERRY Paul, « Roger's pardon a first-family first », 2001, Washington, disponible sur <http://www.worldnetDaily.com>

⁸³⁸ Sur l'audition de Winnie Mandela par la commission vérité et réconciliation et les faits qui lui étaient reprochés, voir : PONS Sophie, *Apartheid, L'aveu et le pardon*, Postface de Desmond Tutu, Paris : Bayard, 2000, pp. 101 et s.

⁸³⁹ « *La violence politique avait aussi son côté tragique. A cause de l'augmentation de la violence à Soweto, ma femme autorisa un groupe de jeunes hommes à lui servir de gardes du corps quand elle se déplaçait dans le township. Ces jeunes gens indisciplinés et sans formation furent impliqués dans des activités incompatibles avec la lutte de la libération. En conséquence, Winnie se retrouva entraînée dans le procès d'un de ses gardes du corps,*

entraîne, à juste titre, l'engagement de la responsabilité de celui qui était alors son mari. Il n'existe donc pas de présomption irréfragable que l'amnistie d'un de ses proches par un dirigeant constitue une auto-amnistie indirecte ou une auto-amnistie de fait.

En second lieu, d'autres auteurs⁸⁴⁰ considèrent que, dès lors qu'une amnistie est octroyée à un gouvernant par le pouvoir amnistiant, l'auto-amnistie indirecte ou l'auto-amnistie de fait est caractérisée, en raison du phénomène majoritaire et de la solidarité supposée de la « classe politique ». Comme la précédente, cette seconde supposition est contestable non seulement en raison d'exemples historiques – des dirigeants politiques hostiles au pouvoir amnistiant ont pu bénéficier de l'amnistie en échange d'une réconciliation nationale – mais surtout en raison du mécanisme de l'auto-amnistie indirecte et de l'auto-amnistie de fait qui suppose que ce soit un autre individu qui soit le bénéficiaire direct de la clémence.

En réalité, les qualifications d'auto-amnistie indirecte comme d'auto-amnistie de fait sont fréquemment et indifféremment utilisées, sans être toujours vérifiées. C'est ce qui conduit à les confondre.

2. La conséquence de cette identité de résultat : la confusion entre ces deux termes

Beaucoup d'auteurs ne distinguent pas l'auto-amnistie indirecte de l'auto-amnistie de fait. Peter Barcroft, présente comme une auto-amnistie indirecte le *pardon* octroyé au général argentin

accusé du meurtre d'un jeune camarade. Cette situation était pour moi très troublante car un tel scandale ne servait qu'à diviser le mouvement au moment précis où l'unité était essentielle. Je soutins entièrement ma femme, qui avait manqué de jugement mais était innocente de toute accusation grave », écrivait Nelson Mandela en 1994 (MANDELA Nelson, *Un long chemin vers la liberté*, traduit de l'anglais par Jean Guiloineau, Fayard, 1994, version française : janvier 1995, p. 565). Les époux Mandela ne divorceront qu'en 1996.

⁸⁴⁰ Ce ne sont généralement pas des juristes.

Carlos Suarez Mason⁸⁴¹ par Carlos Menem en 1991 et le compare aux *pardons* accordés par Bill Clinton à ses anciens collaborateurs dont les témoignages auraient pu lui être défavorables⁸⁴². Il ne justifie pas cette comparaison. Pourtant, ce qui était reproché à Carlos Menem, ce n'était pas de s'amnistier à travers le *pardon* de l'ancien commandant des forces armées et de la junte au pouvoir⁸⁴³, mais d'être revenu sur sa promesse faite en 1990 de faire un exemple du général Suarez Mason⁸⁴⁴, en facilitant l'engagement et l'aboutissement des poursuites pénales contre celui-ci⁸⁴⁵. Ce n'était pas réellement une auto-amnistie indirecte.

Le *pardon* accordé par Bill Clinton à William Borders⁸⁴⁶ a également été qualifié d'amnistie indirecte. En effet, William Borders avait été condamné à une peine d'emprisonnement pour avoir refusé de témoigner contre le juge fédéral Hastings accusé de corruption. En raison de l'absence de déposition de William Borders, le juge Hastings fut relaxé pénalement. Il fut tout

⁸⁴¹ Le commandant suprême des forces armées entre 1976 et 1979, « *Les années les plus dures de la répression* » (DERIVERY Catherine, « Argentine : la politique du « point final » seuls les dossiers les plus graves de la répression seront examinés par les tribunaux », *Le Monde*, 6 février 1987 (archives)).

⁸⁴² Pour Peter Barcroft, ce *pardon* aurait même ébranlé le fonctionnement du système juridique argentin : « *The surprise pardon for Gen. Carlos Suarez Mason, whose testimony would have been damaging to Menem's Government... seriously compromises Argentina's legal system* » (BARCROFT Peter A.A., « The presidential pardon, a flawed solution », *op. cit.*, note 65, p. 389).

⁸⁴³ Qui était l'ancien responsable d'un centre de tortures et de l'organisation des exécutions commises par la junte.

⁸⁴⁴ « [Le général Suarez Mason] sera exclu du pardon présidentiel car en plus des délits qui lui sont imputés, il a fui la justice [il fut détenu aux Etats-Unis] et a commis des délits de droit commun, explique Carlos Menem. En fait, les militaires eux-mêmes verraient sans plaisir la libération du général Suarez Mason, car ils ont toujours considéré sa fuite comme une atteinte à l'honneur de l'armée. Un triste chapitre de l'histoire argentine sera ainsi clos, insiste M. Menem, et j'ai l'autorité morale pour le faire. Je fus une des victimes, je fus torturé, emprisonné et je ne veux plus parler de ce thème... » (CORON Edith, « Argentine : dans un entretien au « Monde » le président Menem confie son désir de « clore un triste chapitre » de l'histoire de son pays au nom de la « pacification nationale » », *Le Monde*, 7 juillet 1990 (Archives)).

⁸⁴⁵ Le général avait fui l'Argentine en 1984 juste avant d'être condamné à la prison à perpétuité lors du procès des militaires de 1985. Extradé des Etats-Unis en 1988, il n'avait pas encore été jugé pour d'autres délits lorsque Menem lui a octroyé un *pardon*.

⁸⁴⁶ Le 20 janvier 2001, soit la veille de l'expiration du mandat de Bill Clinton.

de même empêché et destitué de ses fonctions d'alors, sans que l'*impeachment* s'applique pour l'avenir⁸⁴⁷. Il se fit alors élire à la Chambre des représentants où il se fit remarquer par sa défense passionnée de Bill Clinton durant la procédure d'*impeachment* contre ce dernier. Il est vrai que ce *pardon* avait un lien avec l'engagement de la responsabilité du président Clinton. Toutefois, comme le précise Victor Williams⁸⁴⁸, il est possible de conclure que ce n'était pas une auto-amnistie indirecte de Bill Clinton – puisque ledit *pardon* n'a été octroyé à William Borders qu'après la clôture de la procédure d'*impeachment* engagée contre le président américain – mais plutôt un *pardon* de remerciement⁸⁴⁹. En revanche, contrairement à Victor Williams⁸⁵⁰, il est possible de considérer comme des amnisties indirectes d'autres *pardons* dont l'effet était d'empêcher le rassemblement de preuves et de témoignages aboutissant à l'engagement de la responsabilité de Bill Clinton⁸⁵¹. Il en est ainsi du *pardon* accordé par celui-ci à Susan McDougal⁸⁵², la collaboratrice de l'ancien président démocrate, alors qu'elle était inculpée dans l'affaire *Whitewater*, mais aussi de celui octroyé à l'ancien directeur de la CIA John Deutch qui maladroitement détenait des informations confidentielles susceptibles d'être préjudiciables à Bill Clinton sur l'ordinateur de son domicile. Les effets d'une auto-amnistie sont donc très importants pour pouvoir la qualifier : il faut impérativement que le pouvoir amnistiant empêche

⁸⁴⁷ Il a déjà été expliqué qu'en vertu de la section 2 de la Constitution américaine, il serait possible de destituer le titulaire d'une fonction fédérale pour l'avenir, c'est à dire de lui interdire d'occuper ce type de fonction dans le futur.

⁸⁴⁸ WILLIAMS Victor, « Pardongate : another impeachment after the investigations conclude ? », *op. cit.*

⁸⁴⁹ Victor Williams le qualifie de « *thank-you pardon* » (*Ibid.*).

⁸⁵⁰ *Ibid.*

⁸⁵¹ En accord avec Michael Keith Allen dans sa thèse : « *After helping out other criminals, family, and friends, Clinton decided it was time to try to help himself. To try to bring an end to the Whitewater investigations and trials, Clinton stepped in to pardon ex-business partners* » (KEITH ALLEN Michael, *Pardon you, Pardon me. Controversial usage of the presidential pardoning power : from Carter to Clinton*, A thesis presented to the Faculty of the Department of History, East Tennessee State University, Dr Elwood Watson (Chair), August 2003, p. 59).

⁸⁵² Octroyé le 20 janvier 2001, soit le même jour que celui accordé à Williams Borders.

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

toute poursuite pénale contre lui-même, grâce à l'absolution d'une autre personne, pour qu'il puisse y avoir auto-amnistie indirecte ou de fait.

Le problème est que parfois les interprétations sur la portée d'une amnistie divergent. Par exemple, il a pu être considéré que, dans la mesure où des éléments matériels susceptibles de permettre l'engagement de la responsabilité de George Herbert Walker Bush⁸⁵³ subsistaient après les *pardons* qu'il avait octroyés aux autres personnes mises en cause dans l'affaire de

⁸⁵³ Le père de George W. Bush.

*l'Irangate*⁸⁵⁴ en 1992⁸⁵⁵, ces *pardons* ne pouvaient pas être considérés comme une auto-amnistie indirecte. Dans cette conception, après l'adoption de ces *pardons*, George H. W. Bush et son prédécesseur Ronald Reagan⁸⁵⁶ devenaient alors les seules personnes dont la responsabilité pénale pouvait être engagée⁸⁵⁷. Ils ne constituaient donc pas une auto-amnistie

⁸⁵⁴ Les actes reprochés à l'administration Reagan ont en réalité commencé à être commis avant même l'entrée en fonction de Ronald Reagan. Il semble que ce soit pour assurer la victoire de celui-ci à la présidentielle et pour faciliter ensuite la résolution de problèmes majeurs se posant à l'époque en politique étrangère, que certains de ses conseillers, dont le lieutenant-colonel de marine Oliver North, ont conclu secrètement des accords contestés. Ces derniers portaient en particulier sur de l'armement avec l'Iran afin de rendre plus sûre la libération des otages américains de Téhéran et sur l'octroi de fortes sommes d'argent à la guérilla (les Contras) au Nicaragua afin qu'elle renverse le gouvernement de gauche sandiniste. Or, ils violaient deux dispositions normatives américaines : le *Boland Agreement* adopté par le Congrès en 1984 et l'amendement *Hughes-Ryan* qui interdisait à la CIA de s'approprier des fonds destinés à l'étranger sans concertation préalable de tous les services de renseignement. La découverte de ce scandale et de la possible implication du gouvernement Reagan amena le Congrès à demander des informations sur la réalité des faits. Reagan, accusant les services de renseignement appuya officiellement la mise en place d'une procédure spéciale d'investigation menée par la commission *Tower* qui déboucha sur la condamnation de plusieurs personnes. George H.W. Bush et Ronald Reagan firent ensuite publiquement une déclaration pour affirmer leur ignorance des agissements de leurs subordonnés.

⁸⁵⁵ Ce *pardon* a été octroyé à Caspar W. Weinberger, Elliot Abrams, Duane R. Clarridge, Alan Fiers, Clair George et Robert C. McFarlane, par la Proclamation n° 6518. Voir : annexe VIII, p. 656.

⁸⁵⁶ Dont George H. W Bush avait été le vice-président.

⁸⁵⁷ Selon Michael Keith Allen : « *On December 24, 1992 George Herbert Walker Bush pushed through an extremely controversial set of pardons. Bush's Christmas Eve pardons would clean the slate of his and Regan's possible punishment through their involvement with the Iran Contra affair* » (KEITH ALLEN Michael, *Pardon you, Pardon me, op. cit.*, p. 35).

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

indirecte⁸⁵⁸. D'autres juristes américains ont tenu le raisonnement contraire⁸⁵⁹. Ces *pardons* sont intervenus après la clôture des investigations de la commission *Tower*⁸⁶⁰ alors que le Procureur Spécial Lawrence Walsh avait décidé de poursuivre ces investigations concernant l'implication présidentielle dans ce scandale. Ce dernier accusa explicitement les mesures de clémence présidentielles d'être mises en œuvre pour éviter son action⁸⁶¹.

Toutefois, si leurs effets sont similaires, ce qui va différencier une auto-amnistie de fait d'une auto-amnistie indirecte c'est l'élément intentionnel qui caractérise cette dernière.

B. L'exigence d'un élément intentionnel pour qualifier une auto-amnistie d'indirecte

⁸⁵⁸ Selon Brian C. Kalt : « *Christmas Eve 1992 (...). Special Prosecutor Lawrence Walsh had persisted in his pursuit of Iran-Contra suspects. Bush decided to pardon several of them, leaving himself as the most prominent prosecutable figure* » (KALT Brian C., « Pardon me ? : the constitutional case against presidential self-pardons », *op. cit.*, p. 779).

Même s'il n'était pas qualifié d'auto-amnistie indirecte, ce *pardon* n'en a pas moins été très critiqué en raison des infractions commises (dont le commerce avec l'ennemi) et de la qualité des personnes mises en cause.

⁸⁵⁹ C'est ce que fait une autre partie de la doctrine. Ainsi, dans sa thèse, Michael Keith Allen, rapproche ces *pardons* de celui octroyé à Ford par Nixon. Par exemple, lorsqu'il affirme : « *Bush just like Ford, pardoned a mistake in his political past* » (KEITH ALLEN Michael, *Pardon you, Pardon me...*, *op. cit.*, p. 37).

Ce rapprochement est d'autant plus justifiable que Georges Bush, comme Gerald Ford avant lui, était également susceptible d'amnistier indirectement son prédécesseur par cette série de *pardons* contestée (Voir, *infra* : II, notamment p. 282).

⁸⁶⁰ Voir : *supra*, note 854.

⁸⁶¹ Le Procureur Spécial Walsh déclara en particulier: « *It demonstrates that powerful people with powerful allies can commit serious crimes in high office deliberately abusing the public trust, without consequence (...). In light of President Bush's own misconduct, we are gravely concerned by his decision to pardon others who lied to Congress and obstructed official investigations* » (Cité par : JOHNSON David, « Bush Pardons in Iran Affair Averting a Weinberger trial ; Prosecutor Assails « Cover ups », *The New York Times*, 24 December 1992, sec. A, 22).

L'auto-amnistie de fait désigne un phénomène plus large que l'auto-amnistie indirecte. En effet, cette qualification peut aussi s'appliquer aux conséquences de l'utilisation d'autres normes à des fins amnistiantes⁸⁶². En outre, une auto-amnistie de fait nécessite l'existence d'un élément intentionnel pour être qualifiée d'auto-amnistie indirecte et donc pour pouvoir être considérée comme une utilisation abusive de l'amnistie. Cet élément intentionnel, « *aliment normal de l'abus des droits* » selon Josserand, se caractérise ici par la volonté de l'autorité amnistiante de bénéficier de l'amnistie octroyée à un autre individu. La difficulté posée par cet élément intentionnel est qu'il est subjectif et donc difficile à déterminer, ce qui a deux conséquences. La première est qu'il faut de manière paradoxale se fonder sur des éléments extérieurs à la volonté du pouvoir amnistiant pour pouvoir révéler celle-ci (1). La seconde conséquence est que l'auto-amnistie indirecte est très difficile à sanctionner si l'on considère qu'elle constitue une utilisation abusive de l'amnistie (2).

1. Les éléments objectifs pouvant révéler l'intention du pouvoir amnistiant

L'intention du pouvoir amnistiant peut être déduite de considérations qui se veulent objectives. La première de ces considérations devrait se trouver dans les motivations de l'acte normatif amnistiant constituant une auto-amnistie indirecte. Cependant, ces motivations contiennent rarement de références à la responsabilité de l'autorité amnistiante. Si elles en contiennent c'est le plus souvent pour démontrer que cette autorité amnistiante ne s'exonère au contraire d'aucune responsabilité. Il en est ainsi du *pardon* octroyé par Georges H. W. Bush à Caspar Weinberger et aux autres personnes impliquées dans le scandale de l'*Irangate*. Il était en effet justifié substantiellement dans la proclamation présidentielle n° 6518 du 24 décembre 1992 par le patriotisme de ses bénéficiaires⁸⁶³, par leur absence de profit personnel dans la conduite qui

⁸⁶² Voir *infra*, chapitre 2, pp. 307 et s.

⁸⁶³ « *The common denominator of their motivation – whether their actions were right or wrong – was patriotism* » (Proclamation n° 6518, *op. cit.*). Voir : annexe VIII, p. 656.

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

leur était reprochée⁸⁶⁴, par les services antérieurs qu'ils avaient rendus à la nation américaine⁸⁶⁵ et enfin par le fait que tous cinq avaient déjà payé un prix disproportionné par rapport aux fautes commises, s'agissant par exemple de leurs carrières ou de leurs situations familiales⁸⁶⁶. Il mentionnait également la nécessité de tourner la page de la « guerre froide⁸⁶⁷ » et le fait que la phase d'instruction de ce scandale était achevée⁸⁶⁸. Les motivations du *pardon* réunissaient donc en apparence celles des *pardons* adoptés par les présidents précédents. Étaient prises en compte : la qualité des personnes, le fait qu'elles aient déjà été sanctionnées pénalement, la recherche de la vérité ainsi que la nécessité de « tourner la page » d'une guerre ou d'une rébellion. Toutefois, Georges H. W. Bush a également justifié cette proclamation en expliquant que d'après lui, les poursuites contre les individus amnistiés n'étaient que la démonstration de la pénalisation de la politique et plus exactement de la « *criminalisation des différences politiques*⁸⁶⁹ », que la cible principale était « *le président et non ses subordonnés*⁸⁷⁰ » et qu'enfin aucune personne impartiale n'avait jamais suggéré que son propre rôle dans cette affaire ait pu être contestable⁸⁷¹. Ces justifications additionnelles, non juridiques, étaient donc

⁸⁶⁴ « *They did not profit or seek to profit from their conduct* » (Ibid).

⁸⁶⁵ « *Each has a record of long and distinguished service to this country* » (Ibid).

⁸⁶⁶ « *All five have already paid a price – in depleted savings, lost careers, anguished families – grossly disproportionate to any misdeeds or errors of judgment they may have committed* » (Ibid).

⁸⁶⁷ « *Now the Cold War is over. When earlier wars have ended, Presidents have historically used the power to pardon to put bitterness behind us and look the future* » (Ibid).

⁸⁶⁸ « *The Independent Counsel stated last September that he had completed the active phase of his investigation* » (Ibid).

⁸⁶⁹ « *The prosecutions of the individuals I am pardoning represent what I believe is a profoundly troubling development in the political and legal climate of our country : the criminalization of policy differences. This differences should be addressee in the political arena, without the Damocles sword of criminality hanging over the heads of some of the combatants* » (Ibid).

⁸⁷⁰ « *The proper target is the President, not his subordonates* » (Ibid).

⁸⁷¹ « *No impartial person has seriously suggested that my own role in this matter is legally questionable* » (Ibid).

destinées à infirmer l'hypothèse que ce *pardon* constituait en réalité une auto-amnistie indirecte⁸⁷².

Toutefois, certaines amnisties peuvent être qualifiées d'auto-amnisties indirectes sans qu'il soit fait référence à leurs justifications. Il est également possible de se concentrer sur la procédure amnistiant. Par exemple, il est possible de retrouver l'intention du pouvoir amnistiant dans le moment où intervient l'amnistie, au détriment d'une autre période durant laquelle il n'y aurait pas eu d'effets auto-amnistiants. Ce raisonnement a été appliqué à l'Angleterre du dix-septième siècle. En effet, le roi Charles II fut soupçonné de conspirer avec la France. En raison de son inviolabilité, le Parlement engagea en décembre 1679 une procédure d'*impeachment* contre le Comte de Danby, le Premier ministre et contrôleur des finances, afin de sanctionner à travers lui les actes du souverain. Or, en mars 1679, Charles II lui octroya un *pardon*. Le professeur Kalt déduit du moment où elle intervient que cette mesure de clémence était une forme d'auto-amnistie indirecte. En effet, bien que bénéficiant de son inviolabilité, le roi allait être compromis politiquement, ce qui aurait pu remettre en cause son régime de responsabilité en particulier par les révélations faites au procès de Danby. Selon le même auteur, si le roi avait seulement voulu protéger son ministre, il lui aurait octroyé ce *pardon* dès décembre⁸⁷³. Les *pardons* octroyés dans l'affaire de l'*Irangate* sont aussi présentés de la sorte. Des auteurs comme Keith Allen déduisent du fait qu'ils soient intervenus avant les investigations du

⁸⁷² Elles ont été contredites par certains auteurs. Pour un exemple de la contestation des justifications de ce *pardon*, voir: KEITH ALLEN Michael, *Pardon you, Pardon me...*, *op. cit.*, pp. 40-42.

⁸⁷³ « *Danby was merely acting ministerially. Parliament realized this, but the King was « beyond reach » of legal remedies ; impeaching the hapless Treasurer was the best that Parliament could do. Unfortunately for Parliament, the King revealed in March 1679 that he had issued a pardon for Danby. If Charles had only been trying to protect Danby he could have pardoned the Earl in December, but the King was now acting to solve a different problem. An examination of Danby's actions would have revealed that Charles had been receiving bribes from France; a pardon would end the investigation and spare the King this embarrassment* » (*Ibid*, pp. 783-784).

Procureur Spécial Walsh sur l'implication présidentielle dans ce scandale, qu'ils constituent une auto-amnistie de Georges H. W. Bush⁸⁷⁴.

Cependant, il est également possible de rechercher les liens entre le titulaire du pouvoir amnistiant et le bénéficiaire de l'amnistie, en démontrant par exemple qu'il y a des infractions pénales ou fautes politiques communes à ces personnes. C'est la démarche la plus souvent suivie par les rédacteurs de rapports d'Organisations Non Gouvernementales (ONG). Par exemple, s'agissant du Zimbabwe, un rapport d'*Amnesty International*⁸⁷⁵ constate que le président Robert Mugabe a utilisé son pouvoir constitutionnel d'amnistie pour empêcher l'engagement de la responsabilité d'auteurs de violations de droits de l'homme, y compris celles commises à l'occasion des élections de 1995 et 2000. L'auteur de ce rapport recherche alors les liens entre le président et les bénéficiaires de l'amnistie. Il montre que les infractions en cause ont été commises par des milices financées par l'Etat, par les forces de police et les services secrets⁸⁷⁶, en particulier par des officiers eux aussi directement soumis au pouvoir exécutif. Ce lien de subordination serait donc la démonstration qu'à travers l'amnistie d'autres personnes, le président Mugabe s'amnistie indirectement, l'amnistie étant réelle et suffisamment large pour empêcher tout rassemblement de preuves contre les inspireurs des infractions concernées. La même démonstration pourrait à nouveau être faite concernant le *pardon* octroyé à Caspar Weinberger par Georges H. W. Bush. Il a été expliqué que ce dernier était susceptible d'être impliqué dans le même scandale que celui qui bénéficiait de cette mesure de clémence. Or, Caspar Weinberger était l'ancien Secrétaire à la Défense, membre d'une administration qui, en vertu de la Constitution, est pleinement soumise au président⁸⁷⁷. En tant que vice-président puis

⁸⁷⁴ « *For the first time, a non-president was pardoned before he was convicted or started to serve his sentence, which violated the guidelines of the Constitution. Walsh and other counsels charge, « cover up »* » (KEITH ALLEN Michael, *Pardon you, Pardon me...*, *op. cit.*, p. 40).

⁸⁷⁵ *Zimbabwe, the toll of impunity*, 2002 June 25, AI index: AFR 46/034/2002, distr: SG/CO/GR.

⁸⁷⁶ La CIO (*Central Intelligence Organization*).

⁸⁷⁷ Comme la quinzaine d'autres Secrétaires, il est nommé par le président avec l'accord du Sénat et il est surtout révoquant par lui.

président, Georges H. W. Bush devait donc être informé des actions politiques de Caspar Weinberger. C'est ce lien qui pourrait démontrer l'existence d'une intention d'échapper en même temps que son prédécesseur à toute condamnation. C'est d'ailleurs ce qui fait affirmer à Michael Keith Allen que « *Bush a trouvé un moyen de s'amnistier lui-même*⁸⁷⁸ ».

Enfin, il est envisageable de se fonder sur des éléments extérieurs à l'amnistie, pour la qualifier d'auto-amnistie indirecte, mais l'objectivité de cette méthode peut être discutable. Il en est ainsi du professeur Ruckman qui analyse les sondages d'opinion pour déterminer si les *pardons* contestés octroyés par les présidents Bush senior et Clinton en fin de mandat constituaient réellement des auto-amnisties indirectes⁸⁷⁹. Il se base sur le fait que la moitié des personnes interrogées considèrent que George Bush a adopté ces *pardons* pour se protéger lui-même contre « les difficultés légales ou l'embarras⁸⁸⁰ » que pouvait susciter sa propre implication dans l'affaire des contrats conclus avec l'Iran, pour en déduire qu'ils constituaient une amnistie indirecte.

La détermination de l'intention du pouvoir amnistiant est donc très difficile, même si l'on essaye de la déduire de considérations objectives. C'est l'une des raisons de la difficulté de sanctionner ce type d'amnistie.

2. La difficile sanction de l'auto-amnistie indirecte

⁸⁷⁸ « *Basically, Bush has found a way to pardon oneself* » (KEITH ALLEN Michael, *Pardon you, Pardon me...*, *op. cit.*, p. 37).

⁸⁷⁹ RUCKMAN P.S. Jr, « Federal executive clemency in United States, 1934-1994: an empirical analysis », *op. cit.*, p. 3.

⁸⁸⁰ Les termes utilisés par l'ancien président étaient : « *Legal difficulties or embarrassment* » (*Ibid*).

Pour envisager la sanction de cette forme de clémence, il faut d'abord la considérer comme abusive, ce que font Peter Barcroft et Naomi Roht-Arriaza⁸⁸¹, mais que d'autres auteurs refusent d'admettre. Le raisonnement de ces derniers est le même que celui qui prévaut concernant l'auto-amnistie : l'amnistie étant constitutionnelle, l'auto-amnistie même indirecte l'est aussi dans la mesure où elle n'est pas expressément interdite. En outre, dès lors que l'amnistie est un instrument politique, il n'est pas incohérent qu'elle soit utilisée pour des raisons politiques. Si cette démonstration est acceptable s'agissant de l'auto-amnistie directe, elle est difficilement admissible en ce qui concerne l'auto-amnistie indirecte. En effet, il a été expliqué que toutes les notions se rapportant à l'abus de droit comportaient une dimension subjective⁸⁸². La présence de l'élément intentionnel constitutif de l'auto-amnistie, dans la limite de la difficulté de sa qualification précédemment évoquée, pourrait donc être considérée comme une intention de nuire au bon fonctionnement de la justice et par conséquent constituer une utilisation détournée de l'amnistie.

A partir du moment où l'on tient ce raisonnement, des solutions peuvent être proposées pour entraver la pratique de l'auto-amnistie indirecte. Il est possible de se référer à nouveau à l'histoire anglaise. Après le *pardon* controversé du roi Charles II au Comte de Danby qui faisait l'objet d'une procédure d'*impeachment*, en particulier pour haute trahison⁸⁸³, un débat se tint au Parlement sur la valeur de cet acte royal de clémence en partie inspiré par la peur du Souverain d'être atteint par la mise en œuvre de la responsabilité de l'ancien Premier ministre. Le roi coupa court à cette discussion en renvoyant le Parlement, mais quelques décennies plus tard, l'acte d'établissement de 1701⁸⁸⁴ interdit l'octroi de *pardons* pour entraver une procédure

⁸⁸¹ « Surely the drafters of the Constitution, with their careful attention to checks and balances, never intended the pardon power to be used for a cover-up of high Government action » (BARCROFT Peter A.A., « The presidential pardon, a flawed solution », *op. cit.*, note 66, p. 390).

⁸⁸² Voir, *supra* : pp. 227-228.

⁸⁸³ Il faut rappeler que c'est manifestement sur ordre du roi qu'en 1678 Thomas Osborne, comte de Danby, avait secrètement offert à la France la neutralité de l'Angleterre en échange d'une importante somme d'argent, une offre qui était contraire à une loi du Parlement adoptée quelques jours plus tôt (voir, *supra* : pp. 280-281).

⁸⁸⁴ *Act of Settlement*.

d'*impeachment*. C'est de cette disposition que les constituants américains se sont inspirés pour rédiger l'article 2 section 2 de la Constitution de 1791. Il est donc intéressant de remarquer que cette disposition *de common law* a pour origine, en particulier, la volonté d'empêcher l'auto-amnistie indirecte.

Cependant, il existe dans la plupart des Constitutions d'autres instruments qui devraient être utilisables pour faire obstacle à ce type d'auto-amnistie. Néanmoins, les *pardons* controversés octroyés par Bill Clinton en 2001 illustrent la difficulté de s'y référer. En premier lieu, la commission d'enquête créée au sein de la Chambre des représentants afin de « *faire la lumière sur les circonstances qui ont entouré l'amnistie de dernière minute*⁸⁸⁵ » de Bill Clinton n'a pas déclaré ces *pardons* inconstitutionnels⁸⁸⁶. En revanche, elle a obtenu ce que souhaitaient ses initiateurs en donnant de l'importance politique à un acte qui aurait pu passer inaperçu, ce qui peut apparaître comme une forme de sanction. En deuxième lieu, certains comme le professeur Jonathan Turley ont suggéré que l'auto-amnistie indirecte puisse être contraire à l'*Ethics in government Act* à partir du moment où les bénéficiaires directs du *pardon* étaient apparentés au président⁸⁸⁷. Or, le caractère illimité du pouvoir de *pardon* provient de la Constitution ; il ne

⁸⁸⁵ Dan Burton, président de cette commission cité par Marie-Christine Bonzom (BONZOM Marie-Christine « Amnistie de Marc Rich : les témoins invoquent le 5^{ème} amendement », *op. cit.*).

⁸⁸⁶ Voir: U.S. Congress, House of Representatives, Committee on Government Operations, « The strange case of Marc Rich », *op. cit.*

⁸⁸⁷ « *No other president has given clemency directly to a close relative, notes constitutional law professor Jonathan Turley of Georges Washington University. « There's no precedent for that », he said. It's also a violation of the Ethics in Government Act of 1978, Turley says, which prohibits U.S. officials from using their authority to benefit family members* » (SPERRY Paul, « Cash for clemency?, Roger's pardon, a first-family first, Scholar: « An outrageous act that set back government ethics by decades » » , *op. cit.*).

peut donc pas être limité par une loi, mais par un amendement⁸⁸⁸ si l'on se réfère à la décision *Schick v. Reed* de 1974⁸⁸⁹ déjà évoquée, dans laquelle la Cour suprême affirme que les limitations au pouvoir de *pardon* doivent se trouver dans la Constitution⁸⁹⁰. L'*Ethics in government Act* ne peut donc pas juridiquement justifier une restriction du *pardon*. En troisième lieu, les sanctions proposées par une partie de la doctrine américaine étaient trop extrêmes pour pouvoir être appliquées, en particulier l'engagement de poursuites contre Hillary Clinton parce qu'elle connaissait les avantages perçus par son mari lors de l'octroi de ces *pardons* et, dans cette logique, pour avoir menti sous serment devant la commission d'enquête, mais aussi des beau-frère et frère de celle-ci pour avoir frauduleusement sollicité des *pardons* contre de l'argent⁸⁹¹. Enfin, Georges W. Bush, le successeur de Bill Clinton a écarté toute possibilité d'annuler ou d'abroger ces *pardons* en déclarant le 29 janvier 2001 : « *Moi-même, je n'aurais pas pris cette décision, (...) mais c'était [Bill Clinton] le président et il avait le droit de la prendre*⁸⁹² ».

L'auto-amnistie indirecte est donc une notion moins générale que celle d'auto-amnistie de fait, mais elle n'en reste pas moins extrêmement difficile à qualifier et à sanctionner même si l'on considère qu'elle constitue une utilisation abusive de l'amnistie. Certains lui ont assimilé une

⁸⁸⁸ C'est à dire une révision constitutionnelle.

⁸⁸⁹ 419 U.S. 256 (1974), *op. cit.*

⁸⁹⁰ « *We therefore hold that the pardoning power is an enumerated power of the Constitution and that its limitations, if any, must be found in the Constitution* » (*Ibid*).

⁸⁹¹ Michael Keith Allen est de ceux qui font ce type de proposition: « *Another thing that can be accomplished by is the conviction of Hugh Rodham, Roger Clinton, and possibly Hilary Clinton. Hugh and Roger, are very easy targets because it has already been established by the FBI that they took part in soliciting pardons for money. Hilary's indictment will take a little bit more investigating. In her case it will have to be proved that she was aware of the ex-President accepting monetary funds for his part in pardoning certain individuals. This will not only prove her guilt but will also prove that she lied under oath in a Congressional Committee established to investigate Pardongate* » (KEITH ALLEN Michael, *Pardon you, Pardon me*, *op. cit.*, p. 67).

⁸⁹² « La grâce du milliardaire Marc Rich, dernier scandale de Bill Clinton », *Swissinfo*, 09 février 2001, disponible sur <http://www.denistouret.net/constititalien/Rich.html>

autre catégorie de clémence : l'amnistie des dirigeants par leurs successeurs. Cette assimilation est contestable.

II. L'amnistie d'un dirigeant par son successeur rarement qualifiable d'auto-amnistie indirecte

Le plus souvent, l'amnistie des dirigeants par leurs successeurs ne peut être considérée comme constituant par nature une auto-amnistie indirecte et donc une utilisation abusive de l'amnistie. En effet, il a été expliqué que pour qualifier une amnistie d'auto-amnistie indirecte, il fallait retrouver l'intention abusive de l'autorité amnistiante. Dans le cas de l'amnistie d'un dirigeant par son successeur cet élément intentionnel devrait se retrouver dans le comportement du titulaire de la prérogative amnistiante. Ainsi, il conviendrait que le successeur soit juridiquement lié par une promesse d'amnistie (A), ou bien que la mesure de clémence révèle par sa forme, par son contenu voire par le moment de son adoption une volonté de se soumettre à l'intention de l'ancien dirigeant amnistié (B), ce qui est rarement le cas.

A. Le successeur rarement lié juridiquement par une promesse d'amnistie

En règle générale, s'il y a promesse d'amnistie du dirigeant par son successeur, cette promesse ne peut pas être entérinée juridiquement (1). Il existe une exception importante : lorsque l'Etat connaît une transition démocratique (2).

1. Le cas général : pas d'accord formel prévoyant l'adoption d'une amnistie

Pour que l'élément intentionnel constituant l'auto-amnistie indirecte se retrouve dans l'amnistie d'un dirigeant par son successeur, il convient que ce dernier soit juridiquement lié

par sa promesse de clémence⁸⁹³. En effet, sans cette obligation juridique, il est difficile de considérer que ledit successeur se soumet à la volonté de son prédécesseur – et non à la sienne – lorsqu'il l'amnistie. Or, dans la plupart des cas, l'obligation d'amnistier les anciens dirigeants ne se retrouve dans aucun accord.

C'est en cela que la plupart des commentateurs évoquent alors la possibilité d'accords secrets entre nouveaux et anciens dirigeants. Toutefois, cette possibilité n'est pas valable en droit, en premier lieu parce que le non respect d'un tel accord ne peut pas être juridiquement sanctionné. C'est pour cette raison que le *pardon* accordé par Gerald Ford à Richard Nixon, bien que parfois présenté par la presse⁸⁹⁴ comme la conséquence d'un accord informel entre l'ancien et le nouveau président américain⁸⁹⁵ – sur la démission du premier en échange de la clémence du second – n'a pas été qualifié d'auto-amnistie indirecte par les juristes. Pourtant, au regard des faits, il était possible de prétendre que Gerald R. Ford octroyait sa clémence parce qu'il se

⁸⁹³ Il faut préciser qu'en toute logique, ce débat ne pourrait pas concerner avec autant d'acuité d'autres mesures de clémence puisque leurs effets sont moins étendus. Ainsi, lorsqu'en Corée Kim Young-sam a octroyé une grâce à deux anciens présidents emprisonnés Roh Tae-woo et Chun Doo-hwan, sur l'insistance du nouveau président élu (mais pas encore investi) Kim Dae-Jung, nul n'a accusé ce dernier d'avoir conclu un accord avec les deux anciens présidents, bien qu'il ait été présenté comme désirant amadouer les partisans des anciens chefs d'Etat. En effet, ces derniers étaient restaurés dans leurs droits civils et politiques mais après avoir purgé une vingtaine d'années de prison. En outre, ces deux anciens présidents avaient tous deux été condamnés (l'un pour avoir pris le pouvoir par un coup d'Etat en 1979 et l'autre pour corruption ainsi que trafic d'influence : il avait perçu des millions de dollars des hommes d'affaires coréens lorsqu'ils étaient en fonction). Voir : *South Korea President to pardon jailed ex-presidents*, December 20, 1997, Web posted at 3 :03 a.m. EST(0803 GTM), CNN, <http://www.cnn.com/WORLD/9712/20/skorea.pardon/>.

⁸⁹⁴ Voir, pour sa dimension internationale : HURWITZ Leon, GREEN Barbara, SEGAL Hans E., « International press reactions to the resignation and pardon of Richard M. Nixon », *Comparative politics*, October 1976, vol. 9, pp. 116-117.

⁸⁹⁵ « Le Monde for example expressed disbelief that such behavior was even possible and noted that such a détournement de pouvoir *could not occur in Europe*. The Times was dismayed that the American system allowed the President to circumvent due process of law and pointed to the double standard of American justice – one law for the powerful and another for ordinary people » (Ibid, p. 117).

sentait lié par une obligation envers Richard Nixon et non pour les raisons qu'il avançait dans sa Proclamation de *pardon*⁸⁹⁶ dès lors que cette mesure était très impopulaire et qu'elle était déjà présentée comme pouvant lui coûter son élection à la présidence⁸⁹⁷. Toutefois, d'autres considérations contredisaient cette hypothèse d'un accord informel. Ainsi, si Richard Nixon avait souhaité s'auto-amnistier il aurait pu le faire avant de présenter sa démission et non s'en remettre à une éventuelle promesse secrète de *pardon* de son successeur dont le respect n'était pas garanti juridiquement. En effet, il a été expliqué que *le self-pardon* n'est pas en lui-même inconstitutionnel et qu'il n'existe aucun moyen juridique pour revenir sur ses effets. Un *pardon* en fin de mandat aurait donc été possible en droit en dehors de toutes autres considérations politiques⁸⁹⁸. En second lieu, le seul accord informel prévoyant une amnistie qui pourrait lier un dirigeant et son successeur, ne le ferait que parce que la mise en cause juridique de l'un d'entre eux pourrait entraîner l'engagement de la responsabilité de l'autre. Il a ainsi été expliqué

⁸⁹⁶ *President Gerald R. Ford's Proclamation 4311, Granting a pardon to Richard Nixon*, September 8, 1974, *op. cit.* Voir : annexe IV, p. 652).

⁸⁹⁷ Beaucoup considèrent que Ford a délibérément engagé sa responsabilité politique devant les électeurs en prenant l'initiative de ce *pardon*. Il en est ainsi de Barney Frank, membre démocrate de la Chambre des représentants, auteur en 2001 de la proposition d'amendement des dispositions constitutionnelles relatives au *pardon* afin d'en interdire l'octroi en dehors de périodes électorales : « *Gerald Ford, in 1974 as a President, with a kind of integrity which marked his presidency, issued a pardon he knew to be unpopular, and he did it, I believe, in August, well before upcoming election, and his party suffered in that election. But that is the process we ought to subject Presidents to. If you feel strongly that justice is best done by a pardon, do it at a period when the electorate can render a judgment* » (FRANK Barney, intervention, *Presidential pardon power, hearing before the subcommittee on the Constitution of the Committee on the judiciary House of representatives*, *One hundred seventh Congress, First session*, February 28, 2001, *op. cit.*, pp. 10 à 15).

⁸⁹⁸ « *Nixon, was pardoned legally and legitimately by a president who had no improper personal stake in the matter. Consider, by contrast, how hollow Ford's words would have sounded if they had been spoken instead by Nixon. If Nixon had pardoned himself he would have been placing himself above the law, no matter how good his public policy intentions might have been. He would have been the judge in his own case. He would have clashed with the structure of the Constitution* » (KALT Brian C., « Pardon me?: the constitutional case against presidential self-pardons », *op. cit.*, p. 809).

que l'amnistie indirecte de l'ancien président Reagan⁸⁹⁹ bénéficiait également à son ancien vice-président et successeur Georges H.W. Bush ; dans cette logique, il pourrait y avoir auto-amnistie indirecte. Néanmoins, un accord informel d'amnistie conclu entre un dirigeant et son successeur ne pourrait réellement lier les parties que pour des considérations politiques. Si l'on prend l'exemple du *pardon*⁹⁰⁰ accordée par un décret de Vladimir Poutine à Boris Eltsine en 2000, il apparaît comme une condition au retrait du président Eltsine négociée entre les deux hommes⁹⁰¹. Or, il semblerait que Vladimir Poutine une fois au pouvoir n'aurait pas pu se dérober à cette promesse du fait de l'importance que pouvait prendre l'appui du réseau politique et économique mis en place par Boris Eltsine pour lui assurer d'être élu président une fois la période d'intérim achevée⁹⁰². Cette « obligation politique » pourrait donc représenter l'élément intentionnel de l'auto-amnistie indirecte, mais il est tout de même difficile à caractériser juridiquement, encore une fois du fait de l'absence de tout accord formel d'amnistie entre le dirigeant et son successeur.

Il n'existe que quelques rares cas dans lesquels un tel accord existe, des cas qui correspondent généralement à une transition démocratique.

2. Les quelques exceptions

⁸⁹⁹ Par le biais de la Proclamation n° 6518, *op. cit.* (Voir, *supra* : pp. 276-277).

⁹⁰⁰ Elle est présentée comme une amnistie (ou pas son équivalent : un *general pardon*) par la plupart des auteurs s'intéressant à la Russie. En réalité c'est une sorte d'invulnérabilité personnelle accordée à tout ancien président russe (Voir, *infra* : pp. 364 et s., notamment p. 368).

⁹⁰¹ Par exemple, Jody C Baumgartner et Mark C. Morris le présentent ainsi : « *Although the timing of the resignation/pardon was seen as part of a deal to entice Yeltsin into early retirement* » » (BAUMGARTNER Jody C., MORRIS Mark H., « Presidential Power Unbound: A Comparative Look at Presidential Pardon Power », *op. cit.*, p. 222).

⁹⁰² La biographie de Boris Eltsine est très instructive sur ce point. Bien que l'ancien président russe nie avoir eu connaissance de ce *pardon* avant qu'il lui ait été octroyé, il y explique comment le choix de Poutine s'est imposé et comment il a pu lui laisser un pouvoir stable le 1^{er} janvier grâce à l'appui de ses réseaux (Voir : YELTSIN (ELTSINE) Boris, *Midnight diaries*, Londres : Phoenix, 2000, *op. cit.*).

A première vue, l'accord d'amnistie entre un ancien dirigeant et son successeur ne peut pas avoir de valeur juridique dans la mesure où les dispositions constitutionnelles relatives au pouvoir amnistiant le mettent en place, le plus souvent, comme un pouvoir absolu que seule une norme de valeur constitutionnelle peut limiter⁹⁰³. Aux Etats-Unis, il est possible de prendre pour exemple la décision *Yelvington*⁹⁰⁴, dans laquelle la Cour suprême affirme que nul ne peut contraindre le président au choix d'un moment ou d'un bénéficiaire de l'amnistie, puisque la seule limitation constitutionnelle au *pardon* présidentiel est relative aux cas *d'impeachment*⁹⁰⁵, pour conclure que l'engagement de l'autorité amnistiant ne pourrait lier celle-ci.

Pourtant, il existe des accords prévoyant des amnisties qui interviennent lorsque les Etats connaissent des transitions démocratiques. Il existe deux types d'accords. Le premier est conclu sous l'autorité de l'Organisation des Nations Unies (l'ONU) dans le cadre de sa mission de règlement pacifique des différends⁹⁰⁶ prévue par la Charte des Nations Unies⁹⁰⁷ dans son Chapitre VI⁹⁰⁸. Le second résulte d'un accord bilatéral ou multilatéral entre les principaux partis et groupements politiques de l'Etat en cause. Ces deux types d'accords peuvent prévoir une amnistie des dirigeants de l'ancien régime par leurs successeurs. Or, ces accords ont une portée juridique. Dans le premier cas, cette portée pourra être acquise directement si la Constitution

⁹⁰³ Voir *supra*, « Introduction générale ».

⁹⁰⁴ *Yelvington v. Presidential Pardon and Parole Attorneys*, 211 F. 2d 642 (D.C. Cir. 1954), *op. cit.*

⁹⁰⁵ Voir *supra*, en particulier note 773 p. 250.

⁹⁰⁶ Comme le précise « L'agenda pour la paix », le règlement pacifique des différends peut prendre plusieurs formes telles que « *la diplomatie préventive [qui] a pour objet d'éviter que des différends ne surgissent entre les parties, d'empêcher qu'un différend existant ne se transforme en conflit ouvert et, si un conflit éclate, de faire en sorte qu'il s'étende le moins possible* » et « *le rétablissement de la paix [qui] vise à rapprocher des parties hostiles, essentiellement par des moyens pacifiques tels que ceux prévus au Chapitre VI de la Charte des Nations Unies* » (Voir : « Agenda pour la paix », rapport présenté le 30 juin 1992 par le Secrétaire général Boutros Boutros Ghali, en application de la déclaration adoptée au sommet du Conseil de sécurité le 31 janvier 1992, II, point 20).

⁹⁰⁷ Signée à San Francisco le 26 juin 1942, entrée en vigueur le 24 octobre 1945.

⁹⁰⁸ Articles 33 à 38.

l'introduit dans le droit positif national ou indirectement si la Loi fondamentale reconnaît la valeur juridique des accords internationaux ratifiés par l'Etat. C'est ainsi qu'en Haïti l'amnistie a été décidée par le *Governor's Island agreement* de 1993⁹⁰⁹. Dans le second cas, le principe d'une amnistie est intégré à la Constitution au même titre que les autres dispositions sur lesquelles un consensus s'est dégagé lors des négociations. Selon Dominique Darbon⁹¹⁰, en Afrique du Sud,

« Le positionnement du principe d'amnistie⁹¹¹ dans le texte constitutionnel n'est bien sûr pas un hasard. Il permet de souligner l'importance de cette cause pour la poursuite du processus de transaction en ne l'incorporant ni dans le préambule ni dans les clauses spécifiques de la Constitution⁹¹² ».

⁹⁰⁹ Voir, *supra*, note 795, p. 257.

⁹¹⁰ DARBON Dominique, « La Truth and Reconciliation Commission, Le miracle sud-africain en question », *op. cit.*

⁹¹¹ L'une des particularités de l'amnistie sud-africaine est que des procès ont eu lieu avant que le principe de l'amnistie soit incorporé à la Constitution mais aussi après que cette amnistie ait été mise en œuvre car elle était conditionnelle. C'est ce qu'explique Sandrine Lefranc dans sa thèse : « *La situation est bien différente en Afrique du Sud : des procès ont eu lieu sous le régime autoritaire et pendant la phase de transition, qui n'ont cependant pas atteint les plus hauts responsables ; c'est le principal opposant au régime, le Congrès national africain (ANC), qui a accepté lors de négociations de sortie de l'apartheid le principe de l'amnistie. Le mécanisme retenu et approuvé par le Parlement en 1995, a consisté en une amnistie conditionnelle* » (LEFRANC Sandrine, *Politiques du pardon – Amnistie et transitions démocratiques – Une approche comparative*, *op. cit.*, p. 27).

⁹¹² Cette disposition précisait : « *Considérant que nous avons besoin de compréhension et non pas de vengeance, de compensation, de réparation et non pas de représailles, d'ubuntu non pas de vengeance ; et afin de promouvoir la réconciliation et la reconstruction, l'amnistie sera accordée pour tous les actes commis par action ou par omission et pour toutes les infractions commises au cours des conflits du passé dans un but politique. Le Parlement adoptera dans les limites de la Constitution, une loi déterminant les mécanismes, les critères et les procédures, y compris les tribunaux – si nécessaire – qui assumeront la gestion de cette amnistie après le vote de la loi* » (traduction de Dominique Darbon (*Ibid*)).

En effet, cela permettait de donner valeur constitutionnelle à un engagement qui avait pris énormément d'importance lors des négociations entre les partis pro-apartheid et ceux qui étaient hostiles à l'ancien régime⁹¹³. Ainsi, dans ces deux cas de figure, les accords prévoyant l'amnistie des anciens dirigeants, au même titre que celle de leurs subordonnés, avaient valeur juridique. Il serait donc possible de penser qu'ils représentent le seul cas caractérisé d'auto-amnistie indirecte, un cas qui bien qu'extrêmement contesté par les victimes des anciens dirigeants de ces Etats, n'a jamais été considéré comme une utilisation abusive de l'amnistie et

⁹¹³ Cette importance est mise en évidence par Lynn Berat lorsqu'elle décrit les négociations: « *From the beginning, the NP government had tried to tie the question of an amnesty for its own forces to the freeing of the remaining prisoners. (...) The ANC rejected the suggestion of a blanket amnesty.(...) De Klerk who clung to his long-held position that he knew of no one in the government engaged in nefarious activities, on October 16 introduced into Parliament an amnesty bill just as testimony began before the Goldstone Commission's inquiry into alleged police involvement and complicity. The bill, which gave the president sweeping powers of indemnity, was debated in committee on October 18. It immediately became a contentious issue; debate required postponing the conclusion of a special session of parliament when it appeared the bill was going down to defeat. (...) Still, despite this public plea, the bill failed to receive the necessary majorities in the segregated tricameral Parliament. The bill passed handily in the NP-dominated white House of Assembly over the objections of the Democratic Party, which insisted that there be public disclosure of the behavior of those indemnified. It also passed readily in the Colored House of representatives, despite criticism from the minority Labour Party. However, by solidarity, the majority party in the Indian House of Delegates was steadfast in its refusal to ratify the bill. The discussion over amnesty was further complicated when the Goldstone Commission revealed that top military officers had been involved in a campaign to discredit the ANC. (...) By using the route on November 9, de Klerk enacted the Further Indemnity Act » (BERAT Lynn, « South Africa: negotiating change? », *op. cit.*, pp. 272-273).*

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

ne peut être critiqué en droit international que dans les cas où il y a eu violation des droits fondamentaux reconnus par les conventions internationales⁹¹⁴.

B. La clémence adoptée rarement révélatrice d'une intention abusive

Amnistier son prédécesseur constitue-t-il toujours un abus de pouvoir ? Si beaucoup répondent en fait positivement à cette question, il est malaisé d'apporter la même réponse en droit. Il a été expliqué que la subjectivité de l'élément intentionnel constitutif d'une auto-amnistie indirecte le rendait difficile à révéler, si bien que la doctrine s'efforçait de le déterminer par la prise en compte de considérations objectives⁹¹⁵. Or, le contenu (1) et la forme (2) des actes normatifs amnistiant les prédécesseurs de dirigeants en exercice ne dévoilent que très rarement une intention de l'ancien gouvernant de s'auto-amnistier, comme le montrent les *pardons* accordées à Richard Nixon et Boris Eltsine. C'est pour cela qu'il est difficile de qualifier ce type d'actes d'auto-amnisties indirectes.

1. De par son contenu

Lorsqu'ils sont adoptés par le successeur d'un dirigeant au profit de celui-ci, les actes normatifs amnistiant contiennent une justification qui reste générale. Jody C. Baumgartner, et Mark H. Morris⁹¹⁶ remarquent ainsi, lorsqu'ils comparent les *pardons* accordés à Richard Nixon et Boris Eltsine, que ceux-ci sont octroyés au nom de la stabilité politique et sociale⁹¹⁷. Ce n'est donc

⁹¹⁴ Voir : *infra*, seconde partie.

⁹¹⁵ Voir, *supra*, pp. 279 à 283.

⁹¹⁶ « *The pardons of Yeltsin and Nixon while inexcusable to some arguably were astute political decisions in the name of social and political stability* » (BAUMGARTNER Jody C., MORRIS Mark H., « Presidential Power Unbound: A Comparative Look at Presidential Pardon Power », *op. cit.*, p. 222).

⁹¹⁷ Par exemple, s'agissant des justifications du *pardon* accordées à Richard Nixon, Margaret Colgate Love considère qu'elles correspondent à celles qui étaient envisagées par les constituants: « *the first [justification] is to permit the President to dispense the mercy of the government where the outcome dictated by law seems harsh or unjust. The second is to enable him to deal expeditiously with situations involving political upheavals or*

pas la justification présente dans l'acte d'amnistie qui peut révéler l'intention de son auteur. De même, la qualité de la personne bénéficiaire de l'amnistie ne peut suffire à démontrer cette intention, dans la mesure où l'amnistie des dirigeants politiques ne constitue pas en elle-même une utilisation abusive de la prérogative amnistiant. Ainsi, s'agissant du contenu de l'acte normatif amnistiant, seules les infractions qu'il vise pourraient être prises en considération. En effet, si ces infractions ont des conséquences telles qu'elles menacent toujours la stabilité politique et sociale, il peut être possible de conclure que le dirigeant politique amnistie son prédécesseur pour d'autres justifications que celles qui sont retracées dans l'acte d'amnistie.

C'est pour cela que le débat relatif à l'amnistie octroyée à Richard Nixon a pris une telle ampleur aux Etats-Unis. Ceux qui considéraient que la proclamation de Gerald R. Ford était inconstitutionnelle – en raison de la généralité de la description des infractions susceptibles

*emergencies (...) President Ford's pardon of Richard Nixon, which cost Ford his own political future, is properly regarded as legitimate measure to restore what Hamilton called Hamilton called « the tranquility of the Commonwealth » » (COLGATE LOVE Margaret, « President's duty to be merciful, of pardons, politics and collar buttons : reflections on the president's duty to be merciful », *op. cit.*, pp. 1485-1486, puis p. 1497).*

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

d'être concernées par le *pardon*⁹¹⁸ – étaient convaincus qu'elle résultait d'un accord entre le président en exercice et son prédécesseur⁹¹⁹. Cette proclamation faisait référence à :

« Toutes les infractions contre les Etats-Unis que lui, Richard Nixon, a commis, qu'il est susceptible d'avoir commis ou dans la réalisation desquelles il a été impliqué entre le 20 janvier 1969 et le 9 août 1974⁹²⁰ ».

Il était donc possible de penser que Gerald R. Ford respectait un accord avec son prédécesseur en l'amnistiant en échange de sa démission d'autant plus si l'on adoptait la conception d'une partie de la doctrine déjà évoquée selon laquelle le *pardon* octroyé à Ford violait l'interdiction constitutionnelle d'accorder un *pardon* « aux cas d'*impeachment*⁹²¹ ». Il est vrai que les infractions visées par ce *pardon* étaient celles commises contre les Etats-Unis. Ces infractions semblaient donc être les mêmes que celles qui peuvent entraîner un *impeachment* du chef de l'Etat. En effet, si l'on se réfère au professeur Elizabeth Zoller, les faits susceptibles de déclencher une procédure d'*impeachment* correspondent en vertu de l'article 2 section 4 de la Constitution américaine à trois hypothèses :

⁹¹⁸ Le professeur Zimmett estime que la généralité de ce *pardon* en raison du nombre d'infractions susceptibles d'être concernées, le rend inconstitutionnel : « *Richard Nixon was pardoned for all offenses against the United States which he may have committed during his term in office. No reported federal case involves such an indiscriminately broad pardon. Even the general amnesties have identified the nature of offenses pardoned.(...) By including every offense without regard to differing circumstances. President Ford used his pardoning power not to forgive the commission of a certain offense of class of offenses but to forgive an individual, whatever he may have done. (...) It is doubtful that the Constitution invests the President with the authority to pardon an individual for « all offenses » he may have committed; even the English monarch was probably limited in this manner* » (ZIMMETT Mark P., « The law of pardon », *op. cit.*, pp. 190 à 192).

⁹¹⁹ Stanley Feingold est l'exemple d'un auteur liant l'inconstitutionnalité de ce *pardon* avec un accord passé entre Gerald Ford et Richard Nixon. Voir: FEINGOLD Stanley, « The Framers Would Scorn Nixon Pardon », *National Law Journal*, Sept. 12, 1994, (A21).

⁹²⁰ « *For all offenses against the United States which he, Richard Nixon, has committed or may have committed or taken part in during the period from January 20, 1969 through August 1974* ».

⁹²¹ Voir, *supra* : notamment note 773, p. 250.

« La trahison, la corruption ou d'autres hauts crimes et délits (*treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors*). La trahison ne pose pas de difficultés, d'autant plus qu'elle est définie très précisément à l'article III, section 3 : « *la trahison envers les Etats-Unis ne consistera que dans l'acte de s'armer contre eux, ou celui de s'allier à leurs ennemis en leur donnant aide et facilité* ». Cette définition semble couper court à toute possibilité d'utiliser ce chef d'accusation, si commun en Angleterre aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles dans l'exercice de la justice politique et si propice aux plus graves abus, autrement que dans un contexte international. La corruption s'entend de la corruption active et passive. A la Convention de Philadelphie, le Gouverneur Morris avait donné l'exemple du roi d'Angleterre, Charles II qui « *avait été acheté par Louis XIV* ». (...) La troisième cause d'*impeachment* – les « *autres hauts crimes et délits* » – appelle quelques commentaires. Contrairement à ce que le sens premier des mots inclinerait à penser, cette expression n'a jamais été réduite à une signification purement et exclusivement pénale. Le problème a été examiné en 1974 de façon très approfondie par la commission des affaires judiciaires de la Chambre des représentants au moment de l'affaire Nixon. La commission avait souligné que ces termes relevaient d'une « *expression consacrée* » (*term of art*) et qu'à ce titre ils pouvaient, et même devaient (comme l'avait expliqué le président Marshall en 1807), être interprétés en fonction de la signification qu'ils avaient lorsqu'ils furent introduits dans la Constitution (...). Les causes d'*impeachment* ne coïncident toutefois pas avec les crimes ordinaires. On a parfois prétendu que l'*impeachment* ne pouvait légalement atteindre le président, le vice-président, un juge fédéral ou tout autre fonctionnaire que pour des faits pénalement punissables. La réalité semble plus complexe (...). Pour qu'il y ait « *impeachable offense* », il faut plus qu'un crime ou un délit ; il faut que ce crime ou ce délit soit constitutif d'une atteinte grave au fonctionnement des institutions (*serious offense against the system of government*)⁹²² ».

Or, cette atteinte grave au fonctionnement des institutions pourrait correspondre à une infraction commise contre les Etats-Unis. De ce fait, le *pardon* octroyé à Richard Nixon l'était pour des infractions susceptibles d'entraîner son *impeachment*, ce qui est contraire à la limitation constitutionnelle du pouvoir de *pardon*⁹²³. Toutefois, Richard Nixon ayant démissionné, la procédure d'*impeachment* contre lui était close. En outre, il ne semble pas possible d'ouvrir une

⁹²² ZOLLER Elisabeth, « L'impeachment aux Etats-Unis », in CHAGNOLLAUD Dominique (sous la direction de), *Responsabilité pénale et vie publique en France et à l'étranger*, op. cit., pp. 25 à 34.

⁹²³ Il a été expliqué que le pouvoir de *pardon* du président américain peut, en vertu de Constitution, être absolu et peut être adopté pour toutes les infractions « *sauf en cas d'impeachment* ».

telle procédure contre un ancien chef de l'Etat, si l'on se réfère à la doctrine majoritaire⁹²⁴, à la pratique puisqu'il existe un exemple unique d'ouverture de cette procédure en responsabilité⁹²⁵, et à la seule décision juridictionnelle se rapportant à ce *pardon* : celle de la Cour de district du Michigan de 1975, *Murphy v. Ford*⁹²⁶. Il est donc difficile de défendre la thèse d'une auto-amnistie indirecte de Richard Nixon, d'autant que quatre observations s'opposent à l'idée que l'ancien président et son successeur aient pu tirer profit de cette mesure de clémence. En premier lieu, ce *pardon* bien qu'absolu est décrit par Gerald R. Ford dans sa proclamation comme librement consenti⁹²⁷. En deuxième lieu, il comporte une limite temporelle car il ne produit d'effets que sur les infractions qui pourraient avoir été commises entre le 20 janvier 1969, date de l'entrée en fonction de Richard Nixon, et le 9 août 1974 qui correspond au jour de sa démission. Cette limitation dans le temps du *pardon* le conduit à s'appliquer non pas à l'homme mais bien à ses fonctions. En troisième lieu, ce *pardon* n'était pas entièrement bénéfique pour Richard Nixon. Certes, il évitait à l'ancien président de subir son propre procès mais il le faisait en des termes qui conduisaient à instaurer une présomption de culpabilité sur Richard Nixon, en ne cherchant pas à nier son innocence mais seulement à discuter l'éventualité d'un procès⁹²⁸. En dernier lieu, ce *pardon* étant impopulaire, il pourrait avoir contribué à coûter l'élection de Gerald R. Ford à la présidence deux ans plus tard, ce qui fait douter de l'intérêt personnel que celui-ci retirait d'un éventuel accord avec son prédécesseur. Si ce *pardon* avait résulté d'une entente avec l'ancien chef de l'Etat, il aurait certainement été réellement illimité

⁹²⁴ « *Perhaps the weakest argument against Ford's pardon of Richard M. Nixon is that the pardon violated the Constitution exception for « cases of impeachment ».* This argument assumes that the Constitution's restriction on pardons for « cases of impeachment » really means « impeachable offenses ». It also assumes Nixon was guilty under the law until proven innocent » (ROZELL Mark J., « President Ford's pardon of Richard M. *op. cit.*, pp. 127-128).

⁹²⁵ Voir *supra*, titre 1, pp. 173 et s.

⁹²⁶ *Murphy v. Ford*, 390 F. Supp. 372 (U.S. District Court, W. District of Michigan, 1975), *op. cit.*

⁹²⁷ Il le qualifie de « *free and absolute* » *pardon*.

⁹²⁸ Dans cette proclamation, les termes utilisés sont très prudents s'agissant de la culpabilité de Richard Nixon (on y retrouve les expressions suivantes : « *possible indictment and trial* », « *a trial of Richard Nixon, if it became necessary* ») mais il n'y a, en toute logique, aucune affirmation de son innocence.

et personnel. Ainsi, il est impossible de révéler une intention abusive dans le contenu du *pardon* accordé par Gerald R. Ford à Richard Nixon et donc de le qualifier d'auto-amnistie indirecte.

Il n'en est pas de même concernant l'amnistie octroyée par Vladimir Poutine à Boris Eltsine. En effet, en 2000, peu après son entrée en fonction, Vladimir Poutine signait un décret garantissant en particulier à Boris Eltsine et tous les futurs présidents de Russie une immunité contre des poursuites judiciaires, arrestations, investigations, fouilles et interrogatoires⁹²⁹. Le premier élément dans le contenu de cet acte qui laissait penser à une entente entre l'ancien et le nouveau président était le moment de son intervention. Il constituait le premier des deux actes normatifs adoptés par Vladimir Poutine après son entrée en fonction⁹³⁰, trois jours après avoir été désigné par Boris Eltsine comme son successeur, non seulement en tant que président par intérim mais aussi dans le cadre des futures élections présidentielles⁹³¹. L'autre élément consistait en la formulation de ce décret de *pardon*. En effet, en octroyant une immunité, qui en

⁹²⁹ President's decree of december 31, 1999, n° 1763, « *on guarantees to a President of the Russian federation having relinquished his duties, and to his family members* », voir: annexe XII, p. 677.

⁹³⁰ En effet, Vladimir Poutine est devenu président par intérim jusqu'aux élections présidentielles, lorsque Boris Eltsine a démissionné. Or, le décret n° 1761 correspond au transfert des pouvoirs présidentiels à son profit. Quant au décret n° 1762, il a été adopté par Vladimir Poutine pour accepter ces pouvoirs. Le décret n° 1763 est donc son premier acte en tant que président par intérim.

⁹³¹ Dans son allocution télévisée surprise du 31 décembre 1999, sur la chaîne de télévision ORT, Boris Eltsine déclarait : « *Je m'adresse à vous pour la dernière fois en tant que président de la Russie. En ce dernier jour du siècle je démissionne (...). M'accrocher au pouvoir encore six mois, alors que le pays a un homme fort, digne d'être président. Pourquoi devrais-je le gêner ? (...) J'ai signé un décret sur le transfert des pouvoirs du président de Russie au président du gouvernement Vladimir Vladimirovitch Poutine. Pendant trois mois, encore une fois conformément à la Constitution, il sera le chef de l'Etat et dans trois mois, il y aura des élections présidentielles. J'ai toujours été confiant dans la sagesse extraordinaire des Russes. C'est pourquoi, je ne doute pas de votre choix à la fin du mois de mars 2000* » (Pour la version française de cette allocution : Eltsine Boris, « Je veux vous demander pardon », Verbatim, *Le Monde*, dimanche-lundi 2-3 janvier 2000 (Archives) ; ou « Déclaration intégrale de la démission du président Russe Boris Eltsine adressée à la nation à l'occasion du Nouvel an 2000 », http://www.russie.net/russie:eltsine_demission.htm).

règle générale s'attache à une fonction, non pas pour certains actes qu'auraient pu commettre l'ancien président mais sous la forme d'une immunité de juridiction à vie, il octroyait en réalité une inviolabilité personnelle à l'ancien chef de l'Etat pour tous les actes qu'il aurait pu commettre⁹³². En outre, contrairement à Richard Nixon qui se voyait reprocher uniquement des faits liés à la politique et à sa volonté de conserver son pouvoir présidentiel⁹³³, les infractions dont était soupçonné Boris Eltsine étaient plus diverses. Ainsi, juste avant que Boris Eltsine ne démissionne, le parti communiste russe avait déclaré vouloir engager sa responsabilité pour avoir démantelé l'Union Soviétique⁹³⁴, mais il était également susceptible de poursuites pour des faits de corruption, de détournements de fonds, et de trafic d'influence. De plus, l'intention abusive de l'auteur de l'acte se dévoilerait dans le fait que ce décret ne s'applique pas seulement à Boris Eltsine mais également à tous les futurs présidents russes, ce qui signifie qu'elle bénéficierait à Vladimir Poutine lui-même. Enfin, ce décret n'a pas porté préjudice politiquement à Vladimir Poutine, contrairement à Gerald R. Ford, puisqu'il a été élu président de Russie quelques mois plus tard. Ainsi, matériellement, ce *pardon* octroyé par Vladimir Poutine à Boris Eltsine aurait pu être qualifié d'auto-amnistie indirecte de Boris Eltsine et ce

⁹³² Il a été expliqué que la Douma a limité les actes auxquels pouvait s'appliquer ce décret. Par 280 voix contre 140, elle a adopté une loi disposant que « *le président peut être privé de son immunité s'il a commis un crime grave au cours de son mandat* ».

⁹³³ Il lui était en particulier reproché d'être l'instigateur d'effractions et d'écoutes illégales du parti démocrate.

⁹³⁴ « *In addition to allegations about criminal wrongdoing Yeltsin probably had some concerns over attempts by communists deputies to prosecute him for breaking up the Soviet Union* » (BAUMGARTNER Jody C., MORRIS Mark H., « Presidential Power Unbound: A Comparative Look at Presidential Pardon Power », *op. cit.*, p. 222).

en dépit des protestations de Boris Eltsine dans son ouvrage « *Midnight diaries* » où il affirmait que l'hypothèse d'un accord avec son successeur était « *ridicule* », ne jamais avoir sollicité une telle immunité et ne pas avoir été informé du décret adopté par Vladimir Poutine avant le 31 décembre⁹³⁵. Mais formellement, cette qualification est beaucoup plus difficile.

2. D'un point de vue formel

D'un point de vue formel, les amnisties concédées aux anciens présidents par leurs successeurs pourraient être des auto-amnisties indirectes lorsqu'elles sont adoptées par un pouvoir amnistiant sans légitimité électorale. Ainsi, s'agissant des *pardons* accordés à Richard Nixon et Boris Eltsine, le fait que les nouveaux présidents les adoptent avant les élections

⁹³⁵ Voici la version de Boris Eltsine s'agissant de ce décret : « *In the first weeks and months that Vladimir Putin was in power, there was, in my opinion, one rather questionable decision. I would like to mention it in connection with the President resignation. I am speaking about the guarantees that Putin granted me. I have never asked anyone about guarantees. I flatly refused to discuss the subject. Before I retired, negotiators, including representatives from the Communist Party, came to see me several times seeking « consultation » on a law regarding the guarantees to be granted an outgoing president. But I always said, « You want to adopt such a Law ? Go ahead this is not my affair ». And no such law was adopted. Voloshin later explained to me that lawyers from the administration insisted that a decree be hastily issued. They believed that it was impermissible to wait for a law in the state Duma because a legal vacuum could form. And with respect to the legal status of the outgoing president, such a temporary vacuum was impermissible. The Constitution stipulated that, in the absence of a law, the President is obliged to fill the legal vacuum by means of decree. When I resigned on December 31, there was no law. (...) Nevertheless, even for the sake of these high-level legal materials, it made no sense to hurry. Having said all that, I do understand Putin's actions. Supposedly Putin granted me immunity, and in exchange I vacated my space in the Kremlin ahead of time. This last hypothesis is especially ridiculous. No decree can secure any kind of immunity. Only a profoundly naïve person who is ignorant of politics could believe that decrees or laws can provide any kind of guarantee to a country's past leader. If Russian society is sick and embittered, it will find a guilty party for his misfortunes, and then I will be accused of every mortal sin. In this case, no decree, let alone law, is going to help. (...) But in fact, at the time, at the end of December, I knew nothing about this decree and was thinking about something else entirely. I was completely focused on what would happen after December 31. What kind of life would it be? » (YELTSIN (ELTSINE) Boris, *Midnight diaries*, op. cit., pp. 364 à 366)*

présidentielles qui suivent leur entrée en fonction pourrait révéler que ces derniers ne font qu'exécuter l'intention du président démissionnaire. Gerald Ford comme Vladimir Poutine ont tous deux succédé à un président ayant donné sa démission en conformité avec les Constitutions américaine et russe. En outre, tous deux avaient été désignés par le président sortant et non pas par les électeurs. Leur légitimité provenait donc de celui à qui bénéficiait *le pardon* qu'ils avaient adopté. En effet, en règle générale aux Etats-Unis les candidats à la présidence et à la vice-présidence sont investis en même temps lors des Conventions des deux grands partis⁹³⁶ puis font campagne ensemble avant que les électeurs n'élisent le président⁹³⁷. Si Gerald Ford avait été désigné en même temps que Richard Nixon, il aurait donc bénéficié de la légitimité électorale. Le premier vice-président du second mandat de Richard Nixon était Spiro Agnew. Ce n'est qu'après la démission de celui-ci à la fin de l'année 1973 que Gerald Ford fut nommé vice-président par Richard Nixon avec l'approbation de la majorité des deux Chambres du Congrès conformément à la procédure prévue par le vingt-cinquième amendement de la Constitution américaine. Comme le fait donc remarquer Philippe Ardant, Gerald Ford « n'[était] pas l'élu du peuple⁹³⁸ ». De même, Vladimir Poutine, a été nommé par un décret de Boris Eltsine⁹³⁹, président de la Fédération de Russie conformément à l'article 92-3 de la

⁹³⁶ Le parti républicain et le parti démocrate. Des candidats indépendants peuvent se présenter aux élections présidentielles. Ils respectent le même schéma que les candidats des deux grands partis en formant un « ticket » avec leur possible vice-président.

⁹³⁷ Avant 1804, le vice-président était le candidat arrivé en deuxième position à l'élection présidentielle. (Voir : ARDANT Philippe, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 305)

⁹³⁸ En effet, selon Philippe Ardant, « Il arrive (...) que, le président ne terminant pas son mandat, lui succède un V.P. qui n'est pas l'élu du peuple ; on imagine alors l'hypothèque qui pèse sur son autorité : ce fut le cas pour Gerald Ford remplaçant Nixon en 1974 » (*Ibid.*, p. 306). Cette remarque doit juste être nuancée par le rappel du mode d'élection des présidents américains qui les fait élire indirectement par le peuple.

⁹³⁹ C'est le décret n° 1761 dont on peut trouver une traduction anglaise dans les mémoires de Boris Eltsine : « *I. in accordance with article 92-2 of the Russian Federation Constitution, at 12 :00 midnight on December 31, 1999, I terminate the exercise of the powers of the office of the president of the Russian Federation. 2. In accordance with article 92-3 of the Russian Federation Constitution, the chair of the government of the Russian Federation will temporarily exercise the powers of the office of the Russian federation president from 12 :00 midnight on*

Constitution russe qui dispose que : « *dans tous les cas où le président de la Fédération de Russie n'est pas en état d'exercer ses obligations, le président du Gouvernement de la fédération de Russie les exerce temporairement* ». Il avait auparavant⁹⁴⁰ été nommé Premier ministre avec l'accord de la Douma de l'Etat comme le prévoit l'article 83-a de la même Constitution⁹⁴¹. Comme Gerald Ford, Vladimir Poutine n'avait donc pas été légitimé par une élection présidentielle avant d'adopter son *pardon* en faveur de Boris Eltsine. Toutefois, leur statut et l'étendue de leurs pouvoirs respectifs étaient différents. En effet, si l'on se réfère à la Section 1 du vingt-cinquième amendement de la Constitution américaine, lorsque le président démissionne, « *le vice-président deviendra président* ». Il n'a le statut de président par intérim que quand le président est reconnu comme incapable d'exercer ses pouvoirs et de remplir les devoirs de sa charge⁹⁴². Gerald Ford était donc président et, en ce sens, disposait de toutes les attributions du président. En revanche, la Constitution russe dans son article 92-3 précité prévoit qu'en cas de démission du président, le chef du gouvernement devient seulement président par intérim. Il peut exercer une grande partie des pouvoirs présidentiels mais ne peut « *dissoudre la Douma d'Etat, (...) décider d'un référendum et (...) réviser les dispositions de la Constitution de Russie*⁹⁴³ ». Ainsi, Vladimir Poutine disposait d'un statut et de pouvoirs se

December 31, 1999. This decree enters into effect the moment it is signed » (in ELTSINE Boris, *Midnight diaries*, London : Phoenix press, 2000, p. 10).

⁹⁴⁰ En août 1999.

⁹⁴¹ « *Le président de la fédération de Russie :*

a) nommé avec l'accord de la Douma d'Etat le président du gouvernement de la fédération de Russie ».

⁹⁴² Cela correspond à deux situations. Soit : « *le président fait parvenir au président pro tempore du Sénat et au président de la Chambre des représentants une déclaration écrite leur faisant connaître son incapacité d'exercer les pouvoirs et de remplir les devoirs de sa charge (...) jusqu'au moment où il les avisera par écrit du contraire* » (Section 3 du même amendement), soit : le vice-président ainsi que la majorité des principaux membres de l'administration font cette déclaration aux présidents des deux Chambres du Congrès. (Section 4)

⁹⁴³ Article 92-3 de la Constitution Russe. Nous expliquerons dans le titre suivant en quoi ce *pardon* pourrait contredire l'interdiction faite au président russe par intérim de réviser les dispositions de la Constitution de la fédération de Russie.

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

distinguant de ceux de Gerald Ford. Néanmoins, si l'on s'intéresse de nouveau à leur légitimité, il faut remarquer que le président par intérim russe, contrairement à Gerald Ford a été élu président seulement trois mois plus tard⁹⁴⁴, ce qui pouvait être considéré comme une légitimation du décret controversé de *pardon*, tandis que Gerald Ford aurait pu avoir été sanctionné au titre de sa responsabilité politique en n'étant pas élu président.

En conclusion, d'un point de vue matériel comme formel il est donc rarement possible de qualifier une amnistie, d'auto-amnistie indirecte, de démontrer son caractère abusif et donc de la sanctionner. Par ailleurs, ce qui est le plus souvent qualifié d'auto-amnistie et dénoncé comme abusif n'est en réalité pas une véritable amnistie. Il existe une confusion courante avec le détournement par les dirigeants politiques d'autres techniques juridiques à des fins amnistiantes. Pourtant, ce détournement pourrait correspondre en lui-même à un comportement abusif.

⁹⁴⁴ Le 26 mars 2000 avec 52, 94% des voix.

CHAPITRE 2 – LA POSSIBILITÉ D'UTILISER ABUSIVEMENT D'AUTRES TECHNIQUES JURIDIQUES A DES FINS AMNISTIANTES

La loi uruguayenne n° 15 848 de caducité de la prétention punitive de l'Etat, en date du 22 décembre 1986, n'a pas été formellement qualifiée d'amnistie lors de son adoption⁹⁴⁵. Néanmoins, elle est souvent désignée comme telle et ses conséquences sont les mêmes que celles des lois d'amnistie de cet Etat⁹⁴⁶. Il existe donc des normes juridiques qui, sans avoir été définies expressément comme des lois d'amnistie, vont pourtant produire les mêmes effets. C'est la constatation réalisée par le professeur Ambos s'agissant de l'Amérique latine puisqu'il conclut de l'étude des transitions de ses Etats de référence que dans ces pays, même si aucune amnistie générale n'a été adoptée au bénéfice des forces armées, un résultat similaire a été

⁹⁴⁵ Afin de contourner l'interdiction faite au Congrès par la Constitution uruguayenne d'examiner un projet de loi comportant des dispositions qui ont déjà été rejetées par ses membres (Voir , *supra* : pp. 113-114).

⁹⁴⁶ Il faut préciser que les auteurs et rapports qui citent cette loi indiquent toujours qu'elle n'est pas formellement qualifiée de « loi d'amnistie » lors de son adoption mais la désigne pourtant comme telle. Par exemple dans le rapport de l'Americas Watch Committee relatif à la loi de caducité et le référendum en Uruguay, le vote de cette loi est décrit de la manière suivante : « *The President [Sanguinetti] was now in a race against the clock to win legislative approval of an amnesty law before the December 23 deadline (...). Sanguinetti convinced National Party leader Wilson Ferreira to drop his opposition to such a law and, on December 22, just hours before the officers' scheduled Court appearances, a majority of Colorado and Blanco legislators in both chambers of the Parliament passed Law n° 15, 848* ». La loi de caducité de la prétention punitive de l'Etat est donc bien assimilée à une amnistie, même si les auteurs de ce rapport expliquent plus loin que cette loi n'a pas été formellement qualifiée de loi d'amnistie : « *The Law's framers purposefully omitted any reference to the use of the word « amnesty »* » (Americas watch, « *challenging impunity : the ley de caducidad and the referendum campaign in Uruguay, Americas Watch Committee, 1989, pp. 12 et 15*).

obtenu par l'instauration de dispositions normatives spéciales. Il ajoute que ces normes ne diffèrent que formellement des lois d'amnistie *stricto sensu*⁹⁴⁷.

Or, ces dispositions normatives adoptées à des fins amnistiantes ne sont pas toutes juridiquement contestables. En effet, il a été expliqué qu'une utilisation politique peut toujours être faite d'une compétence juridique, tout particulièrement de l'amnistie. Par conséquent, à quel moment considérer que la disposition normative adoptée par une autorité constitutionnelle, transcende cette utilisation politique, devient un détournement de pouvoir et donc une utilisation abusive de ses prérogatives ?

Cette question est d'autant plus importante que dans leur quasi-totalité les autres normes adoptées à des fins amnistiantes s'appliquent à des dirigeants politiques et seraient donc susceptibles de poser, en plus de la question d'un éventuel détournement de pouvoir, les mêmes

⁹⁴⁷ « *Amnesty and pardon provisions can be found in all countries except Bolivia. However, in those countries where no general amnesties in favor of security forces have been issued (esp. Argentina), similar results have been achieved by means of special provisions. Therefore, those norms that differ only formally from « pure » amnesties must be taken into account if overall criminal policy conclusions are to be drawn. The legal policy background and type of contents of the amnesty or pardon provisions present more differences than similarities. While the Colombian provisions appear to be the result or consequence of a peace process between state and insurgent movements (latest provisions of 1993), the Chilean (1978) and the Argentinean (1983) provision have been issued with the official purpose of national reconciliation against a background of massive and systematic human rights violations which took place during military dictatorships. In Peru, the State initially tried to relieve the overloaded prison system (1990) but after amnestied human rights violations committed by the security forces in such a general and indiscriminate manner (1995) that it provoked international criticism. (...) In Colombia, the provisions exempt members of peace seeking guerrilla groups from punishment for « political offences » excluding, however, grave human rights violations. In contrast, in Peru, Chile and Argentina members of the security forces are exempted from punishment for all offences which they committed within a certain time frame for counter-insurgency purposes; grave human rights violations are not excluded. The democratic government pardon various criminal offenders, the Chilean government in particular political prisoners and the Argentinean government members of the security forces » (AMBOS Kai, « Impunity and international criminal law, ... », *op. cit.*, p. 3).*

problèmes, au regard de la séparation des pouvoirs, que l'amnistie *stricto sensu* de ces dirigeants.

En outre, elle est rejointe par celle de la recherche des raisons de l'utilisation d'une norme de substitution à l'amnistie qui n'en diffère que formellement. Deux sortes de justifications peuvent ainsi être avancées, la première se rapportant au régime juridique de l'amnistie et la seconde à la responsabilité des dirigeants politiques. En effet, c'est d'abord la volonté d'échapper au régime juridique de l'amnistie qui peut expliquer l'utilisation d'autres normes à des fins amnistiantes. Ainsi, lorsque les règles d'adoption sont très strictes, comme en Italie – dont l'article 79 de la Constitution exige depuis 1992 la majorité qualifiée sur chaque article puis lors de la votation finale pour pouvoir adopter une telle loi⁹⁴⁸ – l'autorité amnistiante peut être tentée d'utiliser ses autres prérogatives à des fins amnistiantes ou d'adopter une loi d'amnistie sans pour autant la qualifier de telle, comme en Uruguay. De même, un autre organe constitutionnel peut s'octroyer une prérogative amnistiante en utilisant, dans les limites fixées par la Constitution, ses propres fonctions afin d'effacer le caractère délictueux de certains faits et surtout empêcher toute condamnation pour ceux-ci. Toutefois, l'utilisation d'autres normes à des fins amnistiantes par les dirigeants politiques à leur profit peut aussi se justifier par la volonté d'échapper à leur propre régime de responsabilité. Ils pourraient ainsi vouloir éviter la mise en œuvre de leur responsabilité politique pour l'adoption d'une telle amnistie⁹⁴⁹. Cependant, c'est principalement la volonté d'échapper aux règles générales de responsabilité

⁹⁴⁸ Voir : *supra*, p. 146.

⁹⁴⁹ En raison de la nature juridique de l'amnistie mais aussi comme le démontre le fait qu'en Amérique latine les dirigeants ayant adopté ce type d'amnistie pour des crimes graves n'aient jamais vu leur responsabilité pénale engagée de ce fait. Comme l'explique également Margaret Colgate Love au sujet des Etats-Unis, la responsabilité de l'autorité amnistiante pour l'utilisation de cette prérogative ne peut être que de nature politique (Voir: « COLGATE LOVE Margaret, « President's duty to be merciful, of pardons, politics and collar buttons ... », *op. cit.*, p. 1486).

des hommes politiques par une mesure de clémence inaperçue ou minimisée qui est susceptible de favoriser ce type de comportement.

Par conséquent, c'est en fonction d'une justification pas toujours apparente qu'il est possible de retrouver l'élément subjectif intentionnel caractérisant l'utilisation abusive d'une de ses fonctions par un dirigeant. Comme dans la section précédente, il convient dès lors de se concentrer sur un critère objectif pour qualifier cette utilisation d'abusives. Choisir de se concentrer sur la forme de la norme adoptée ne permet pas d'opérer une telle qualification, de même qu'une approche strictement matérielle. En réalité, seules les conséquences d'une norme juridique utilisée à des fins amnistiantes peuvent clairement permettre de procéder à cette opération. En effet, l'une des justifications de l'instauration de techniques de clémence dans les Constitutions est d'éviter occasionnellement et pour des raisons d'opportunité l'application des règles ordinaires de responsabilité. Ainsi, lorsque d'autres normes présentent ce caractère, elles sont requalifiables d'amnisties. Elles devraient donc se soumettre au régime de l'amnistie, ou bien être abrogées par elle dans le cas où elles ont une valeur juridique inférieure à celle d'une loi d'amnistie ordinaire (SECTION 1). Au contraire, dès lors que la norme juridique utilisée à des fins amnistiantes excède les conséquences d'une amnistie, en particulier lorsqu'elle modifie durablement le régime de responsabilité des dirigeants politiques qui en bénéficient, elle peut s'apparenter à une utilisation abusive de la norme en question et remettre en cause l'équilibre constitutionnel tout en confirmant l'utilité pour un système de droit de l'amnistie des dirigeants politiques (SECTION 2).

**SECTION 1 – L'ADOPTION CONDITIONNÉE D'AUTRES NORMES A DES FINS
AMNISTIANTES**

L'article consacré au *pardon* dans l'*Encyclopédia Britannica* précise qu'en dépit de l'octroi du pouvoir de clémence au roi, celui-ci peut être concurrencé par un acte de plus haute valeur du Parlement. Il fait référence aux lois d'exemption – les « *acts of indemnity* » – qui produisent les mêmes effets que ceux du *pardon royal*⁹⁵⁰. Or, malgré sa concurrence manifeste avec ladite prérogative du monarque, l'adoption de ces lois par le Parlement n'a jamais été contestée, en raison de leur valeur mais aussi de leurs effets. Ainsi, l'adoption d'une autre norme à des fins amnistiantes peut être parfois admise en droit constitutionnel.

Cependant, comme il l'a été expliqué auparavant, s'agissant de l'amnistie des dirigeants politiques, cette dernière pourrait révéler une intention abusive : celle de parvenir par tout moyen à l'abandon des poursuites pénales contre eux-mêmes ou bien celle de ne pas engager leur responsabilité du fait de l'utilisation dénaturée de l'amnistie. Selon Sandrine Lefranc⁹⁵¹, elle :

« N'en montre pas moins la tendance générale du pouvoir, et plus particulièrement de l'autorité exécutive qui en a eu l'initiative, à mobiliser, au sein des justices de transition, l'ensemble des mécanismes « classiques » d'extinction de l'action publique et des sanctions, du moins ceux d'entre eux qui ont les effets les plus forts,

⁹⁵⁰ « *It is obvious that, though the Crown is invested with the right to pardon, this does not prevent pardon being granted by the higher authority of an act of parliament. Acts of indemnity have frequently been passed, the effect of which is the same as pardon or remission by the crown. Examples of acts of indemnity are two private acts passed in 1880 to relieve Lords Byron and Plunket from the disabilities and penalties to which they were liable for sitting and voting in the house of Peers without taking the oath* » (« Pardon », in *The 1911 Edition encyclopedia, op. cit.*).

⁹⁵¹ Qui s'intéresse alors tout particulièrement aux lois argentines du point final et de l'obéissance due.

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

ainsi qu'à imposer à partir de ces éléments, une législation *ad hoc*, pour renforcer l'efficacité de ces derniers⁹⁵² ».

Cet auteur la lie donc à une volonté d'impunité des anciens dirigeants politiques au cours des transitions démocratiques. Pourtant, contrairement à la modification permanente des règles de responsabilité, que nous évoquerons plus loin, il ne s'agit pas ici d'outrepasser les conséquences de l'amnistie mais simplement de remplacer cette dernière par une autre norme dont l'adoption est constitutionnellement admise. Ainsi, dans la mesure où la norme adoptée a simplement vocation à remplacer une amnistie des dirigeants politiques et qu'elle est adoptée selon les règles procédurales en vigueur, peut-elle être considérée comme une utilisation non abusive de ses prérogatives par l'autorité qui l'adopte ?

La réponse à cette question est positive, d'autant plus qu'une fois requalifiée d'amnistie, elle en a la valeur juridique et pourra être annulée dans les mêmes conditions si elle est inconstitutionnelle. Toutefois, la norme adoptée devra alors également respecter les conditions suivantes. Elle devra premièrement respecter la forme de l'amnistie ou être d'une valeur supérieure à cette dernière (I). Secondement, elle ne devra en aucun cas outrepasser les effets de l'amnistie (II). Même si d'autres exemples pourront être pris pour démontrer que d'autres normes utilisées à des fins amnistiantes peuvent être qualifiées *a posteriori* d'amnisties, l'exemple des lois argentines adoptées entre 1983 et 1987 illustrent particulièrement ces conditions.

I. Les conditions liées au respect du parallélisme des formes

L'utilisation de normes ordinaires – autres que des amnisties *stricto sensu* – à des fins amnistiantes ne peut être tolérable que si elle est employée par une autorité disposant de la prérogative amnistiante (A) et si elle a une valeur juridique égale ou supérieure à celle d'une amnistie *stricto sensu* (B).

⁹⁵² LEFRANC Sandrine, thèse, *op. cit.*, pp. 273 et s.

A. L'adoption par la même autorité que l'amnistie

Pour qu'une norme adoptée à des fins amnistiantes ne voie pas sa valeur contestée, elle doit d'abord avoir été produite par le pouvoir qui exerce habituellement la prérogative amnistiante (1) ou par une autorité qui peut constitutionnellement l'exercer concurremment avec le pouvoir amnistiant ou sous le contrôle de celui-ci (2).

1. L'adoption par l'autorité titulaire de la prérogative amnistiante

Lorsque le professeur Copper-Royer évoque la loi d'amnistie française de 1953, une disposition retient particulièrement son attention :

« Bien que cette disposition n'ait que peu de rapport avec l'amnistie, le législateur a inséré dans la loi une disposition supprimant toutes les inéligibilités. L'article 68 de l'ordonnance du 21 avril 1944 sur l'organisation des pouvoirs publics avait décidé que ne pouvaient faire partie d'aucune Assemblée communale ou départementale, les membres ou anciens membres du gouvernement de Vichy, les citoyens qui par leurs agissements et leurs écrits avaient depuis le 16 juin 1940 favorisé les entreprises de l'ennemi ou nui à l'action des Nations Unies et des français résistants, les membres du Parlement ayant abdiqué leur mandat en votant la délégation des pouvoirs au maréchal Pétain, ceux qui avaient accepté de l'organisme de fait se disant gouvernement de l'Etat français certaines fonctions. La loi du 4 octobre 1946 avait déclaré inéligibles tous ceux qui avaient été frappés de la peine d'indignité nationale. Toutes ces mesures sont rapportées et les personnes ainsi écartées des mandats électoraux recouvrent la possibilité de se faire élire⁹⁵³ ».

Jean Copper-Royer hésite à qualifier cette disposition d'amnistie parce qu'elle ne se contente pas de jeter le voile de l'oubli sur certaines infractions mais qu'elle supprime une sanction dont le caractère pénal peut être discuté. Le professeur Battestini, qui signe la préface de son ouvrage, s'y emploie en relevant même qu'elle correspond à une catégorie spécifique d'amnistie :

⁹⁵³ COPPER-ROYER Jean, « L'amnistie, loi du 6 août 1953 », préface de M. Battestini, *op. cit.*, p. 35.

« *l'amnistie électorale*⁹⁵⁴ ». Il n'y a là aucune volonté de démontrer une intention abusive du législateur. Néanmoins cet exemple montre que dès lors qu'elle procède de l'autorité disposant de la prérogative amnistiant, une amnistie peut s'éloigner de la forme habituellement adoptée. Cela est d'autant plus vrai dans les Etats où la Constitution ne précise que la valeur législative de l'amnistie puisque cette dernière ne comportera aucune limitation formelle autre que procédurale. Ainsi, il peut être admis qu'une norme dérogeant à l'aspect formel traditionnel de l'amnistie puisse être adoptée à des fins amnistiantes si elle provient du pouvoir compétent pour adopter ce type de clémence. Toutefois, deux séries de questions se posent alors.

En premier lieu, il est possible de se demander si la légitimité de l'autorité doit être examinée. En effet, que la Constitution concède le pouvoir amnistiant à l'exécutif ou au législatif, des normes ont pu être adoptées à des fins amnistiantes par l'autorité constitutionnellement compétente pour octroyer une clémence mais entrée ou restée en fonction selon des procédés eux-mêmes contestables. C'est pour cette raison que Naomi Roht-Arriaza suggère qu'aucune valeur juridique ne puisse être accordée à des normes amnistiantes issues de « *gouvernements de facto* » ou d'un organe législatif « *non élu démocratiquement* », en se fondant précisément sur le parallélisme des formes et plus particulièrement sur le fait qu'une norme illégitime ne devrait pas pouvoir effacer les conséquences pénales de certains actes, eux-mêmes prévues par une norme légitime⁹⁵⁵. Il est donc logique de se demander si l'autorité qui adopte la norme à des fins amnistiantes dispose d'une légitimité constitutionnelle avant de reconnaître une valeur juridique à ses actes quels qu'ils soient. Se pose alors d'ailleurs à nouveau le problème des actes

⁹⁵⁴ « [Dans l'article 37 § 2 de cette loi] le législateur y a ajouté un type nouveau [d'amnistie], l'amnistie « électorale » – si j'ose risquer cette expression pour désigner la suppression de certaines inéligibilités » (BATTESTINI M., *Ibid*, p. 6).

⁹⁵⁵ « Where [they] are granted through non-legitimate means – for example, through a decree of a de facto government or a law passed by a non-democratically elected legislature – they may legitimately be denied legal force due to their irregular means of promulgation and may be summarily overturned under the principle of « formal parallelism » » (ROHT-ARRIAZA Naomi, « Special problems of a duty to prosecute : derogation, amnesties, statutes of limitation, and superior orders », *op. cit.*, p. 58).

adoptés à des fins amnistiantes en vertu de pouvoirs de crise accordés par la Constitution⁹⁵⁶ car, dès lors que la procédure constitutionnelle est respectée, la légitimité des normes adoptées devient difficilement contestable.

En second lieu, il est possible de se demander si la procédure suivie par l'autorité amnistiante, lorsqu'elle adopte une autre norme à des fins amnistiantes, doit être la même que celle qui aurait été exigée pour une amnistie *stricto sensu*. De prime abord, la réponse devrait là encore être positive. L'intention abusive de l'autorité amnistiante peut être caractérisée par la volonté d'éviter une procédure contraignante en optant pour une norme qui a toutes les caractéristiques de l'amnistie mais n'est pas qualifiée de telle. Ce raisonnement est d'autant plus valable lorsque l'on s'intéresse à l'amnistie des dirigeants politiques puisqu'elle fait partie des amnisties les plus souvent contestées et qu'il est donc discutable que les mêmes effets puissent être donnés à une norme dont la procédure est moins contraignante. Ainsi, la procédure utilisée pour la norme de substitution devrait au moins respecter les conditions constitutionnelles impératives de l'amnistie pour que cet acte normatif soit reconnu comme une amnistie. Par exemple, en Italie, une telle norme concernant des dirigeants politiques ne devrait être mise en œuvre qu'après un vote à la majorité qualifiée comme la Constitution l'exige. Cependant, l'exigence du respect des conditions constitutionnelles, pour qu'une norme puisse être considérée comme une amnistie, pourrait être problématique lorsqu'en apparence toutes les autres conditions sont réunies pour opérer une telle qualification. La loi uruguayenne de caducité de la prétention punitive de l'Etat⁹⁵⁷ du 22 décembre 1986 illustre cette difficulté. Il a été expliqué que cette loi n'avait pas été présentée comme une amnistie lors de son adoption et qu'elle ne contenait pas ce terme afin de contrer l'interdiction constitutionnelle de réexaminer un projet ou une proposition de loi déjà rejetée par le Parlement au cours de la même session⁹⁵⁸. Elle avait donc consciemment été adoptée sous une autre forme mais avec un contenu aux conséquences

⁹⁵⁶ Voir *supra*, pp. 262 et s.

⁹⁵⁷ N° 15848.

⁹⁵⁸ Le dernier projet repoussé l'avait été en août 1986. Voir, *supra*, pp. 113-114.

similaires. Dans l'hypothèse d'une volonté de sanction de ce contournement de la procédure législative, il aurait donc été nécessaire de qualifier cette loi d'amnistie afin qu'elle puisse être considérée comme enfreignant l'interdiction constitutionnelle évoquée. Elle était adoptée par l'autorité amnistiante, avait la même valeur – législative – qu'une loi d'amnistie, et elle produisait les mêmes effets⁹⁵⁹ avec des dispositions dans son troisième article pouvant s'apparenter à la grâce amnistiante⁹⁶⁰. Seules la qualification employée et la procédure utilisée différaient. Elle est pourtant qualifiée fréquemment d'amnistie⁹⁶¹. Par conséquent, la condition de respect de la procédure amnistiante par la norme qui lui est substituée semble facultative,

⁹⁵⁹ Très générale dans l'ensemble, elle prévoyait tout de même dans ses deux premiers articles quelques éléments d'individualisation de la clémence ainsi que des exceptions qui ont permis les poursuites de neuf anciens membres du haut commandement de l'ancien pouvoir militaire :

« Article 1. *It is recognized that, as a consequence of the logic of the events stemming from the agreement between the political parties and the Armed forces signed in August 1984 and in order to complete the transition to full constitutional order, the State relinquishes the exercise of penal actions with respect to crimes committed until March 1, 1985 by military and police officials either for political reasons or in fulfillment of their functions and in obeying orders from superiors during the de facto period.*

Article 2. *The above article does not cover :*

- *judicial proceedings in which indictments have been issued at the time this law goes into effect*
- *crimes that may have been committed for personal economic gain or to benefit a third party*

(unofficial translation by American Watch, in ROHT-ARRIAZA Naomi, « Overview », *op. cit.*, p. 149).

⁹⁶⁰ Article 3. *For the purposes contemplated in the above articles, the Court in pending cases will request the Executive branch to submit, within a period of thirty day of receiving such request, an opinion as to whether or not it considers the law to be applicable, the Court will dismiss the case. If, on the other hand, the Executive branch does not consider the case to fall under this law, the Court will order judicial proceedings to continue. From the time this law is promulgated until the date the Court receives a response from the Executive Branch, all pretrial proceedings in cases described in the first paragraph of this article will be suspended » (Ibid).*

⁹⁶¹ « *The law, which did not use the word « amnesty » to avoid prohibitions on reconsidering a law on the same subject more than once in a legislative session, was in effect an amnesty for crimes committed during the de facto period by military and police officials « either for political reasons or in fulfillment of their functions and in obeying orders from superiors ». » (Ibid).*

contrairement à celle selon laquelle l'autorité qui adopte cette norme doit être la même que celle disposant de la prérogative amnistiante, ou à défaut, susceptible de l'exercer.

2. L'adoption par une autorité susceptible d'exercer la prérogative amnistiante

Pour qu'une norme adoptée à des fins amnistiantes puisse être qualifiée d'amnistie, en produire les effets et être reconnue comme ayant une valeur juridique, l'autorité qui l'adopte peut être un pouvoir susceptible d'exercer la prérogative amnistiante le plus souvent sur délégation de l'autorité amnistiante. Mais là encore, il est alors préférable que la procédure suivie soit la même que la procédure amnistiante. Par exemple, en Italie, le décret-loi n° 350 du 25 septembre 2001⁹⁶² permettait le rapatriement des capitaux italiens illégalement exportés à l'étranger en échange du paiement d'une pénalité anonyme de 2,5%⁹⁶³. Même si ce décret était justifié par le passage à l'euro du système bancaire et financier, le président du Conseil italien a immédiatement été accusé par ses adversaires de vouloir profiter personnellement⁹⁶⁴ d'une « *amnistie masquée*⁹⁶⁵ ». L'accusation d'auto-amnistie abusive a été renforcée par la forme accordée à ce décret par le gouvernement : celle d'un décret-loi. En effet, en Italie, par application de l'article 77 de la Constitution, le décret-loi diffère d'un décret législatif.

⁹⁶² Decreto-legge, 25 settembre 2001, n° 350 Gazzetta Ufficiale, serie generale, n. 224 del 26 settembre 2001; coordinato con la legge di conversione, 23 novembre 2001, n. 409, Gazzetta Ufficiale, n. 274 del 24 novembre 2001, « *disposizioni urgenti in vista dell'introduzione dell'euro, in materia di tassazione dei redditi di natura finanziaria, di emersione di attività detenute all'estero, di cartolarizzazione e di altre operazioni finanziarie* » (voir: annexe XIII, p. 679).

⁹⁶³ Chapitre 3 de ce décret.

⁹⁶⁴ « *Pour l'opposition (...) la disposition sert à compléter cette politique de défense d'intérêts précis commencée avec la dépenalisation du délit de faux bilan et poursuivie par l'introduction de freins administratifs à l'échange de commissions rogatoires entre les magistratures des différents pays, y compris rétroactivement* » (ALOISE Salvatore, « Silvio Berlusconi autorise le retour en Italie de capitaux exportés illégalement », *Le Monde*, 28 avril 2001).

⁹⁶⁵ *Ibid.*

Contrairement à ce dernier – qui est pris en vertu d'une loi de délégation du Parlement⁹⁶⁶ – il est adopté par le gouvernement sous sa propre responsabilité dans « *les cas extraordinaires de nécessité et d'urgence*⁹⁶⁷ » et a « *force de loi*⁹⁶⁸ ». Ces décrets sont annulés rétroactivement s'ils ne sont pas convertis en loi dans les soixante jours suivant leur publication⁹⁶⁹. Or, si en Italie, l'admission au bénéfice de l'amnistie par décret existe, elle ne peut que prendre la forme d'un décret législatif. Ainsi, le gouvernement qui peut sous certaines conditions exercer l'autorité amnistiante, devrait donc pouvoir adopter une norme à des fins amnistiantes sur délégation du Parlement, mais pas sous forme de décret-loi. Par ailleurs, la condition de l'adoption à la majorité qualifiée ne serait alors pas respectée. Toutefois, cette constatation est atténuée par la considération que l'autorité amnistiante en Italie est le Parlement et que c'est lui qui a ensuite converti en loi le décret-loi considéré comme ayant été adopté à des fins amnistiantes. C'est en ce sens que le décret-loi évoqué était difficilement contestable. Pour autant, l'intention abusive du gouvernement pouvait se retrouver dans la volonté d'échapper à l'obligation constitutionnelle de réunir la majorité des deux tiers pour adopter une amnistie.

Quoi qu'il en soit, la procédure de délégation, d'habilitation ou de légitimation de la prérogative amnistiante doit être respectée par l'autorité qui en bénéficie. C'est ainsi qu'en Afrique du Sud,

⁹⁶⁶ Ils correspondent au premier alinéa de l'article 77 de la Constitution italienne : « *Le gouvernement ne peut sans délégation des Chambres prendre des décrets ayant valeur de loi ordinaire* ».

⁹⁶⁷ En vertu de l'article 77 alinéa 2 : « *Lorsque, dans des cas extraordinaires de nécessité et d'urgence, le gouvernement adopte, sous sa responsabilité, des mesures provisoires ayant force de loi, il doit le jour même, pour leur conversion en loi, les présenter aux Chambres qui, même si elles sont dissoutes, sont expressément convoquées et se réunissent dans les cinq jours* » (trad. Digithèque MJP, Université de Perpignan, disponible sur <http://mjp.univ-perp.fr/constit/>).

⁹⁶⁸ *Ibid.*

⁹⁶⁹ La Constitution précise que les Chambres peuvent par une loi organiser les rapports juridiques qui auraient pu être créés sur la base des décrets non convertis.

la loi d'exemption de 1990⁹⁷⁰ bien que non désignée expressément comme une amnistie⁹⁷¹ pouvait être considérée comme telle, en raison de ses caractéristiques communes avec l'admission au bénéfice de l'amnistie par décret. Selon Sandrine Lefranc,

« Dans la mesure où le président de l'Etat sud-africain et le système judiciaire disposaient déjà d'instruments constitutionnels et légaux de rémission pour les personnes jugées et condamnées, elle dotait le président de nouveaux moyens d' « exemptions » pour celles qui ne l'étaient pas encore. Ainsi le président pouvait, « *s'il était de son opinion que [cela était nécessaire pour la promotion de solutions constitutionnelles pacifiques en Afrique du Sud ou pour une administration efficace et sans entrave à la justice] accorder l'immunité inconditionnelle ou conditionnée, permanente ou temporaire, par simple notification dans la Gazette* » (le journal officiel sud-africain) à « *une personne ou une catégorie de personnes* » celles-ci ne pouvaient, dès lors plus faire l'objet de poursuites, qu'elles soient civiles ou pénales, ni être emprisonnées (...). Les catégories de personnes concernées ou les types de délits ou crimes visés n'étaient pas davantage précisés⁹⁷² ».

Par ailleurs, cet acte contenait une limitation temporelle puisqu'il entrait en vigueur pour un an, renouvelable par le président. L'application qui en fut faite pouvait ressembler à l'admission au bénéfice de l'amnistie par décret, puisqu'elle était accordée sur habilitation législative.

⁹⁷⁰ *Indemnity Act*, n° 35, 1990, 18 May, granted temporary or permanent indemnity against prosecution for exiles returning to South Africa (abrogée par « The promotion and reconciliation Act » n° 34 of 1995, *op. cit.*, sect. 48, voir : annexe IX, p. 660).

⁹⁷¹ Deux autres autres lois d'exemption, les lois n° 61 de 1961 et n° 13 de 1977 auraient pu être prises en exemple. Elles ont en effet également bénéficié à des dirigeants politiques du régime d'apartheid, après que la police ait fait feu, à plusieurs reprises, sur des manifestants civils. Andreas O'Shea synthétise les effets de ces lois de la manière suivante : « [The indemnity Act of 1961] *granted immunity from civil and liability to the State President, members of the Executive Council, officers or members of the defence forces, as well as any persons employed in the public services (...). The immunity would cover any « act, announcement, statement, or information, advised, commanded, ordered, directed, done, made or published » by such persons in good faith on or after 21 March 1960 and before the commencement of the Act. The indemnity Act of 1977 (...) afforded immunity from both criminal and civil liability, in relation to the same type of conduct as the 1961 Act, done on or after 16 June 1976 and before the commencement of the Act* » (O'SHEA Andreas, *Amnesty for crime in international law and practice*, La Haye: Kluwer Law international, 2002, p. 43).

⁹⁷² LEFRANC Sandrine, thèse, *op. cit.*, p. 123.

Toutefois, une condition fut rajoutée : la personne souhaitant en bénéficier devait en faire la demande sous forme d'un formulaire à compléter⁹⁷³. Mais c'est le caractère trop absolu de ses effets par rapport à la grâce amnistiante ordinaire, qui provoqua des accusations d'utilisation abusive par le président de son pouvoir puis son abrogation par la loi de promotion de la vérité et de la réconciliation n° 34 de 1995. En effet, depuis la loi d'extension de l'exemption n° 151 de 1992 le président pouvait accorder cette exemption en exigeant le secret sur les actes et l'identité de ses bénéficiaires envers le Parlement lui-même, une condition que l'autorité qui se voit déléguer la prérogative amnistiante ne peut exercer habituellement. Ainsi, en janvier 1995, le ministre Adrian Vlok fut mis en cause par une militante de l'ANC pour avoir préparé et exécuté un attentat contre un immeuble de Johannesburg afin de faire accuser l'ANC. Le chef de la police confia alors au quotidien *The Star* qu'il lui était impossible d'enquêter sur ce point car le ministre bénéficiait de l'exemption présidentielle en vertu de la loi de 1990. C'est cette confiance qui provoqua les accusations d'abus et provoqua une grande mobilisation en faveur de l'abrogation de cette loi. Pour reprendre Sandrine Lefranc,

« Le 13 janvier, une liste d'environ 3500 bénéficiaires de l'immunité présidentielle, membre des forces de sécurité, fut publiée. Elle incluait trois hauts responsables des forces de sécurité, Adriaan Vlok, Magnus Malan, ministre de la défense de 1980 à 1991 et Johan Van der Merwe, chef de la police⁹⁷⁴ ».

En se fondant sur leur caractère trop absolu et sur le caractère inaccoutumé du pouvoir présidentiel, le ministre de la justice Dullah Omar qualifia ces exemptions d'amnisties pour mieux en contester la valeur juridique⁹⁷⁵. Ainsi, pour éviter qu'une intention abusive puisse être retrouvée dans l'adoption d'une autre norme à des fins amnistiantes par une autre autorité en

⁹⁷³ Plusieurs militants de l'ANC refusèrent de signer ce formulaire car il impliquait de signer une déclaration d'adhésion à certains principes refusés par ce mouvement et parce qu'il représentait pour eux un aveu de culpabilité.

⁹⁷⁴ LEFRANC Sandrine, thèse, *op. cit.*, p. 123.

⁹⁷⁵ Il déclara notamment : « *en tant que ministre de la justice, je ne reconnais pas la validité de ces amnisties* ». (*Ibid*).

vertu d'une délégation de la prérogative amnistiante, il convient que cette dernière se conforme à la procédure habituellement suivie et ne cherche pas à se substituer à l'autorité amnistiante. La raison est là encore issue de la hiérarchie des normes. Bien que cette autorité soit susceptible d'exercer une prérogative amnistiante, la norme qu'elle adoptera ne pourra être considérée comme une amnistie en raison de sa valeur.

B. Une norme de valeur juridique au moins égale à celle de l'amnistie

Pour qu'une autre norme adoptée par l'autorité amnistiante puisse produire des effets juridiques sans qu'une intention abusive ne puisse être retrouvée, il convient que cette norme ait une valeur juridique au moins égale à celle de l'amnistie (1) une norme de valeur inférieure ne pouvant jamais être admise (2).

1. Une valeur supérieure ou égale à l'amnistie

La logique constitutionnelle ne peut être respectée que si la norme de substitution a la même valeur que l'amnistie. Lorsque l'amnistie est législative, cette liberté est justifiée par le fait que :

« Celui qui l'édicte n'est [alors] retenu que par les motifs qui l'inspirent : abstraction faite de son bon plaisir, il peut tout. L'amnistie n'est limitée que par la loi, et le législateur n'est limité que par son œuvre⁹⁷⁶ ».

Cependant, il y aura un effet pervers à cette liberté pour l'autorité amnistiante de donner une autre forme à l'amnistie : le risque d'incohérence législative. En effet, l'amnistie est généralement reconnue comme une clémence ponctuelle et temporelle. Donner les mêmes effets à une autre loi sans explicitement la qualifier d'amnistie revient à contredire, sans pour

⁹⁷⁶ « *M. Legal a très exactement écrit (Rev. Sc. crim. 1952 ; 604) : « L'amnistie, n'a d'autres limites que celles qui lui sont tracées par la loi qui la proclame ». Si cette remarque est vraie pour guider l'interprète de la loi d'amnistie, elle éclaire également la nature de l'institution. En général, la volonté de l'homme est bridée par des faits qu'elle ne peut ignorer ni contredire » (Copper-Royer Jean, *L'amnistie...*, op. cit. , p. 14).*

autant l'abroger, la législation instaurant l'infraction sur laquelle la norme de substitution jette le voile de l'oubli. Janick Roche-Dahan attribue déjà ce défaut à l'amnistie française du 15 janvier 1990⁹⁷⁷ mais il semble qu'il puisse être davantage accordé à une norme de substitution proprement dite. Néanmoins, dès lors que la loi de substitution respecte la Constitution, elle pourra produire tous les effets de l'amnistie.

En vertu de la hiérarchie des normes, la norme de substitution pourra également avoir une valeur juridique supérieure à celle de l'amnistie *stricto-sensu*. Ainsi, si cette dernière adopte une forme décrétole⁹⁷⁸ la norme de substitution pourra être législative. Dans la majorité des Etats une norme de valeur constitutionnelle, à condition qu'elle soit reconnue dans le droit constitutionnel en cause comme supérieure, pourra également se substituer à l'amnistie. En Afrique du Sud, la valeur constitutionnelle de l'amnistie lui a conféré une certaine légitimité, en dépit des critiques envers son origine dans les tractations entre les grands partis⁹⁷⁹, et ce d'autant plus que cette valeur a été reconnue par la Cour constitutionnelle dans sa décision relative à la conformité de la Constitution aux grands principes issus des négociations. Cependant, le droit international peut constituer une limite matérielle à cette possibilité d'adoption d'une norme de substitution à l'amnistie par une norme de valeur supérieure ou égale. Aussi, dans les cas où une effectivité lui est accordée par la Constitution, la norme de substitution, à l'image de l'amnistie, devra se soumettre à ses dispositions impératives⁹⁸⁰.

⁹⁷⁷ Elle considère qu' « *En l'espèce, il semble bien que le législateur a voulu d'une certaine manière, légitimer les infractions commises en liaison avec le financement des activités politiques. L'amnistie est le corollaire des nouvelles dispositions issues de la loi du 15 janvier qui légalise en quelque sorte les pratiques* » (ROCHE-DAHAN Janick, *L'amnistie en droit français*, thèse, *op. cit.*, p. 466).

⁹⁷⁸ Ce qui est très rare. Voir *supra*, titre 1.

⁹⁷⁹ C'est l'une des premières mesures issue des discussions entre les différents mouvements politiques puisque son principe a été adopté dès la onzième heure de négociations.

⁹⁸⁰ Pour le contenu de cette limite matérielle, voir *infra*, seconde partie.

En tout état de cause, la valeur de la norme de substitution peut être redéfinie *a posteriori* soit par une autre norme, soit par un juge. Concernant la valeur précisée par une autre norme, il est possible de faire référence à la loi argentine de pacification nationale n° 22.294 du 22 septembre 1983⁹⁸¹. En effet, la loi qui l'abrogeait⁹⁸² la désignait comme une « loi *de facto* ». Même s'il faut préciser que l'intention de la nouvelle majorité parlementaire était de se différencier des actes considérés comme illégitimes de celle qui la précède, elle a donc requalifié *a posteriori* la norme du 22 septembre 1983 d'inconstitutionnelle mais aussi de non législative. Toutefois, la valeur de la norme de substitution est le plus fréquemment précisée par un juge plutôt que par une autre norme. C'est le cas de la loi de l'obéissance due, qualifiée expressément d'amnistie par deux opinions dissidentes dans la décision du 22 janvier 1987⁹⁸³ de la Cour suprême argentine puis par de nombreux auteurs qui ont repris le raisonnement des juges Jorge Antonio Bacqué et Enrique Santiago Petracchi. Le premier de ces juges⁹⁸⁴ considérait que la loi de l'obéissance due « *était en réalité une loi d'amnistie malgré le nom qui lui avait été donné par le Congrès* ⁹⁸⁵ ». Quant au juge Petracchi, il expliquait que quels que soient les défauts de cette loi, celle-ci devait être appliquée comme une loi d'amnistie⁹⁸⁶. Toutefois, la Cour suprême ne s'est alors pas engagée sur la voie d'une requalification dans sa décision en se contentant

⁹⁸¹ Loi n° 22.924 du 22 septembre 1983 de pacification nationale. Traduction anglaise in KRITZ Neil J. editor, *Transitional justice, How emerging democracies reckon with former regimes*, op. cit., vol. III, pp. 477 à 479.

⁹⁸² La loi n° 23.040 du 27 décembre 1983 qui dispose dans son article 1 : « *The de facto Law n° 22.294 shall be revoked as unconstitutional and declared irrevocably null* » (voir : annexe VI, p. 654).

⁹⁸³ *Anales de legislación de jurisprudencia*, Argentina, n° 335. Traduction anglaise : *Ibid*, vol. II.

⁹⁸⁴ Juge Jorge Antonio Bacqué, *second dissenting opinion*, § 12.

⁹⁸⁵ « *Law 23521 is actually an amnesty law in spite of the name given to it by the Congress* » (*Ibid*).

⁹⁸⁶ « *Since it is obvious that Congress has decided to block the criminal prosecutions of those persons mentioned in article 1 of Law 23521, it must be conferred by article 67(17) of the Constitution (...). This Court must therefore apply this amnesty law in spite of its formal flaws. This does not mean that the Court shares the view that such legislative measures can attain its purpose, i.e., the preservation of social peace and the reconciliation of the Argentine people within a democratic system. (...) This Law affects the legal consequences but not the causes of the behavior subject to amnesty* » (Juge Enrique Santiago Petracchi, *First dissenting opinion*, § 35).

simplement de souligner qu'elle a valeur législative et que par conséquent le Congrès pouvait sans méconnaître le principe d'égalité devant la loi ni entraver de manière absolue le pouvoir judiciaire, adopter une telle loi. Il faudra attendre la décision du mardi 14 juin 2005 pour que cette loi soit expressément désignée comme une loi d'amnistie par la plus haute juridiction argentine⁹⁸⁷.

Ainsi, dès lors que la norme de substitution ayant les effets d'une amnistie a été adoptée par l'autorité amnistiante, elle ne peut être remise en cause si elle jouit de la même valeur juridique. En revanche, les mêmes normes ne doivent être reconnues juridiquement dès lors qu'elles sont adoptées sous forme d'acte de valeur inférieure à celle des amnisties par nature.

2. Le rejet des normes de valeur inférieure

Les normes utilisées à des fins amnistiantes au bénéfice de dirigeants politiques considérées comme abusives sont le plus souvent de valeur inférieure à l'amnistie. L'explication de cette valeur est généralement que l'autorité qui l'adopte n'est pas l'autorité amnistiante⁹⁸⁸.

Cependant, déterminer si la norme utilisée a une valeur juridique inférieure à celle de l'amnistie présuppose de connaître la propre valeur de cette norme. Ce problème se pose dans tous les Etats où le président dispose de prérogatives pouvant aussi bien être assimilées à la conception américaine du *pardon* et donc revenir sur les effets d'une loi, qu'à la grâce considérée comme un acte de l'exécutif adopté dans le cadre de l'individualisation de la peine. Par exemple, toujours en Argentine, la clémence accordée par Carlos Menem à d'anciens membres de la junte en 1989 et 1990⁹⁸⁹ a fait l'objet de vives controverses sur leur valeur juridique. En effet, Carlos

⁹⁸⁷ Cour suprême d'Argentine, Buenos Aires, décision du 14 juin 2005, *recurso de hecho*, *op. cit.* Voir : annexe XXII, p. 715.

⁹⁸⁸ Voir : *supra*, A, pp. 308 à 316.

⁹⁸⁹ En 1983, le premier président Raúl Alfonsi avait, au contraire, mis en œuvre des poursuites contre les anciens membres de la junte. Douze généraux avaient donc été inculpés, dont 3 anciens présidents.

Menem avait affiché depuis 1987 une forte volonté de voir juger et condamner les responsables des plus graves infractions commises sous l'ancien régime. Il créa donc la surprise en adoptant, peu après son entrée en fonction, des décrets dont certains empêchaient la mise en jeu de la responsabilité d'anciens dirigeants⁹⁹⁰. S'engagea alors un débat juridique sur l'éventuelle utilisation abusive de son pouvoir de clémence par le président argentin. Les tenants de cette hypothèse, se référaient à l'article 86-6⁹⁹¹ de la Constitution de 1860⁹⁹² et à l'article 68 du Code pénal argentin excluant expressément le pouvoir de clémence de l'exécutif des causes d'extinction de l'action pénale. Ils prétendaient que seul le pouvoir législatif pouvait adopter une amnistie. Pour eux, soit les décrets adoptés par Carlos Menem avaient une valeur infra-législative et pouvaient donc être annulés par une loi, soit ils n'avaient aucune valeur juridique⁹⁹³. Mais ces auteurs étaient contredits par d'autres qui se fondaient sur la pratique

⁹⁹⁰ Ces décrets étaient justifiés par la nécessité d'une réconciliation nationale, d'un pardon mutuel et par la préservation de l'unité nationale. Le décret 1002/89 du 6 octobre 1989 contient la justification suivante : « *Considering the consequences of confrontations between Argentinean citizens that have been taking place over the past two decades have been a constant factor in destroying social harmony and preventing us from achieving agreement and union, which should be the first priority of the National Government* » (décret du 6 octobre 1989, traduction en langue anglais des auteurs de l'ouvrage « *transitional justice* », *op. cit.*, vol. III, p. 528).

⁹⁹¹ En vertu duquel : « *El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones : (...) Puede indultar y conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados* ».

⁹⁹² La Constitution actuellement en vigueur date du 22 août 1994 mais comporte sur ce point des dispositions similaires.

⁹⁹³ C'est ce que pense le professeur Barcroft. Il préconise même la révision de la Constitution américaine pour s'aligner sur la pratique de la majorité des Etats et de limiter le *pardon* aux faits ou personnes ayant fait l'objet d'une condamnation. « *It is this tendency towards abuse which links as a common thread the relevant U.S. constitutional provision and the recent and erroneous Executive and supreme Court interpretation of the respective Argentine provision. An examination of the impact of the unorthodox use of this prerogative on the Balance of Powers apparatus in both countries, as alluded to above, exposes serious incongruities that must be*

américaine du *pardon* et concevaient le pouvoir présidentiel comme absolu et illimité. Pourtant, les juridictions judiciaires s'étaient prononcées avant même la dictature militaire en faveur des premiers. Par exemple, à plusieurs reprises la Cour suprême avait jugé que la prérogative présidentielle de *pardon* ne pouvait intervenir qu'une fois la condamnation définitive et qu'un acte de l'exécutif ne pouvait contenir une disposition de clémence précédant cette condamnation⁹⁹⁴. Or, en 1992, la Cour suprême refusa de confirmer l'annulation du décret n° 1002-89 pris par Carlos Menem⁹⁹⁵ en dépit de la position exprimée par les juges minoritaires qui rappelaient que les constituants argentins avaient toujours voulu se démarquer de leurs

*addressed. In light of this assessment, a suggestion will be made for reform of the traditional interpretation of the prerogative of pardon under the U.S. Constitution... » (BARCROFT Peter A.A., « The presidential pardon, a flawed solution », *op. cit.*, p. 382).*

⁹⁹⁴ Comme dans les affaires *Simon Luengo* et *Hipolito Irigoyen* (Voir : *Ibid.*, pp. 385 et s.). Peter Barcroft signale qu'il n'existe que quelques exceptions à cette jurisprudence: « *On at least one occasion, the provision defining the role of the judiciary, has received a more guarded interpretation. In re Ibanez [FALLO 136: 544 (1922)] The Supreme Court of Argentina, by a vote of 3-2, overturned a decision of the Court of Appeals; the view of the Supreme Court was that article 95 did not import any restriction on article 86.6 and went as far as saying that the latter provision, where, as here, there existed a conflict, prevailed over article 95 of the Constitution. This decision seems to be an exception to the Supreme Court precedent of the time which unlike in the United States, refuted the viability of a pre-conviction pardon. Indeed, even in the Ibanez case, a string dissent was tendered by Justices Palacio and Mendez, in effect stating that the power conferred on the President by virtue of article 86 was not comparable to the prerogative of pardon and amnesty which was exercised by the monarch in former times. The Ibanez decision was subsequently overruled in the Irigoyen case. In the last few years, as mentioned above, unanimity on this question has proved elusive In another case before the Federal Court of Appeals, the pre-conviction pardon of a former General was upheld [Causa General Benjamin Luciano Menendez (October 19th, 1989)] (...) The Court argued that article 95 could be invoked only to safeguard citizens from any activity on the part of the Executive branch, which might be harmful to them. They conclude, therefore, that there is no breach of article 95 where the executive intervenes to benefit, not harm, particular individual. Yet, the central element of the pardon power is a cancellation of judgment. In attempting to divert attention away from the impugned individual towards the alleged general interest of society, the government is engaging in an act of distortion. (...) Unfortunately, the above case, unlike its predecessor Ibanez, did not prove to be an isolated pronouncement... » (*Ibid.*)*

⁹⁹⁵ *op. cit.*

homologues américains en particulier lors des discussions sur la prérogative de clémence accordée au président. Cette jurisprudence pourrait évoluer. En effet, le vendredi 19 mars 2004, un juge fédéral a déclaré inconstitutionnels deux des décrets adoptés par Carlos Menem⁹⁹⁶, ce qui a provoqué l'arrestation immédiate d'un des anciens hauts dirigeants de la junte : Jorge Olivera Rovere et justifié le maintien en détention de deux autres : l'ex-général Guillermo Suarez Mason⁹⁹⁷ et Juan Bautista Sassian⁹⁹⁸. Toutefois actuellement, et ce jusqu'à ce que la Cour suprême se prononce sur la décision du Juge Canicoba Corral, la valeur de ces décrets n'est pas considérée comme infra-législative et paraît donc difficilement annulable.

Ainsi, l'autorité qui adopte une norme à des fins amnistiantes – *a fortiori* lorsque celle-ci s'applique à des dirigeants politiques – doit être la même que celle qui dispose, ou est susceptible d'exercer la prérogative amnistiante, et doit prendre la forme d'un acte normatif de même valeur que l'amnistie. Dans le cas contraire, il peut être considéré qu'il y a abus ou détournement de fonctions. Néanmoins, la norme adoptée ne doit pas produire des effets plus absolus que ceux de l'amnistie pour pouvoir être requalifiée comme telle et donc admise.

II. Les conditions liées aux effets de ces normes

Il a été expliqué qu'il existe des éléments constitutifs de l'amnistie communs à la totalité des systèmes de droit⁹⁹⁹. Ils se rapportent tous au caractère général de l'amnistie. Cette dernière peut souvent s'appliquer à la plupart des infractions et des personnes, elle peut intervenir à tout moment de l'action pénale, effacer le caractère délictueux d'un acte de manière rétroactive et être adoptée ponctuellement pour des raisons d'opportunité. Malgré ce caractère général, ses conséquences sont pourtant traditionnellement limitées, ne serait-ce que par les lois d'amnistie

⁹⁹⁶ Les décrets 1002/89 et 2746/90 (voir : annexe XX, p. 697).

⁹⁹⁷ Qui est décédé depuis.

⁹⁹⁸ Poursuivis pour des crimes non couverts par les différentes mesures de clémence, en particulier pour l'enlèvement de nouveaux-nés.

⁹⁹⁹ Voir, en particulier : *supra*, introduction générale, pp. 10 à 42.

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

elles-mêmes¹⁰⁰⁰. Si ses effets peuvent être absolus, ils doivent ainsi être limités à une catégorie objective (I) et respecter des limitations temporelles (II). Par conséquent, les autres normes utilisées à des fins amnistiantes devront respecter ces deux caractéristiques pour voir leur valeur juridique reconnue et ôter tout soupçon de comportement abusif de la part de ses initiateurs.

A. Des effets limités à une catégorie objective

« Le Conseil constitutionnel juge (...) que les critères d'appréciation pris en compte par le législateur pour déterminer le champ d'application de l'amnistie respectent dans leur principe les exigences constitutionnelles (les infractions ou les personnes concernées ou non par l'amnistie devant, selon une jurisprudence bien établie, ressortir de « *catégories définies de manière objective* »¹⁰⁰¹ ».

La définition de catégories objectives de personnes (1) ou d'infractions (2) amnistiées est donc une condition de validité des autres normes utilisées à des fins amnistiantes.

1. Une catégorie objective de personnes amnistiées

La loi argentine de l'obéissance due du 4 juin 1987 est très représentative de l'exigence d'un champ d'application objectif des autres normes utilisées à des fins amnistiantes. Même si elle ne bénéficie pas à des dirigeants politiques proprement dit mais à des militaires, elle suscite les mêmes conclusions que celles qui pourraient être faites pour les normes accordant une clémence à des dirigeants politiques.

¹⁰⁰⁰ Selon Stéphane Gacon, il en est ainsi de la France : « *toutes les lois d'amnistie, outre la définition d'un cadre juridique général, fournissent l'indication de ses effets. L'amnistie éteint l'action publique si l'affaire n'est pas arrivée à son terme (...). Si l'affaire est déjà jugée, la condamnation est effacée et l'exécution de la peine sont donc interrompues (...). Enfin, la condamnation cesse de figurer au casier judiciaire et il est défendu de faire mention de cette condamnation dans un quelconque acte officiel. Seules les archives des greffes en conservent la trace* » (GACON Stéphane, *L'amnistie, De la Commune à la guerre d'Algérie*, *op. cit.*, p. 40). Or, même si leurs effets sont définis par les lois d'amnistie elles-mêmes, il est possible de penser que les autres normes utilisées à des fins amnistiantes ne peuvent produire des conséquences plus absolues que les lois d'amnistie elles-mêmes, ne serait-ce que parce qu'il n'existe pas de rupture dans la pratique française de l'amnistie.

¹⁰⁰¹ ROUX André, « Chronique de jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, pp. 337-338.

Cette loi a déjà été présentée comme une loi d'amnistie en raison de son auteur et de sa valeur¹⁰⁰². Ses effets confirment la qualification qui en avait été faite par les juges de la Cour suprême auteurs des deux opinions dissidentes dans la décision relative à cette loi¹⁰⁰³. En effet, elle définit bien une catégorie objective de personnes amnistiées dans son article 1 disposant, en substance, que les auteurs des crimes dont il est fait référence dans le premier paragraphe de l'article 10 de la loi n° 23049 – c'est à dire ceux qui ont été commis dans l'intention de « lutter contre le terrorisme » – seront déchargés de toute punition à condition que les personnes concernées aient suivi les ordres de leurs supérieurs. Le même article ajoute qu'une loi peut évaluer si un individu s'est trouvé dans une telle situation d'obéissance due¹⁰⁰⁴. Surtout, il précise quelles sont les personnes susceptibles de bénéficier de la clémence. Il s'agit des officiers principaux, des officiers subordonnés, des responsables ou simples soldats de l'armée des forces de sécurité ou de police, à condition qu'ils soient dépourvus de pouvoir de décision¹⁰⁰⁵ et qu'ils n'aient jamais participé à la formulation des ordres¹⁰⁰⁶. En sont exclus :

¹⁰⁰² Voir : *supra*, p. 318.

¹⁰⁰³ Décision de la Cour suprême argentine en date du 22 janvier 1987, *op. cit.*

¹⁰⁰⁴ Voici la version anglaise de cet article 1: « *It is presumed, without proof to the contrary being admitted, that those who at the time of the perpetration of the acts had the rank of the chief officers, subordinate officers, officials, and soldiers of the armed, security, police, and prison forces are exempt from punishment for the crimes referred to in article 10 first paragraph, of law n° 23 049 by virtue of having followed orders. In those cases it shall be deemed by operation of law that those persons acted under duress, in subordination to a superior authority and following orders, without having the possibility of resisting or refusing to follow those orders and of examining their lawfulness.*

*The same presumption applies to officers in higher rank, excepting those occupying the position of Commander in Chief, Chief of zone, Chief of Sub-Zone, or Chief of security, Police, or Prison forces, unless the competent judicial authorities rule within thirty days of the passage of this Law that those officers of higher rank made decision of their own or took part in the formulation of the orders » (traduction: KRITZ Neil, *Transitional justice...*, *op. cit.*, vol. 3, p. 507).*

¹⁰⁰⁵ *Capacidad decisoria.*

¹⁰⁰⁶ *Elaboración de ordenes.*

les commandants en chef ainsi que les commandants de secteurs ou des forces armées, sauf si les autorités judiciaires compétentes en décidaient autrement. Les éléments qui déterminent l'application de la loi sont donc bien objectifs puisqu'ils sont constitués par l'appartenance à des forces de sécurité et par le rang que les personnes visées pouvaient occuper.

Toutefois, cette qualification de loi d'amnistie attribuée à la loi de l'obéissance due doit affronter trois séries de critiques.

Il est tout d'abord possible de considérer – à l'image de Kathryn Lee Crawford – que la loi de l'obéissance due ne se contentait pas d'accorder sa clémence aux personnes concernées mais qu'elle justifiait légalement leurs actes par la doctrine de l'obéissance due¹⁰⁰⁷. Cet auteur déplore en particulier que les juridictions soient privées de toute compétence pour déterminer si la loi peut s'appliquer à un cas d'espèce¹⁰⁰⁸. Selon Sandrine Lefranc, cette loi aurait même pour effet de « *systématiser l'application du principe contesté du « devoir d'obéissance » s'imposant aux militaires*¹⁰⁰⁹ ». Pour elle, la loi en question instaurerait « *une présomption irréfragable d'irresponsabilité pénale*¹⁰¹⁰ ». Dans sa conception, la définition d'une catégorie objective de bénéficiaires par cette loi ne ferait qu'en masquer les véritables effets, c'est à dire la dépenalisation des crimes graves commis par les agents subordonnés des forces de sécurité. Ce raisonnement est trop tranché pour ne pas être nuancé. En effet, au moment de la réalisation des crimes visés par la loi de l'obéissance due mais aussi de l'adoption de cette dernière, l'obligation de désobéir à un ordre illégal existait en Argentine. Cette loi ne remettait pas en

¹⁰⁰⁷ « *The law is not an amnesty because the acts that it addresses are no longer considered crimes but are legally justified within the limits of the due obedience doctrine* » (CRAWFORD Kathryn Lee, « due obedience and the rights of victims : Argentina's transition to democracy », *Human rights Quarterly*, 12, 1990, p. 36).

¹⁰⁰⁸ « *The presumption of due obedience forbids the Court from considering evidence that would show he defendants were not acting under duress or that they had an opportunity (...) Under the new law, the Courts could not review any evidence to determine if the officer knew or should have known he was acting on illegal orders* » (Ibid).

¹⁰⁰⁹ LEFRANC Sandrine, thèse, *op. cit.*, p. 273.

¹⁰¹⁰ *Ibid.*

cause cette obligation mais permettait que certaines personnes ne soient pas condamnées pour avoir exécuté des ordres de leur supérieur durant une période définie. Il est vrai que d'un point de vue politique, il peut être contesté que tous les exécutants d'une politique de terreur soient pardonnés, contrairement aux seuls responsables. Mais d'un point de vue juridique, le champ d'application défini ne se différencie pas de celui d'une loi d'amnistie sur ce point.

Il existe une seconde critique possible de la qualification de la loi de l'obéissance due en loi d'amnistie. L'exclusion de son bénéfice de certains dirigeants, et non de tous les dirigeants, devrait relativiser le caractère objectif de son champ d'application. Cette thèse a été évoquée en France lors de l'examen de la constitutionnalité de la loi du 15 janvier 1990, relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques. Sa qualification de loi d'amnistie ne faisait aucun doute, mais l'argument de ses opposants pourrait être repris lors de toute opération de qualification d'une norme amnistiante. Cet argument, qui a été admis par le Conseil constitutionnel, était celui de l'impossibilité d'exclure du bénéfice de l'amnistie les parlementaires à la date des faits délictueux ; mais qui ne l'étaient plus lors du vote la loi¹⁰¹¹. Si l'on reprend ce raisonnement pour l'appliquer à la loi argentine de l'obéissance due, celle-ci ne définirait pas un champ d'application objectif puisque la plupart des dirigeants militaires sont exclus de l'amnistie mais que d'autres peuvent en bénéficier sur décision de la juridiction judiciaire compétente. Toutefois, la situation n'y est évidemment pas la même qu'en France en 1990. En effet, il ne s'agit pas ici de dirigeants politiques s'excluant eux-mêmes de l'amnistie qu'ils ont votée, mais de parlementaires du nouveau régime d'un Etat ayant connu une transition démocratique refusant le bénéfice de l'amnistie à certains anciens dirigeants. Néanmoins, il est certain que le caractère objectif du champ d'application de la loi aurait pu être discuté. D'une part, en raison de l'exclusion de certains haut gradés militaires de la clémence, mais pas d'autres, apparemment placés dans la même situation. D'autre part, parce

¹⁰¹¹ Voir : *supra*, pp. 260 et s.

qu'il revenait dans certains cas à l'autorité judiciaire de déterminer, en fonction des cas d'espèce, les personnes pouvant bénéficier de l'amnistie¹⁰¹².

La troisième critique relative à la qualification de la loi de l'obéissance due en loi d'amnistie se retrouve dans l'opinion du Juge Jorge Antonio Bacqué déjà citée¹⁰¹³. Elle se fonde sur la certitude que le caractère objectif du champ d'application de l'amnistie sert à masquer le caractère inamnistiable des infractions visées. Elle refuse donc que la définition de ce champ d'application puisse justifier la qualification de la loi en loi d'amnistie. Selon le Juge Bacqué, la loi de l'obéissance due devrait être qualifiée de loi d'amnistie, mais il relève qu'une amnistie doit s'appliquer avant tout aux infractions politiques ou aux infractions de droit commun commises dans un but politique. Les crimes les plus graves ne seraient donc pas amnistiables dans la mesure où aucun but politique ne pourrait justifier leur perpétration. Il se réfère ensuite à l'article 18 de la Constitution qui abolit la torture et les coups portés dans le même objectif pour conclure à l'inconstitutionnalité de la loi de l'obéissance due¹⁰¹⁴. Kathryn Lee Crawford

¹⁰¹² Il existe une limite à cette argumentation juridique qu'il faut rappeler. A l'époque de la loi de l'obéissance due, il n'y avait pas eu d'épuration complète du corps des magistrats et certains d'entre eux restaient donc favorables à l'ancien régime. Elle ne s'est réellement accélérée que depuis l'accession du président Kirchner au pouvoir. Par exemple, Diana Quattrocchi-Woisson explique que : « *En fait, la nouvelle légitimité démocratique ne s'est pas accompagnée d'une véritable épuration que ce soit des forces armées ou de la justice civile. Ce processus fut lent et n'est toujours pas clos* » (QUATTROCCHI-WOISSON Diana, « Autour des années de plomb, histoire, mémoire et justice en Argentine », Mémoires du vingtième siècle, Le débat, n° 122, novembre-décembre 2002, Paris : Gallimard, p. 81).

¹⁰¹³ Juge Jorge Antonio Bacqué, *second dissenting opinion*, *op. cit.* Voir : *supra*, p. 318.

¹⁰¹⁴ « *On the one hand, a settled legal tradition, which has been extensively discussed in paragraphs 39 and 40 of this opinion, sustains that the primary goal of an amnesty is to cover only political crimes or common crimes reasonably connected with the alleged political purpose it seeks to attain. Consequently it has been always understood that atrocious or aberrant crimes could not be subject to amnesty, for no political goals may justify that sort of criminal offense. On the other hand, article 18 of the Constitution clearly provides in its pertinent part that « all kinds of torture and lashing (...) are abolished for ever (...) ». This constitutional provision presents an insurmountable obstacle to the constitutionality of law 23521. It is also part of the ethical framework of all civilized communities, which cannot allow impunity for atrocious and aberrant acts such as torture* » (*Ibid*).

tient là aussi le même raisonnement, en ajoutant que l'Argentine était partie à la convention internationale contre la torture, ce qui l'obligeait à empêcher et poursuivre ses actes, pour en déduire que cette loi ne peut être une loi d'amnistie¹⁰¹⁵. Cette argumentation se fonde sur des éléments exacts¹⁰¹⁶ mais elle représente un certain raccourci théorique. En effet, que la loi de l'obéissance due soit inconstitutionnelle sur le fond est démontrable juridiquement mais cela n'empêche pas que sa forme soit celle d'une amnistie en raison de l'autorité qui l'adopte, de sa valeur et de l'objectivité de son champ d'application. Au contraire, cette qualification peut permettre plus facilement de la considérer comme inconstitutionnelle¹⁰¹⁷ puisqu'elle s'applique à des infractions non amnistiables et d'éviter que, perçue comme une norme d'exception *sui generis*, elle puisse s'appliquer à ces crimes graves¹⁰¹⁸. Par conséquent lorsqu'une norme est utilisée à des fins amnistiantes, il peut être nécessaire de la qualifier formellement d'amnistie, afin que la nature des infractions qu'elle vise puisse servir à la considérer comme inconstitutionnelle. D'autant que ces infractions doivent être objectivement déterminées.

2. Une catégorie objective d'infractions amnistiées

L'amnistie détermine les infractions amnistiées de manière objective. Il est donc possible de considérer qu'une norme utilisée à des fins amnistiantes doit s'appliquer à des infractions définies de manière juridique, générale et concrète. Les exclusions sont ainsi admises, mais

¹⁰¹⁵ CRAWFORD Kathryn Lee, « due obedience and the rights of victims... », *op. cit.*, p. 37.

¹⁰¹⁶ Nous étudierons les infractions inamnistiées dans la seconde partie de cette thèse.

¹⁰¹⁷ Il faut rappeler que cette loi a été abrogée par le Parlement argentin en 1998, en raison de son inconstitutionnalité. Mais il a fallu attendre que la démocratie se consolide dans cet Etat pour parvenir à un tel résultat.

¹⁰¹⁸ Cette thèse est également contestable juridiquement dans la mesure où toutes les normes adoptées par l'Etat doivent être soumises à la Constitution de l'Etat en cause et, de plus en plus désormais, au droit international pénal. Mais elle a été utilisée avec succès dans les Etats d'Amérique latine jusqu'à ce que les pressions des organisations contre les violations des droits de l'homme l'emportent.

elles doivent être précises afin de renforcer l'objectivité du champ d'application de la norme qui les prévoit, mais aussi pour ne pas être outrepassées.

S'agissant de la possibilité de prévoir des exclusions, les lois argentines de clémence peuvent là encore être représentatives. Dans son article 2, la loi de l'obéissance due exclut de son champ d'application les infractions suivantes : l'enlèvement, le kidnapping et la dissimulation d'enfants, le changement d'état civil et l'extorsion de biens immobiliers. Elles correspondent à la volonté de ne pas faire bénéficier de la clémence aux auteurs d'enlèvements d'enfants de disparus et de leur adoption par des familles proches du régime grâce au changement de leur identité. Cette exclusion est donc bien objective. Le problème que nous avons déjà esquissé plus haut et qui est souligné là encore par Kathryn Lee Crawford est que la loi en question omet d'écartier les crimes les plus graves, selon le droit international¹⁰¹⁹.

En ce qui concerne la nécessité d'empêcher que les exceptions définies par la norme utilisée à des fins amnistiantes soient élargies, il est possible de se référer au décret adopté par le président haïtien Aristide en 1994, trop confus dans les exceptions qu'il prévoyait pour être qualifié d'amnistie. En vertu de l'article 147 de la Constitution haïtienne, l'amnistie doit être octroyée par le chef de l'Etat seulement en matière politique et en application d'une loi votée par le Parlement¹⁰²⁰. Or, la loi d'habilitation de 1994 faisait l'objet de plusieurs interprétations. Dans son article 2, elle disposait que « *L'amnistie adoptée dans le strict respect de la présente loi ne peut en aucun cas être révoquée* ». Alors que d'après certaines personnes, comme par exemple le sénateur favorable à Aristide, Turneb Delpé¹⁰²¹, une amnistie ne pouvant s'appliquer qu'en matière politique, la loi de 1994 ne devait pas pouvoir concerner les crimes d'enlèvement. Pour d'autres, elle devait faire l'objet d'une interprétation plus large et ne connaître aucune exception. Aussi, le décret d'application adopté par Aristide ne pouvait être qualifié d'amnistie

¹⁰¹⁹ Certains crimes sont soumis à une obligation de poursuites en droit international. Voir : *infra*, pp. 379 à 432.

¹⁰²⁰ Voir, *supra* : p. 257.

¹⁰²¹ Cité par Irwin Stotzky (STOTZKY Irwin P., « Haiti: searching for alternatives », *op. cit.*, pp. 190 et s.).

et donc être irrévocable que parce que les infractions politiques étaient seules concernées. Dans le cas contraire, il devait être dépourvu de valeur juridique¹⁰²².

Les autres normes adoptées à des fins amnistiantes doivent donc prévoir des exclusions aussi objectives que leur champ d'application. Parfois, ce sont même ces exceptions qui vont déterminer leur caractère objectif. Ainsi, au premier abord, la loi argentine de pacification nationale du 22 septembre 1983 abrogée en 1987 a pu être requalifiée de loi d'amnistie¹⁰²³ alors que le champ d'application défini par son article 1¹⁰²⁴ était extrêmement large puisqu'elle annulait toutes les actions pénales ouvertes pour les crimes commis avec des motivations subversives. Toujours en vertu de cet article, elle s'étendait à toutes les activités criminelles provoquées voir motivées par la volonté d'éviter de prévenir ou de lutter contre des activités

¹⁰²² Voir: SCHARF Michael P., « Swapping amnesty for peace: was there a duty to prosecute international crimes in Haiti ? », *op. cit.*, p. 17. Il explique en particulier que : « *However Aristide's Amnesty Decree, issued the day after the Haitian Parliament enacted the Amnesty Law, was just as ambiguous as the Amnesty Law. The Decree provides amnesty for "the authors and accomplices of the coup d'état of 30 September 1991 which brought about the forced departure for exile of President of the Republic, Jean-Bertrand Aristide, and his government. It does not clarify whether the amnesty applies only to acts committed during the actual coup in 1991 or more generally to acts committed from 1991 to 1994 in support of the military regime's efforts to consolidate power and repress opposition (...). Indeed, Aristide personally requested Panamanian President Ernesto Perez to grant asylum to the top members of the military regime. This action effectively precluded Haiti from pursuing their prosecution and punishment in the future, irrespective of how the Amnesty Law and Decree are interpreted* ».

¹⁰²³ Elle l'a été expressément par la loi du 27 décembre 1987 qui l'annulait puisque cette dernière prononçait « *l'annulation de la loi d'amnistie* », puis par la Cour suprême le 14 juin dernier (voir : annexe XXII, p. 715).

¹⁰²⁴ « *The penal actions arising from crimes committed with terrorist or subversive motivation or objective between May 25, 1973 and June 17, 1982 shall be declared annulled. The benefits granted by the Law extend, in the same way, to all criminal activities resulting from or motivated by the development of actions directed at the avoidance, prevention or termination of the terrorist or subversive activities mentioned, whatever may have been their nature or the legal tenet violated. The effects of this Law extend to the authors, participants, instigators, accomplices and accessories, and include related common crimes and related military crimes* » (Traduction anglaise disponible dans KRITZ Neil (editor), *Transitional justice...*, *op. cit.*, vol. 3, pp. 477 à 479).

terroristes ou subversives, quelles que soient leurs natures. Enfin, elle bénéficiait à toutes les personnes – instigatrices ou complices – impliquées dans la perpétration de ces infractions que ces dernières soient de droit commun ou militaires. Mais, ce sont ses exceptions qui confirmaient son assimilation possible à une loi d'amnistie et l'existence de critères précis d'application. En vertu des articles 2 et 3 de cette loi, étaient exclus du bénéfice de la clémence, les auteurs d'infractions qui à la date d'application de cette loi ne résidaient pas sur le territoire argentin ou ayant démontré par leur conduite l'intention de conserver des liens avec des organisations en liens avec leurs activités terroristes ou subversives¹⁰²⁵, mais surtout les infractions économiques comme la corruption¹⁰²⁶.

Ainsi, en apparence, puisque la nature des crimes amnistiés la rendait inconstitutionnelle, cette loi représentait un parfait exemple de loi de réconciliation nationale : tous les courants politiques pouvaient en bénéficier et les exceptions n'incluaient pas les infractions politiques ; et ce d'autant plus qu'elle comportait une limitation temporelle ; les crimes devant avoir été commis entre le 25 mai 1973 et le 17 juin 1982.

B. Des effets limités dans le temps

Pour qu'une autre norme puisse produire des effets amnistiants au bénéfice de dirigeants politiques comme de toute autre personne, ses effets doivent avoir un point de départ et une échéance (1). Seul l'oubli de l'infraction peut avoir une dimension intemporelle (2). Dans le cas contraire, il sera possible de considérer qu'il y a un comportement abusif de la part de l'autorité qui l'adopte¹⁰²⁷.

¹⁰²⁵ « *Members of illicit terrorist or subversive organizations who, on the date until which the benefits of the law remain effective, do not reside legally and openly in the territory of the Argentine Nation or in places subject to its jurisdiction, or who have demonstrated by their conduct an intention to continue their connection with these organizations* » (*Ibid*).

¹⁰²⁶ « *The crimes of economic subversion characterized in articles 6, 7,8 and 9* ».

¹⁰²⁷ Voir : *infra*, section 2, pp. 338 et s.

1. Une période d'application précise

Selon Bruno Py,

« Décider de l'opportunité de la mesure, organiser son élaboration, déterminer le point de départ et le terme des faits amnistiés, sont des actes éminemment politiques qui ne laissent aucune place au hasard¹⁰²⁸ ».

Le même auteur, qui se concentre sur la France, ajoute que dans cet Etat,

« Ce constat est d'autant plus notable que depuis 1958, la promulgation d'une loi d'amnistie est la résultante soit d'une tradition, après l'élection d'un président de la République, soit d'une décision ponctuelle, après des événements à fort impact politique¹⁰²⁹ ».

Ainsi, dans le cas d'une autre norme utilisée à des fins amnistiantes, ces dates pourront être déterminées en fonction de considérations ou d'évènements politiques, mais elles devront être clairement précisées. Pour éclairer ces observations, il est possible de s'intéresser à une troisième loi argentine : la loi n° 23 492 en date du 23 décembre 1986¹⁰³⁰ dite « du point final ». En effet, cette dernière pouvait, au premier abord, être qualifiée de loi de prescription et non de loi d'amnistie¹⁰³¹ mais, en raison de la limite temporelle ainsi que de plusieurs autres conditions qu'elle définissait, il est possible de conclure qu'elle était utilisée à des fins amnistiantes.

¹⁰²⁸ PY Bruno, « Amnistie : le choix dans les dates », *op. cit.*, p. 4.

¹⁰²⁹ *Ibid.*

¹⁰³⁰ *Anales de legislación de jurisprudencia*, Argentina, n° 324.

¹⁰³¹ C'est ce que veut signifier Sandrine Lefranc lorsqu'elle affirme s'agissant de la loi du point final et de la loi de l'obéissance due que « l'Argentine a construit cette « justice » [de transition] principalement sur des instruments qui ne relèvent ni de la grâce, ni de l'amnistie » (LEFRANC Sandrine, thèse, *op. cit.*, p. 273). Pourtant,

Dans son premier article, cette loi disposait que, soixante jours après sa promulgation, les poursuites criminelles engagées contre toute personne suspectée d'avoir participé à un crime aux motivations politiques seraient éteintes et ce, quel que ce soit le degré de participation qui lui était reproché¹⁰³². Le principe contenu dans cette loi semblait donc être celui de la prescription de l'action publique qui peut être défini comme « *l'écoulement d'un délai (...) entraînant l'extinction de l'action publique et rendant de ce fait toute poursuite impossible*¹⁰³³ ». C'est ce que relevait Sandrine Lefranc dans sa thèse :

« La loi dite du « point final » semble relever, dans la mesure où elle impose l'extinction de toutes poursuites pénales après le délai établi, d'une forme de prescription de l'action publique ; elle semble s'apparenter à un délai de prescription anticipé, puisque la prescription intervient, selon la caractérisation du délit, au maximum douze ans avant la prescription légale telle que fixée par le code pénal argentin (selon l'article 62 de quinze ans pour les délits passibles de détention à perpétuité – soit une prescription qui aurait dû faire effet entre 1991 et 1998 –, entre deux et douze ans – le maximum de la peine pouvant être appliqué – pour les autres délits passibles de détention, soit entre 1978 et 1995) (...). Pour autant, il ne s'agit pas d'une « réelle » prescription : la loi du « point final » contrevient tant au principe qui justifie généralement la prescription qu'à son caractère général. En effet, la prescription de l'action publique comme celle des peines se justifient par la constatation qu'au bout d'un certain temps les condamnations, comme les infractions, sombrent dans l'oubli, argument qui ne pouvait être utilisé trois ans seulement après l'installation du gouvernement Alfonsín, et qui n'est bien sûr pas utilisé après l'exposition des motifs. Par ailleurs, contrairement à la prescription qui s'applique (en règle générale et dans le droit argentin) de manière systématique et à toutes les infractions – dont la qualification

ces lois sont bien utilisées à des fins amnistiantes comme nous allons le démontrer pour la seconde loi mais que nous avons déjà établi concernant la première d'entre elles.

¹⁰³² « *Criminal prosecutions against any person, based on his alleged participation, of any nature, in the crimes referred to in article 10 of Law n° 23049 are extinguished by operation of law, unless such person is a fugitive or has been pronounced in default, or is indicted by a Court of a competent jurisdiction within sixty calendar days as of the date of promulgation of this Law. Under the same conditions shall be extinguished all criminal prosecutions against any person who has participated, on or before December 10, 1983, in the commission of crimes related to the use of violent means of political action* » (Traduction anglaise disponible dans KRITZ Neil (editor), *Transitional justice...*, op. cit., vol. 3, pp. 505-506).

¹⁰³³ D'après la définition du lexique Dalloz (GUILLIEN Raymond, VINCENT Jean, (sous la direction de), *Lexique, termes juridiques*, op. cit., p. 427).

est la seule distinction pertinente –, le texte de la loi identifie des bénéficiaires spécifiques et ne porte que sur une période de temps déterminée¹⁰³⁴ ».

Cette loi semblait donc disposer de caractéristiques communes avec une loi de prescription dès lors qu'elle instaurait un délai au delà duquel les poursuites s'éteignaient. Cependant, elle en différait par la brièveté du délai qu'elle déterminait, et la définition de ses bénéficiaires. Par conséquent, si le terme d'amnistie n'apparaît jamais dans cette loi, elle n'en est pas moins désignée depuis toujours comme une « amnistie déguisée » par ses adversaires¹⁰³⁵, et a même été récemment qualifiée d'amnistie par la Cour suprême de Buenos Aires¹⁰³⁶. Il est vrai qu'elle présentait bien toutes les caractéristiques d'une loi de prescription utilisée à des fins amnistiantes. En effet, l'autorité l'ayant adoptée était la même que celle qui disposait de la prérogative amnistiante, c'est à dire le pouvoir législatif. Elle avait donc la même valeur législative qu'une amnistie, d'autant plus qu'elle définissait une catégorie objective d'infractions, les mêmes que les lois qui l'ont précédée et que nous avons qualifiées de normes utilisées à des fins amnistiantes avec des exceptions définies de la même manière¹⁰³⁷. Enfin elle comportait une limitation temporelle déterminante pour sa qualification : les crimes devaient essentiellement avoir été commis avant ou au cours de la journée du 10 décembre 1983. Il était

¹⁰³⁴ « La loi du « point final » serait donc une forme ad hoc de « prescription individualisée », ou d'amnistie « différée » – dont elle a les effets et à laquelle elle emprunte les limites puisqu'elle ne porte pas sur l'action civile – et partielle, puisqu'elle ne bénéficie qu'à ceux qui, à la date prévue, ne feraient pas l'objet de poursuites pénales. A cet égard, cet instrument hybride est une méthode de limitation des poursuites et d'accélération des procédures » (LEFRANC Sandrine, thèse, *op. cit.*, p. 273).

¹⁰³⁵ C'est ce qu'affirme par exemple Carlos Zamorano, co-président de la Ligue des droits de l'homme argentine, dans le quotidien français Libération : « La loi du « point final » (...) n'était autre qu'une amnistie déguisée » (ZAMORANO Carlos, « La loi du point final était une amnistie déguisée », propos recueillis par Antoine Bigo, *Libération*, Jeudi 14 août 2003, disponible sur <http://www.liberation.com> (Article 130627)).

¹⁰³⁶ Cour suprême d'Argentine, Buenos Aires, décision du 14 juin 2005, recurso de hecho, *op. cit.*, (voir : annexe XXII, p. 715).

¹⁰³⁷ Elles se rapportaient là encore à l'enlèvement des bébés de disparus.

possible d'ajouter d'autres considérations comme celles selon lesquelles le délai de soixante jours paraissait relativement court pour un délai de prescription qui se compte généralement en années et que soixante jours paraissait très bref au regard du temps préalable nécessaire avant que l'affaire ne soit concrètement portée devant une juridiction judiciaire¹⁰³⁸.

D'autant plus lorsqu'elle bénéficie à des dirigeants politiques, l'application de la norme utilisée à des fins amnistiantes à une période déterminée est donc indispensable pour qu'elle ne soit pas désignée comme la concrétisation d'un comportement abusif. Il n'existe en outre qu'une seule conséquence intemporelle possible de ce type de normes : l'oubli.

2. L'unique élément intemporel : l'oubli

L'amnistie a pour effet d'interdire le rappel des infractions amnistiées. Toutefois, cet oubli, s'il peut être éternel, n'en est pas moins souvent relatif, c'est à dire qu'il ne porte que sur le caractère délictueux ou criminel des faits, mais pas sur les faits eux-mêmes. En France, bien que pouvant être contredit par une loi d'amnistie qui a la même valeur, l'article 133-11 du NCP impose désormais de façon permanente l'interdiction du rappel des condamnations amnistiées. La pratique le confirme. Toutefois, il y a eu une évolution. Pour reprendre Régis de Castelnau : « la jurisprudence¹⁰³⁹ a toujours admis que le journaliste ou l'historien puissent rappeler très

¹⁰³⁸ Sandrine Lefranc évoque une « amnistie différée » : « La loi du « point final » serait donc une forme ad hoc de « prescription individualisée », ou d'amnistie « différée » – dont elle a les effets et à laquelle elle emprunte les limites puisqu'elle ne porte pas sur l'action civile – et partielle, puisqu'elle ne bénéficie qu'à ceux qui à la date prévue, ne feraient pas l'objet de poursuites pénales. A cet égard, cet instrument hybride est une méthode de limitation des poursuites et d'accélération des procédures » (LEFRANC Sandrine, thèse, *op. cit.*, p. 273).

¹⁰³⁹ Stéphane Gacon a analysé cette jurisprudence : « La jurisprudence a toujours exclu les historiens des catégories pouvant tomber sous le coup de la loi. (...). Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 3 novembre 1965 a longtemps fait référence en ce domaine. Il concerne le procès intenté à Michèle Cotta pour une notice bibliographique de son livre « la collaboration ». elle fut poursuivie à la fois pour diffamation et pour infraction à l'article 45 de la loi d'amnistie du 6 août 1953. Le plaignant fut débouté. Les considérants du jugement ont donné acte à l'auteur de la qualité scientifique de son travail, et de son absence d'intention de diffamer en rapportant des faits publiés dans la presse de l'époque, et précisé que l'article 45 de la loi d'amnistie ne pouvait s'appliquer puisqu'il ne concernait que les fonctionnaires et les magistrats. (...) [extrait du jugement] : « si le

*directement des faits et des condamnations amnistiées*¹⁰⁴⁰ ». Dans les Etats qui ont une pratique similaire, les autres normes utilisées à des fins amnistiantes ne doivent donc pas aller au delà de ces conséquences de l'amnistie en imposant un oubli qui s'étende également au rappel des faits. D'autant plus qu'il pourrait être tentant pour un dirigeant politique de donner des effets absolus à une norme utilisée à des fins amnistiantes afin que sa responsabilité politique ne puisse elle-même être mise en jeu. Toutefois, l'attitude des juridictions françaises pourrait avoir évolué. D'après Stéphane Gacon, « *la législation s'est durcie dans les années 1980. Les lois d'amnistie de 1981 (...) et toutes celles qui ont suivi ont retenu (...) une rédaction plus restrictive*¹⁰⁴¹ ». Il cite l'article 25 de la loi du 4 août 1981 qui dispose que :

« Il est interdit à toute personne en ayant eu connaissance de rappeler sous quelque forme que ce soit, ou de laisser subsister dans tout document quelconque, les condamnations pénales, les sanctions disciplinaires ou professionnelles et les déchéances effacées par l'amnistie¹⁰⁴² ».

Selon cet auteur, les juges ont interprété très largement le terme « *toute personne* » en l'appliquant à des journalistes :

« Le directeur de la publication du journal du dimanche, le vice-président d'une association, les rédacteurs et les auteurs d'un livre d'histoire ont été poursuivis pour avoir, les uns et les autres, fait allusion à la condamnation d'un maire coupable de délit d'ingérence, amnistié par la suite. Le premier avait publié un article où il n'était question que d'une condamnation amnistiée (la nature de la peine n'était pas spécifiée), le deuxième avait rappelé l'affaire dans un tract électoral, sans même évoquer la condamnation, et les derniers s'étaient contentés de parler d'ingérence. C'est pourquoi Janick Roche-Dahan, dans l'analyse qu'elle fait de cette affaire indique : « *dans chacune*

rappel par un historien du comportement des personnes mêlées aux événements qu'il retrace ne pouvait être fait au motif que la condamnation pénale que ce comportement a entraînée se trouverait amnistiée, toute étude historique sérieuse serait impossible » (GACON Stéphane, *L'amnistie, De la Commune à la guerre d'Algérie*, op. cit., pp. 42-43).

¹⁰⁴⁰ CASTELNAU (de) Régis, Pour l'amnistie, op. cit., p. 279.

¹⁰⁴¹ GACON Stéphane, *L'amnistie, De la Commune à la guerre d'Algérie*, op. cit., p. 43.

¹⁰⁴² Loi n° 81-736 du 4 août 1981, disponible sur <http://www.legifrance.gouv.fr>.

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

de ces espèces, seuls les faits commis et l'amnistie dont ils ont bénéficié avaient été mentionnés, logiquement les juges auraient dû estimer, conformément à la jurisprudence que l'article 25 [de la loi d'amnistie de 1981] ne s'appliquait pas en l'espèce, car ce dernier n'interdit que le rappel des condamnations amnistiées et non pas des faits ». Les juges en ont néanmoins décidé autrement, ce qui témoigne d'un raidissement de l'attitude de la justice quand il s'agit de l'application de l'amnistie¹⁰⁴³ ».

Si cette évolution se confirmait, les autres normes utilisées à des fins amnistiantes pourraient interdire le rappel des faits amnistiés. Toutefois, il est possible de douter de sa réalité d'abord parce que, comme l'explique de nouveau Stéphane Gacon, le nouveau code pénal a adopté une formulation légèrement différente en interdisant le rappel des condamnations pénales, sanctions disciplinaires ou professionnelles, ou d'interdictions, déchéances et incapacités effacées par l'amnistie à « toute personne qui, dans l'exercice de ses fonctions en a connaissance », ce qui limiterait l'interdiction aux magistrats ou aux agents publics des corps en rapport avec la justice et la police¹⁰⁴⁴. Ensuite, dans l'affaire évoquée, aucun des trois supports ne se contentaient de rappeler les faits : le premier article rappelant la condamnation, le deuxième et le troisième remémorant les faits présentés de manière délictueuse. Quoi qu'il en soit dans un Etat, une norme adoptée à des fins amnistiantes ne doit pas avoir des conséquences plus absolues que l'amnistie, *a fortiori* lorsqu'elle bénéficie à des dirigeants politiques¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴³ GACON Stéphane, *L'amnistie, De la Commune à la guerre d'Algérie*, *op. cit.*, p. 43.

¹⁰⁴⁴ Voir : GONNARD Jean-Marie, « Amnistie, théorie générale », *Juris-Classeur, droit pénal*, articles 133-9 à 133-11, *op. cit.*, pp. 17 à 38.

¹⁰⁴⁵ C'est ce qu'avait pu considérer le juge Cerda en Argentine : « Dans une affaire portant sur la disparition de dix membres du parti communiste en novembre et décembre 1976, un juge civil, Carlos Cerda Fernández, contesta notamment la décision de la Cour d'appel de clore le dossier au nom du décret-loi d'amnistie. Malgré une obstruction jusqu'en 1983, l'enquête fut finalement confiée au juge Cerda : en août 1986, trente-huit militaires, dont des officiers étaient inculpés. Après un appel des inculpés, la Cour d'appel de Santiago ordonna la clôture du dossier. La confirmation de cette décision, le 6 octobre par la Cour suprême de justice, alors même que l'enquête était inachevée, provoqua une inflexion dans les pratiques des Cours d'appel : l'amnistie était considérée comme applicable avant toute décision portant sur l'existence ou la nature du crime et l'identification de ses auteurs. Le refus d'obtempérer du juge Cerda lui valut deux mois de suspension et le retrait du dossier. En

En conclusion, si ces normes sont adoptées par la même autorité que celle disposant de la prérogative amnistiante – à condition que cette dernière soit légitime –, si elles en ont la même valeur, qu'elles portent sur une catégorie objective d'infractions ou de personnes et qu'elles en ont les mêmes effets, alors elles pourront être requalifiées d'amnisties et abrogeables dans les conditions de ces dernières. Il est à noter qu'elles seront également soumises aux mêmes limites en particulier celles issues du droit international¹⁰⁴⁶. Dans le cas contraire, elles pourront être déclarées inconstitutionnelles et annulées d'autant plus que, s'agissant d'auto-amnisties, elles pourront être considérées comme une utilisation abusive de leurs prérogatives par les dirigeants politiques. Toutefois, il existe un second comportement abusif davantage significatif en matière d'amnistie des dirigeants politiques. C'est celui qui consiste à modifier durablement leur régime de responsabilité afin d'arriver aux mêmes effets que l'amnistie, sans risquer que cette modification puisse être remise en cause après un changement de régime.

*août 1989, la Cour suprême rejetait un appel en cassation contre la clôture du dossier et ordonnait à Cerda de suspendre la procédure faute de quoi il serait sévèrement réprimandé et contraint d'exécuter la décision en juin 1990. En janvier 1991, Cerda fut sanctionné par une deuxième suspension d'une durée de deux mois et par une destitution justifiée par un avancement trop faible. Il fut finalement réintégré, après une lettre d'excuse de la Cour suprême » (LEFRANC Sandrine, thèse, *op. cit.*, p. 102).*

¹⁰⁴⁶ Qui résulte en particulier de l'obligation de poursuivre les principaux responsables de crimes internationaux en droit pénal international (Voir : *infra*, seconde partie, p. 373 et s.).

**SECTION 2 – LA MODIFICATION CONTESTABLE DU RÉGIME DE
RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS POLITIQUES À DES FINS AMNISTIANTES**

L'amnistie est adoptée ponctuellement pour des raisons d'opportunité. Ses effets peuvent être considérés comme absolus mais ils ne s'appliquent qu'à une catégorie d'infractions ou de personnes pour une période déterminée. Lorsque des dirigeants politiques dépénalisent une infraction qu'ils sont soupçonnés avoir perpétrée, ou même, mettent en œuvre une révision de la Constitution afin de jouir d'une immunité personnelle, ils recherchent une protection pénale générale et perpétuelle. Ils évitent ainsi, avant tout, l'engagement de leur responsabilité pénale. Cela peut aussi révéler leur volonté d'échapper à la procédure trop stricte d'adoption de

l'amnistie et aux limites de cet instrument. Paradoxalement, cette attitude démontre également l'utilité de l'amnistie puisqu'elle est adoptée dans une situation où seule l'amnistie aurait pu juridiquement – à défaut de politiquement – être admissible, mais encore parce que contrairement à cette dernière¹⁰⁴⁷, la modification du régime de responsabilité à des fins amnistiantes est susceptible de mettre en cause l'équilibre institutionnel.

En effet, lorsque la norme de substitution à l'amnistie n'est plus limitée, matériellement comme temporellement, et qu'elle porte sur le régime de responsabilité des dirigeants politiques dans son ensemble, elle pourra avoir deux conséquences principales : la légitimation du comportement amnistié mais aussi l'inégalité entre les dirigeants politiques et les autres citoyens. Selon Bruno Py :

« Malheureusement, si l'intelligence humaine conduit l'homme raisonnable à se projeter dans le temps pour respecter les règles dont la tradition pourrait lui coûter, la réciproque est vraie. La certitude qu'une indulgence généralisée empêchera l'exécution de toute sanction aboutit inéluctablement à une diminution du respect de la règle. Ce qui pose la question de l'automaticité de l'indulgence¹⁰⁴⁸ ».

Cet auteur fait référence aux amnisties adoptées automatiquement lors d'évènements prédéterminés comme par exemple après une élection. Il serait possible de le nuancer en précisant que, de même que la certitude de la sanction n'empêche pas toujours les comportements frauduleux, celle de l'absence de condamnation ne provoque pas toujours de tels comportements ; mais ce raisonnement est encore plus approprié aux cas de substitution à l'amnistie d'une norme modifiant durablement les règles de responsabilité. En effet, ce type de normes substituées à l'amnistie a la particularité de pouvoir être adoptées par ceux-là même qui en bénéficient, et donc d'être mises en place dans le but de pouvoir se livrer à des

¹⁰⁴⁷ Il a été démontré dans le titre I de cette thèse que l'amnistie ne remettait généralement pas en cause l'aménagement constitutionnel de la séparation des pouvoirs, « l'esprit » des Constitutions et les divers principes constitutionnels tels que l'égalité (Voir : *supra*, pp. 77 à 221).

¹⁰⁴⁸ PY Bruno, « Amnistie : le choix dans les dates », *op. cit.*, p. 5.

comportements qui auraient dû être sanctionnés pénalement. De plus, si les traditions d'octroyer des amnisties à intervalles réguliers sont susceptibles d'être interrompues sans obstacles juridiques, il en va différemment pour une telle norme de substitution, surtout lorsqu'elle a valeur constitutionnelle. C'est d'ailleurs l'une des fonctions attribuées à la CPI par ses créateurs que de permettre de briser le sentiment d'impunité de certains dirigeants, un sentiment provoqué ou conforté par l'adoption de ce type de normes. Ces dernières, parfois faussement assimilées à des amnisties, peuvent également contrevenir au principe d'égalité, dès lors que placés dans une situation comparable à celle d'autres citoyens, les dirigeants politiques bénéficient d'une règle pénale différente pérennisant l'irresponsabilité de ces dirigeants.

La légitimation du comportement amnistié et l'inégalité provoquée par ce type de norme seront de degrés différents en fonction de leurs effets. Ainsi, il importe de distinguer deux types de normes de substitution à l'amnistie. D'une part, celles qui empêchent la mise en œuvre des règles de responsabilité des dirigeants (I). D'autre part, celles qui accordent une réelle irresponsabilité pénale aux dirigeants qu'elles se traduisent par une irresponsabilité proprement dite s'attachant aux actes, par une immunité de fonction ou par une inviolabilité personnelle (II).

I. La modification des règles de mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants

S'agissant de la complexification de l'engagement de la responsabilité des dirigeants politiques, deux types d'actions peuvent être menés. La première, la plus générale, se situe en aval de l'engagement de la responsabilité des dirigeants ; elle consiste à bloquer les procédures pénales ou politico-pénales qui pourraient être engagées contre eux (A). La seconde intervient en amont mais de façon plus limitée : elle consiste à agir sur une infraction particulière, soit en la dépénalisant, soit en la prescrivant (B).

A. Le blocage des poursuites

Le blocage des poursuites peut être réalisé de deux manières. La première consiste à rendre extrêmement strictes les procédures d'engagement de la responsabilité des dirigeants (1). La seconde comporte l'utilisation de l'ensemble des instruments juridiques de l'Etat – dont parfois l'amnistie – afin de rendre inenvisageable la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants (2).

1. La complexification extrême des poursuites

Lorsque le régime de responsabilité des dirigeants politiques est modifié, les dirigeants disposant de la prérogative constituante ou même législative sont souvent accusés de rendre plus complexe l'engagement des poursuites pénales contre eux-mêmes afin qu'aucune des ces procédures ne puisse être mise en œuvre. C'est ainsi qu'a parfois été présentée l'installation en 2002 de la commission Avril chargée de proposer une révision constitutionnelle de l'article 68 de la Constitution française. Pour reprendre les termes employés par Marceau Long, membre de cette commission :

« Vous avez tous à l'esprit des mises en cause du président pour des faits qu'il aurait commis antérieurement en sa qualité de maire de Paris : elles furent à la « une » de bien des quotidiens¹⁰⁴⁹ ».

Et c'est précisément cette mise en cause qui a pu faire assimiler la volonté présidentielle de modifier le statut pénal du chef de l'Etat à une volonté d'empêcher que des poursuites pénales puissent être exercées contre lui.

¹⁰⁴⁹ LONG Marceau, « Le statut pénal du président de la République », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 56, 2003, p. 882.

Cette accusation suscite deux observations. La première est que seule l'amnistie devrait pouvoir bloquer l'engagement de poursuites pénales¹⁰⁵⁰ contre un dirigeant précis ; les conséquences de cette mesure de clémence ne devraient pas pouvoir être recherchées par d'autres biais ou tout au moins sans que les limites formelles et matérielles de l'amnistie soient respectées. Mais la seconde observation, propre à toute réflexion sur la responsabilité des dirigeants politiques, est qu'un dirigeant doit pouvoir jouir d'une certaine protection dans l'exercice de ses fonctions contre de trop fréquentes poursuites pénales, afin que la mise en œuvre de sa responsabilité – politique comme pénale – pour des raisons politiques ne provoque pas des déséquilibres institutionnels. Ces deux observations permettent de conclure que l'utilisation de l'amnistie des dirigeants politiques et le caractère plus ou moins adéquat du degré de protection pénale des dirigeants politiques sont liés. Pour que des dirigeants politiques ne soient pas tentés de complexifier les conditions de mise en œuvre de leur propre responsabilité à des fins amnistiantes, l'amnistie des dirigeants politiques doit donc être possible mais des poursuites ne doivent pas être ouvertes trop aisément contre ces dirigeants sans pour autant être bloquées.

La nécessaire conciliation de ces deux exigences est connue dans les principaux Etats européens. Il est possible de se concentrer sur l'évolution de la responsabilité des ministres, dans certains d'entre eux, pour le démontrer. Par exemple, en Belgique, la Constitution de 1831 au départ fortement inspirée du modèle anglais de l'*impeachment*¹⁰⁵¹ permettait la mise en accusation des ministres devant la Chambre basse du Parlement pour qu'ils soient ensuite jugés devant la Cour de cassation. Cette procédure n'avait été utilisée qu'une seule fois. Pour reprendre Philippe Lauvaux :

« Au vu de cet unique précédent placé de façon quasi caricaturale en dehors du champ d'action gouvernementale, la doctrine a eu tendance à comprendre le système au

¹⁰⁵⁰ Dès lors qu'elles sont possibles en vertu de la Constitution. Nous nous intéresserons dans le second paragraphe aux rapports entre l'amnistie avec l'immunité, l'inviolabilité et l'irresponsabilité.

¹⁰⁵¹ L'exemple de l'Italie et de l'Autriche aurait également pu être pris (LAUVAUX Philippe, « Rapport introductif », in CHAGNOLLAUD Dominique (sous la direction de), *Responsabilité pénale et vie publique en France et à l'étranger*, op. cit., pp. 19 à 22).

départ donc purement transitoire, comme exclusivement destiné à éviter aux gouvernants un harcèlement procédural émanant des gouvernés ».

Mais, plusieurs révisions constitutionnelles ont modifié ce système en permettant désormais que des poursuites puissent être mises en œuvre par le ministère public,

« Tout en maintenant la nécessité d'une autorisation parlementaire dans certains cas, notamment la citation directe et l'arrestation. Sur ce point, la révision constitutionnelle s'aligne sur celle intervenue un an auparavant (28 février 1997) relative à l'immunité parlementaire et dont il était logique de prévoir qu'elle aurait des conséquences sur la responsabilité des ministres¹⁰⁵² ».

Ces révisions constitutionnelles ouvrent donc la possibilité d'engager pénalement la responsabilité des dirigeants politiques plus facilement et selon une procédure moins politique que lorsque, par exemple s'agissant des ministres, seule la Chambre basse pouvait décider de son opportunité. Néanmoins, ils conservent une certaine protection contre les poursuites trop fréquentes car les citoyens ne peuvent initier directement une action pénale contre eux. Dans ce cas de figure, il ne peut dès lors en aucun cas être considéré que les règles d'ouverture des poursuites contre les dirigeants se substituent à l'amnistie et la paralysent.

Il en sera de même, mais à un plus haut degré encore, dans les Etats où la responsabilité des dirigeants est engagée selon les mêmes règles que les autres citoyens. L'usage de l'amnistie sera alors autant justifié pour des dirigeants politiques que pour d'autres catégories objectives de délinquants. Il en est ainsi au Royaume-Uni, où les ministres peuvent voir leur responsabilité engagée selon les mêmes règles que les autres citoyens dès lors qu'elle l'est pour des infractions pénales perpétrées personnellement. Si l'on se réfère au professeur Denis Baranger, l'amnistie des dirigeants politiques – sous la forme d'un *pardon* général¹⁰⁵³ – peut même dans ce système juridique trouver toute sa place :

¹⁰⁵² *Ibid.*

¹⁰⁵³ *General pardon..*

« Les limites de cette soumission au droit commun, autrement dit les garanties qu'un ministre peut obtenir du fait de son statut de membre du gouvernement, sont restreintes. L'*Attorney General* peut décider de ne pas le poursuivre (*none prosequi*). Cette protection n'est pas spécifique aux ministres : elle peut s'appliquer à toute poursuite judiciaire. Son usage politique paraît extrêmement improbable. L'*Attorney General* n'est pas un membre de la majorité parlementaire, ce qui est sensé garantir son indépendance politique. Une autre protection pourrait intervenir du monarque. Cette intervention pourrait se faire en amont (ordre) ou en aval (*pardon*) de l'acte répréhensible. Depuis au moins le milieu du dix-septième siècle, l'existence d'ordres donnés par un « supérieur » (ce qui, dans le cas des ministres, supposerait de toute façon que l'on établisse qui est leur « supérieur », depuis que le monarque n'intervient plus dans les affaires exécutives) n'a pas valeur d'excuse absolutoire, pas plus que l'invocation de la raison d'Etat. En cas de condamnation, cependant, et même si cela paraît peu probable, un *pardon* royal pourrait relever le ministre des conséquences de ladite condamnation. Le droit de grâce n'a pas été retiré de la liste des attributs de la prérogative royale. Le même résultat peut être obtenu par une loi d'indemnisation (*indemnificatory legislation*). De telles lois existent mais le plus souvent dans des cas où l'infraction a été commise dans le cadre de l'activité officielle du ministre. Il ne semble pas qu'il en ait été fait usage en matière pénale s'agissant d'actes de « criminalité gouvernementale »¹⁰⁵⁴ ».

La modification des règles d'engagement de leur responsabilité pénale par les dirigeants, pour les rendre plus strictes, peut donc parfois être présentée comme une utilisation abusive de leurs pouvoirs à leur profit et comme une substitution à l'amnistie qui seule devrait intervenir, mais à condition que les poursuites soient alors rendues impossibles par les conditions qui leur sont ajoutées. Dans le cas contraire, il est difficile de former ce type d'accusation contre les auteurs d'une telle modification puisque les poursuites et l'utilisation de l'amnistie restent envisageables. En réalité, les dirigeants politiques ne doivent pas employer leurs prérogatives afin qu'un climat d'impunité règne pour leur propre privilège.

2. Le risque d'un climat d'impunité

¹⁰⁵⁴ BARANGER Denis, « La responsabilité pénale et politique des ministres en Grande-Bretagne dans la période contemporaine », in CHAGNOLLAUD Dominique (sous la direction de), *Responsabilité pénale et vie publique en France et à l'étranger*, op. cit., p. 40.

L'amnistie des dirigeants politiques est souvent assimilée à leur impunité¹⁰⁵⁵. Or, il a été expliqué que l'effet d'une telle amnistie ne concernait qu'une catégorie objective d'infractions, qu'elle était limitée dans le temps et nous expliquerons qu'elle ne devrait désormais plus s'appliquer pour les principaux responsables des crimes graves de droit international. L'impunité, qui a des conséquences plus absolues que l'amnistie – tout engagement de poursuites est impossible – peut être obtenue par d'autres moyens que par l'amnistie.

Ainsi, il est fréquent d'associer ce climat d'impunité à la soumission, supposée ou réelle, du pouvoir judiciaire au pouvoir exécutif. C'est ce qu'a pu faire la Cour d'appel fédérale correctionnelle et criminelle de Buenos Aires¹⁰⁵⁶ dans son jugement du 9 décembre 1985¹⁰⁵⁷ des anciens membres de la junte lorsqu'elle explique que l'impunité était agencée par les accusés. Par exemple, ils organisaient le déni des faits portés devant les juridictions par les ayants droit des victimes ou une simulation d'instruction en prétendant éclaircir des faits. Cette même Cour rappelle qu'après le coup d'Etat de 1976, l'organisation mise en place sous l'égide du pouvoir exécutif a permis que la société favorise l'impunité tout en ayant l'air de fonctionner selon les règles démocratiques en vigueur auparavant : la Constitution a toujours paru, en apparence, être la norme suprême, des policiers et des juridictions, toujours en apparence, ont continué à arrêter les criminels et à rendre des jugements¹⁰⁵⁸. Une accusation comparable a pu

¹⁰⁵⁵ Pour une ébauche de définition de l'impunité, voir, *supra* : introduction générale, pp. 67 et s.

¹⁰⁵⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y correccional de la Capital Federal.

¹⁰⁵⁷ Jugement ensuite cassé par la Cour suprême le 30 décembre 1986.

¹⁰⁵⁸ « *The assurances of impunity given to the direct or actual perpetrators of the crimes were also part of the plan approved by the defendants. The acts were to be carried out with no interference and in absolute secrecy. To that effect, concrete measures were taken in order to preclude the operation of the regular system of criminal justice (...). It was also part of the strategy devised by the defendants to deny the existence of the facts to any request from the authorities or relatives of the victims. They gave false answers to judicial requests, prevented publication by the news media of facts related to disappearances or the finding of bodies, stimulated investigations to clarify the facts, set up important administrative centers for the purpose of tracing people who had disappeared while being well aware that the efforts made by those centers were useless, attributed the phenomenon of the*

être portée contre le président Mitterrand lorsque celui-ci a admis avoir empêché toute poursuite contre René Bousquet¹⁰⁵⁹. En France, le Garde des sceaux peut en effet donner des instructions aux membres du parquet afin de ne pas poursuivre un individu. Or, pour reprendre les termes de Nathalie Merley :

« Le président François Mitterrand, interrogé sur le fait de savoir s'il aurait même oralement, recommandé au ministre de la justice de freiner des procédures judiciaires à l'encontre, en particulier de René Bousquet, répondit : « *Absolument ! C'est*

disappearances to vague motives, and characterized the whole situation as a campaign instigated abroad by the guerrilla (...) The defendants were in control of those acts because the machinery of people and property that made possible the commission of the crimes was under their command... (...) The criminal acts could not have taken place without all those elements. After the coup of March 24, 1976 (...), while this criminal system was implemented, society was still governed by the traditional legal order. The Constitution (with the limitations imposed by a de facto government) was still in force, the police continued to arrest criminals and Courts continued to render judgments » (traduction anglaise du jugement de la Cour criminelle et correctionnelle d'appel fédérale de Buenos Aires en date du 9 décembre 1985, disponible in KRITZ Neil (ed.), Transitional justice, vol. III, pp. 495-496).

¹⁰⁵⁹ Cet ancien Préfet de la Marne avait été Secrétaire général de la police de Vichy d'Avril 1942 à décembre 1943. Déjà condamné à une peine de cinq ans de dégradation de ses droits civiques par la Haute Cour de justice en 1949 pour des faits de collaboration (aide à l'Allemagne et actes de nature à nuire à la défense nationale) et bénéficiant pour cela d'une mesure de clémence, il a été inculpé de crimes contre l'humanité en 1991, avant d'être assassiné à la veille de son procès en juin 1993. Selon Laurent Greilsamer, « *L'ancien statut de René Bousquet, quasiment assimilé à un ministre sous l'administration de Vichy, présente (...) quelques difficultés. Saisie par le doyen des juges d'instruction, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi décidé, le 21 mars dernier de désigner « la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris qui pourra être chargée de l'instruction ». Cette dernière en décidant à son tour de communiquer le dossier au Procureur général montre à l'évidence qu'elle doute de sa compétence »*. Le statut de René Bousquet pouvait donc être considéré comme celui d'un dirigeant politique (GREILSAMER Laurent, « René Bousquet ou la justice lente. Au sommet de l'Etat, on ne semble pas pressé de juger l'ancien Secrétaire général de la police de Vichy. Pourquoi ? », *Le Monde*, édition du 26 septembre 1990 (archives) ; Voir aussi : KAJMAN Michel, « Devant la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris, le sort judiciaire de M. René Bousquet suscite un débat technique et politique, *Le Monde*, édition du 24 octobre 1990, (archives)).

vrai pour ce genre de procédure judiciaire, c'est à dire celles qui ravivent toutes les plaies. J'en prends la responsabilité...¹⁰⁶⁰ » ».

Un procès allait finalement être ouvert contre René Bousquet – c'est son assassinat qui empêcha sa tenue – ce qui peut démontrer que dans un Etat démocratique, il est souvent difficile pour des raisons politiques de maintenir une telle position. Quoi qu'il en soit, dès lors que des dirigeants politiques sont suspectés d'avoir commis une infraction et que celle-ci ne donne pas lieu à des poursuites, le ministre de la justice peut être désigné comme le responsable de cette situation. C'est ce que fait le professeur Jean-François Médard en affirmant, s'agissant des années quatre-vingt dix en France, qu'au :

« Niveau de l'application de la loi, on assiste aussi à une mobilisation de façon à éviter que la classe dirigeante et plus particulièrement la classe politique, lorsqu'elle n'a pas réussi à légaliser la corruption, puisse au moins échapper à ses conséquences les plus fâcheuses. Il s'agit alors d'instituer la sécurité pénale et l'impunité des corrompus. On peut affirmer que l'une des fonctions principales du ministère de la justice en France, sinon la principale, est d'assurer l'immunité de la classe politique lorsque ses membres sont mêlés à des affaires. Au delà de la lutte politique et partisane, et malgré certains dérapages dans les années 90, la classe politique française est suffisamment solidaire pour organiser son auto-protection par Garde des Sceaux interposés. Au cours des années 90, sous la pression de l'opinion chauffée par les affaires, la contrôle du Garde

¹⁰⁶⁰ MERLEY Nathalie, « Le chef de l'Etat et l'autorité judiciaire sous la Vème République », *op. cit.*, p. 702. (Dans le même sens, voir : Maus Didier, « la pratique institutionnelle française », *Chronique, RFDC*, n° 20, 1994, p. 787).

Cette version été démentie par Georges Kiejman, un démenti devant être relativisé par le fait qu'il n'était alors pas le garde des sceaux mais le ministre délégué à la justice, : « *La suggestion que j'aurais pu contribuer à freiner, voire paralyser, le cours de la procédure judiciaire concernant René Bousquet a trop souvent été insinuée dans vos colonnes (...) Je n'ai à aucun moment reçu du président de la République mission de gêner si peu que ce soit (...) la procédure concernant René Bousquet. Pas davantage ai-je tenté de le faire de ma propre initiative* » (« Un démenti de Georges Kiejman », *Le Monde*, édition du 11 septembre 1994 (archives)).

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

des Sceaux sur la justice s'était relâché. La reprise en main est maintenant en bonne voie¹⁰⁶¹ ».

L'impunité pourrait donc être obtenue sans que l'amnistie intervienne. Toutefois, l'amnistie peut également être utilisée à ces fins. Bien entendu, elle ne pourra juridiquement être qualifiée de telle si elle est inconstitutionnelle, par exemple parce qu'elle est adoptée par une autorité qui ne dispose pas de la prérogative amnistiante, ou qu'elle vise tous les actes commis par un dirigeant sans qu'une période d'application ne soit déterminée. En réalité, l'amnistie pourra participer à un climat d'impunité dans deux hypothèses.

Le premier cas est celui où l'amnistie adoptée conformément à la procédure constitutionnellement définie ne s'applique, directement ou indirectement, qu'aux dirigeants politiques pour tous les crimes commis durant la seule période où ils sont susceptibles d'avoir réalisé une infraction. En conséquence de quoi, il est fait obstacle à l'engagement de la responsabilité des dirigeants amnistiés en dépit des tentatives de certains magistrats comme au Chili où certains ont tenté, les premiers mois suivant le décret-loi de 1978, d'en écarter l'application. Le second cas dans lequel l'amnistie participe à l'impunité est celui dans lequel elle n'est qu'une technique parmi d'autres de protection pénale absolue de dirigeants politiques auteurs d'infractions graves. C'est d'ailleurs le cas le plus fréquemment visé par le terme d'impunité, car cela signifie qu'il n'existe, à l'intérieur de l'Etat, aucune possibilité de condamnation ni de sanction de dirigeants politiques auteurs de crimes généralement graves et que l'ensemble des règles de droit et des organes de l'Etat peuvent être mobilisés pour empêcher toute poursuite. Le Premier ministre italien est fréquemment accusé de créer un tel climat. Pour Marcelle Padovani,

¹⁰⁶¹ MEDARD Jean-François, « Les paradoxes de la corruption institutionnalisée », in QUANTIN Patrick (directeur scientifique), *Gouverner les sociétés africaines, acteurs et institutions*, Journées d'études organisées par le Centre d'Etude d'Afrique Noire, Sciences Po Bordeaux, 5-6 juin 2003, actes du colloque disponibles sur <http://cean.u-bordeaux.fr>, p. 9.

« [Silvio] Berlusconi travaille à une sorte d'amnistie personnelle¹⁰⁶². Il y a d'abord eu le vote sur la dépénalisation du délit de falsification de bilan : la nouvelle loi évite la prison à l'inculpé en lui donnant l'échappatoire d'une amende. Or Berlusconi est accusé de ce délit dans deux procès. Puis, il y eut le vote de la loi sur les commissions rogatoires. Elle réintroduit maintenant une série de formalités qui rendent pratiquement impossible l'utilisation des informations bancaires venues de l'étranger. Résultat : 118 dossiers pleins à craquer d'informations compromettantes mais qui ne portent pas, page après page, la mention « copie certifiée conforme » risquent d'être inutilisables¹⁰⁶³ ».

Si l'on ajoute à ces lois, l'amnistie de sa condamnation à seize mois d'emprisonnement et soixante millions de lires d'amende pour falsification de bilan dont il a bénéficié en décembre 1997¹⁰⁶⁴, le décret-loi de 2001 permettant le rapatriement des capitaux frauduleusement expatriés à l'étranger, susceptible de profiter au président du Conseil dont on a expliqué qu'il pouvait être assimilé à une volonté de contourner la procédure amnistiante par l'adoption d'une autre norme à des fins amnistiantes¹⁰⁶⁵, et la tentative de révision du régime de responsabilité des principaux dirigeants italiens¹⁰⁶⁶, Silvio Berlusconi a pu légitimement être suspecté de mettre en place un tel climat. L'amnistie dont Silvio Berlusconi a bénéficié pour l'affaire de la « *Villa Macherio* » où il était accusé de fraude fiscale serait donc alors un moyen d'entretenir un climat d'impunité.

Or, l'une des conséquences de l'utilisation de l'amnistie, que ce soit comme unique cause d'impunité en lui donnant des effets absolus, ou associée à d'autres possibilités de bloquer les poursuites pénales contre des dirigeants, peut être, contrairement à l'amnistie utilisée

¹⁰⁶² En réalité, Marcelle Padovani fait référence à « l'impunité », qui est parfois assimilée dans le langage courant à « l'amnistie ».

¹⁰⁶³ PADOVANI Marcelle, « La Bravoure d'Ilda la Rouge, cette magistrate seule contre Berlusconi », *op. cit.*

¹⁰⁶⁴ Il n'était alors plus président du Conseil et l'amnistie avait été adoptée en 1990 sous le gouvernement de Giulio Andreotti, mais cette clémence a tout de même été présentée comme une entente forcée entre ces deux dirigeants politiques (Par exemple, voir : BOLE-RICHARD Michel, « Silvio Berlusconi condamné par le tribunal de Milan ... et amnistié, *Le Monde*, 5 décembre 1997 (archives)).

¹⁰⁶⁵ Voir : *supra*, pp. 312-313 et ANNEXE XIII, p. 679.

¹⁰⁶⁶ Voir, *infra* : pp. 357 à 359.

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

conformément à ses objectifs constitutionnels, la rupture de l'égalité entre les dirigeants qui en bénéficient et les autres citoyens. C'est ce que pense le professeur Luc Huyse :

« [Elle] empêche [alors] la fixation des codes de l'Etat de droit. Tout régime qui ferme les yeux sur certains délits, commis par exemple par les dirigeants militaires, viole le principe de l'égalité devant la loi¹⁰⁶⁷ ».

En effet, si tout citoyen peut bénéficier d'une amnistie, tout citoyen ne peut pas en faire l'instrument de l'impunité. Par ailleurs, selon Sandrine Lefranc, elle va mettre remettre en cause la stabilité du régime dans les Etats ayant connu une transition démocratique¹⁰⁶⁸.

Toutefois, l'amnistie n'est pas toujours utilisée pour empêcher les poursuites judiciaires, pour la simple raison qu'il a pu y avoir une intervention en aval sur le régime juridique d'une infraction précise.

B. La modification du régime juridique d'une infraction particulière

¹⁰⁶⁷ *In Justice après de graves violations des droits de l'homme, le choix entre l'amnistie, la commission de la vérité, et les poursuites pénales, op. cit., p. 2.*

¹⁰⁶⁸ « Cette « impunité » elle-même peut avoir des effets en retour : en enfreignant le principe démocratique d'égalité devant la loi, elle peut miner la légitimité de la démocratie nouvelle et renforcer l'animosité des tenants des poursuites judiciaires. Quoiqu'on ne puisse évaluer les effets dissuasifs des sanctions judiciaires infligées aux tenants de l'ancien régime, cet exceptionnalisme juridique peut aussi avoir des effets pervers sur la stabilité du régime, en confortant ces groupes dans la certitude qu'ils peuvent librement remettre en question le cadre institutionnel. Les objectifs de stabilité et de légitimité semblent par conséquent contradictoires. De la même manière, le respect du principe de justice peut avoir des effets pervers : en s'affranchissant des normes du droit positif, une justice ad hoc soucieuse de faire droit à l'indignation des victimes est susceptible de miner le caractère juste et démocratique de l'exercice de la justice » (LEFRANC Sandrine, thèse, op. cit., p. 23).

Lorsque les dirigeants politiques modifient le régime juridique d'une infraction particulière afin d'éviter l'ouverture d'une action pénale les concernant, l'amnistie est menacée puisqu'elle est considérée comme suffisamment inadaptée pour ne pas être utilisée. Paradoxalement, son importance est également démontrée puisqu'elle aurait été le seul instrument juridiquement acceptable pour atteindre un tel objectif. Il convient toutefois de faire preuve de circonspection dans cette étude dès lors que, nous le reverrons, toute révision du régime de responsabilité des dirigeants politiques donne lieu à des accusations d'« auto-amnistie de fait », ou « d'amnistie déguisée »¹⁰⁶⁹. Deux types de modifications peuvent être distingués. La première est directe ; il s'agit de la dépénalisation de l'infraction (1). La seconde plus indirecte consiste à modifier les règles de prescription (2).

1. Sa dépénalisation

La dépénalisation, dans son sens le plus général, consiste à ôter à une infraction son caractère pénal. Elle peut avoir lieu par la suppression de l'infraction ou par la celle des sanctions associées à cette infraction. Cette dépénalisation est souvent dénoncée par les journalistes comme une amnistie déguisée :

« Il s'en passe des choses à l'Assemblée. Des bizarres. Et en toute discrétion. Les députés ont adopté, quelques heures après la tombée de la nuit une quasi-amnistie. (...) le texte traite, entre autres d'une question hautement sensible, qui concerne les élus (...) gestionnaires de fait. Grâce à l'amendement 35 de ce nouveau projet de loi, soutenu par le rapporteur Bernard Derosier, les élus seront toujours sommés de rembourser mais l'inéligibilité ne sera plus automatique. Désormais ce sera au juge pénal de se prononcer sur une invalidité de l'élection. *« Cela pose un problème car les juridictions pénales répugnent à déclarer un homme politique inéligible, n'aimant pas remettre en cause le suffrage universel, confie un député »*. (...) La nouvelle loi également votée au Sénat, s'appliquera à Patrick Balkany. Le maire de Levallois, actuellement en appel pourra bénéficier de cette nouvelle législation. *« Cela concerne toutes les procédures en cours*

¹⁰⁶⁹ Dans ce cas, l'amnistie est alors assimilée à l'impunité.

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

car cette législation est plus douce. C'est en fait une amnistie », accuse un député ulcéré¹⁰⁷⁰ ».

L'extrait ci-dessus d'un hebdomadaire à sensation français est assez révélateur des conclusions qui peuvent communément être tirées de la suppression d'une peine associée à une infraction propre aux dirigeants politiques. On y trouve en effet l'association de cette suppression à une amnistie, et même à une amnistie personnelle, mais aussi l'insinuation que les effets de cette dépenalisation seront renforcés par le disfonctionnement du suffrage universel en tant qu'expression de l'engagement de la responsabilité politique. A propos de la possible révision de la loi du 19 janvier 1995 relative au financement de la vie politique, un autre journal développait même expressément l'idée qu'une possible dépenalisation aurait vocation à se substituer à l'amnistie :

« Avancée au lendemain de la réélection de M. Chirac par plusieurs chefs de la droite (dont Nicolas Sarkozy et Alain Juppé, qui l'a évoqué dans le *Nouvel Observateur* du 14 novembre 2002), l'idée d'une amnistie a été écartée parce que jugée « invendable » à l'opinion. Mais l'idée d'une harmonisation du régime français, jugée très contraignant par rapport à celui des autres démocraties occidentales continue de faire son chemin au point de susciter les inquiétudes régulières de la Commission Nationale des Comptes de Campagne et des Financements Politiques (CNCCFP)¹⁰⁷¹ ».

¹⁰⁷⁰ TRIERWEILER Valérie, « L'amnistie déguisée, histoire d'un amendement qui profite à Balkany », *Paris Match*, 11 octobre 2001, rubrique : « match de la semaine » (archives).

¹⁰⁷¹ GATTEGNO Hervé, « Le débat sur le financement des partis reste discrètement ouvert », *Le Monde*, 7 octobre 2003, p. 9.

Pourtant, si l'on reprend l'exemple de la loi supprimant la sanction d'inéligibilité pour les gestionnaires de fait¹⁰⁷² puisqu'elle est en vigueur, elle ne consiste pas en une dépénalisation totale mais en la suppression de la sanction automatique d'inéligibilité pour les élus déclarés gestionnaires de fait, remplacée par une suspension des fonctions d'ordonnateur¹⁰⁷³. En outre, selon Sophie Lamouroux¹⁰⁷⁴, il existait des justifications juridiques à son adoption. Il pouvait en premier lieu y avoir une contradiction entre la sanction d'inéligibilité et l'objet de la procédure de gestion de fait qui est de préserver la règle de séparation des ordonnateurs et des

¹⁰⁷² Loi n° 2001-1248 du 21 décembre 2001 relative aux Chambres régionales des comptes et à la Cour des comptes. La définition de la gestion de fait peut se trouver à l'article 60-XI de la loi de finances du 23 février 1963 modifié par la loi n° 82-594 du 10 juillet 1982 : « *Toute personne qui, sans avoir la qualité de comptable public ou sans agir sous contrôle et pour le compte d'un comptable public, s'ingère dans le recouvrement de recettes affectées ou destinées à un organisme public doté d'un poste comptable ou dépendant d'un tel poste doit, nonobstant les poursuites qui pourraient être engagées devant les juridictions répressives, rendre compte au juge financier de l'emploi des fonds ou des valeurs qu'elle a irrégulièrement détenus ou maniés.*

Il en est de même pour toute personne qui reçoit ou manie directement ou indirectement des fonds ou des valeurs extraits irrégulièrement de la caisse d'un organisme public, et pour toute personne qui, sans avoir la qualité de comptable public, procède des opérations portant sur des fonds ou des valeurs n'appartenant pas aux organismes publics mais que les comptables publics sont exclusivement chargés d'exécuter en vertu de la réglementation en vigueur. Les gestions de fait sont soumises aux mêmes juridictions et entraînent les mêmes obligations et responsabilité que les gestions régulières ».

¹⁰⁷³ En vertu de l'article 45-III de cette loi : « *Le président du Conseil général déclaré comptable de fait par un jugement du juge des comptes statuant définitivement est suspendu de sa qualité d'ordonnateur jusqu'à ce qu'il ait reçu quitus de sa gestion* ». Pour les maires, les présidents d'établissement public de coopération intercommunale, les présidents du Conseil régional ; voir, respectivement : les articles 46, 47, 48 de cette même loi.

¹⁰⁷⁴ LAMOUROUX Sophie, « La disparition de la sanction automatique d'inéligibilité pour les comptables de fait : quel avenir pour la sanction électorale ? », *RFDC*, n° 55, 2003, pp. 609 à 621.

comptables¹⁰⁷⁵. Il est en effet possible de penser que la suspension des fonctions d'ordonnateurs était plus adaptée à cet objectif. La seconde justification pouvait être liée à la séparation des pouvoirs : le caractère automatique de la sanction rendait le juge financier,

« « Juge du mandat de l'élu » car la déclaration de gestion de fait entraîne automatiquement l'inéligibilité et la démission d'office qui s'y attache alors que le juge électoral n'ayant pas le pouvoir d'apprécier la cause matérielle de l'inéligibilité se contente de constater l'existence d'un cas d'inéligibilité. Dès lors la sanction électorale automatique considérée comme inadaptée voire disproportionnée est remplacée par la suspension des fonctions d'ordonnateur¹⁰⁷⁶ ».

Enfin, la troisième raison tiendrait à la jurisprudence du Conseil constitutionnel si l'on se réfère, une dernière fois, à Sophie Lamouroux :

« On constate que le Conseil constitutionnel s'est attaché, depuis plusieurs années, à entourer de garanties constitutionnelles les sanctions de nature punitive comme l'inéligibilité, qui nous intéresse, puisque celui-ci tend à réprimer un comportement irrégulier portant ainsi atteinte au droit fondamental d'être élu. A cette fin, l'exercice du pouvoir de sanction doit respecter le principe de légalité des délits et des peines et celui de la nécessité et de proportionnalité des peines. Ce dernier a pour conséquence l'exclusion ou l'interdiction des sanctions automatiques et l'application de la rétroactivité *in mitius*. Désormais selon l'article L. 6, les incapacités électorales sont temporaires, autorisées par une loi et doivent résulter d'un jugement en déterminant la durée. Toutefois, selon l'article L.7, la sanction automatique d'inéligibilité, certes temporaire, est maintenue à l'égard des personnes exerçant une fonction publique, condamnées pour tout manquement au devoir de probité ou des particuliers condamnés pour atteinte à l'administration publique¹⁰⁷⁷ ».

¹⁰⁷⁵ « La raison ayant conduit le législateur à supprimer l'inéligibilité automatique de l'élu reconnu comptable de fait tient à ce que la sanction électorale envisagée ne correspondait pas à l'objet même de la procédure de la gestion de fait qui est de rétablir la règle fondamentale de séparation des ordonnateurs et des comptables. Ce constat d'inadaptation de la sanction à son objet s'insère cependant au sein d'une réflexion plus large développée tant en doctrine que dans les travaux parlementaires sur l'évolution de la procédure de gestion de fait et ses conséquences juridiques » (LAMOUROUX Sophie, *op. cit.*, p. 613).

¹⁰⁷⁶ *Ibid*, p. 616.

¹⁰⁷⁷ *Ibid*, pp. 617-618.

Il n'en reste pas moins que le caractère automatique de la sanction, une sanction très lourde pour des dirigeants politiques, démontrait une volonté de fermeté envers l'élu contrevenant au principe de séparation des ordonnateurs et des comptables. Par conséquent, la suppression de cette infraction peut apparaître comme une certaine indulgence envers une irrégularité propre aux dirigeants politiques, puisque l'amnistie aurait pu être utilisée ponctuellement afin d'atténuer la rigidité de la sanction d'inéligibilité sans pour autant remettre en cause son caractère dissuasif. La trop fréquente utilisation de l'amnistie des dirigeants politiques peut donc être révélatrice d'une inadaptation de leur régime de responsabilité pénale mais la réciproque est vraie.

Quelle que soit la qualification donnée à ce cas particulier, il pourrait se situer, d'après le professeur Médard dans l'ébauche d'un droit à la corruption par « *les partisans du laxisme* », un droit qui anéantirait l'utilité de l'amnistie dans ce domaine en dépénalisant certaines infractions mais aussi en aménageant les règles de prescription¹⁰⁷⁸.

2. L'aménagement du délai de prescription de cette infraction

« La prescription pourrait (...) être utilisée comme un substitut de l'amnistie. En matière d'abus de biens sociaux, il serait ainsi envisagé de modifier les règles existantes pour que le point de départ du délai de prescription soit la date de l'infraction et non pas celle de sa découverte. Considérées comme une loi pénale plus douce, ces dispositions seraient nécessairement rétroactives, et les affaires en cours portant sur des

¹⁰⁷⁸ « *En France le problème se situe aux deux niveaux, mais en premier lieu au niveau du droit. C'est la raison pour laquelle les batailles politiques concernant la lutte anti-corruption opposent les adversaires de la corruption qui veulent étendre le domaine de la loi et les partisans du laxisme (pour ne pas dire de la corruption), qui veulent le restreindre afin de renforcer l'impunité des intéressés. D'où les tentatives intermittentes, par exemple, de supprimer le délit d'abus de bien social, ou de le vider de son contenu en raccourcissant le délai de prescription, en noyant ces dispositions dans une grande réforme du droit des sociétés, de façon à pouvoir corrompre dans la légalité, ou encore, sous prétexte de rendre plus efficace la législation sur la réglementation des travaux publics, le projet d'augmenter considérablement le plafond à partir duquel on peut opérer de gré à gré sans appel d'offres. Les tentatives actuelles tendent à garantir aux entrepreneurs et aux hommes politiques un véritable droit à la corruption* » (MEDARD Jean-François, *op. cit.*, p. 9).

abus de biens sociaux pourraient en bénéficier. La prescription rétroactive permettrait d'imposer un oubli moins voyant et plus anodin qu'une loi d'amnistie formelle¹⁰⁷⁹ ».

La modification des règles de prescription est d'ailleurs, comme la dépénalisation d'une infraction, fréquemment désignée comme un succédané à l'amnistie¹⁰⁸⁰. Elle consisterait, à empêcher l'engagement de la responsabilité de certains dirigeants pour des infractions précises, soit en mettant en place un délai plus bref pour une infraction propre aux dirigeants politiques, soit en évitant les suspensions de délais, soit, encore, en imposant l'écoulement du délai de prescription pour ce type d'infractions.

En réalité, seul ce dernier cas pourrait être considéré comme un substitutif abusif à l'amnistie. L'exemple de la loi du point final argentine a déjà été évoqué¹⁰⁸¹. Il a été expliqué qu'adoptée par le pouvoir amnistiant, cette loi avait les mêmes effets qu'une amnistie et qu'ainsi une norme de ce type devait être considérée comme telle, voire annulée si elle ne respectait pas les exigences constitutionnelles propres à l'amnistie. En effet, les autres modes d'action sur les règles de prescription, que ce soit le raccourcissement du délai de prescription ou l'annulation de certaines causes de suspension de ce délai, restent constitutifs d'une prescription puisque la caractéristique de l'écoulement d'un délai est préservée.

Toutefois, la modification des règles de prescription à des fins amnistiantes pourrait être limitée formellement comme matériellement. En théorie la forme adoptée par cette modification ne pourra pas être moins stricte que la procédure amnistiante – en Italie, par exemple, la majorité des deux tiers étant exigée pour l'adoption d'une amnistie, la prescription utilisée à des fins

¹⁰⁷⁹ LETTERON Roseline, « Le droit à l'oubli », *op. cit.*, p. 400.

¹⁰⁸⁰ Le sénateur Jean Marie Girault, rapporteur de la commission des lois lors de la séance du 25 mars 1997 expliquait qu' : « *Il y a peu (...) à propos de la prescription de l'abus de bien sociaux, les journalistes disaient : « Que le Parlement ne se mêle pas de cette affaire parce qu'il pourrait être conduit à voter sans le dire une amnistie qui pourrait profiter à tel ou tel !... » »*, (Journal officiel des débats du Sénat, séance du 25 mars 1997, disponible sur : <http://www.senat.fr/leg/archives.html>)

¹⁰⁸¹ Loi n° 23 492 en date du 23 décembre 1986, *op. cit.* Voir : *supra*, pp. 331 à 334.

amnistiante pourrait servir à éviter cette condition – mais surtout elle devra respecter la procédure normative ordinaire. Ainsi, en France, le professeur Dominique Rousseau, imaginait à l'automne 2002, du fait de rumeurs persistantes en ce sens, qu'une proposition d'amendement puisse être déposée lors du débat sur la loi relative à la justice de proximité, établissant « *la prescription des délits de recel d'abus de biens sociaux, d'abus de confiance et de prise illégale d'intérêt remontant à plus de trois ans et qui n'auraient pas été jugés*¹⁰⁸² ». Il expliquait que le Conseil constitutionnel, inévitablement saisi selon lui, ne pourrait que censurer cet amendement pour son manque de lien avec le texte et parce qu'il dépasserait « *par [son] objet et [sa] portée les limites inhérentes à l'exercice du droit d'amendement*¹⁰⁸³ ». En outre, au fond, il porterait, d'après lui :

« Une atteinte manifeste et grave au principe d'égalité des citoyens devant la justice puisqu'il établit une différence entre les délits financiers, qui seraient prescrits, et les autres délits, qui pourraient continuer à être instruits. Sans doute le Conseil admet-il des différences de traitement à condition qu'elles soient justifiées par des différences de situation ou des motifs d'intérêt général en rapport dans les cas avec l'objet de la loi. Or, en l'espèce, ces deux causes absolutoires manquent. En effet, au regard du droit de chacun à être jugé dans un délai raisonnable qui sous-tend implicitement l'amendement [en cause] tous les justiciables sont dans la même situation ; ils doivent donc bénéficier également de ce droit, et la nature financière ou non des délits ne peut justifier objectivement une différence de traitement des justiciables car elle est sans rapport avec le droit à un jugement dans un délai raisonnable. De même, l'intérêt général ne peut être invoqué pour justifier un traitement par des délits financiers, sauf à considérer qu'il serait d'intérêt général d'admettre une justice à deux vitesses, rapide pour certains délits,

¹⁰⁸² ROUSSEAU Dominique, « Une fiction : l'amendement Jurac », *Le Monde*, 10 juillet 2002.

¹⁰⁸³ « *Les dispositions prescrivant les délits financiers ne peuvent évidemment s'analyser comme un « petit » amendement : par son ampleur et son importance, elle a une portée qui dépasse ce qu'un amendement peut introduire dans une loi qui n'a pour objet, ni la prescription, ni la réforme du régime des délits financiers. Pour ce seul motif, l'amendement Jurac peut donc être censuré par un Conseil constitutionnel qui cherche toujours en priorité à éviter de jurer au fond la disposition contestée* » (Ibid).

lente pour d'autres. Si l'exigence de temps dégagée par la Cour européenne a un sens, c'est précisément et au contraire qu'il est dans l'intérêt général de la justice dans son ensemble que toutes les affaires quelle que soit leur nature et tous les justiciables quelle que soit leur qualité, soient jugés dans un délai raisonnable¹⁰⁸⁴ ».

Une autre limite de fond s'ajoute à cette nécessité de ne pas heurter l'égalité devant la loi: certains crimes sont désormais imprescriptibles en vertu du droit international¹⁰⁸⁵ comme de certaines normes de droit interne¹⁰⁸⁶. Par conséquent, s'agissant de crimes graves tels que le crime contre l'humanité, il ne serait pas envisageable de mettre en place des règles de prescription, quelles qu'elles soient.

Ainsi, des normes s'appliquant à certaines infractions spécifiques sont susceptibles de se substituer à l'amnistie des dirigeants politiques. Néanmoins, l'adoption de ce type de normes est limitée et leurs effets sont moins absolus que la modification des règles de responsabilité des dirigeants elles-mêmes.

II. La modification des conditions d'irresponsabilité des dirigeants

L'amnistie des dirigeants politiques pourrait en théorie être fonctionnelle¹⁰⁸⁷, matérielle¹⁰⁸⁸, ou personnelle¹⁰⁸⁹. Deux techniques permettraient de se substituer à ces trois formes d'amnistie des dirigeants politiques avec des effets plus absolus. D'une part, la mise en place d'une irresponsabilité dans son sens strict s'attachant aux actes du dirigeant, ou d'une irresponsabilité au sens plus large, à travers l'immunité de fonction. D'autre part, l'inviolabilité personnelle du dirigeant. Dans ces deux hypothèses, bien que l'adoption d'une amnistie ne soit pas envisageable, leurs faiblesses démontrent une nouvelle fois son utilité. Dans le cas de l'action

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*

¹⁰⁸⁵ Sur l'imprescriptibilité et son rapport avec l'amnistie, voir, *infra* : pp. 522 et s.

¹⁰⁸⁶ Par exemple la loi du 26 décembre 1964 ayant introduit l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité en droit français (article 213-5 du Code pénal).

¹⁰⁸⁷ Lorsqu'elle bénéficie au dirigeant en raison de sa qualité.

¹⁰⁸⁸ Lorsqu'elle s'applique à des infractions pénales uniquement réalisables par des gouvernants

¹⁰⁸⁹ S'appliquant nominativement ou selon des critères propres à la personne du dirigeant.

sur l'irresponsabilité ou l'immunité de fonction du dirigeant, l'objectif est de suppléer l'amnistie, dont l'adoption est difficilement envisageable (A). En revanche, lorsque les règles de droit sont utilisées pour conférer une inviolabilité personnelle à un gouvernant, il s'agit de dépasser les effets de l'amnistie (B).

A. L'action sur l'immunité fonctionnelle

Les dirigeants politiques envisageant d'acquérir une irresponsabilité absolue peuvent recourir à la révision constitutionnelle afin qu'une immunité soit liée à la fonction qu'ils occupent (1). Ils peuvent aussi briguer une fonction à laquelle est déjà associée une immunité quitte à avoir eux-mêmes créée cette fonction dans ce dessein (2).

1. Le renforcement de l'immunité liée à la fonction occupée par un dirigeant

D'après le rapport de position de la Fédération Internationale des Droits de l'Homme (FIDH) relatif à la mise en conformité du droit français envers le Statut de la CPI, le renforcement de l'immunité liée à la fonction occupée par un dirigeant politique pourrait être réalisée indirectement en rendant plus strictes les exceptions à une immunité de juridiction, afin que le dirigeant ne puisse pas voir sa responsabilité engagée¹⁰⁹⁰. Ce renforcement peut se faire plus directement par l'adoption de nouvelles dispositions normatives relatives à l'immunité. En

¹⁰⁹⁰ Ce rapport prend l'exemple de l'article 68 de la Constitution française : « *Encore qu'il ne s'agisse pas à proprement parler d'une question d'immunité, le privilège de juridiction accordé au président de la République pour les actes accomplis à titre privé ou antérieurs à son mandat – devant la Haute Cour de justice – et aux ministres pour les actes accomplis dans l'exercice de leur fonction – devant la Cour de justice de la République – soulève également des difficultés (...). Dans le cas du président de la République, le déclenchement de la procédure est soumis à des conditions telles que cela aboutit à une immunité de facto. Ceci n'est, là encore, nullement conforme à l'esprit du Statut pour ce qui concerne les crimes internationaux* » (Fédération Internationale des ligues des Droits de l'Homme (FIDH), « 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., p. 42).

Italie, la loi du 20 juin 2003¹⁰⁹¹, qui avait vocation à étendre l'application de l'article 68 de la Constitution aux « *plus hautes fonctions de l'Etat* » en matière pénale¹⁰⁹² peut être prise pour exemple des conditions à respecter pour renforcer cette immunité dans un Etat de droit. Elle disposait en substance que le président de la République, « *à l'exception de ce qui est prévu par l'article 90 de la Constitution*¹⁰⁹³ », le président du Sénat, le président de la Chambre des députés, le président du Conseil, « *à l'exception de ce qui est prévu par l'article 96 de la Constitution*¹⁰⁹⁴ » et le président de la Cour constitutionnelle ne pouvaient être poursuivis pénalement même pour une infraction perpétrée avant leur entrée en fonction, ce, jusqu'à la fin de leur mandat¹⁰⁹⁵. Elle ajoutait que dès son entrée en vigueur, les procédures pénales en cours

¹⁰⁹¹ N° 140, *Gazz. Uffic.* n° 142, 21 giugno 2003.

¹⁰⁹² « *Les membres du Parlement ne peuvent être appelés à répondre des opinions exprimées et des votes émis par eux dans l'exercice de leurs fonctions. Sans l'autorisation de la Chambre à laquelle il appartient, aucun membre du Parlement ne peut être soumis à une fouille corporelle ou une perquisition à son domicile ; il ne peut être arrêté ou autrement privé de sa liberté personnelle, ou maintenu en détention, hormis en exécution d'une condamnation pénale irrévocable ou bien s'il est appréhendé en flagrant délit.*

Une même autorisation est nécessaire pour soumettre les membres du Parlement à des interceptions, sous quelque que forme que ce soit, de conversations ou de communications et à la saisie de correspondance » (voir, *supra* : note 528, p. 165).

¹⁰⁹³ C'est à dire que cette la loi de 2003 s'appliquait pour les infractions commises par le chef de l'Etat hors de ses fonctions. L'article 90 de la Constitution de 1947 dispose en effet que : « *le président de la République n'est pas responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions, hormis le cas de haute trahison ou d'attentat à la Constitution.*

Dans ces cas, il est mis en accusation par le Parlement réuni en Congrès, à la majorité absolue de ses membres ».

¹⁰⁹⁴ C'est à dire, là encore, que la loi de 2003 s'appliquait aux infractions commises par le président du Conseil hors de l'exercice de ses fonctions puisque l'article 96 de la Constitution impose l'autorisation de l'une des deux Chambres du Parlement avant de poursuivre devant les juridictions ordinaires les membres de l'exécutif italien pour les délits et crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions : « *Le président du Conseil des ministres et les ministres, alors même qu'ils ont cessé d'exercer leurs fonctions, sont soumis, pour les délits et les crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions, à la juridiction ordinaire, après autorisation du Sénat de la République ou de la Chambre des députés, selon les règles établies par la loi constitutionnelle* ».

¹⁰⁹⁵ Loi du 20 juin 2003, article 1-1.

seraient suspendues pour tous les délits mêmes antérieurs à l'exercice de leurs fonctions par les personnes concernées durant leur mandat¹⁰⁹⁶. Enfin, son dernier alinéa précisait qu'en cas de suspension des poursuites, l'article 159 du Code pénal relatif à la suspension du délai de prescription devait s'appliquer¹⁰⁹⁷. Or, des poursuites étaient en cours depuis mars 2000 contre Silvio Berlusconi dans l'affaire dite : « de la SME »¹⁰⁹⁸, pour laquelle il était accusé d'avoir corrompu des magistrats en 1985, alors qu'il dirigeait la *Fininvest* afin d'obtenir une décision de justice interdisant à Carlo de Benedetti de prendre le contrôle de l'entreprise agroalimentaire SME. L'adoption de cette loi a donc été liée à la volonté du président du Conseil italien de suspendre le procès qui allait s'ouvrir devant le tribunal pénal de Milan¹⁰⁹⁹ et, là encore, elle a pu être dénoncée comme la volonté de substituer une immunité de fonction à l'amnistie¹¹⁰⁰. Effectivement l'adoption de cette loi a permis de dissocier le cas de Silvio Berlusconi de celui des autres accusés. En outre, son contexte laisse penser qu'elle avait été votée dans l'intérêt du président du Conseil italien, même si ces autres accusés ont été acquittés, puisqu'elle constituait la reprise à un moment opportun d'une proposition parlementaire de l'opposition non examinée auparavant. Toutefois, elle ne constituait pas formellement une amnistie si l'on se réfère à la décision de la Cour constitutionnelle italienne du 20 janvier 2004, relative à l'admissibilité du

¹⁰⁹⁶ Loi du 20 juin 2003, article 1-2.

¹⁰⁹⁷ Loi du 20 juin 2003, article 1-3. L'article 159 du Code Italien dispose en particulier dans son quatrième alinéa que la prescription doit reprendre son cours lorsque la cause de la suspension a cessé (« *la prescrizione riprende il suo corso dal giorno in cui e'cessata la causa della sospensione* » ; il est donc possible de penser que la cessation des fonctions des personnes visées par la loi du 20 juin 2003 provoquerait la reprise du délai de prescription.

¹⁰⁹⁸ Ou des « *toghe sporche* » (les toges sales).

¹⁰⁹⁹ Ainsi, Jean-Jacques Bozonnet faisait implicitement ce lien en 2003 dans le journal « Le Monde » lorsqu'il faisait remarquer que : « *Cet amendement à la Constitution avait fort opportunément interrompu le procès en cours, à Milan, contre le chef du gouvernement italien, Silvio Berlusconi poursuivi pour corruption de magistrats dans une affaire antérieure à son entrée en politique* » (BOZONNET Jean-Jacques, « L'ex-juge Di Pietro dépose une pétition pour abroger la loi « sauve-Berlusconi » en Italie », *Le monde*, samedi 27 septembre 2003, p. 6).

¹¹⁰⁰ Par exemple, voir : le site internet, <http://www.societacivile.it> (à la rubrique « Catalogo dei parlamentari ») qui recense toutes les actions judiciaires, passées ou en cours, ouvertes contre chaque dirigeant politique italien.

référendum abrogatif sur cette loi¹¹⁰¹, dans laquelle elle la qualifie d'étrangère aux lois pour lesquelles l'article 75 interdit le recours au référendum abrogatif, et en particulier à l'amnistie¹¹⁰². Surtout, la loi en cause a été censurée par la Cour constitutionnelle¹¹⁰³ saisie de manière incidente par une question préjudicielle du tribunal de Milan qui relevait notamment les risques qu'elle contrevienne au principe d'égalité, à la séparation des pouvoirs, mais aussi à la hiérarchie des normes. Pourtant, les défenseurs de Silvio Berlusconi rappelaient dans leur mémoire présenté à la Cour que pour apprécier le principe d'égalité il fallait d'abord envisager si les personnes en cause étaient dans une même situation¹¹⁰⁴ et que cette loi ne créait pas une immunité mais une exception temporaire de juridiction du fait de sa imitation temporelle¹¹⁰⁵, mais aussi parce que contrairement à l'immunité de fonction elle ne s'appliquait pas aux actes commis durant l'exercice de leurs mandats pas leur bénéficiaires mais à ceux qui lui étaient

¹¹⁰¹ C'est le juge Antonio Di Pietro qui a été à l'initiative de la récolte des 500 000 signatures nécessaires pour l'organisation de ce référendum (Voir : BOZONNET Jean-Jacques, « L'ex-juge Di Pietro dépose une pétition pour abroger la loi « sauve-Berlusconi » en Italie », *op. cit.*).

¹¹⁰² « *La disposizione oggetto del quesito, con riguardo a tutte le norme che contiene, è estranea alle leggi per le quali l'art. 75 della Costituzione preclude il ricorso al referendum abrogativo (leggi (...) di amnistia e indulto...), né può considerarsi in alcun modo collegata all'ambito di operatività di tali leggi* » (Corte costituzionale della Repubblica italiana, giudizio sull'ammissibilità di referendum, presidente: Zagrebelsky, relatore: Bile, decisione del 13/01/2004, deposito del 20/01/2004, pubblicazione in G.U. : 24/01/2004, disponible sur <http://www.cortecostituzionale.it>).

¹¹⁰³ Corte costituzionale della Repubblica italiana, giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, N. 24, Sentenza 13, 20 gennaio 2004, presidente: Chieppa, relatore: Amirante, Udienza pubblicata del 09/12/2003, decisione del 13/01/2004, deposito del 20/01/2004, pubblicazione in G.U.: 24/01/2004.

¹¹⁰⁴ « *Il principio di eguaglianza richiamato dal Tribunale di Milano ha, quindi, il significato di vietare leggi ad personam allorquando les persone prese in considerazione siano effettivamente « eguali », ma non quello di impedire les opportune diversificazioni...* » (*Ibid*, p. 7).

¹¹⁰⁵ « *Terminato il mandato, però, si ha una reviviscenza della punibilità per i fatti extrafunzionali, sicchè tale tipo di immunità non crea, in effetti, alcun tipo di limite al potere giurisdizionale. Si sarebbe perciò in presenza di una esenzione temporanea dalla giurisdizione, determinata da motivi di opportunità politica per cui il soggetto, « pur penalmente » capace al momento della commissione dell'illecito, non lo è processualmente, per evitare un qualsiasi turbamento nel regolare svolgersi dell'attività* » (*Ibid*).

antérieurs¹¹⁰⁶. Selon eux, elle ne portait donc pas atteinte à la compétence judiciaire et n'avait contrairement à l'immunité de fonction pas à être mise en place par une norme constitutionnelle. La Cour constitutionnelle considéra que si la suspension de la durée de la prescription pouvait être modifiée par le législateur, la loi en cause devait être censurée, notamment car la suspension qu'elle instaurait était trop absolue. Elle était, en effet, générale¹¹⁰⁷, automatique¹¹⁰⁸ et de durée indéterminée¹¹⁰⁹.

Par conséquent, dans un Etat de droit où la Constitution est la norme suprême, le renforcement d'une immunité de fonction ne peut généralement être réalisé qu'à travers une règle de valeur constitutionnelle, ce qui implique l'utilisation d'une procédure d'adoption différente de la loi ordinaire qui pourrait constituer un frein. En outre, la consolidation de cette immunité, dans la mesure où elle n'est pas absolue, pourrait être contrée par l'engagement de la responsabilité politique du dirigeant, en particulier par le non renouvellement de son mandat afin qu'il perde toute protection pénale. Ceci n'est possible que pour les dirigeants qui n'assument pas d'autres fonctions leur permettant de renforcer leur immunité.

2. Le renforcement de son immunité par l'occupation d'une autre fonction

Les dirigeants politiques peuvent être soupçonnés de briguer une fonction afin de jouir d'une immunité, plus discrète que l'amnistie, ou parce qu'ils se trouvent dans une position politique rendant inenvisageable l'utilisation de l'amnistie. Il en a été ainsi, en 1999 en Russie, de Boris

¹¹⁰⁶ « ... *Le immunità è necessariamente richiesto un collegamento con la funzione esercitata al momento della commissione del fatto, ciò invece non è necessario per la sospensione. Inoltre, mentre l'immunità, sottraendo un soggetto all'esercizio della giurisdizione, deve essere, in alcuni casi, prevista da norme di rango costituzionale, ciò invece non è necessario per la sospensione. (...) Mentre l'immunità (...) deve essere, in alcuni casi, prevista da norme di rango costituzionale* » (*Ibid*).

¹¹⁰⁷ La Cour relève qu'elle concerne tous les délits susceptibles d'être commis par ses bénéficiaires (*Ibid*, p. 18).

¹¹⁰⁸ Elle déplore en particulier l'inexistence de filtre (*Ibid*).

¹¹⁰⁹ Elle serait fonction du nombre de mandats exercés par les personnes visées, ce qui pourrait faciliter la prorogation de l'infraction (*Ibid*).

Berezovski et Roman Abramovitch, souvent présentés comme des oligarques russes proches de Boris Eltsine. Selon le journal *Le Monde* du 21 décembre 1999,

« Deux membres de la famille du président, ce cercle fermé de conseillers et proches de M. Eltsine, ont gagné un mandat de député et l'immunité judiciaire qui lui est attachée. Boris Berezovski s'est ainsi fait élire (avec plus de 50% des voix) dans la Petite République du Caucase de Karatchaïevo-Tcherkessie. Roman Abramovitch, puissant patron de la compagnie pétrolière Sibneft, est élu avec près de 60% des voix dans le territoire autonome de Tchoukotka (Extrême-Orient)¹¹¹⁰ ».

S'agissant de Boris Berezovski, les faits paraissent confirmer cette présentation. Faisant toujours l'objet de poursuites judiciaires et bien que plus menacé encore par la démission de Boris Eltsine, il a abandonné ses fonctions politiques le 19 juillet 2000 pour protester contre la réforme administrative des régions qu'il considérait comme un retour au « *centralisme soviétique* » et contre les poursuites engagées envers de grands financiers russes, renonçant par là même à son immunité. Il exigeait, dans le même temps une amnistie générale en Russie¹¹¹¹. Le financier russe pouvait donc sembler n'avoir aucun besoin de son immunité. Toutefois, selon l'interprétation majoritaire de son attitude,

« Sentant la menace approcher et ayant la certitude que ses collègues de la Douma d'Etat se feraient un plaisir de lever son immunité, le député Berezovski aurait décidé de prendre les devants »,

¹¹¹⁰ « Boris Berezovski entre à la Douma », *Le Monde*, Samedi 21 décembre 1999.

¹¹¹¹ « Boris Berezovski a estimé que les récentes attaques de la justice russe contre certains « oligarques », accusés de fraudes fiscales et de privations frauduleuses, (...) [étaient] le résultat d'une « campagne » du Kremlin pour « détruire le grand business indépendant ». Le député a expliqué qu'il avait désormais « le devoir moral » d'être avec les capitalistes inquiétés. « Je n'ai pas besoin de conserver mon immunité parlementaire » a-t-il dit. Reparlant de la nécessité d'une amnistie générale en Russie « pour tout ce qui s'était passé en politique et en économie au cours des dix dernières années », idée fort populaire dans les milieux d'affaire russe (...) De fait, en renonçant à son immunité parlementaire, Boris Berezovski s'expose à des poursuites judiciaires, au moment où « l'affaire Aeroflot » risque de rebondir (DUPARC Agathe, « Boris Berezovski a annoncé qu'il renonçait à son mandat de député de la Douma », *Le Monde*, Mercredi 19 juillet 2000).

rapporte la journaliste Agathe Duparc¹¹¹². Autrement dit il n'aurait renoncé à cette immunité que parce qu'il y était acculé par les circonstances.

Il en pourrait en avoir été de même du français Pierre Falcone¹¹¹³, poursuivi en France pour commerce d'armes illicites, trafic d'influence, abus de biens sociaux, abus de confiance ou encore fraude fiscale¹¹¹⁴ et qui faisait l'objet d'un contrôle judiciaire lui interdisant en particulier de quitter le territoire français métropolitain. Il a en effet été nommé ministre plénipotentiaire de la République d'Angola auprès de l'Unesco, une fonction qui lui permettrait¹¹¹⁵ de jouir d'une immunité de fonction reconnue par l'article 18¹¹¹⁶ de l'accord signé entre le gouvernement français et l'Unesco du 2 juillet 1954 mais aussi par la convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961¹¹¹⁷.

¹¹¹² Qui cite le quotidien *Sevodnia* (*Ibid*).

¹¹¹³ Voir : LHOMME Fabrice, « Nommé ministre de l'Angola à l'Unesco, Pierre Falcone obtient une immunité qui lui permet de quitter la France », *Le Monde*, 21 Septembre 2003.

¹¹¹⁴ Il est soupçonné d'avoir vendu sans autorisation du matériel militaire au régime angolais pour plus de 600 millions de dollars.

¹¹¹⁵ Le juge d'instruction de l'affaire des « ventes d'armes à l'Angola » considère que l'article 38 de la convention de Vienne de 1961 ne lui offre une immunité que pour « *les actes officiels accomplis dans l'exercice de ses fonctions* » puisqu'il précise que « *l'agent diplomatique qui a la nationalité de l'Etat accréditaire ou y a sa résidence permanente ne bénéficie de l'immunité de juridiction et de l'inviolabilité que pour des actes officiels accomplis dans l'exercice de ses fonctions* ». Le magistrat français a donc lancé le 14 janvier 2004 un mandat d'arrêt international contre Pierre Falcone (Voir : DUPUIS Jérôme, GAETNER Gilles, « Falcone en cavale », *L'Express*, 19 janvier 2004).

Si ce dernier est arrêté et revendique son immunité, il pourrait y avoir une intervention de la CIJ ou en cas de désaccord entre l'Unesco et la France d'un tribunal arbitral constitué par le gouvernement français et l'Unesco, pour interpréter les conventions internationales visées par chaque partie.

¹¹¹⁶ Qui dispose que : « *les représentants des Etats membres de l'Organisation (...) jouiront pendant leur séjour en France pour l'exercice de leurs fonctions, des facilités, privilèges et immunités qui sont reconnus aux diplomates de rang comparable des missions diplomatiques étrangères accréditées auprès du gouvernement de la République française* ».

¹¹¹⁷ Entrée en vigueur le 24 avril 1964, disponible sur <http://www.doc.diplomatie.fr>.

Dans ces deux cas, une amnistie aurait pu permettre de parvenir aux mêmes fins, c'est à dire d'empêcher l'engagement de la responsabilité de la personne en cause. Elle était toutefois inenvisageable du point de vue politique, dans le premier cas pour éviter un conflit entre le chef de l'Etat et le pouvoir législatif que nous avons expliqué être si fréquent en Russie en matière d'amnistie, et dans le second cas, parce que cette amnistie risquait de ne pas être reconnue par l'Etat français. Cependant, seule l'immunité accordée à Pierre Falcone pourrait être considérée comme une utilisation abusive des règles de droit. En effet, même dans l'hypothèse où la volonté première de jouir d'une immunité de fonction serait prouvée, il convient de distinguer le fait de briguer une fonction électorale d'une nomination. Ainsi, en l'absence de fraude électorale dénoncée dans les deux circonscriptions en cause, et malgré les particularités de la vie politique russe, qui permettent souvent qu'un seul candidat de poids, soutenu par le Kremlin, se présente, Boris Berezovski et Roman Abramovitch ont été désignés par un vote qui aurait pu être négatif s'il avait été considéré par les électeurs qu'ils commettaient une faute politique en sollicitant ces fonctions. En outre, contrairement à la nomination de Pierre Falcone, dont la mission est prorogable et à une amnistie aux effets plus absolus, les mandats des deux députés russes pouvaient être levés par la Douma d'Etat et étaient susceptibles d'être remis en cause devant les électeurs au moment de leur terme. En Angola, l'immunité de Pierre Falcone ne devrait être remise en cause que de manière indirecte, par un changement des plus hautes autorités de l'Etat ou du fait d'une modification des dispositions du chef d'Etat actuel envers cet homme d'affaires français¹¹¹⁸. En effet, l'article 21 de l'accord de siège de 1954 entre le gouvernement français et l'Unesco précise que « *les immunités prévues aux articles 18 et 19 sont accordées à leurs bénéficiaires dans l'intérêt de l'Organisation et non pour leur assurer*

¹¹¹⁸ L'article 21 de l'accord de siège prévoit en effet que « *les immunités prévues aux articles 18 et 19 (...) pourront être levées par le Gouvernement de l'Etat intéressé en ce qui concerne ses représentants et leurs familles* ». Une hypothèse bien improbable, car enquêter sur les infractions commises par Pierre Falcone pourrait revenir à enquêter sur les autorités politiques angolaises. Par exemple, l'action pénale contre l'homme d'affaires français concernant le trafic d'armes devrait logiquement mettre en lumière les actions de plusieurs dirigeants angolais en tant que destinataires du matériel militaire.

des avantages personnels » mais ne prévoient aucune disposition pour sanctionner une telle utilisation de ces immunités.

Augusto Pinochet a également pu être considéré comme occupant une fonction de sénateur pour jouir de l'immunité qu'elle lui permettait et ce, afin de suppléer à l'échec de l'amnistie. Néanmoins, parce que cette fonction lui était attribuée à vie, il est possible de considérer que l'ancien dictateur chilien recherchait en réalité une inviolabilité indirecte que n'aurait pu lui accorder l'amnistie.

B. La mise en place d'une inviolabilité personnelle

L'amnistie est limitée aux infractions commises dans un délai déterminé et aux personnes qu'elle définit objectivement¹¹¹⁹. Ainsi, un dirigeant politique pourrait rechercher une protection plus importante que celle apportée par l'amnistie grâce à la mise en place d'une irresponsabilité pour tous ses actes, jusqu'à son décès. Or, si cette immunité peut être valable juridiquement lorsqu'elle a une valeur constitutionnelle, (1) Elle doit pouvoir être réversible dès lors qu'elle est contraire au droit international ou que le pouvoir constituant le décide (2).

1. L'importance de la valeur constitutionnelle de cette forme d'inviolabilité

Selon le professeur Bullier,

« Depuis des siècles, le droit coutumier international accorde aux chefs d'Etat en exercice une immunité de souveraineté car ils représentent, comme les diplomates, leur Etat. Les chefs suprêmes de l'exécutif incarnent l'Etat même et participent à sa souveraineté. Ils bénéficient de la même protection que le personnel diplomatique et nombre d'instruments juridiques les ont assimilés à eux, en les faisant bénéficier de la même protection, afin de faciliter les relations inter-étatiques. Le chef de l'Etat comme l'entité qu'il incarne est souverain. A la suite des deux conflits mondiaux, des tentatives

¹¹¹⁹ Voir : *supra*, par exemple p. 124.

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

avaient été menées pour traduire les chefs d'Etat devant des juridictions internationales, mais celles-ci n'avaient pas abouti¹¹²⁰ ».

Ce principe est d'interprétation stricte. Il est possible de reprendre un exemple donné par le même auteur.

« En 1990, au Panama, le général Noriega fut capturé par des forces américaines et jugé par un tribunal fédéral de Floride. Mais ce militaire panaméen n'était pas chef d'Etat de droit mais simplement de fait. Le tribunal américain avait donc explicitement refusé la qualité de chef d'Etat au général commandant le garde nationale¹¹²¹ ».

Pour que cette immunité de souveraineté soit reconnue par un autre Etat, il faut donc que le chef de l'Etat soit en exercice, que cette qualité ne soit pas discutable par exemple en termes de légitimité et enfin qu'aucune convention internationale ne le prohibe¹¹²² pour les infractions dont pourrait être accusé le dirigeant mis en cause. Deux exemples paraissent représentatifs de ces exigences.

Au Chili, le général Pinochet ne pouvait en théorie plus bénéficier d'une immunité de fonction lorsqu'il a abandonné le pouvoir sauf à l'intérieur de son Etat pour les infractions réalisées dans l'exercice de ses fonctions. En outre, cette dernière pouvait être levée judiciairement en raison de la nature des crimes commis¹¹²³. Afin de s'assurer une protection contre des poursuites pénales pour les infractions, dont certains crimes graves selon le droit international perpétrés sous sa responsabilité, il a été expliqué que la junte chilienne avait adopté le décret-loi d'amnistie de 1978. Ce dernier comportait des failles qui auraient pu permettre de juger l'ancien dictateur : certains crimes en étaient exclus¹¹²⁴ et les disparitions forcées sont toujours considérées par la Cour suprême comme des infractions continues non couvertes par l'amnistie, puisque toujours en cours de réalisation, tant que le corps de la personne disparue n'a pas été

¹¹²⁰ BULLIER Antoine J., « Kadhafi/Pinochet : Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris et Chambre des lords se rejoignent dans une même logique », *Les Petites Affiches*, 6 décembre 2000, n° 243, p. 9.

¹¹²¹ *Ibid.*

¹¹²² Il n'est pas possible d'invoquer cette immunité devant la CPI en vertu de l'article 27 de son Statut.

¹¹²³ S'agissant de Pinochet, c'est cette immunité qui a été levée par la Cour d'appel en juin 2005.

¹¹²⁴ Sur les infractions non couvertes par l'amnistie, voir : *supra*, note 648, p. 204 et ANNEXE V, p. 653.

retrouvé¹¹²⁵. Ainsi, à la cessation de ses fonctions, l'ancien dictateur chilien ne bénéficiait pas d'une immunité reconnue comme telle à l'étranger¹¹²⁶ et sa protection contre des poursuites pénales internes était limitée. Il a donc choisi, pour reprendre en substance ce qu'écrit le Professeur Richard J. Wilson de devenir sénateur à vie d'un Sénat contrôlé par les membres nommés par lui ou lui étant favorables, une fonction qu'il a lui-même contribué à créer dans la Constitution. Le même auteur relève d'ailleurs qu'il a occupé ce siège non pas grâce au suffrage universel mais du fait de sa propre décision le jour de sa retraite¹¹²⁷. Les Constitutions d'autres Etats contiennent des dispositions comparables. C'est le cas en Italie par exemple¹¹²⁸. Dans ces pays, l'immunité peut toujours être levée sur autorisation de la Chambre dont fait partie l'ancien chef de l'Etat. La protection dont jouissait l'ancien dictateur chilien, jusqu'à sa démission du

¹¹²⁵ Sur la jurisprudence de la Cour suprême, voir : *supra*, pp. 203-204 et 207.

¹¹²⁶ Les décisions de la Chambre des lords de 1998 à 1999 le confirment, Pinochet ayant pu quitter le territoire britannique uniquement pour raisons de santé. Nous expliquerons en outre dans la seconde partie de cette thèse en quoi l'amnistie de 1978 ne lui accordait pas non plus une protection absolue à l'étranger.

¹¹²⁷ « *He is now senator-for-life in a Chilean legislature controlled by a block of Senators named by him or his sympathizers, under a Constitution of his own design. He took his seat in the Senate not by popular election, but through his self-appointment to the position which he moved into on the day after his retirement* » (WILSON Richard J., « Prosecuting Pinochet: international crimes in Spanish domestic law », *op. cit.*, p. 930).

¹¹²⁸ En France, la proposition de loi constitutionnelle relative aux anciens présidents, présentée par le sénateur UMP Patrice Gélard en février 2005, tendait à permettre aux anciens présidents de devenir sénateurs à vie tout en les privant de la qualité de membre du Conseil constitutionnel. Les motifs de cette proposition précisait que : « *Il y a le risque qu'un ancien président qui aurait initié une loi, siège, lors de son examen devant le Conseil* », mais aussi que : « *Les membres du Conseil doivent respecter une neutralité (...) pas forcément compatible avec l'exercice actif d'un rôle politique de premier plan* ». Cette proposition était donc liée par son auteur à la volonté de préserver le Conseil constitutionnel mais pas à l'immunité de l'ancien chef d'Etat. Ses adversaires ont pourtant dénoncé une tentative déguisée d'accorder une certaine protection à l'ancien président de la République contre des poursuites pénales, à la cessation de ses fonctions (Proposition de loi constitutionnelle relative aux anciens présidents, présentée par M. Patrice Gélard, sénateur, Sénat, session ordinaire 2004-2005, n° 186). Voir : « D'un palais à l'autre : une proposition de loi constitutionnelle accorde aux anciens présidents le statut de sénateur à vie », *Revue parlementaire*, n° 878, avril 2005.

Sénat en juillet 2002, n'était donc pas en apparence contraire au droit constitutionnel, d'autant plus qu'elle se trouvait dans la loi fondamentale. De ce fait, elle n'était pas qualifiable d'amnistie de fait ou bien abrogeable selon la procédure législative ordinaire.

Néanmoins, *de facto*, les conséquences de l'occupation à vie de cette fonction par le général Pinochet à laquelle la Constitution adjoignait une immunité est que l'ancien dictateur aurait pu être protégé contre l'engagement de sa responsabilité pénale dans son pays pour tous ses actes jusqu'à sa mort, excepté si le Sénat avait décidé de le priver de son immunité, à moins de se voir retirer cette fonction par le pouvoir judiciaire ou encore sauf à subir les conséquences d'une révision constitutionnelle. Cette immunité de fonction évoquait donc fortement une inviolabilité, ressemblant à celle dont jouissent généralement les monarques¹¹²⁹, une inviolabilité que l'amnistie ne peut en aucun cas permettre d'atteindre. Toutefois, cette forme d'invocabilité ne devait sa pérennité qu'à un équilibre politique qui s'est avéré par la suite précaire. En effet, le 16 août 2005, le Congrès chilien a adopté à la quasi-unanimité – 150 voix pour ; 3 voix contre – la loi constitutionnelle supprimant en particulier le statut de sénateur à vie¹¹³⁰. L'ancien dictateur n'aurait donc pu en bénéficier jusqu'à sa mort comme il le projetait. De plus, depuis sa démission du Sénat en 2002, une nouvelle¹¹³¹ procédure de levée de son

¹¹²⁹ La Constitution du 3 septembre 1791 disposait dans le chapitre II de la section 1 de son article 2 que « *la personne du roi est inviolable et sacrée* ». La même formule se retrouve généralement mots pour mots dans la plupart des monarchies. S'agissant du monarque britannique, son inviolabilité a été rappelée par la décision de la juridiction suprême australienne (*High Court of Australia, Cain v. Doyle (1946), 72 C.L.R. 409*; Voir: BARANGER Denis, *op. cit.*, p. 36).

¹¹³⁰ A l'heure où nous imprimons notre thèse, cette importante révision constitutionnelle – qui modifie également la durée du mandat du président par exemple – doit encore être promulguée par le chef de l'Etat chilien.

¹¹³¹ En juin 2005, la Cour d'appel de Santiago a prononcé la levée de l'immunité d'Augusto Pinochet pour fraude fiscale après la révélation en juillet 2004 de l'existence de comptes bancaires appartenant à l'ancien dictateur et à sa famille dans plusieurs pays étrangers. Auparavant, la Cour suprême avait permis cette levée d'immunité à deux reprises, notamment concernant l'opération Condor. Mais ces deux affaires se sont soldées par un non lieu, en raison de « la légère démence mentale » dont souffrirait Augusto Pinochet.

immunité est en cours devant les juridictions chiliennes, cette fois-ci dans l'affaire *Colombo*¹¹³². Par sa décision du 06 juillet 2005¹¹³³, la Cour d'appel de Santiago s'est, encore une fois, prononcée en faveur du jugement de l'ancien dictateur. La décision future de la Cour suprême, qui a été saisie, pourrait donc permettre de bloquer judiciairement les effets de l'immunité de l'ancien chef d'Etat. Par conséquent, la forme d'inviolabilité recherchée par les dirigeants politiques pour éviter ou renforcer les effets d'une amnistie reste, comme cette dernière, soumise à la politique. Cette constatation est d'autant plus vraie lorsque cette forme d'inviolabilité est mise en place par une norme de valeur infra-constitutionnelle.

En Russie le décret présidentiel du 31 décembre 1999 accordant des garanties aux anciens présidents de la Fédération de Russie¹¹³⁴ déjà évoqué, a été présenté comme un marché entre Boris Eltsine et Vladimir Poutine, le premier quittant le pouvoir en échange d'une protection contre toute action judiciaire, d'autant plus qu'il était formulé de telle manière qu'il a pu laisser croire que la famille Eltsine bénéficiait également de cette immunité¹¹³⁵. Il peut également être

¹¹³² En 1975, les corps de 119 membres du Mouvement révolutionnaire MIR avaient été découverts en Argentine et au Brésil. Ces décès avaient été présentés par la junte comme le résultat de règlements de comptes entre membres de la Guérilla. L'enquête du juge Guzman Tapia semble démentir cette thèse, en attribuant la responsabilité de ces assassinats à l'ancien gouvernement chilien.

¹¹³³ Cette décision a été approuvée par 11 voix contre 10 de la Cour, réunie en Assemblée plénière.

¹¹³⁴ President's decree of december 31, 1999, n° 1763, « *on guarantees to a President of the Russian federation having relinquished his duties, and to his family members* », *op. cit.* (Voir: *supra*, pp. 286 et s.)

¹¹³⁵ Certains auteurs affirment souvent que le décret bénéficiait à Boris Eltsine et sa famille. Il en est ainsi de Clémentine Blondet qui explique que « [La démission de Boris Eltsine] *lui permet d'obtenir l'amnistie judiciaire pour lui et sa famille* » de Sergueï Kovalev, qui dénonce le fait que « *le premier décret présidentiel signé par Vladimir Poutine [ait] accordé l'immunité à Boris Eltsine ainsi qu'à sa famille proche* », ou encore de Natalie Nougayrède du journal « Le Monde » lorsqu'elle fait également référence au « *tout premier oukase accordant en 2000 une immunité judiciaire à la famille Eltsine* » (BLONDET Clémentine, « Boris Eltsine, « Faim de règne », *Regards sur l'Est*, numéro 20, mars-avril 2000, 3 p. ; KOVALEV Sergueï, Entretien : les droits de l'homme en Russie, *Politique internationale*, n° 95, Printemps 2002 ; NOUGAYREDE Natalie, « L'affaire Ioukos provoque une onde de choc au Kremlin », *Le Monde*, 31 octobre 2003). Or, en dépit de l'intitulé de ce décret, sa formulation ne laisse pas penser que son application s'étendait à la famille du président comme l'a affirmé Boris Eltsine dans

Une technique constitutionnelle d'irresponsabilité absolue, maîtrisée par les dirigeants politiques

considéré comme une protection concédée à lui-même par Vladimir Poutine à l'issue de ses fonctions, dès lors qu'il concerne tous les dirigeants. Pourtant, il est soumis aux mêmes contraintes que l'immunité accordée aux sénateurs à vie au Chili : il aurait dû être de valeur constitutionnelle. Les garanties qu'il offrait étaient donc encore plus aisément réversibles qu'au Chili, comme le montre le fait qu'une loi votée par la Douma les ait déjà limitées¹¹³⁶.

2. Une inviolabilité juridiquement réversible

Lorsque des inviolabilités sont mises en place pour avoir des effets plus absolus que l'amnistie, elles n'en présentent pas moins une différence, celle d'être davantage réversibles. En effet, selon le professeur américain Kalt, l'ancien président peut être poursuivi et même empêché pour l'avenir sauf dans une seule hypothèse : celle où il se serait octroyé un *self pardon* pour l'avenir. Il considère par conséquent que le président est le seul organe constitutionnel à pouvoir se protéger pour l'avenir¹¹³⁷. Il a été expliqué que l'amnistie proprement dite est en outre difficilement abrogeable et encore moins annulable¹¹³⁸. L'inviolabilité proprement dite peut quant à elle être modifiée par une norme de même valeur dans la mesure où le pouvoir

ses mémoires : « *Immunity has not been conferred upon my family. There are not legal hurdles to investigating any matter concerning the circle surrounding the President. This is a myth dreamed up by the Press. Maybe the time will come when the question of legal immunity will fade away of its own accord. The decree speaks about certain ordinary guarantees the state gives the president, which I could describe as related to past public office* » (YELTSIN (ELTSINE) Boris, *Midnight diaries*, *op. cit.*, pp. 364 à 366).

¹¹³⁶ Voir, *supra* : pp. 195-196.

¹¹³⁷ « *This relates to an important power that Congress has over Presidents : its power to provide for them after they have left office. Through its standard legislative authority, Congress is in charge of providing for ex-officials, granting them pensions, resources, and the like. By disqualifying disgraced officials from « enjoying » federal office and its fruits, Congress's impeachment power can strip officials of these benefits. It can exercise the impeachment power even after an official has left office. An impeached, self-pardoned President, however, « enjoys » his self-dealt immunity from prosecution. There is nothing that Congress, or the new President for that matter, can do about it. A self-pardoning President is thus the only federal who can deal himself a fruit of his office and enjoy it after he is gone* » (KALT Brian C., « Pardon me?: the constitutional case against presidential self-pardons », *op. cit.*, p. 797).

¹¹³⁸ Voir : *supra*, pp. 195 à 201.

constituant est souverain, et ne pourra être reconnue à l'étranger pour des crimes de droit international, tels que les crimes contre l'humanité. Si l'on reprend les termes du rapport de la FIDH,

« La question des immunités internationales est régie par certaines conventions (principalement de droit diplomatique : convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques spéciales) et par le droit international coutumier. Ce dernier a connu une évolution considérable depuis 1945, dans le sens d'une absence complète d'immunité lorsque les crimes poursuivis entrent dans la catégorie des crimes internationaux. La nature du crime (international) conduit à affirmer l'existence d'une responsabilité pénale internationale des individus, ce qui par définition exclut toute immunité. En effet, le fondement de l'immunité réside dans la nécessaire protection de l'Etat au travers de ses représentants. Si, en prévoyant une forme de responsabilité individuelle, on décide d'écarter le voile étatique pour rechercher les individus responsables (et il s'agira principalement d'individus-organs de l'Etat), il serait absurde de laisser subsister une immunité¹¹³⁹. (...) On ne peut admettre une exception que s'il existe des dispositions conventionnelles expresses en ce sens. Il paraît douteux que de telles dispositions puissent accorder une immunité de manière générale ; ceci serait contraire à l'évolution du droit international en matière de lutte contre l'impunité. Elle ne saurait être que provisoire et liée à l'exercice d'une fonction donnée. Elle doit évidemment cesser dès que les fonctions prennent fin. (...) Cela étant, l'existence d'une telle immunité, toute provisoire et concernant des mesures d'exécution, ne devrait nullement empêcher le déclenchement de procédures d'enquête lorsqu'il s'agit de crimes internationaux. L'immunité d'exécution, parfois présente de manière à ne pas gêner le bon déroulement des relations internationales, doit être distinguées de l'immunité de juridiction, exclue en matière de crimes internationaux ».

Ainsi, les inviolabilités accordées aux dirigeants politiques, le plus souvent en tant qu'anciens chefs d'Etat, ne seront pas reconnues en droit international s'ils sont mis en cause pour des crimes internationaux. Nous verrons qu'il en est de même pour l'amnistie. Le problème est que comme toute utilisation d'autres normes à des fins amnistiantes, l'adoption d'une disposition constitutionnelle d'invocabilité dans la Constitution est difficilement sanctionnable à défaut de

¹¹³⁹ FIDH, « La loi française d'adaptation, enjeux et tabous », *op. cit.*, pp. 42-43.

ce que Bertil Cottier désigne comme un « *excès flagrant* ¹¹⁴⁰ ». Il faut donc attendre que les conditions politiques soient favorables à une révision constitutionnelle pour envisager son abrogation.

En conclusion, la tentation des dirigeants auteurs d'infractions pénales peut être d'utiliser d'autres techniques à des fins amnistiantes, que ce soit temporairement ou à vocation perpétuelle. C'est lorsque cette tentation se concrétise que l'intérêt de l'amnistie apparaît. Il a été démontré dans cette partie qu'en dépit du fait qu'elle soit maîtrisée par des dirigeants politiques et qu'elle leur permette de s'octroyer une protection pénale importante, la possibilité de s'auto-amnistier à la disposition des dirigeants politiques ne remet pas en cause l'équilibre institutionnel mais au contraire permet parfois de le préserver. Elle facilite la nuance de l'aménagement constitutionnel de la séparation des pouvoirs mais elle ne le met pour autant pas en cause. Encadrée et limitée, l'amnistie est donc le seul instrument juridiquement acceptable pour permettre aux dirigeants politiques de bénéficier d'une clémence générale : elle est souple puisqu'elle s'adapte aux considérations d'opportunité – elle a une valeur le plus souvent infra-constitutionnelle – mais surtout elle ne paralyse pas structurellement les possibilités d'engagement de la responsabilité des dirigeants. L'amnistie peut alors également servir de révélateur de l'inadaptation du droit pénal des dirigeants politiques lorsqu'elle est trop fréquemment utilisée.

Par conséquent, les droits nationaux ne doivent pas proscrire l'amnistie des dirigeants politiques, d'autant plus que leur système de responsabilité est caractérisé par une possible

¹¹⁴⁰ « *Partout ou presque – car en Belgique, il semble curieusement que l'on se soit montré moins exigeant à cet égard – on affirme avec insistance que pour qu'il y ait sanction, il faut que l'excès soit flagrant. Cette quasi-unanimité révèle combien, en Europe, les juristes sont conscients du caractère exceptionnel de l'interdiction de l'abus de droit. Cette institution demeure une « issue de secours », qui ne saurait être utilisée que si l'excès que l'on croit allégué crée une injustice criante, mais en aucun cas lorsqu'il heurte simplement le sentiment de l'équité. Cer un recours « abusif » à l'abus de droit porte en lui le danger de déstabiliser l'ensemble du système juridique de notre continent, système fondé sur la constance et la prévisibilité des règles de droit* » (COTTIER Bertil, « L'abus de droit en droit comparé », *op. cit.*, pp. 23 à 52).

utilisation politique des poursuites pénales et que pour reprendre l'expression de Philippe Ardant « *par le monde aucun système [de responsabilité] n'échappe à la critique*¹¹⁴¹ », si bien que des instruments doivent pouvoir lui apporter des corrections ponctuelles. Enfin, cette forme particulière de clémence qu'est l'auto-amnistie ne constitue pas en elle-même une utilisation abusive de l'amnistie bien qu'il y ait une condition : son utilisation et son efficacité sont limitées en droit international concernant les crimes les plus graves commis, par ou sous l'autorité, des gouvernants pour lesquels ils devraient voir leur responsabilité pleinement engagée.

¹¹⁴¹ Les difficultés posées par ce système de responsabilité sont doubles d'après Philippe Ardant, « *Pourquoi ce désintérêt [pour la responsabilité pénale des élus et hommes politiques] ? On peut hasarder plusieurs hypothèses. La première tiendrait à la difficulté de trouver une procédure satisfaisante de mise en cause de la responsabilité protégeant l'homme et la fonction contre des poursuites abusives, reposant sur des juges impartiaux, conciliable avec la séparation des pouvoirs... Le fait est que par le monde aucun système n'échappe à la critique. Mais l'explication ne résiste pas à la constatation que jamais la complexité d'un problème n'arrête le Constituant, au contraire même, elle stimule l'imagination des juristes prenant une part active à l'élaboration du texte. Plus fondé est probablement l'argument selon lequel envisager la responsabilité pénale des gouvernants pour des actes étrangers à leurs fonctions a pu longtemps apparaître comme malséant, par extension de ce qui était admis pour le chef de l'Etat. Forme de révérence à l'égard de l'autorité qui ne saurait commettre des actes que le droit pénal condamne, l'idée de faute inhérente à l'infraction pénale rend toute accusation déplacée* » (ARDANT Philippe, « introduction », in CARCASSONNE Guy (dir.), *Responsabilité pénale et vie publique en France et à l'étranger*, op. cit., p. 8).

SECONDE PARTIE – VERS LA PROHIBITION DE L'AMNISTIE DES DIRIGEANTS POLITIQUES POUR LES CRIMES INTERNATIONAUX

« Il n'y a pas de pénal sans Etat et pas d'Etat sans pénal, (...) le droit de punir est, avec celui de prélever l'impôt, un des deux attributs essentiels de l'Etat¹¹⁴² ».

Le professeur Robert Roth constate que le droit pénal transnational, qui « *est supposé à terme ne laisser aucune place à la justice nationale traditionnelle*¹¹⁴³ » a précisément pour conséquence de retirer le droit de punir aux Etats. Si l'on considère que le droit de punir, attribut essentiel de l'Etat, inclut logiquement celui de clémence, le droit pénal transnational aurait donc pour conséquence d'ôter la faculté de pardonner aux Etats, ce qui pourrait également s'apparenter au renoncement volontaire de l'Etat à une part de sa souveraineté.

¹¹⁴² ROTH Robert, « Droit pénal transnational : un droit pénal sans Etat et sans territoire ? », in HENZELIN Marc et ROTH Robert (ed.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris : LGDJ, 2002, p. 131.

¹¹⁴³ « *Il faut également préciser que l'expression « droit pénal transnational » ne vise ni la coopération internationale en matière pénale, dont le développement peut être lu comme une reconnaissance de la souveraineté des Etats, ni l'émergence d'une justice internationale encore incertaine et qui présente un caractère extraordinaire et sectoriel, puisque seuls quelques « crimes internationaux », figurant sur une liste ouverte mais exhaustive, sont et seront justiciables des tribunaux internationaux. Au demeurant cette justice pénale internationale est supposée coexister avec les justices nationales – c'est la « complémentarité » proclamée par le Préambule et l'article 1 du Statut de Rome sur la Cour pénale internationale qui s'ouvre d'ores et déjà à de multiples interprétations, et non les remplacer, alors que la transnationalisation de la justice pénale ordinaire est supposée à terme ne laisser aucune place à la justice nationale traditionnelle* » (Ibid., p. 133).

Or, selon Louis Joinet,

« 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 amnistiantes¹¹⁴⁴ ? (...) Y compris lorsqu'elle est destinée à créer des conditions propres à un accord de paix ou à favoriser la réconciliation nationale, l'amnistie doit être maintenue dans certaines limites (...). Qu'en est-il dans ce contexte, lorsque l'amnistie peut ne pas être conforme à une convention internationale, mais résulte d'un consensus entre les parties au conflit. (...) En d'autres termes, dans ce cas, la norme internationale doit-elle l'emporter sur la voix de la souveraineté populaire régulièrement et démocratiquement exprimée¹¹⁴⁵ ? »

Le développement de la justice pénale internationale semble donc incompatible avec l'amnistie pourtant indispensable dans le cadre des transitions démocratiques et dont l'utilité lorsqu'elle s'applique à des dirigeants politiques a été démontrée dans la première partie de cette thèse. Au premier abord, l'incompatibilité est encore plus manifeste s'agissant du droit international pénal, cette « *branche pénale du droit international public* » se concentrant sur la répression des crimes internationaux que lorsque l'on s'intéresse au droit pénal international, qui est une « *branche du droit criminel national internationalisé* » regroupant l'ensemble des règles applicables à l'extradition, à la coopération et l'entraide judiciaire, ne posant donc pas les mêmes problèmes au regard de la souveraineté¹¹⁴⁶.

En effet, pour reprendre Jean-François Roulot,

« La répression du crime de gouvernant relève (...) du droit international pénal. (...) Le crime de gouvernant, manifestant une souveraineté dévoyée, trouble l'ordre public dans la communauté des Etats. L'un de ces derniers est gouverné par des délinquants et ne se comporte pas conformément aux règles du droit international public.

¹¹⁴⁴ Il cite néanmoins lui-même quelques exceptions.

¹¹⁴⁵ JOINET Louis, « Lutter contre l'impunité : le temps des questions », propos recueillis par Olivier de Frouville, *Droits fondamentaux*, n° 1, juillet-décembre 2001, p. 17.

¹¹⁴⁶ ROULOT Jean François, « L'exercice par une juridiction française de la compétence universelle emporte la compétence de la loi française, même en présence d'une loi étrangère portant amnistie », *JCP, La Semaine Juridique*, Edition Générale, 14 mai 2003, n° 20, p. 895.

Le droit international pénal, en réprimant va devoir s'imposer à la souveraineté de l'Etat dirigé par des criminels¹¹⁴⁷ ».

À travers la mise en place de juridictions spécifiques, la justice pénale internationale devrait avoir les mêmes conséquences puisqu'elle recherche la sanction des principaux responsables des violations des droits de l'homme. Contrairement à ce que laisse entendre Jean-François Roulot, ces deux branches du droit international sont donc toutes les deux susceptibles de connaître des interférences réciproques avec le droit constitutionnel interne et plus particulièrement avec les règles de responsabilité des dirigeants politiques. Leur distinction doit d'ailleurs être atténuée par la constatation qu'en langue anglaise l'expression *International Criminal Law* est employée indifféremment pour désigner ces deux branches.

Or, il existe des cas dans lesquels « *l'inhumain ne mérite plus la protection que lui confère par ailleurs son humanité*¹¹⁴⁸ ». Cette branche du droit aurait alors pour objet de définir les contours de l'« inhumanité », en définissant les contours de la répression des crimes internationaux sous l'effet d'une certaine universalisation des droits de l'homme. La construction du droit en la matière est inspirée par des expériences différentes depuis la seconde guerre mondiale, se traduisant par la mise en place de juridictions pénales internationales appliquant des principes qui s'uniformisent, même si les éléments constitutifs des crimes internationaux ne sont pas toujours complètement définis ou font l'objet d'interprétations diverses. Il pourrait en être déduit une obligation intemporelle de poursuites des auteurs de ces crimes reconnus comme les plus graves. En raison de cette obligation de poursuites, les règles constitutionnelles internes de responsabilité des dirigeants politiques seraient écartées lorsqu'elles s'opposeraient à leur mise

¹¹⁴⁷ *Ibid.*

¹¹⁴⁸ « *Où doit-on considérer que l'inhumain ne mérite plus la protection que lui confère par ailleurs son humanité ?* » est la problématique de la thèse de Stéphane Sciortino-Bayart relative au droit constitutionnel de la sanction pénale (SCIORTINO-BAYART Stéphane, *Recherches sur le droit constitutionnel de la sanction pénale*, thèse pour le doctorat en droit, sous la direction du professeur L. Favoreu, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de sciences politiques, 22 janvier 1990, p. 59).

L'amnistie des dirigeants politiques

en cause pour la réalisation de ces infractions. Dans cette conception les mesures d'amnistie des dirigeants politiques devraient alors être considérées sans valeur dès lors que les autorités publiques ont une influence particulière dans leur perpétration. (TITRE 1). De plus, cette obligation de poursuivre pourrait être intemporelle. L'écoulement d'un certain délai qui, d'ordinaire, permettrait de justifier l'oubli, voire le pardon, ne saurait être pris en compte dans ce cadre. Ainsi, le fait qu'une personne n'ait plus la qualité de dirigeant politique au moment des poursuites ou au contraire qu'elle soit toujours en fonction ne devrait avoir aucune influence sur sa mise en cause. C'est l'existence de ce caractère intemporel qui pourrait modifier profondément la possibilité d'adoption d'une amnistie bénéficiant à des dirigeants politiques et par-là même l'application des règles constitutionnelles de responsabilité de ces dirigeants. Cette modification lente mais profonde pourrait ne laisserait subsister que deux catégories d'amnisties : celles adoptées dans le cadre de la justice transitionnelle et celles illustrant « le besoin d'amnistie des dirigeants politiques » (TITRE 2).

TITRE 1 – LES CRITÈRES POSSIBLES DE LA PROHIBITION

« Les Etats parties au présent Statut, (...) affirmant que les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et que leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national et par le renforcement de la coopération internationale ; déterminés à mettre un terme à l'impunité des auteurs de ces crimes et à concourir ainsi à la prévention de nouveaux crimes, (...) sont convenus de ce qui suit... »

Cet extrait du préambule au Statut de Rome de la CPI¹¹⁴⁹ reflète l'objectif de la justice internationale pénale s'exprimant au travers de nombreux traités : instaurer une obligation de poursuivre les auteurs des crimes internationaux en les assortissant de peines appropriées. Cet objectif va rendre certaines amnisties de dirigeants politiques, pourtant adoptées en vertu d'une procédure constitutionnelle, dépourvues de valeur juridique en droit international par l'application de deux critères. Ces deux critères sont souvent liés l'un à l'autre comme dans le dernier alinéa de l'article 6 du Statut du tribunal militaire international de Nuremberg précisant que :

« Les dirigeants (...) qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes ci-dessus définis [soit : les crimes contre la paix, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité] sont responsables de tous les actes accomplis par toutes personnes, en exécution de ce plan ».

Le premier critère permettant de déclarer de telles amnisties contraires au droit international est matériel. Il se rapporte à la nature de l'acte commis quel que soit son auteur. Les institutions de clémence, à l'image des règles relatives aux immunités de juridiction et d'exception, ne

¹¹⁴⁹ Entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002. Au 12 mai 2005, 99 Etats avaient ratifié ce Statut.

protègeraient plus les individus ayant un lien avec la réalisation d'infractions internationales (CHAPITRE 1). Le second critère, encore ébauché, ne pourrait être étudié qu'en parallèle avec ce critère matériel. Il impliquerait que les dirigeants politiques soient de toute façon susceptibles d'être considérés en droit international comme exclus de toute mesure d'amnistie, en raison d'une obligation de poursuivre spécifique, basée sur leur qualité, ou leur fonction au moment de la réalisation d'infractions graves dans ou par leur Etat (CHAPITRE 2).

CHAPITRE 1 – LE CRITÈRE MATÉRIEL : LA RÉALISATION D’UN CRIME INTERNATIONAL

« *Les crimes collectifs n’engagent personne* » estimait Napoléon¹¹⁵⁰.

Deux siècles plus tard, l’amnistie bénéficiant à un individu ayant participé à la réalisation de certains crimes collectifs déterminés paraît être dépourvue de valeur juridique en droit international, que cet individu soit ou non un dirigeant politique.

Cela repose sur la constatation que les crimes internationaux sont définis en vue de protéger des valeurs communes qui transcenderaient les systèmes juridiques et culturels, qu’il y aurait un intérêt universel à la répression de ces crimes perceptible dans les conventions internationales et que la prise en compte de la fonction ne pourrait pas atténuer la responsabilité de l’auteur de l’acte¹¹⁵¹.

¹¹⁵⁰ Cité par LOMBOIS Claude, *Droit pénal international*, Dalloz, 1979, seconde édition (1^{ère} ed. : 1971) , p. 97.

¹¹⁵¹ DAILLIER Patrick, NGUYEN Quoc Dinh, PELLET Alain, *Droit international public*, Paris : LGDJ, 7^{ème} édition, 2002, p. 707.

Il faut préciser qu'il existe des comportements considérés comme universellement répréhensibles depuis l'antiquité dont la piraterie en haute mer¹¹⁵² et la traite des esclaves¹¹⁵³. Toutefois, elles ne constituaient pas une catégorie d'infractions pour lesquelles une juridiction internationale¹¹⁵⁴ était créée afin d'assurer leur répression¹¹⁵⁵. Les Etats s'engageaient seulement à mettre tout en œuvre pour les prévenir ou les empêcher sur leur territoire, à en appréhender et sanctionner les auteurs ; ce qui s'apparente davantage aux prémices de la compétence universelle, qu'à l'expression d'une authentique justice pénale internationale. Cette dernière n'a en effet véritablement été construite qu'après les deux premières guerres mondiales, et s'est traduite par la mise en place de juridictions afin de juger les auteurs des

¹¹⁵² Ce que la CPJI avait confirmé dans l'affaire du Lotus (1923) et qui se retrouve à l'article 5 de la convention de Montego Bay : « *Tout Etat peut en haute mer ou tout autre lieu ne relevant pas de la juridiction d'un Etat, saisir un navire ou un aéronef pirate (...). Les tribunaux de l'Etat qui a opéré la saisine peuvent se prononcer sur la peine à infliger* » (CPJI, arrêt, Lotus, série A, n° 9, 1927, p. 18). D'après les professeurs Daillier et Pellet cette incrimination est d'origine coutumière (DAILLIER Patrick, NGUYEN Quoc Dinh, PELLET Alain, *Droit international public, op. cit.*, p. 707).

¹¹⁵³ Toujours, selon les professeurs Daillier et Pellet cette infraction est « *fondée à la fois sur la règle coutumière et sur le droit conventionnel* », puisqu'une pratique assortie de l'*opinio juris* aurait précédé en Europe la signature de l'Acte anti-esclavagiste de Bruxelles de 1890 et de la convention relative à l'esclavage du 25 septembre 1926 entrée en vigueur le 9 mars 1927 telle qu'amendée le 7 septembre 1953 (convention disponible sur le site internet du haut commissariat aux droits de l'homme, <http://www.unhchr.ch>; voir : DAILLIER Patrick, NGUYEN Quoc Dinh, PELLET Alain, *op. cit.*, p. 707).

¹¹⁵⁴ Des conventions plus récentes s'adaptent à leur forme actuelle et organisent une véritable répression internationale. Par exemple, s'agissant de la traite des êtres humains et du trafic illicite des migrants, les Etats parties s'engagent à coopérer entre eux afin d'échanger les informations sur les réseaux se livrant à de telles actions. (Voir : protocole additionnel à la convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants adopté par l'Assemblée générale de l'ONU le 15 novembre 2000, disponible sur le site du Sénat français, <http://www.senat.fr>)

¹¹⁵⁵ Les Etats s'engageant seulement à soumettre leurs éventuels différends sur l'interprétation de ces conventions à la Cour permanente de justice internationale, aujourd'hui remplacée par la Cour internationale de justice (Voir : par exemple, l'article 8 de la convention relative à l'esclavage précitée).

crimes les plus graves commis durant ces conflits par les Etats défaits, ce qui lui a parfois valu d'être désignée comme une « justice des vainqueurs », d'autant plus lorsque des dirigeants des vaincus se trouvaient parmi les criminels désignés.

Quoi qu'il en soit, il convient de savoir quelles sont les infractions qui doivent être poursuivies quand bien même le bénéficiaire de l'amnistie serait un dirigeant politique, mais aussi quels sont les éléments constitutifs de ces infractions puisqu'un dirigeant politique tenté de s'auto-amnistier pourrait la dissimuler sous une autre qualification, voire ne pas désigner expressément les infractions visées afin que cette auto-amnistie paraisse conforme au droit international. Il est également possible d'imaginer qu'une norme amnistiante puisse exclure à mauvais escient des faits pénalement répréhensibles, au motif de sa mise en conformité avec le droit international, alors que les faits ne constitueraient pas formellement une infraction internationale ou bien qu'ils en constitueraient une autre. Jason S. Abrams et Steven R. Ratner prennent l'exemple du raisonnement selon lequel « *si c'est épouvantable c'est que cela doit constituer un génocide*¹¹⁵⁶ », un raisonnement qui conduit à qualifier abusivement certains faits de génocide, alors qu'ils pourraient pourtant constituer une autre infraction internationale. Ce type de confusion volontaire ou non, retrouvé dans les exclusions des amnisties pourraient à terme fausser les qualifications des crimes assortis d'une obligation de poursuivre. C'est donc pour cette raison qu'une opération de qualification des infractions désignées par les amnisties de dirigeants politiques s'imposera le plus souvent.

Généralement, pour mieux faire ressortir leurs particularités, les auteurs étudiant ces infractions les classent selon leurs effets¹¹⁵⁷ ou selon les domaines juridiques auxquels elles se

¹¹⁵⁶ « *If this is awful, it must be genocide* » (ABRAMS Jason S., RATNER Steven R., *Accountability for human rights atrocities in international law, beyond the Nuremberg legacy*, Second edition, Oxford University Press, first published: 2001, p. 44).

¹¹⁵⁷ Ainsi, Patrick Daillier, Quoc Dinh Nguyen et Alain Pellet font la distinction entre:

rattachent¹¹⁵⁸. Néanmoins, dans une étude consacrée aux infractions exclues de l'amnistie des dirigeants politiques et face aux problèmes qu'elles soulèvent, il serait davantage pertinent de rechercher les justifications des difficultés pour les qualifier et de la facilité à les masquer. La première de ces justifications est que si ces infractions peuvent le plus souvent être liées à un conflit, civil ou militaire, ce lien n'est plus un élément constitutif majeur (Section 1). La seconde est due à leur croissante diversité liée à leurs évolutions constantes, en particulier depuis la mise en place de juridictions internationales (Section 2).

-
- les crimes portant atteinte à la souveraineté et à l'intégrité territoriale de l'Etat (qui comprennent les crimes contre la paix et tous les crimes par un Etat envers un autre Etat) ;
 - les crimes de guerre ;
 - les crimes contre l'humanité ;
 - les crimes de génocide, dans la mesure où la convention de Rome les distingue des autres crimes contre l'humanité. (DAILLIER Patrick, NGUYEN Quoc Dinh, PELLET Alain, *Droit international public, op. cit.*, pp. 713-714).

¹¹⁵⁸ D'après Pierre Truche, il est possible de séparer l'étude des infractions se rapportant aux lois et coutumes de la guerre de celles se référant au droit humanitaire (tel qu'établi par les conventions de Genève), du génocide et enfin de « ces crimes que l'histoire a connu comme étant des situations tout à fait légales » comme l'esclavage, par exemple (TRUCHE Pierre, « Genèse du crime contre l'humanité », in Musée-mémorial des enfants d'Izieu, *Le crime contre l'humanité : origine, état et avenir du droit*, Actes du séminaire tenu à Izieu et à l'Ecole Normale Supérieure de Lyon, Editions Comp'act, 19 et 20 octobre 1996, pp. 24 à 27).

SECTION 1 – DES CRIMES SOUVENT LIÉS A UN CONFLIT CIVIL OU MILITAIRE

Ce sont les accords de Londres portant Statut du tribunal de Nuremberg en date du 8 août 1945¹¹⁵⁹ et la déclaration unilatérale du 19 janvier 1946 du général Mac Arthur – Commandant suprême des forces alliées pour l’Extrême Orient – qui pour la première fois ont regroupé les poursuites pour crimes de guerre, crimes contre la paix et crimes contre l’humanité. Progressivement une obligation de juger les auteurs, quelle que soit leur qualité ou leur fonction, de toutes les infractions les plus graves, et non pas uniquement celles liées à la seconde guerre mondiale, s’est instaurée. Distinguer l’étude d’une part des crimes contre la paix et des crimes de guerre (I) et d’autre part des crimes contre l’humanité (II) permet de particulariser les problématiques posées par les amnisties de ces deux formes de crimes, d’autant que cette distinction montre l’abandon progressif du lien avec un conflit comme caractéristique d’un crime international. En outre, s’agissant des crimes contre la paix et des crimes de guerre, le droit international s’oppose à la pratique qui rend la clémence particulièrement utile après un conflit alors qu’il est exclu que cette question soit soulevée pour le second type d’infractions.

¹¹⁵⁹ Le tribunal militaire international de Nuremberg fut créé par l’accord de Londres du 8 août 1945 initialement conclu entre la France, les Etats-Unis, le Royaume-Uni et l’URSS. Dix-neuf autres Etats l’ont ensuite ratifié : l’Australie, la Belgique, le Danemark, l’Ethiopie, la Grèce, Haïti, le Honduras, l’Inde, le Luxembourg, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, le Panama, le Paraguay, la Pologne, la Tchécoslovaquie, l’Uruguay, le Venezuela, la Yougoslavie. Il siégea du 18 octobre 1945 au 1^{er} octobre 1946. (Voir : *Accord entre le gouvernement provisoire de la République française et les gouvernements des Etats-Unis d’Amérique, du Royaume-Uni de Grande Bretagne et de l’Irlande du Nord et de l’Union des Républiques Socialistes Soviétiques concernant la poursuite des grands criminels de guerre des puissances européennes de l’Axe* signé à Londres, le 8 août 1945, Recueil des traités, 1951, vol. 82, n° 251, pp. 280 à 301).

I. Des incertitudes pour imposer la poursuite des auteurs de crimes liés à un conflit

La définition générale des crimes de guerre et des crimes contre la paix se trouve dans le Statut du tribunal international de Nuremberg et dans les conventions de Genève¹¹⁶⁰ relatives au droit de la guerre.

Selon le professeur sud-africain Ziyad Motala, un crime de guerre n'est pas un crime ordinaire; ce n'est pas non plus un crime politique. Il considère par conséquent qu'une personne impliquée dans la réalisation de crimes de guerre ne doit pas se voir accorder une amnistie en prétendant que c'est une infraction de nature politique¹¹⁶¹. D'après lui, les crimes de guerre font donc partie des crimes non amnistiables quelle que soit la qualité de leur auteur¹¹⁶². Cette conception se

¹¹⁶⁰ En vertu de l'article 2 a) du protocole additionnel 1 aux conventions de Genève, « L'expression « les conventions » s'entend des quatre conventions de Genève du 12 août 1949 pour la protection des victimes de guerre ». Par ailleurs, « Les expressions « première convention », « deuxième convention », « troisième convention » et « quatrième convention » s'entendent respectivement de la convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, du 12 août 1949 ; de la convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées sur mer, du 12 août 1949 ; de la convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, du 12 août 1949; de la convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949 » (protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (protocole I), adopté le 8 juin 1977 par la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit humanitaire applicable aux conflits armés, entrée en vigueur le 7 décembre 1978, conformément aux dispositions de l'article 95, disponible sur le site <http://www.ohchr.org>).

¹¹⁶¹ On rappelle qu'en Afrique du Sud, l'un des critères de l'attribution de l'amnistie ayant accompagné la transition démocratique était la réalisation d'une infraction politique (*Promotion of National Unity and Reconciliation Act*, Act 34 of 1995, *op. cit.* Voir : annexe IX, p. 660).

¹¹⁶² « A war crime is not a « common » criminal offence; nor is it a political offence. A person alleged to have been involved in war crimes cannot be granted amnesty by claiming that the crimes was of a political nature » (MOTALA Ziyad, « The Constitutional Court's approach to international law and its method of interpretation international the « Amnesty decision »: Intellectual honesty or political expediency ? », *South African yearbook of international law*, 21, 1996, p. 39).

heurte à la constatation que si ces infractions, à l'image des crimes contre la paix, ne sont pas de nature politique – dans la mesure où leur mobile n'est pas nécessairement de porter atteinte à un intérêt ou une prérogative politique –, la poursuite de leurs auteurs n'en est pour autant pas moins soumise à la politique pour deux raisons. D'une part, en raison de la relative subjectivité de l'appréciation de leur élément constitutif matériel (A). D'autre part parce que l'amnistie peut être nécessaire pour des raisons politiques (B).

A. En raison de la relative subjectivité de la qualification de ces crimes

Du fait de la formulation même des conventions internationales définissant les crimes internationaux liés à un conflit, il est possible que les qualifications d'infractions similaires divergent selon les parties à ce conflit (1). En outre, le champ d'application de ces conventions étant parfois lui-même controversé, il pourra être discuté de leurs effets sur certaines infractions (2).

1. La relative subjectivité de leurs éléments constitutifs

Dans la conception française du droit pénal, l'infraction est constituée de quatre éléments généraux¹¹⁶³ : l'élément légal, l'élément matériel, l'élément moral et l'élément injuste. Si l'on applique ce raisonnement aux crimes de guerre, parfaitement codifiés par les conventions internationales, il est intéressant de constater que chaque élément peut se retrouver. Ces crimes ont été définis en premier lieu par le Statut du tribunal international de Nuremberg comme,

« Les crimes contre la paix : c'est à dire la direction, la préparation, le déclenchement ou la poursuite d'une guerre d'agression ou d'une guerre de violation des traités, assurances ou accords internationaux, ou la participation à un plan concerté ou à un complot pour l'accomplissement de l'un quelconque des actes qui précèdent¹¹⁶⁴ »

et

¹¹⁶³ Auxquels des éléments particuliers à chaque infraction peuvent se rajouter.

¹¹⁶⁴ Article 6 a du Statut.

« Les crimes de guerre : c'est à dire les violations des lois et coutumes de la guerre [qui] comprennent sans y être limitées, l'assassinat, les mauvais traitements ou la déportation pour des travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif, des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires¹¹⁶⁵ ».

Ainsi, dans la définition des crimes contre la paix, l'élément matériel est soigneusement délimité, mais la qualification d'un conflit en guerre d'agression pourrait être subjective.

Il en est de même s'agissant de l'élément matériel constitutif des crimes de guerre. Les violations possibles des lois et coutumes de la guerre sont énumérées alors que la précision selon laquelle cette énumération n'est pas limitative suffit à émettre un doute sur l'objectivité des autres catégories.

Il pourrait exister une autre difficulté d'interprétation du cadre dans lequel se réalisent ces infractions. Au regard des conventions de Nuremberg mais aussi de Genève¹¹⁶⁶ dans leur article II, certains ont pu penser que les crimes de guerre comme les crimes contre la paix ne pouvaient se réaliser que dans le contexte d'un conflit armé international. Les conventions de Genève *stricto sensu* d'ailleurs n'emploient pas le terme de « *crime de guerre* » mais énumèrent des « *infractions graves* » commises au cours d'un conflit armé international¹¹⁶⁷. En ce sens, ces conventions constituent des « *lois de la guerre* » au sens de l'article 6 b du Statut du tribunal militaire de Nuremberg et les infractions graves qu'elles déterminent correspondent donc à des « *violations des lois de la guerre* » auxquelles le même article fait référence. Or, des divergences d'appréciation des situations dans lesquelles ont été commises ces violations peuvent surgir entre les parties au conflit.

2. La relative subjectivité de la détermination de leur contexte

¹¹⁶⁵ Article 6 b du Statut.

¹¹⁶⁶ De 1949.

¹¹⁶⁷ Notamment dans ses articles 11, 51, 54, et 85.

Le professeur Michael P. Scharf soutient que le conflit haïtien des années 1990 ne correspondait pas aux cas s'inscrivant dans les conventions de Genève parce qu'il ne pouvait être qualifié de « *conflit international armé* » mais, qu'au contraire, d'après le Conseil de sécurité de l'ONU, il représentait une « *menace pour la paix et la sécurité internationales de la région*¹¹⁶⁸ ». Pour le professeur Scharf, le contexte haïtien d'alors empêchait de considérer l'amnistie résultant des accords de paix comme contraire à l'obligation de poursuivre résultant des conventions de Genève, dans la mesure où les crimes amnistiés n'avaient pas, selon son raisonnement, été commis durant un conflit armé international. Cet argument est d'autant plus recevable qu'en dépit de la possibilité d'appliquer les conventions de Genève aux « *cas de conflits armés ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des hautes parties contractantes*¹¹⁶⁹ », le protocole II relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux précise expressément que :

« Le présent protocole ne s'applique pas aux situations de tensions internes, de troubles intérieurs, comme les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence et autres actes analogues, qui ne sont pas considérés comme des conflits armés ».

Or, dès 1992, Haïti se caractérisait par l'usage systématique de la torture, des arrestations et détentions arbitraires par l'armée envers les partisans du président Aristide alors renversé après avoir été démocratiquement élu, ainsi que par des violations continuelles du droit à la vie, à la

¹¹⁶⁸ « *There are two reasons why the Haiti situation from 1991 to 1994 cannot be deemed an international armed conflict for purposes of the Geneva Conventions. First, there is a high threshold of violence necessary to constitute a genuine armed conflict, as distinct from the lower level disturbances (such as riots or isolated and sporadic acts of fighting) that occurred in Haiti during the reign of the military regime. Second, notwithstanding the determination of the Security Council that the situation in Haiti constituted « a threat to international peace and security in the region », the violence in Haiti did not have an international character as recognized by the Geneva Conventions* » (SCHARF Michael P., « Swapping amnesty for peace: was there a duty to prosecute international crimes in Haiti ? », *op. cit.*, p. 20).

¹¹⁶⁹ Ces conventions obligent alors à traiter avec humanité les personnes ne participant pas directement aux hostilités ainsi qu'à recueillir et soigner les blessés ou malades (article III commun aux conventions de Genève).

liberté et à la sécurité de la personne, à la liberté d'opinion, d'expression, de réunion et d'association¹¹⁷⁰. Ce n'étaient donc pas des « *actes isolés et sporadiques de violence* ». En revanche, comme cette situation était marquée par l'emploi unilatéral de la violence par les militaires et en raison de sa caractérisation par le Conseil de sécurité de l'ONU, la seule qualification possible était celle de « *tensions internes* » en raison de l'absence de deux parties armées. Cette interprétation validait en droit international l'amnistie haïtienne. Néanmoins, cette validation était rendue plus aisée encore par l'absence de participation d'une puissance étrangère au conflit, ce qui n'est pas toujours le cas, mais surtout par l'intervention de l'ONU dans cette qualification, ce que reconnaît le professeur Scharf. Les autorités politiques peuvent également chercher à masquer la situation de conflit international par l'utilisation de termes laissant penser que le but des opérations militaires n'est que le rétablissement de « la sécurité » menacée par des rebelles. Enfin, dans le cadre de troubles liés à l'indépendance d'un territoire, la question pourra se poser de la date de la transformation des actes sporadiques de violences en véritable conflit armé interne¹¹⁷¹ ainsi que de la naissance de l'Etat souverain et donc de celle du début d'un véritable conflit international.

¹¹⁷⁰ Si l'on se réfère par exemple, en raison de sa précision, au rapport de Marco Tulio Bruni Celli présenté devant la commission des droits de l'homme en février 1993 (Voir : TULLIO BRUNI CELLI Marco, rapporteur spécial conformément à la résolution 1992/77 de la commission, *Rapport sur la situation des droits de l'homme en Haïti*, présenté par M. Marco Tulio Bruni Celli, commission des droits de l'homme, quarante-neuvième session, Point 12 de l'ordre du jour, 9 février 1993, E/CN.4/1993/47, pp. 10 à 17).

¹¹⁷¹ Par exemple, s'agissant de la guerre d'Algérie, le doute sur sa qualification était entretenu par certains textes législatifs qui ne désignaient alors pas « *des ennemis* » comme dans un conflit armé mais des « *rebelles* », un vocabulaire qui se rapporte à de simples tensions internes. Selon Raphaëlle Branche: « *Dès le début des opérations militaires en Algérie, une instruction du ministre de l'intérieur et du ministre de la défense nationale « fixant l'attitude à adopter vis-à-vis des rebelles en Algérie » prônait une réaction militaire « plus brutale, plus rapide, plus complète », et demandait « à chacun de faire preuve d'imagination pour appliquer les moyens les plus appropriés compatibles avec [leurs] consciences de soldats ». Cependant, certains impératifs étaient précisés aux soldats : « tout rebelle faisant usage d'une arme ou aperçu une arme en main ou en train d'accomplir une exaction sera abattu sur le champ », et surtout : « le feu doit être ouvert sur tout suspect qui tente de s'enfuir ». Ainsi, et sans ambiguïté, les exécutions sommaires se trouvent légitimées a priori : les unités militaires n'avaient qu'à déclarer*

La principale conséquence de l'intervention de critères subjectifs dans ce type de qualifications est le reproche fait au tribunal de Nuremberg puis aux autres juridictions internationales se prononçant sur ces crimes, d'exercer une « justice des vainqueurs », c'est à dire adoptant uniquement le point de vue des vainqueurs avant d'opérer une qualification. Cette accusation est d'autant plus marquante s'agissant de dirigeants poursuivis en dépit d'une loi nationale les amnistiant, puisqu'ils incarnent leurs pays d'origine et que l'amnistie représente l'exercice de sa souveraineté par l'Etat. Par conséquent, la volonté d'éviter un jugement partial et non réciproque des dirigeants de l'Etat vaincu pour crime de guerre pourrait conduire à justifier l'amnistie.

C'est pour prévenir cet écueil d'une « justice des vainqueurs » qu'est né le projet d'une Cour pénale internationale permanente¹¹⁷², que les crimes contre la paix ne se retrouvent pas dans le traité de Rome instituant la CPI¹¹⁷³ et que les crimes de guerre y apparaissent de manière extrêmement détaillée¹¹⁷⁴ dans son article 8¹¹⁷⁵. Néanmoins, la difficulté de qualifier objectivement les crimes de guerre et les crimes contre la paix s'explique par la forte soumission à la politique de la construction comme de l'application du droit international¹¹⁷⁶. Il explique

*les victimes de ces assassinats « fuyards » ou « suspects ». Contrairement aux ennemis armés, les « suspects » formaient un vaste ensemble aux frontières définitionnelles totalement floues » (BRANCHE Raphaëlle, « Algérie », Etude de cas, *op. cit.*, p. 32).*

¹¹⁷² Voir : *infra*, pp. 437 à 458.

¹¹⁷³ Il a été remplacé par le crime d'agression pour lequel la Cour pénale internationale devrait à terme être compétente. Devant la difficulté des Etats pour s'entendre sur sa définition, l'article 5-2 charge une commission préparatoire de rédiger la disposition correspondante.

¹¹⁷⁴ C'est aussi en raison de l'« *opposabilité variable des acquis conventionnels de 1949 et de 1977 aux Etats* » (DAILLIER Patrick, NGUYEN Quoc Dinh, PELLET Alain, *Droit international public, op. cit.*, p. 714), soit notamment la convention du 26 novembre 1968 les rendant imprescriptibles (convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Voir, *infra* : pp. 519 et s.).

¹¹⁷⁵ Voir : annexe X, 671.

¹¹⁷⁶ Voir : *infra*, pp. 578 à 638.

également que l'amnistie, en particulier l'amnistie des dirigeants politiques, apparaisse nécessaire pour résoudre certains conflits.

B. Du fait de l'utilité de l'amnistie après un conflit interne

Dans son opinion dissidente dans l'affaire *Deronjic*, le juge Schomburg a précisé les conditions dans lesquelles selon lui une amnistie pouvait valablement être adoptée. Elle devait d'abord n'intervenir qu'une fois la sanction prononcée et être justifiée soit par la bonne conduite de la personne condamnée, soit par les nécessités de la réconciliation nationale¹¹⁷⁷.

Il est vrai qu'après un conflit, l'amnistie est l'un des choix s'offrant aux artisans de la réconciliation afin de poser les bases d'une paix durable comme le confirme l'article 6(5) du Protocole II additionnel aux conventions de Genève (1)¹¹⁷⁸. Il semble qu'une conciliation soit possible entre cette importance de l'amnistie et l'obligation de poursuivre les responsables de crimes internationaux résultant des conventions de Genève ainsi que de leur protocole I (2).

1. L'importance de l'amnistie après un conflit non international

Comme auparavant les crimes contre la paix, les crimes de guerre peuvent être de ceux qui sont amnistiés pour favoriser la réconciliation entre les anciens belligérants d'un conflit, une amnistie encouragée par certaines conventions et organisations internationales¹¹⁷⁹. Pour reprendre les propos de l'avocat William Bourdon,

« C'est lorsqu'une loi d'amnistie suit une période de grands troubles ou d'affrontements qu'elle efface purement et simplement des crimes qualifiés par le droit international de crimes universels. Dans cette hypothèse, la loi d'amnistie est

¹¹⁷⁷ Il précise même que : « *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* » (TPIY, Chambre de première instance II, 30 mars 2004, *Deronjic*, affaire IT-02-61, jugement portant condamnation, opinion dissidente du Juge Schomburg, § 11).

¹¹⁷⁸ Nous verrons d'ailleurs dans le dernier chapitre de cette thèse que cela motive également le recours à la justice transitionnelle (voir, *infra* : pp. 580 à 609)

¹¹⁷⁹ Par exemple, c'est le cas de l'ONU dans sa fonction de maintien de la paix, comme nous l'expliquerons plus loin (voir, *infra* : pp. 456 à 458 et pp. 612 à 616).

Les critères possibles de la prohibition

« justifiée » par la nécessité de voir restaurer la paix civile d'une part, par l'exigence de voir assurer une réconciliation nationale d'autre part. En d'autres termes, la loi d'amnistie vise à museler les victimes ayant enduré les crimes qui *a priori* sont ceux qui ont le plus heurté une communauté nationale ou la communauté internationale. C'est donc de sa dimension paradoxale que naissent de nombreuses contradictions. Comment rendre un fait non punissable alors qu'il apparaît comme le plus nécessairement punissable¹¹⁸⁰ ? »

Ainsi, la difficulté d'imposer la poursuite des dirigeants auteurs de crimes internationaux liés à un conflit s'explique par la fréquente nécessité d'admettre l'amnistie afin de favoriser la réconciliation entre les belligérants. La lecture des conventions de Genève et de leurs protocoles illustre cette difficulté. Deux dispositions pourraient même apparaître comme contradictoires.

La première d'entre elles est l'article 148 de la convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre qui organise le respect des règles du droit humanitaire durant les conflits. Il dispose que :

« Aucune haute partie contractante ne pourra s'exonérer elle-même, ni exonérer une autre partie contractante, des responsabilités encourues par elle-même ou par une autre partie contractante en raison des infractions prévues à l'article précédent¹¹⁸¹ ».

Il laisse donc supposer que l'amnistie ne peut intervenir afin d'exonérer de toute poursuite pénale les auteurs d'infractions au droit humanitaire, et ce, quelle que soit leur qualité¹¹⁸².

¹¹⁸⁰ BOURDON William, « Amnistie », droit, in GUTMAN Roy, RIEFF David (Ed.), *Crimes de guerre, ce que nous devons savoir*, éditions autrement, Paris 2002, p. 34.

¹¹⁸¹ *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps 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, réunie à Genève du 21 avril au 12 août 1949, entrée en vigueur le 21 octobre 1950, disponible sur le site <http://www.ohchr.org>

¹¹⁸² D'après l'article 146 de la même convention : « les hautes parties contractantes s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis,

Une seconde disposition, contenue cette fois-ci dans le protocole (II) additionnel aux conventions de Genève relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, peut lui sembler contradictoire. Son article 6(5) prévoit que :

« 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 ».

Selon cette disposition, l'octroi de l'amnistie doit être encouragé. Il pourrait donc au moins être possible d'amnistier des dirigeants politiques en tant que participants au conflit armé non international, une fois la paix revenue, et ce, même pour des crimes de guerre ou des crimes contre la paix. Il semble que les infractions dont cet article incite à amnistier les auteurs ne connaissent pas d'exceptions si l'on se réfère aux conditions d'élaboration de ce protocole telles qu'elles sont relatées par le professeur Roht-Arriaza. En effet, les différentes propositions d'amendements à l'article 6(5) précisant que ce dernier ne pourrait s'appliquer aux crimes contre l'humanité ni au génocide ont été rejetées¹¹⁸³. Dès lors, non seulement le protocole

ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves à la présente convention définies à l'article suivant.

Chaque Partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves, et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Elle pourra aussi, si elle le préfère et selon les conditions prévues par la législation, les remettre pour jugement à une autre partie contractante intéressée à la poursuite, pour autant que cette partie contractante ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes (...) » (Ibid).

¹¹⁸³ « Although not reflected in the final article, there were several attempts during the drafting process to limit the availability of amnesty for certain offenses. The Soviet representative contended that persons guilty of crimes against humanity and genocide should not receive protection, but rather « rules should be laid down for their punishment ». A group of Socialist bloc states introduced a proposal for a new paragraph to read: None of the provisions of this protocol may be used to prevent the prosecution and punishment of persons accused of war crimes or crimes against humanity. The proposal, however, was eventually relegated to a section forbidding application of the death penalty until the end of the conflict, where it apparently became caught up in debate over the general propriety of the death penalty and died (...). The final text of article 6(5) was approved by 37 votes to

additionnel II est souvent invoqué politiquement par les Etats après une transition démocratique pour justifier l'amnistie des crimes commis sous l'ancien régime¹¹⁸⁴, mais il fonde aussi la reconnaissance de la validité des amnisties par certaines juridictions pour des crimes pourtant susceptibles d'être assortis d'une obligation de poursuivre en droit international¹¹⁸⁵.

Pourtant, ces justifications sont souvent contestées au nom de l'obligation de poursuivre contenue dans le reste des dispositions des conventions de Genève. Par exemple, en Afrique du Sud, dans l'arrêt *AZAPO* précité, la référence à cette disposition par la Cour constitutionnelle – sous la plume du juge Mahomed – a été assez controversée. En effet, ce juge s'est essentiellement basé sur l'article 6(5) pour reconnaître la validité de l'amnistie en droit international. Il a auparavant distingué clairement les actes commis durant un conflit entre plusieurs Etats de ceux commis au sein d'un Etat souverain, puis il a justifié l'application de ce protocole en particulier par la nécessité de vivre ensemble après un conflit. Il en a conclu que l'amnistie prévue par la loi de promotion de l'unité nationale et de la réconciliation de 1995¹¹⁸⁶ ne constituait pas une violation du droit international¹¹⁸⁷. Une partie de la doctrine, notamment le professeur John Dugard, s'est élevée contre cette justification, la présentant comme probablement juste au point de vue constitutionnel mais très décevante s'agissant du droit

15, with 31 abstentions (...) » (ROHT-ARRIAZA Naomi, « Special problems of a duty to prosecute : derogation, amnesties, statutes of limitation, and superior orders », *op. cit.*, p. 58).

¹¹⁸⁴ Voir : JOINET Louis (sous la direction de), *Lutter contre l'impunité, dix questions pour comprendre et agir*, *op. cit.*, pp. 47 et s.

¹¹⁸⁵ Andreas O'Shea remarque par exemple que cette justification apparaît dans tous les arrêts de la Cour suprême chilienne confirmant la validité de l'amnistie de 1978 (O'SHEA Andreas, *Amnesty for crime in international law and practice*, *op. cit.*, p. 61).

¹¹⁸⁶ *Promotion of National Unity and Reconciliation Act*, 1995, section 20, *op. cit.* ; voir : annexe IX, p. 660.

¹¹⁸⁷ « ... Considered in this context, I am not persuaded that there is anything in the Act and more particularly in the impugned section 20 (7) thereof, which can properly be said to be a breach of the obligations of this country in terms of the instruments of public international law... » (*AZAPO and others v. The President of the Republic of South Africa*, 1996, *op. cit.*, §32). Voir : annexe XVII, p. 685.

international¹¹⁸⁸. Selon le professeur Dugard, la Cour aurait dû rechercher si l'obligation de poursuivre les auteurs de crimes internationaux – dont l'article 148 de la convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre est une illustration – représentait une obligation¹¹⁸⁹ coutumière. Cet auteur semble incertain sur la valeur de cette obligation¹¹⁹⁰ mais si la Cour avait réalisé l'examen qu'il préconisait, il aurait pu être considéré qu'elle s'imposait aux Etats en dépit de l'article 6(5) du protocole II, dès lors que certains soutiennent que l'obligation de poursuivre a une valeur coutumière. La contradiction entre la nécessité de poursuivre les auteurs de violation du droit humanitaire représentée par l'article 148 de la convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre et celle de pardonner après un conflit illustrée par l'article 6(5) du protocole II aux conventions de Genève n'est qu'apparent. Une conciliation est possible entre ces deux exigences.

2. L'éventuelle conciliation entre l'importance de l'amnistie et l'obligation de poursuivre les auteurs de crimes internationaux au sortir d'un conflit interne

¹¹⁸⁸ « *Although the judgment of the Constitutional Court, written in moving and eloquent language by Deputy President Mahomed, accurately captures the intention of the two parties responsible for the amnesty compact contained in the « postamble », and is probably correct as a matter of constitutional interpretation, it is disappointing from the perspective of international law* » (DUGARD John, « International law and the South African Constitution », *The European Journal of International Law*, vol. 8 (1997), n° 1, Oxford University Press, pp. 77 à 93).

¹¹⁸⁹ Nous nous interrogerons sur la valeur de cette obligation dans le dernier titre de cette thèse afin de voir si elle empêche désormais l'adoption même, et non pas seulement la reconnaissance, de lois d'amnistie de dirigeants politiques pour certains crimes (voir, *infra* : pp. 517 et s.).

¹¹⁹⁰ « *Had the Court carefully considered the question whether customary international law requires prosecution of those alleged to have committed crimes against humanity as an absolute rule, it would probably have found that state practice is too uncertain and unsettled to support such a rule. Its failure to do so, however, evidences a disregard for international law...* » (DUGARD John, « International law and the South African Constitution », *op. cit.*).

Les critères possibles de la prohibition

En réalité, la contradiction entre l'article 6(5) de ce protocole et l'article 148 de la convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre n'est qu'apparente ; ils se complètent. En effet, l'article 6(5) du protocole II ne vise que les conflits armés non internationaux, qui sont préalablement définis à l'article premier comme ceux :

« Qui se déroulent sur le territoire d'une haute partie contractante entre ses forces armées et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et déconcertées¹¹⁹¹ ».

Dans les autres situations conflictuelles, il convient d'appliquer les conventions de Genève ainsi que leur protocole I qui instaurent une obligation de poursuivre et de sanctionner les auteurs des violations de leurs dispositions.

En outre, d'après les auteurs travaillant sous la direction de Louis Joinet,

« [L'article 6(5)] s'applique aux combattants afin qu'ils ne soient pas punis pour des actes d'hostilité incluant la mort de combattants ennemis à partir du moment où ils ont respecté le droit humanitaire. Autrement dit, l'amnistie peut être accordée, mais dans le respect du droit humanitaire, ce qui exclut les actes de torture. Le préambule du protocole additionnel II souligne d'ailleurs la « *nécessité d'assurer une meilleure protection aux victimes de [ces] conflits armés* ». Prétendre que l'amnistie pourrait être accordée en toutes circonstances en invoquant l'article 6(5) constitue donc une interprétation extensive et impropre du protocole II et le détourne de son objectif même¹¹⁹² ».

Il est vrai que l'analyse approfondie de cet article pourrait aller dans le même sens. En effet, il faudrait distinguer dans ce protocole les « *personnes reconnues coupables d'une*

¹¹⁹¹ Article 1-1 du protocole (1) additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, *op. cit.*

¹¹⁹² JOINET Louis (sous la direction de), *Lutter contre l'impunité, dix questions pour comprendre et agir*, *op. cit.*, pp. 47-48.

*infraction*¹¹⁹³ », qui sont celles ayant violé les dispositions de ces conventions ou protocoles, des « *personnes ayant pris part au conflit armé* ». Or, l'article 6(1) précise que « *le présent article s'applique à la poursuite et à la répression d'infractions pénales en relation avec le conflit armé* ». Ainsi, si « *les personnes ayant pris part au conflit armé* » ont commis des infractions dans le cadre de ce conflit, elles ne pourront être amnistiées que dans la mesure où ces dernières ne correspondront pas aux infractions obligatoirement sanctionnées en vertu du protocole, ce qui ne se limite donc pas à la torture mentionnée par Louis Joinet. En revanche, si l'on se réfère à nouveau aux conditions d'élaboration de ce protocole retracées par le professeur Naomi Roht-Arriaza, rien ne permet d'exclure les dirigeants politiques en tant qu'agents de l'Etat d'une disposition d'amnistie de ce type¹¹⁹⁴.

Certaines organisations internationales ont une interprétation différente de l'article 6(5) du protocole II. Elles se basent sur la conception que :

« L'impunité n'est pas une base ferme pour une réconciliation à (plus) long terme, même si la réconciliation à court terme a tendance à faire des compromis en matière de justice¹¹⁹⁵ ».

Par conséquent, selon le Comité International de la Croix Rouge (CICR),

¹¹⁹³ On trouve cette expression dans le même article 6 : « *Aucune condamnation ne sera prononcée ni aucune peine exécutée à l'encontre d'une personne reconnue coupable d'une infraction sans un jugement préalable rendu par un tribunal offrant les garanties essentielles d'indépendance et d'impartialité. En particulier, (...) nul ne peut être condamné pour une infraction si ce n'est sur la base d'une responsabilité pénale individuelle (...)* » (*Ibid*, article 6).

¹¹⁹⁴ « *No attention was paid to the special problems of amnesty for state agents accused of penal offenses. Nonetheless, the language of article 6(5) is broad enough to cover both insurgents and state agents* » (ROHT-ARRIAZA Naomi, « Special problems of a duty to prosecute : derogation, amnesties, statutes of limitation, and superior orders », *op. cit.*, p. 58).

¹¹⁹⁵ DARCY James, « Droits de l'homme et normes juridiques internationales : ce que doivent savoir les employés des agences humanitaires », *Réseau d'aide d'urgence et réhabilitation*, mars 1997, Londres : Overseas development institute, p. 23.

Les critères possibles de la prohibition

« A l’instar de l’article III commun, le protocole II laisse intact le droit des autorités constituées de poursuivre, juger et condamner les personnes militaires et civiles, qui auraient commis une infraction en relation avec le conflit armé ; cependant, une telle situation entraîne souvent la suspension des garanties constitutionnelles, la promulgation de lois spéciales et l’institution de juridictions d’exception¹¹⁹⁶ ».

Ce droit de poursuivre, juger et condamner les auteurs de violations du droit humanitaire dans le cadre d’un conflit non international serait donc maintenu uniquement à long terme, une fois les garanties constitutionnelles rétablies. L’amnistie pourrait en ce sens constituer un moyen de mettre fin à un conflit et de relâcher les éventuels prisonniers des deux parties au conflit sans pour autant exclure des poursuites ultérieures¹¹⁹⁷. Cette position a l’avantage de combiner les deux exigences d’un conflit qui s’achève. Elle pose cependant de nombreux problèmes constitutionnels liés au caractère définitif d’une amnistie ; à moins que les Etats ne consentent clairement à la création juridique d’un nouveau type d’amnistie : une amnistie provisoire, s’apparentant à une immunité temporaire qui s’éteindrait une fois la période de réconciliation achevée. On pourrait alors s’interroger sur l’utilité juridique d’une telle mesure d’autant plus qu’elle est déjà susceptible d’exister politiquement, lorsque les Etats choisissent ou sont contraints momentanément de ne pas exercer de poursuites pénales, pour des raisons d’opportunité, sans pour autant recourir formellement à une amnistie¹¹⁹⁸.

Nous nous contenterons donc de suggérer une troisième forme de conciliation possible entre l’article 6(5) du protocole II et l’obligation de poursuivre les auteurs de certaines infractions,

¹¹⁹⁶ Protocole additionnel (II) aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (protocole II), 8 juin 1977, commentaire, <http://www.cicr.org>

¹¹⁹⁷ Cette position a été présentée par le professeur Xavier Philippe s’exprimant alors au nom du CICR, lors de la « table ronde du 21 janvier 2005 à l’UMR de droit comparé de Paris » sur la prescription, la grâce et l’amnistie, *op. cit.*, in RUIZ-FABRI Hélène (sous la direction de), *Recherche : amnistie, grâce, prescription en Europe*, UMR droit comparé, Mission « Droit et justice », 2005, à paraître.

¹¹⁹⁸ Nous le reverrons lorsque nous évoquerons l’amnistie internationale *de facto* qui est révélatrice du besoin d’amnistie en droit international (voir, *infra* : pp. 626 et s.).

une forme de conciliation qui a l'avantage d'accorder les deux premières formes, mais qui sera développée ultérieurement car elle fait alors intervenir un critère fonctionnel de l'obligation de poursuivre¹¹⁹⁹. Les hauts responsables, dont les dirigeants politiques et les chefs de l'autre partie, ayant provoqué, donné l'ordre de commettre, voire cautionné des infractions graves durant le conflit passé, seraient exclus de l'amnistie. Cette dernière ne s'appliquerait alors qu'aux anciens combattants et prisonniers n'ayant pas directement exécuté de crime international.

Par conséquent, imposer la poursuite des responsables de crimes liés à un conflit suscite de nombreuses difficultés relatives en particulier à la qualification des infractions commises ainsi qu'à l'utilité de l'amnistie après un conflit. S'agissant des crimes contre l'humanité, ils ont pu parfois être difficiles à distinguer des précédents du fait de leur rattachement à la seconde Guerre mondiale et dès lors susciter des problèmes similaires. Toutefois, depuis que leur distinction avec ces autres infractions s'est affinée, il semble que l'évidence de poursuivre les dirigeants responsables de crimes contre l'humanité quels que soient leur lien avec un conflit puisse être affirmée.

II. L'évidence de poursuivre les responsables de crimes contre l'humanité quels que soient leurs liens avec un conflit

Pour certains juristes, les premiers actes qualifiables de crimes contre l'humanité seraient les massacres d'arméniens en Turquie sous l'autorité des dirigeants turcs en 1915¹²⁰⁰. Toutefois, il

¹¹⁹⁹ Voir : *infra*, pp. 433 et s.

¹²⁰⁰ C'est ce qu'avance par exemple Jean-François Roulot dans sa thèse tout en remarquant que : « Certes, à l'époque ces actes n'avaient pas encore reçu de nom ni même une définition. Mais ils avaient été reconnus en tant que crime en droit international par différentes conventions. Ils avaient alors même failli être réprimés » (ROULOT Jean-François, *Le crime contre l'humanité*, préface de Charalambos APOSTOLIDIS, thèse de doctorat remaniée (1998, Droit public, Université de Dijon), L'Harmattan, collection : logiques juridiques, 2002, p. 415).

est possible de se rattacher à la position du professeur suisse Jean Graven¹²⁰¹ pour qui les crimes contre l'humanité sont aussi anciens que l'humanité elle-même¹²⁰². Quoi qu'il en soit, les crimes contre l'humanité ne sont devenus une véritable infraction qu'à la fin de la seconde guerre mondiale. Ils ont ensuite été longtemps éclipsés par les crimes contre la paix et les crimes de guerre¹²⁰³ et ne sont devenus une catégorie autonome que lorsqu'ils ont été détachés de tout lien avec un conflit (A) et se sont inscrits dans le cadre d'une politique systématique de destruction des gouvernés menée par des gouvernants, ce qui rend, là-encore, la question de l'amnistie des dirigeants politiques particulièrement importante dans ce domaine (B).

A. L'abandon de l'exigence du lien avec un conflit

L'abandon de l'exigence du lien entre le crime contre l'humanité et un conflit est le fruit d'une évolution conventionnelle (1). Mais la jurisprudence a confirmé cette évolution (2).

Il est vrai que ces actes sont les premiers à avoir été expressément qualifiés de « crimes contre l'humanité » par un texte international, en l'occurrence la déclaration en date du 29 mai 1915 des gouvernements de la France, du Royaume-Uni et de la Russie avertissant le gouvernement ottoman afin de faire cesser le massacre des arméniens, alors même que le crime contre l'humanité n'avait pas été reconnu comme un crime de droit international. Il faut signaler qu'actuellement la qualification donnée à ces crimes par les diverses organisations cherchant à le faire reconnaître des autorités turques est plutôt celle de génocide, une notion qui s'est progressivement détachée de celle de « crime contre l'humanité » (sur la définition du génocide, voir : *infra*, pp. 424 et s.).

¹²⁰¹ Auteur notamment de : « les crimes contre l'humanité peuvent-ils bénéficier de la prescription ? », *Revue pénale suisse*, 1981, pp. 113 à 178.

¹²⁰² Cité par Steven R. Ratner et Jason S. Abrams (ABRAMS Jason S., RATNER Steven R., *Accountability for human rights atrocities in international law, Beyond the Nuremberg legacy*, *op. cit.*, p. 46).

¹²⁰³ C'est d'ailleurs l'un des constats fait par Robert Badinter au sujet du procès de Nuremberg : « Apparue lors des procès de Nuremberg, le crime contre l'humanité n'y avait guère retenu l'attention. C'était aux crimes contre la paix, aux crimes de guerre de tous ordres commis par les nazis que s'étaient attachées les autorités alliées » (BADINTER Robert, « préface » in CHALANDON Sorj, NIVELLE Pascale, *Crimes contre l'humanité, Barbie Touvier Bousquet et Papon*, Editions Plon, Paris, 1998, p. IV).

1. Un abandon résultant de l'évolution des dispositions conventionnelles

En vertu de l'article 6c du Statut du tribunal de Nuremberg, constituent des crimes contre l'humanité :

« L'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques et religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du tribunal ou en liaison avec ce crime ».

D'après les articles 6a et 6b déjà cités¹²⁰⁴ du même Statut, les autres « *crime[s]* rentrant dans la compétence du tribunal » étaient les crimes contre la paix et les crimes de guerre. Devaient donc être qualifiés de crimes contre l'humanité, les crimes « *commis à la suite* » ou « *en liaison* » avec un crime contre la paix ou un crime de guerre. Ils étaient ainsi nécessairement en relation avec un conflit. En outre, il n'existait qu'une seule différence pratique entre les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Les premiers étaient réalisés contre les nationaux d'un autre Etat par une puissance occupante, tandis que les seconds l'étaient contre des nationaux du même Etat que ceux les perpétrant¹²⁰⁵. Pour reprendre l'exemple donné par le professeur Ziyad Motala, les crimes énumérés par l'article 6c commis par l'Allemagne contre une large partie de ses nationaux en dehors de la guerre, ne pouvaient entrer dans le domaine de compétence du tribunal de Nuremberg selon son Statut¹²⁰⁶. Grâce à l'évolution ultérieure de la définition de ces crimes, de tels actes, dont les victimes ont notamment été les juifs de nationalité allemande persécutés et assassinés en dehors du contexte de la guerre, ont été par la suite reprochés aux personnes comparaisant à Nuremberg. Ainsi, la loi n° 10 du Conseil de

¹²⁰⁴ Voir : *supra*, pp. 377 et 386.

¹²⁰⁵ C'est la conclusion tirée par Michael P. Scharf (SCHARF Michael P., « Swapping amnesty for peace... », *op. cit.*, p. 29).

¹²⁰⁶ MOTALA Ziyad, « The promotion of national unity and reconciliation act, the Constitution and international law... », *op. cit.*, p. 352.

Les critères possibles de la prohibition

contrôle allié pour l'Allemagne promulguée le 10 décembre 1945 ayant supprimé toute exigence de lien entre les crimes contre l'humanité et les crimes contre la paix et les crimes de guerre¹²⁰⁷, la jurisprudence ultérieure s'y est référée pour qualifier de crimes contre l'humanité, ceux commis en l'absence de tout lien avec les deux autres crimes ou avec l'Etat d'origine de leurs auteurs ou victimes¹²⁰⁸.

La définition de cette catégorie d'infractions n'a ensuite cessé d'évoluer. Le crime contre l'humanité a été distingué d'autres crimes¹²⁰⁹, dont celui de génocide dès l'adoption de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide¹²¹⁰ qui en complète la définition coutumière¹²¹¹.

¹²⁰⁷ Article II alinéa c) du Statut du Conseil de contrôle.

¹²⁰⁸ C'est le cas par exemple dans le dossier *Etats-Unis contre Ohlendorf et autres*, Procès du Conseil de contrôle IV, dossier n° 9, p. 49. Cependant, dans d'autres affaires la loi n° 10 a été ignorée au profit de l'accord de Londres, comme dans le dossier *Etats-Unis contre Von Weizsäcker et autres*, Procès du Conseil de contrôle XIII, dossier n° 11, 1948, p. 112.

¹²⁰⁹ Voir : *infra*, pp. 424 et s.

¹²¹⁰ 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, conformément aux dispositions de l'article XIII.

¹²¹¹ Voir : *infra*.

De même, si l'on se réfère à l'article 3 du Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR)¹²¹², et surtout, à l'article 7 du Statut de la CPI, l'exigence d'un lien avec un conflit armé a été remplacée par celle d'une attaque généralisée et systématique contre une population¹²¹³. Cette attaque est définissable comme :

« Le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ».

Par conséquent, s'il n'existe pas de définition unanime de ce crime, le lien avec un conflit armé semble être abandonné.

C'est en raison de cette évolution naissante, qu'au moment de son adoption, l'article 5 du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie¹²¹⁴ (TPIY) avait été dénoncé comme un retour en arrière car il rétablissait ce lien¹²¹⁵. Il précise en effet que :

¹²¹² Cet article habilite le TPIR « à juger les personnes responsables des crimes [contre l'humanité] lorsqu'ils ont été commis dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique dirigée contre une population civile quelle qu'elle soit, en raison de son appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse » Statut du tribunal international pour le Rwanda, créé par le Conseil de sécurité agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies dans sa résolution 955 adoptée le 8 novembre 1994, disponible sur le site internet du TPIR : <http://www.ictj.org>, article 3).

¹²¹³ Statut de Rome de la Cour pénale internationale, en date du 17 juillet 1998, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002, *op. cit.*, article 7-1, voir : annexe X, p. 671.

¹²¹⁴ Statut du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie adopté le 23 mai 1993 par la résolution 827 du Conseil de sécurité, tel qu'amendé à plusieurs reprises, dont le 19 mai 2003 par la résolution 1481.

¹²¹⁵ C'est le cas du professeur Roht-Arriaza : « *If so interpreted, the definition would be a step back from prior definitions of crimes against humanity in both Control Council Law 10 and subsequent codifications, which had abandoned the original tie to acts done « before or during the war »* » (ROHT-ARRIAZA Naomi, « Nontreaty sources of the obligation to investigate and prosecute », *op. cit.*, pp. 54-55).

« Le tribunal international est habilité à juger les personnes présumées responsables des crimes [contre l'humanité¹²¹⁶] lorsqu'ils ont été commis au cours d'un conflit armé, de caractère international ou interne et dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit ».

Toutefois, la nécessité d'un lien avec un conflit armé de caractère international ou interne s'explique par la détermination du champ de compétence de cette juridiction :

« Habilité[e] à juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, conformément aux dispositions du présent Statut ».

Elle ne s'inscrit certainement pas dans une remise en cause de la définition générale du crime contre l'humanité mais plutôt comme une exception justifiée par le caractère spécial de la juridiction mise en place¹²¹⁷ comme le confirme la jurisprudence de cette juridiction.

2. Un abandon confirmé par la jurisprudence

S'agissant de la jurisprudence internationale, elle va dans le sens de la suppression de l'exigence d'un lien avec un conflit armé. Ainsi, dans l'affaire *Tadic*, la Chambre d'appel du TPIY a confirmé l'abandon de cette exigence en certifiant que :

« Le lien entre les crimes contre l'humanité et les crimes contre la paix ou les crimes de guerre, requis par la Charte de Nuremberg intéressait spécifiquement la

¹²¹⁶ D'après le même article, matériellement, les crimes contre l'humanité sont : l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, l'expulsion, l'emprisonnement, la torture, le viol, les persécutions pour des raisons politiques, raciales et religieuses et les autres « actes inhumains ». Le viol a donc été ajouté à la définition matérielle de Nuremberg (voir : annexe X, p. 671).

¹²¹⁷ Le Conseil de sécurité de l'ONU précise même dans sa résolution qu'il décide « *par la présente résolution de créer un tribunal international dans le seul but de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire international commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie entre le 1^{er} janvier 1991 et une date que déterminera le Conseil après la restauration de la paix, et d'adopter à cette fin le présent Statut du tribunal international* » (Résolution 827 adoptée le 25 mai 1993, article 1, S/RES/827 (1993)). Cela confirme bien le caractère spécial de la juridiction créée.

compétence du tribunal de Nuremberg. (...) Cette condition (...) a été abandonnée par la pratique ultérieure des Etats concernant les crimes contre l'humanité. L'absence de lien entre les crimes contre l'humanité et un conflit armé international est maintenant une règle établie du droit international coutumier¹²¹⁸ ».

La défense soutenait pourtant qu'aucun des actes qui lui étaient reprochés n'avaient été réalisés dans le cadre d'un conflit armé international au sens des conventions de Genève, et qu'ils ne pouvaient donc en aucun cas constituer des crimes contre l'humanité. Elle reconnaissait que le Statut donnait compétence au TPIY pour juger des infractions commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie mais prétendait que les dispositions du Statut ainsi que la jurisprudence du tribunal de Nuremberg relatives à la définition de ces crimes devaient s'appliquer, que le Conseil de sécurité avait donc excédé ses pouvoirs en donnant compétence au tribunal pénal international pour les crimes commis durant un conflit armé non international. Néanmoins, le Procureur s'est référé à la pratique ultérieure des Etats, en particulier de la France, « *pour conclure que les dispositions du tribunal militaire de Nuremberg ne correspondaient plus au droit international contemporain*¹²¹⁹ ».

Il est vrai qu'en droit comparé, ces principes entrent peu à peu en vigueur dans le droit des Etats.

¹²¹⁸ *Le Procureur contre Dusko Tadic, alias « Dule »*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, § 140 et 141. C'est pour cela mais aussi parce qu'elle a permis la réaffirmation de la légalité du TPIY et sa primauté sur les juridictions nationales que le professeur Jose E. Alvarez estime que l'affaire *Tadic* a redonné de la vigueur aux principes de Nuremberg et même au droit international lui-même (ALVAREZ Jose E., « Nuremberg revisited : the Tadic case », in *Symposium : The International Tribunal for Former Yugoslavia Comes of age*, *EJIL* (1996), n° 7, pp. 245 à 264).

¹²¹⁹ Nous reprenons ici les termes employés par le professeur anglais Christopher Greenwood dans son analyse de l'affaire *Tadic* (GREENWOOD Christopher, « International humanitarian law and the Tadic case », in *Symposium : The International Tribunal for Former Yugoslavia Comes of age*, *EJIL* (1996), n° 7, p 268).

Ainsi, en Israël, selon la loi de 1950¹²²⁰ sur le châtement des nazis et des collaborateurs des nazis, les actes criminels¹²²¹ doivent avoir été commis « *durant la période du régime nazi, dans un Etat ennemi* »¹²²², ce qui n'inclut pas uniquement les actes ayant un lien direct avec la seconde guerre mondiale. Le droit positif français se singularise quant à lui par une évolution aux conséquences insolites. Par un arrêt en date du 1^{er} avril 1993, *Sobansky Wladyslav*, la Cour de cassation¹²²³ a infirmé celui de la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris¹²²⁴ qualifiant de crimes contre l'humanité des faits commis « *postérieurement à la seconde guerre mondiale* » par un ressortissant français alors que le Statut du tribunal militaire de Nuremberg ne visait que les crimes commis pour le compte des pays de l'Axe. Selon cette haute juridiction, les faits reprochés à Georges Boudarel,

« Quelles que soient les qualifications de droit commun qu'ils pouvaient revêtir entraient nécessairement dans le champ d'application de l'article 30 de la loi du 18 juin 1966 portant amnistie de tous les crimes commis en liaison avec les événements consécutifs à l'insurrection vietnamienne ».

L'article 212-1 du nouveau Code pénal¹²²⁵ a transformé l'état du droit. Aucun lien n'est désormais exigé entre les actes criminels et la seconde guerre mondiale. Ils doivent exclusivement avoir été organisés en « *exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile* ». Il y a subséquemment deux régimes juridiques qui coexistent. Du fait de

¹²²⁰ Loi 5710/1950 relative au châtement des nazis et collaborateurs nazis. Disponible en anglais sur le site internet du Ministère des affaires étrangères israélien : <http://www.mfa.gov.il/MFA>.

¹²²¹ Entendus comme : le meurtre, l'extermination, le fait de prendre en esclavage, d'affamer des populations civiles ainsi que la persécution pour un motif racial, religieux ou politique (*Ibid*, article 7).

¹²²² *Ibid*, article 1.

¹²²³ Cet arrêt était relatif à l'affaire *Boudarel*, du nom de ce ressortissant français, ancien commissaire politique d'un camp d'Indochine de prisonniers viet-minh, en 1953 (C. cass., crim, 1^{er} avril 1993, *Sobansky Wladyslav* (Affaire Georges Boudarel), n° de pourvoi : 92-82273, Bulletin criminel 1993, n° 143, p. 351).

¹²²⁴ En date du 20 décembre 1991.

¹²²⁵ Tel que modifié par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004, article 28 (J.O. du 7 août 2004).

la non rétroactivité de la loi pénale la plus sévère, les faits antérieurs à 1994 ne sont qualifiables de crimes contre l'humanité que s'ils sont liés à la seconde guerre mondiale, le Code pénal de 1994 ne s'appliquant dans ce domaine que pour les crimes qui lui sont postérieurs¹²²⁶.

Néanmoins, les droits nationaux évoluent bien vers une répression plus poussée des crimes contre l'humanité définis comme n'ayant pas toujours un lien avec un conflit, mais qui s'inscrivent dans le cadre d'une politique systématique. Par exemple, la Cour suprême canadienne distingue le crime contre l'humanité des crimes de droit commun « *parce qu'ils s'inscrivent dans une politique de discrimination ou de persécution d'un groupe ou d'une race identifiée*¹²²⁷ ».

Quant à la loi belge du 10 février 1999¹²²⁸, elle a adopté la définition de la CPI.

Par conséquent, les dirigeants politiques devraient logiquement être les instigateurs de ce type de crimes. Il est donc intéressant de se demander, comme pour les autres crimes internationaux, si l'amnistie des dirigeants politiques pour des faits constitutifs de crimes contre l'humanité est possible, ou bien s'il existe une obligation de les poursuivre.

B. Une « atteinte criminelle au droit international des droits de l'homme portée par des gouvernants sur des gouvernés » (Jean-François ROULOT)¹²²⁹

¹²²⁶ C. cass, crim., 1^{er} juin 1995, *Touvier*, Bulletin criminel 1995, n° 202, p. 547.

¹²²⁷ Pour l'analyse de cette jurisprudence, voir : ABRAMS Jason S., RATNER Steven R., *Accountability for human rights atrocities in international law, Beyond the Nuremberg legacy*, op. cit., p. 64.

¹²²⁸ Le régime juridique de la compétence universelle en Belgique a depuis été modifié par les lois du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire et du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire (voir : annexes XIV et XV, pp. 681-682).

¹²²⁹ ROULOT Jean-François, *Le crime contre l'humanité*, op. cit., p. 415.

La perpétuelle exigence, pour qualifier un crime contre l'humanité, du lien avec une politique « généralisée ou systématique » contre une population civile (1) renvoie à la responsabilité des dirigeants politiques en tant qu'instigateurs, initiateurs ou inspireurs de ces crimes ¹²³⁰ (2).

1. Le cadre : une politique « généralisée ou systématique » contre toute population civile

À ces dirigeants peuvent bien être assimilés « *les membres d'une organisation cherchant à contrôler un territoire, que ce soit un gouvernement de facto, une insurrection armée ou autre*¹²³¹ ». Toutefois, l'atteinte criminelle au droit international portée par des gouvernants n'a

¹²³⁰ Cela correspond, parmi de nombreux exemples, au raisonnement du professeur Naomi Roht-Arriaza : « *Certain characteristics distinguish crimes against humanity from the underlying common crimes as well as from human rights violations, even gross human rights violations to become crimes against humanity, there must be an additional international element, which Bassiouni characterizes as « state action or policy » – that is, that these acts are carried out by state officials or their agents in furtherance of an action or policy based on discrimination and/or persecution of an identifiable group* » (ROHT-ARRIAZA Naomi, « Nontreaty sources of the obligation to investigate and prosecute », *op. cit.*, p. 51).

¹²³¹ Selon Jason S. Abrams et Steven R. Ratner qui expliquent que : « *The ILC's 1954 Draft Code [article 2-11] requires that the acts be committed « by the authorities of a State or by private individuals acting at the instigation or with the toleration of such authorities ». This would ensure that an inhuman act by a private individual would not per se constitute an international crime. In the 1980s, the Commission seemed to move in the direction of acknowledging the possibility of crimes against humanity by non-state actors. The 1996 Draft Code speaks of acts « instigated or directed by a government or by any organization or group », and the ILC's commentary makes clear the desire to cover private groups or criminal gangs committing systematic or mass human rights violations (...). In particular those committing the offenses typically are part of an organization seeking political control of or influence over a territory, whether as a de facto government, armed insurrection, or otherwise* » (ABRAMS Jason S., RATNER Steven R., *Accountability for human rights atrocities in international law, Beyond the Nuremberg legacy*, *op. cit.*, pp. 68 à 69).

pas inévitablement lieu sur leurs propres gouvernés. D'après William J. Fenrick¹²³², il faut déduire des diverses définitions de droit international évoquées, que ces « gouvernés » sont nécessairement des populations civiles, ce qui inclut, par exemple, les patients d'un hôpital, anciens combattants ayant déposé les armes¹²³³, et que les crimes commis à leur encontre ne doivent pas l'avoir été pour des motifs personnels propres à celui qui les a réalisés¹²³⁴. De plus, en pratique le nombre de gouvernés victimes doit être le plus souvent assez élevé, pour que le caractère intentionnel de l'atteinte qui leur est portée soit retrouvé¹²³⁵.

C'est en raison de l'encadrement de ces infractions par une politique systématique que William J. Fenrick propose d'assimiler à terme les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité¹²³⁶. Il est vrai que selon la Chambre criminelle de la Cour de cassation française, c'est ce facteur politique qui unit ces deux crimes :

« Le crime contre l'humanité est constitué par la persécution allant jusqu'à l'extermination en temps de paix comme en temps de guerre de populations civiles et de toutes personnes non combattantes pour leur appartenance à une race ou pour leurs seules idées religieuses ou politiques en application d'une politique étatique délibérée et ce, sans utilité pour la conduite de la guerre, cependant, que le crime de guerre qui

¹²³² Ancien avocat militaire dans l'armée canadienne, actuellement Conseiller juridique principal au sein du TPIY.

¹²³³ Cet auteur se réfère à l'affaire *Tadic* déjà évoquée.

¹²³⁴ FENRICK William J., « Should crimes against humanity replace war crimes ? », *Columbia Journal of transnational law*, p. 778.

¹²³⁵ Dans le même sens : « *In requiring this element of « state actions », crimes against humanity are similar to other gross violations of human rights. They differ however, in their necessarily collective and massive nature; the reference to « populations » in article 6c of the charter recognizes this element of massiveness* » (ROHT-ARRIAZA Naomi, « Nontreaty sources of the obligation to investigate and prosecute », *op. cit.*, p. 51).

¹²³⁶ *Ibid*, p. 785. Il faut signaler que cette question avait déjà été posée par le professeur Leslie C. Green dans la revue juridique de l'Ecole de l'armée de l'air américaine (GREEN Leslie C., « graves breaches or crimes against humanity? », *US Air Force Academy Journal of Legal Studies*, volume 8, 1997/1998, p. 6, Revue disponible sur le site de l'armée de l'air américaine: <http://www.usafa.af.mil/df>).

Les critères possibles de la prohibition

peut être réalisé par les mêmes moyens atroces est caractérisé par le fait qu'ils se veut utile à la conduite de la guerre¹²³⁷ ».

Dans la mesure où le lien avec un conflit n'est plus exigé pour qualifier un crime de crime contre l'humanité, leur unique caractéristique commune avec les crimes de guerre est leur inscription dans le cadre d'une politique étatique et donc dans une planification à l'initiative de dirigeants politiques. La conséquence de l'inscription du crime contre l'humanité et du crime de guerre dans une politique générale est l'obligation de poursuivre les dirigeants politiques en fonction au moment de la réalisation du crime, au même titre que les autres criminels¹²³⁸ par des Etats parties « *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*¹²³⁹ ».

2. La conséquence : l'obligation de poursuivre les gouvernants responsables de cette politique

L'article II de la convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité stipule que :

« Si l'un quelconque des crimes [de guerre et des crimes contre l'humanité] est commis, les dispositions de la présente convention s'appliqueront aux représentants de l'autorité de l'Etat et aux particuliers qui y participeraient (...), ou qui se rendraient

¹²³⁷ Cass. crim, 20 décembre 1985, *Barbie*, n° de pourvoi 85-95166, *Gazette du Palais* 8 mai 1986, rapport Le Guehec, conclusions Dontenville.

¹²³⁸ C'est à partir de cette constatation qu'émerge un critère fonctionnel fondant la prohibition de l'amnistie des dirigeants politiques pour ce type de crimes en raison de leur qualité au moment de la réalisation de tels crimes (voir : *infra*, pp. 433 et s.).

¹²³⁹ Préambule de la 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 de l'ONU le 26 novembre 1968, entrée en vigueur le 11 novembre 1970, Cinquième alinéa, <http://www.ohchr.org>.

coupables d'incitation directe à la perpétration de l'un quelconque de ces crimes, ou qui participeraient à une entente en vue de le commettre, quel que soit son degré d'exécution, ainsi qu'aux représentants de l'autorité de l'Etat qui toléreraient sa perpétration¹²⁴⁰ ».

Avec cette précision la convention vise à aligner le régime de responsabilité des dirigeants politiques sur celui des individus, auteurs, complices ou instigateurs des crimes visés par la convention. Il en est de même de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide¹²⁴¹ lorsqu'elle précise que :

« Les personnes ayant commis le génocide ou l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III¹²⁴² seront punies, qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers¹²⁴³ ».

Les 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, qui juridiquement est une résolution de l'Assemblée générale de l'ONU s'inscrivent dans la même direction en réclamant que :

« Les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, où qu'ils aient été commis et quel que soit le moment où ils ont été commis, doivent faire l'objet d'une enquête, et les individus contre lesquels il existe des preuves établissant qu'ils ont commis de tels crimes doivent être recherchés, arrêtés, traduits en justice et, s'ils sont reconnus coupables, châtiés¹²⁴⁴ ».

¹²⁴⁰ Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, *op. cit.*

¹²⁴¹ 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, conformément aux dispositions de l'article XIII.

¹²⁴² Ces autres actes sont : l'entente en vue de commettre le génocide, l'incitation directe et publique à commettre le génocide, la tentative de génocide et la complicité dans le génocide (convention pour la prévention et la répression du génocide, *op. cit.*, article III).

¹²⁴³ *Ibid*, article IV.

¹²⁴⁴ 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, résolution 3074 (XXVIII) de l'Assemblée générale de l'ONU, en date du 3 décembre 1973, disponible sur <http://www.ohchr.org>

et plus loin 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'humanité¹²⁴⁵ ».

C'est de ces conventions que provient la conviction de certains qu'il existe en droit international un noyau dur de droits fondamentaux auquel aucune dérogation ne serait permise parce qu'ils touchent au droit à la vie et à celui de ne pas être torturé, de ne pas subir des traitements inhumains ou dégradants¹²⁴⁶. Dès lors que les crimes internationaux seraient contraires à ce noyau dur, il y aurait une obligation de poursuivre leurs auteurs, quelle que soit leur fonction ou leur qualité au moment des faits¹²⁴⁷, et toute amnistie avant condamnation serait sans valeur. Cela concorde avec l'objectif premier de la justice de Nuremberg, marquée par la volonté de punir les responsables des crimes odieux perpétrés en dépit de leur fonction ou de leur qualité au moment de l'accomplissement des faits.

Néanmoins, une véritable mutation de ces infractions a eu lieu depuis soixante ans. Elles se sont énormément diversifiées, ce qui pourrait suggérer une limitation d'autant plus rigoureuse de l'amnistie des dirigeants politiques qu'elles sont nombreuses.

¹²⁴⁵ *Ibid*, Principe 8.

¹²⁴⁶ Par exemple, d'après Sandrine Lefranc, « *de l'avis de tous les juristes spécialistes des justices de transition, si elle est tolérable pour des délits et crimes moins importants, l'amnistie, ou toute autre forme de rémission juridique, ne peut s'appliquer aux violations de ces droits (...), et auxquels s'ajoute un droit lui aussi fondamental, bien que ne faisant pas partie du « noyau dur », le droit à la protection juridique* » (LEFRANC Sandrine, *Politiques du pardon – Amnistie et transitions démocratiques – Une approche comparative*, thèse, p. 234).

¹²⁴⁷ Quelle que soit également leur qualité au moment de leur comparution. Nous expliquerons dans le chapitre suivant que les juridictions internationales ont été mises en place à cet effet.

**SECTION 2 – LA DIVERSITÉ DES CRIMES INTERNATIONAUX POUVANT
ENGAGER LA RESPONSABILITE DES DIRIGEANTS**

« les crimes internationaux [correspondent aux] (...) actes qui sont universellement reconnus comme des actes criminels, qui revêtent une importance internationale et qui pour cette raison ne peuvent être laissés à la compétence exclusive de l'État qui en aurait le contrôle en temps ordinaire¹²⁴⁸ ». L'universalité des droits de l'homme justifie donc l'internationalisation de la répression des atteintes qui leur sont portées. Mais de cette « importance internationale » résulte-t-il également une incompatibilité avec l'amnistie des dirigeants politiques ?

L'internationalisation a des supports variés et disparates : chartes, traités portant statut de juridictions pénales internationales, conventions internationales destinées à lutter contre l'impunité ou encore conventions régionales pour faciliter la répression de certains crimes déterminés. Cette diversité impose de réfléchir à l'articulation de toutes ces obligations conventionnelles pour les Etats. Elle est aussi un facteur d'hétérogénéité des crimes en cause, de leur définition et de l'interprétation de ces définitions. L'importance du droit comparé est alors manifeste pour comprendre ces dernières qui vont différer en fonction du système juridique mais aussi de l'histoire de chaque Etat. Si bien que les infractions assorties d'une obligation de poursuivre en droit international peuvent être difficiles à délimiter terminologiquement et conceptuellement, d'autant qu'elles ont un lien logique avec les mutations des politiques meurtrières ainsi qu'avec l'attitude des Etats vis à vis d'elles.

Ainsi, leur définition connaît un double mouvement. D'une part, elle s'adapte aux comportements criminels récents. C'est le cas de l'extension continue de la définition du crime contre l'humanité qui représente une atteinte grave à la dignité humaine et résulte d'une

¹²⁴⁸ *États-Unis c. Wilhelm List*, Tribunal militaire des États-Unis à Nuremberg 8 juillet 1947 – 19 février 1948, UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. VIII, 1949, p. 34.

politique systématique, ce qui rend central le rôle des dirigeants politiques dans la perpétration de ce crime (I). D'autre part, certaines infractions se détachent des qualifications premières pour devenir autonomes. Il en est ainsi du « crime des crimes » : le crime de génocide (II).

I. L'adaptation du droit international aux comportements criminels récents

« *Au cours de ce siècle, des millions d'enfants, de femmes et d'hommes ont été victimes d'atrocités qui défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine*¹²⁴⁹ ». Pour favoriser la répression de ces atrocités, les Etats ont adopté puis ratifié deux types de conventions internationales. Les premières prévoient un régime juridique spécifique aux crimes qu'elles déterminent (A). Mais la tendance des traités pénaux internationaux entrés en vigueur récemment est d'organiser la répression de l'ensemble des crimes les plus graves (B). La volonté de s'adapter aux comportements criminels et la pléthore de conventions adoptées expliquent la diversité des infractions susceptibles d'entraîner une obligation de poursuivre de leurs auteurs, quelle que soit la fonction de ces derniers.

A. Par l'adoption de conventions internationales pénales spécifiques

L'adoption d'une convention pénale internationale spécifique est généralement précédée par une déclaration de plusieurs Etats ou de l'Assemblée générale de l'ONU appelant à prévoir des sanctions pour une infraction déterminée. Elle peut refléter le désir des Etats parties de pénaliser un comportement universel – il en a été ainsi de la torture – afin d'inciter au respect effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales proclamés par les conventions pénales internationales spécifiques. Elle peut également traduire une volonté de châtier les auteurs d'autres crimes utilisés dans le cadre d'une politique territoriale, comme l'illustre la convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, ainsi que les normes juridiques internationales relatives aux disparitions forcées. Ces trois exemples de crimes sont

¹²⁴⁹ Préambule du Statut de la CPI, deuxième alinéa (*op. cit.*).

particulièrement significatifs pour notre étude puisque, en plus d'être soumis de manière autonome à une obligation de poursuivre leurs auteurs, les crimes de torture, d'apartheid et de disparition forcée, peuvent désormais être considérés comme des crimes contre l'humanité dès lors qu'ils sont commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile, ce qui, le plus souvent, implique la participation de dirigeants politiques¹²⁵⁰, et parce que les conventions qui organisent leur répression semblent exclure toute amnistie pour leurs auteurs. Néanmoins, lorsqu'ils sont commis dans le cadre de cette politique, le contenu de l'obligation de poursuivre les auteurs présumés de crimes de torture et d'apartheid (1) va se distinguer de celle relative aux disparitions forcées, qui a dû être adaptée à l'absence des victimes caractérisant ce crime et qui avait précisément pour but d'en faire échapper les responsables à toute poursuite (2).

1. L'intégration à partir des années 70 de certains actes de torture et d'apartheid au concept de crime contre l'humanité

Le 9 décembre 1975, l'Assemblée générale de l'ONU adopte la déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants¹²⁵¹ qui soumet les Etats membres de l'ONU à une obligation de poursuivre les auteurs d'actes de torture¹²⁵² et qui paraît donc s'opposer à l'adoption d'une amnistie avant que des poursuites n'aient été ouvertes. Elle stipule en effet dans son article 10 que :

¹²⁵⁰ Voir : *supra*, pp. 405 à 410.

¹²⁵¹ Par sa résolution 3452 (XXX) du 9 décembre 1975.

¹²⁵² Entendus comme « *tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont délibérément infligées à une personne par des agents de la fonction publique ou à leur instigation, aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'un tiers des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle a commis ou qu'elle est soupçonnée d'avoir commis, ou de l'intimider ou d'intimider d'autres personnes. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles, dans une mesure compatible avec l'ensemble de règles minima pour le traitement des détenus* » (Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements

Les critères possibles de la prohibition

« Si une enquête effectuée [impartiale] (...) établit qu'un acte de torture (...) a été manifestement commis, une procédure pénale est instituée, conformément à la législation nationale, contre le ou les auteurs présumés de l'acte ».

La convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants¹²⁵³ entrée en vigueur le 26 juin 1987 ainsi que les juridictions internationales vont même plus loin car elles obligent les Etats les ayant ratifiées à rendre « *ces infractions passibles de peines appropriées qui prennent en considération leur gravité*¹²⁵⁴ », à établir « *pour les punir des sanctions sévères tenant compte de leur gravité*¹²⁵⁵ ». Au delà de l'obligation de poursuivre les auteurs d'actes de torture, ils doivent par conséquent veiller à ce que leur système judiciaire les condamne à des peines appropriées, ce qui exclurait toute amnistie avant condamnation. Par conséquent, si l'on analyse littéralement ces dispositions, s'agissant des actes de torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, seule l'amnistie après condamnation semble conforme au droit international. Cependant, le professeur Michael P. Scharf ne souscrit pas à ce raisonnement en ce qui concerne la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. D'après lui, la formulation choisie dans ladite convention ne fait que refléter l'évolution du droit international et renvoie parfaitement au principe « extraditer ou juger ». Il en conclut que ce traité n'admet ni *pardons* ni amnisties¹²⁵⁶. Pourtant, l'amnistie accordée après condamnation, comme la grâce, ne remet pas

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).

¹²⁵³ *Ibid.*

¹²⁵⁴ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, article 4-2 (*Ibid.*).

¹²⁵⁵ Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, adoptée le 9 décembre 1985, lors de la Quinzième session de l'Assemblée générale de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, disponible en français sur : <http://www.cidh.org>.

¹²⁵⁶ « *Several commentators have argued that the peculiar wording of the Torture Convention might allow for some types of amnesties, whereas the Genocide Convention contains a more airtight obligation to prosecute and punish. The argument focuses on the fact that (...) the Torture Convention requires only that states « submit » cases involving allegations of torture to the « competent authorities for the purpose of prosecution » and merely*

formellement en cause le principe rappelé par le professeur Scharf. Elle seule pourrait donc lui être conforme. Quoiqu'il en soit, lorsque de tels actes sont commis dans le cadre d'une politique étatique menée contre une population civile déterminée, ils vont s'intégrer au concept de crimes contre l'humanité.

D'autres infractions, caractéristiques de politiques étatiques menées dans un ou plusieurs Etats particuliers, ont fait l'objet de conventions internationales spécifiques, les intégrant dans les crimes contre l'humanité.

Il en est ainsi des actes découlant de la politique d'apartheid, qualifiés expressément de crimes contre l'humanité par la convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid en date du 30 novembre 1973, entrée en vigueur le 18 juillet 1976¹²⁵⁷ et avant elle, assez subtilement, par l'article premier¹²⁵⁸ de la convention sur l'imprescriptibilité des crimes

*requires the state to make torture « punishable by appropriate penalties » which take into account their grave nature. Thus the Torture Convention, these commentators assert, « does not explicitly require that a prosecution take place », let alone that punishment be imposed and served such an argument misconstrues that nature of the prosecute or extradite formulation used in the Torture Convention which is reproduced verbatim in several other modern international criminal conventions. 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 or pardons » (SCHARF Michael P., « Swapping amnesty for peace: was there a duty to prosecute international crimes in Haiti ? », *op. cit.*, pp. 23-24).*

¹²⁵⁷ Selon son article 1 : « les *Etats parties à la présente convention déclarent que l'apartheid est un crime contre l'humanité* » (convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, adoptée et ouverte à la signature et à la ratification par l'Assemblée générale dans sa résolution 3068 (XXVIII) du 30 novembre 1973, entrée en vigueur le 18 juillet 1976).

¹²⁵⁸ Il énonce que : « *Les Crimes suivants sont imprescriptibles, quelle que soit la date à laquelle ils ont été commis (...)* :

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 tribunal militaire international de Nuremberg du 8 août 1945 et confirmés par les résolutions 3 (I) et 95 (I) de l'Assemblée générale de l'ONU en date des 13 février 1946 et 11 décembre 1946, l'éviction par une attaque armée ou l'occupation et les actes inhumains découlant de la politique d'apartheid, ainsi que le crime de génocide, tel qu'il est défini dans la convention de 1948 pour la prévention et la répression

Les critères possibles de la prohibition

de guerre et des crimes contre l'humanité déjà évoquée. Bien que la convention internationale du 30 novembre 1973 n'ait pas été approuvée par les Etats-Unis ou les Etats composant l'Union Européenne en raison de la configuration politique de l'époque¹²⁵⁹, elle allait dans le sens des condamnations de ces actes découlant de la politique d'apartheid en tant que crimes contre l'humanité par un grand nombre de résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU composée par la plupart des Etats parties. Après l'adoption de cette convention, le Conseil de sécurité va d'ailleurs, à plusieurs reprises, qualifier la politique d'apartheid de « *crimes contre la conscience et la dignité de l'humanité*¹²⁶⁰ », avant de la décrire comme « *régime qui a été qualifié de crime contre l'humanité*¹²⁶¹ ». Depuis, cette résolution, un consensus international sur l'intégration des crimes liés à l'apartheid dans les crimes contre l'humanité est mis à jour. Dans ce cas l'adoption d'une convention multilatérale a donc permis d'instaurer à terme une obligation internationale de poursuivre les auteurs de ces crimes auxquels vont s'appliquer les règles juridiques relatives aux crimes contre l'humanité¹²⁶². Cette convention est d'autant plus importante que la qualification du crime lié à la politique d'apartheid n'était pas évidente : proche du génocide et du crime de guerre tels qu'ils sont définis par l'article 1(4) du protocole

du crime de génocide, même si ces actes ne constituent pas une violation du droit interne du pays où ils ont été commis » (convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, *op. cit.*, article 1b)). Il ne cite donc pas les actes inhumains découlant de la politique d'apartheid expressément en tant que crime contre l'humanité dans leur définition initiale. Il les ajoute simplement à cette définition.

¹²⁵⁹ Cette convention a été ratifiée par la Russie, la Chine, les Etats de l'Europe de l'Est, mais aussi un grand nombre de pays d'Afrique noire et du Maghreb.

¹²⁶⁰ Résolution 392 (1976), du 19 juin 1976, article 3, résolution 473 (1980), du 13 juin 1980, article 3.

¹²⁶¹ Résolution 558 (1984), du 13 décembre 1984, article 1.

¹²⁶² S'agissant de ces règles juridiques, voir : *supra*, pp. 398 à 410.

I aux conventions de Genève¹²⁶³ d'après le professeur Motala¹²⁶⁴, ils auraient pu intégrer ces autres catégories de crimes¹²⁶⁵. Quoi qu'il en soit, la loi de promotion de l'unité nationale et de la réconciliation¹²⁶⁶ adoptée en application de la Constitution sud-africaine prévoyait l'octroi d'une amnistie conditionnelle aux auteurs de crimes de nature politique liés à l'apartheid, une amnistie conditionnelle qui a été effectivement accordée aux personnes ayant fait des aveux complets devant la commission vérité et réconciliation. Cette amnistie semble donc contraire au droit pénal international prévoyant une obligation de poursuivre les auteurs de crimes contre l'humanité, à moins que l'on n'assimile les travaux menés par ce type de commission à une phase de jugement¹²⁶⁷, ce qui rendrait l'amnistie, après son examen du remplissage des conditions par le bénéficiaire, juridiquement acceptable.

Même si la page de l'apartheid est tournée par la Constitution sud-africaine, les crimes qui lui sont liés, susceptibles là encore d'engager la responsabilité de dirigeants politiques l'ayant initié reste d'actualité, ne serait-ce que parce que la plupart de ces dirigeants sont encore en vie mais surtout car son intégration en droit pénal international vise à les prévenir ou à défaut à limiter l'impunité de ceux qui s'y livreraient à l'avenir. Il en est de même s'agissant des disparitions

¹²⁶³ « Dans les situations visées au paragraphe précédent sont compris les conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, consacrés dans la Charte des Nations Unies et dans la déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies » (protocole (1) additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, *op. cit.*).

¹²⁶⁴ Voir: MOTALA Ziyad, « The promotion of national unity and reconciliation act, the Constitution and international law », *The comparative and international law journal of Southern Africa*, XXVIII(3), novembre 1995, p. 348.

¹²⁶⁵ Dans son article, le professeur Motala donne la liste d'anciennes résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU dans lesquelles les actes liés à la politique d'apartheid peuvent apparaître comme des crimes de guerre. (*Ibid*)

¹²⁶⁶ *Promotion of National Unity and Reconciliation Act*, Act 34 of 1995, *op. cit.* Voir : annexe IX, p. 660.

¹²⁶⁷ Nous envisagerons cette question dans la dernière section de cette thèse, lorsque nous démontrerons que les commissions vérité et réconciliation pourraient être une solution à la nécessaire confrontation des règles juridiques de droit pénal international avec la politique diplomatique (Voir : *infra*, pp. 580 et s.).

forcées de personnes, pratiquées dans de nombreux Etats en particuliers par les anciennes dictatures d'Amérique latine contre les opposants politiques.

2. L'intégration à partir des années 80 des disparitions forcées au crime contre l'humanité

Le paradoxe de cette infraction était que ses auteurs recherchaient l'impunité éternelle¹²⁶⁸ en se débarrassant des corps des personnes disparues. Mais c'est cette absence de dépouilles mortelles qui a précisément permis de la qualifier en droit interne de crime continu, non soumis à la prescription tant « *que le disparu ou son corps n'a pas été retrouvé* », selon la décision de la Cour suprême du Chili d'août 2000¹²⁶⁹ levant l'immunité dont Pinochet jouissait en tant que sénateur à vie.

En droit international, la résolution de l'Assemblée de l'Organisation des Etats Américains (OEA) de 1983¹²⁷⁰, puis la déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les

¹²⁶⁸ Cette expression est utilisée par William Bourdon, d'après qui « *Le crime de disparition, (...) est l'incarnation du cynisme du bourreau qui, en éclipant le corps, espère organiser son impunité éternelle* » (BOURDON William, « Amnistie », droit, in GUTMAN Roy, RIEFF David (Ed.), *Crimes de guerre, ce que nous devons savoir*, *op. cit.*, p. 35).

¹²⁶⁹ L'ancien dictateur a démissionné en 2002 du Sénat. Pour un compte rendu en français de cette décision sur la question des disparitions forcées, voir : FAURE Michel, « Pinochet : l'heure des comptes », *l'Express*, 8/2/2001, pp. 48-49.

¹²⁷⁰ Voir : NOWAK Manfred, expert indépendant chargé d'étudier le cadre international actuel en matière pénale et de droits de l'homme pour la protection des personnes contre les disparitions forcées ou involontaires, conformément au paragraphe 11 de la résolution 2001/46 de la commission des droits de l'homme, *Droits civils et politiques, notamment la question des disparitions et exécutions sommaires*, Rapport présenté devant la commission des droits de l'homme, cinquante-huitième session, point 11 de l'ordre du jour provisoire, Distr. Générale, 8 janvier 2002, paragraphe 65.

disparitions forcées en date du 18 décembre 1992¹²⁷¹ ont consacré leur assimilation aux crimes contre l'humanité, alors que là encore, ils étaient auparavant considérés comme des crimes de guerre¹²⁷². Certains Etats ont d'ailleurs très vite appliqué la qualification de crime contre l'humanité aux disparitions forcées si l'on se réfère à la décision de la Cour suprême de Bolivie du 21 avril 1993, condamnant Luis Garcia Meza et ses co-accusés¹²⁷³ pour crimes contre l'humanité, en relevant que certaines victimes avaient fait l'objet de disparition forcée, alors que comme le remarque le professeur Naomi Roht-Arriaza¹²⁷⁴, aucune charge de disparition forcée n'était initialement retenue contre eux.

En outre, malgré le fait que la déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées ne soit pas juridiquement une convention internationale, elle constitue l'un des instruments normatifs internationaux les plus stricts envers les amnisties. En effet, son article 18 précise que :

« Les auteurs et les auteurs présumés d'actes visés au paragraphe 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 ».

Parce qu'elle est expresse, cette disposition ne laisse aucun doute sur la validité, aux yeux des Etats membres de l'Assemblée générale l'ayant adoptée, de l'amnistie bénéficiant à des auteurs de disparitions forcées, et ce quelle que soit leur qualité au moment des faits. Par ailleurs, elle

¹²⁷¹ Adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU dans sa résolution 47/133, sur le rapport de la troisième commission (A/47/678/Add.2). Cette convention dans son chapitre 4, énonce plus précisément que le crime de disparition forcée est « *de l'ordre du crime contre l'humanité* ».

¹²⁷² Lors des procès de Nuremberg, le maréchal allemand Wilhelm Keitel a été jugé responsable du crime de disparition forcée mais condamné pour crimes de guerre. Voir : NOWAK Manfred, *Droits civils et politiques, notamment la question des disparitions et exécutions sommaires*, op. cit.

¹²⁷³ Corte Suprema de Bolivia, *Sentencia Pronunciada en los juicios de Responsabilidad Seguidos por el Ministerio Público y Coadjuvantes contra Luis Garcia Meza y sus Colaboradores*, 21 avril 1993, Sucre, Bolivie, disponible sur <http://www.derechos.org> (espagnol).

¹²⁷⁴ ROHT-ARRIAZA Naomi, « overview », in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed), *Impunity and human rights in international law and practice*, op. cit., note 8, p. 350.

conforte le raisonnement que nous avons tenu concernant les infractions soumises à une obligation de poursuites en droit international qui font obstacle à l'amnistie uniquement lorsqu'elle est accordée avant le prononcé de la sanction, dès lors que l'interdiction d'adopter une amnistie, ou d'exécuter la sanction, n'est pas explicitement mentionnée dans un traité international¹²⁷⁵.

L'une des difficultés que posent ces conventions internationales spécifiques est liée à la nécessité que les Etats leur soient parties pour qu'elles s'y appliquent. C'est ce que remarque le professeur Scharf à propos d'Haïti qui n'a pas ratifié la convention sur la torture. Il précise que les décisions du Comité contre la torture concernant l'Argentine, ne doivent pas être interprétées comme obligeant les Etats non parties à la convention à poursuivre les auteurs de crimes de torture¹²⁷⁶. La seule limite pourrait être la mise à jour d'une coutume ou même d'un principe général de droit obligeant à cette poursuite. C'est pour cela que s'agissant du droit conventionnel, les initiateurs de la lutte contre l'impunité encouragent l'adoption de conventions internationales multilatérales plus générales afin de favoriser le nombre d'Etats

¹²⁷⁵ Sous réserve de la compétence d'un TPI ou de la CPI pour examiner la possibilité d'accorder une telle mesure de clémence, au même titre que toute autre forme d'aménagement de la peine, aux personnes condamnées par ces juridictions (Voir : *infra*, notamment pp. 452 à 456).

¹²⁷⁶ « *Unfortunately, Haiti is not a party to the Torture Convention; nor is it a party to the similarly worded Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture. Still, some might argue that these conventions are relevant to the amnesty of the Haitian military regime based on the Committee Against torture 's 1990 decision concerning the Argentinean amnesty laws. (...) The Committee's statement should not be mistakenly construed as suggesting that amnesties for persons who commit torture and invalid under customary international law. By using the word « should », the Committee indicated that its statement was inspirational rather than a declaration of binding law. On the basis of its decision, the Committee urged Argentina to provide remedies for the victims of torture and their surviving relatives; it did not suggest that international law required that Argentina do so (...) The Committee's decision therefore should not be read as indicating that states that are not parties to the Torture Convention such as Haiti are required to prosecute those who committed torture* » (SCHARF Michael P., « Swapping amnesty for peace: was there a duty to prosecute international crimes in Haiti ? », pp. 23-25).

parties et la recherche d'un consensus sur la définition de davantage de comportements criminels.

B. Dans les conventions internationales pénales générales

Les premières catégories de conventions générales sont celles qui ne déterminent pas d'obligation de poursuivre les auteurs d'infractions déterminées mais engagent les Etats-parties à assurer les droits qu'elles énumèrent¹²⁷⁷. Certains auteurs¹²⁷⁸ pensent donc que ces derniers doivent sanctionner toute violation de ces droits, d'autant plus lorsqu'une juridiction ou un autre organe¹²⁷⁹ est mis en place pour réprimer ou à défaut signaler le manquement des Etats à leurs obligations. Or, la Cour interaméricaine des droits de l'homme consacre un droit à demander l'amnistie, au même titre que la grâce ou la commutation de peine, pour les personnes condamnées à mort¹²⁸⁰. L'amnistie est donc un droit. Pourtant, les conventions énumèrent également un nombre important d'infractions assorties d'une obligation de poursuivre, ce qui semble contradictoire (1). L'étude de ces conventions laisse là encore penser qu'adopter une

¹²⁷⁷ Telles que le Pacte civil international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 entré en vigueur le 23 mars 1976, la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou encore la convention américaine relative aux droits de l'homme.

¹²⁷⁸ Parmi ces auteurs, se trouvent les professeurs Naomi Roht-Arriaza et Diane F. Orentlicher.

¹²⁷⁹ Par exemple, le Comité des droits de l'homme demande aux Etats parties au Pacte international relatif aux droits civils et politiques le respect de leurs engagements. Quant à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la convention américaine relative aux droits de l'homme elles font partie du *corpus* des textes dont, respectivement, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme – si les Etats en reconnaissent la juridiction – assurent l'observation en pouvant assurer à la partie lésée une réparation équitable (article 50 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, article 63 de la convention américaine relative aux droits de l'homme).

¹²⁸⁰ Selon l'article 4-6 de cette convention : « *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* » (convention américaine relative aux droits de l'homme, adoptée à San José (Costa Rica), le 22 novembre 1969, à la conférence spécialisée interaméricaine sur les droits de l'homme).

mesure de clémence après le prononcé d'une sanction est possible sous certaines conditions, mais qu'il semble exclu implicitement que les auteurs de telles infractions bénéficient de l'amnistie avant toute condamnation (2).

1. L'intérêt des conventions énumérant les infractions assorties d'une obligation de poursuites

Ces conventions internationales pénales générales ont une triple vocation. Elles peuvent en premier lieu reprendre une obligation de poursuivre une infraction mise en place par une convention pénale internationale spécifique telle que nous venons de les envisager ; c'est ainsi que la torture, les crimes liés à l'apartheid et les disparitions forcées se retrouvent dans les conventions générales récentes. Elles visent en deuxième lieu à consacrer des règles coutumières ou des principes généraux du droit pénal international. Enfin, elles permettent de définir des qualifications peu précises, soit qu'elles soient nouvelles, soit qu'elles aient évolué. Ainsi, l'examen des articles relatifs aux crimes contre l'humanité des Statuts des TPI¹²⁸¹ fait apparaître la consécration de la torture parmi les infractions reconnues comme des crimes contre l'humanité, ainsi qu'une prise en compte nouvelle des principales violences faites aux femmes, notamment du viol. En effet, ces dernières étaient déjà dénoncées par des conventions ayant vocation à leur élimination¹²⁸², et selon le professeur Douglass Cassel aucune amnistie

¹²⁸¹ Article 5 du Statut du TPIY et article 3 du TPIR précités. L'article 2 du Statut de la Cour spéciale pour la Sierra Leone reprend également cette même définition (Statut de la Cour spéciale pour la Sierra Leone, établi par un accord entre l'ONU et le gouvernement de la Sierra Leone en vertu de la résolution 1315 (2000) du 14 août 2000).

¹²⁸² Sous l'égide de l'ONU, il s'agit surtout de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale de l'ONU dans sa résolution 34/180 du 18 décembre 1979, entrée en vigueur le 3 septembre 1981), de la déclaration sur la protection des femmes et des enfants en période d'urgence et de conflit armé, proclamée par l'Assemblée générale de l'ONU le 14 décembre 1974, dans sa résolution 3318 (XXIX) et de la déclaration sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, proclamée par l'Assemblée générale de l'ONU le 7 novembre 1967, dans sa résolution 2263 (XXII). Au niveau régional on peut également citer la convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme,

n'était déjà admissible pour de telles infractions¹²⁸³, mais les Statuts des juridictions mentionnées le font en tant que crime contre l'humanité, c'est à dire, il faut le rappeler, dans le cadre d'une politique systématique contre des populations civiles¹²⁸⁴.

Les articles 6 à 8 du Statut de la CPI¹²⁸⁵ précisent eux-aussi les contours d'infractions antérieurement assorties d'une obligation de poursuivre leurs auteurs du fait de conventions internationales spéciales et que l'on retrouve également dans les Statuts des tribunaux pénaux internationaux. Par exemple, l'infraction de viol n'est plus la seule violence sexuelle entrant dans le champ de compétence de la Cour en tant que crime contre l'humanité ou en tant que crime de guerre. L'« *esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, la stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle* » sont également visés par le Statut. De plus, ce dernier prévoit l'intervention de la Cour pour des infractions qui auparavant faisaient exclusivement l'objet de conventions internationales spécifiques comme les disparitions forcées de personnes et les crimes d'apartheid. Cette définition est d'autant plus importante que

« *Convention de belém do pará* » adoptée le 9 juin 1994, ainsi que la recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur la protection des femmes contre la violence adoptée le 30 avril 2002.

¹²⁸³ « *The Inter-American Convention on the Prevention, Punishment, and Eradication of Violence against Women, in force since 1995, has twenty-six states parties and one additional signatory. States parties agree to pursue policies to punish and to apply due diligence to investigate and impose penalties for violence against women, and to establish legal procedures with effective access to protective measures and a timely hearing, as well as effective access to reparations (...). Since nothing in the language or object of the treaties contemplates amnesties, the treaties may fairly be interpreted to preclude amnesties for human rights violations* » (CASSEL Douglass, « *Lessons from the America's guideline for international response to amnesties for atrocities* », *op. cit.*, p. 221).

¹²⁸⁴ C'est en 2001 que, pour la première fois, le TPIY a fait des actes de viol commis pendant la guerre, la base d'une condamnation pour crime contre l'humanité (TPIY, Ch. de première instance, *Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic*, 22 février 2001, IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, § 436 et s).

¹²⁸⁵ ANNEXE X, p. 671.

les accords internationaux récents relatifs à la poursuite d'auteurs de violations graves des droits de l'homme s'y réfèrent¹²⁸⁶. Ces obligations de poursuivre semblent donc incompatibles avec une mesure de clémence.

Cependant, ces Statuts n'interdisent pas expressément l'amnistie après condamnation pour ces crimes, à une exception près : celle concernant le Cambodge.

2. La rareté des conventions proscrivant explicitement l'amnistie pour les crimes qu'elles énumèrent

Selon l'article 11 de la résolution de l'Assemblée générale relative aux procès des Khmers rouges,

« Le gouvernement royal du Cambodge ne doit pas accorder d'amnistie ou de grâce à une personne poursuivie ou condamnée pour les crimes visés par le présent accord¹²⁸⁷ ».

Cette disposition, qui reprend textuellement l'article 40 de la loi relative à la création de Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens pour juger les crimes qui ont été commis durant la période du Kampuchéa démocratique promulguée par le roi du Cambodge le

¹²⁸⁶ L'article 5 de la réglementation organisant la compétence des juridictions du Timor oriental pour connaître de la responsabilité d'auteurs de violations graves des droits de l'homme est identique à l'article 7-1 du Statut du CPI. Quant à l'article 9 de l'accord relatif aux poursuites en vertu de la loi cambodgienne des crimes commis durant la période du Kampuchéa, il se contente de renvoyer à ce Statut pour la définition des crimes contre l'humanité (Réglementation n° 2000/15 de l'administration transitoire des nations unies au Timor oriental, en date du 6 juin 2000, article 5 ; accord entre les Nations Unies et le Royaume du Cambodge relatif aux poursuites en vertu de la loi cambodgienne des crimes commis durant la période du Kampuchéa démocratique, résolution adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU, 57/228, 27 février 2003, cinquante-septième session, point 109 b de l'ordre du jour renvoi au Statut du CPI, article 9).

¹²⁸⁷ Accord entre les Nations Unies et le Royaume du Cambodge relatif aux poursuites en vertu de la loi cambodgienne des crimes commis durant la période du Kampuchéa démocratique, *op. cit.*, article 11.

10 août 2001¹²⁸⁸, proscrit explicitement l'amnistie pour de tels crimes. Néanmoins, il constitue une exception, puisque les Statuts des autres juridictions pénales internationales instaurent simplement, dans le respect des principes de primauté, de concurrence ou de complémentarité une obligation de poursuivre leurs auteurs. Seule l'amnistie avant condamnation pourrait donc lui être contraire.

Par conséquent, si on ajoute aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre les infractions qui ne sont pas, par essence, liées à un conflit – telles que la traite des esclaves, la lutte contre le trafic de stupéfiants, le détournement d'aéronefs, la lutte contre terrorisme, et celle contre la corruption privée, dont on a dit qu'elles faisaient également l'objet d'une telle obligation – la catégorie de crimes devant, en vertu du droit international, entraîner la responsabilité pénale des dirigeants politiques, et empêchant au moins leur amnistie avant condamnation, est extrêmement variée.

Elle l'est d'autant plus qu'une autre infraction s'est détachée du crime contre l'humanité : celle de génocide.

¹²⁸⁸ Telle qu'amendée le 27 octobre 2004. Voir, annexe XVI, p. 683.

II. L'émancipation du génocide par rapport aux crimes contre l'humanité définis par le Statut du tribunal de Nuremberg

Dans le Code pénal français, l'article relatif au génocide¹²⁸⁹ est intégré au sous-titre consacré au crime contre l'humanité¹²⁹⁰. Cette présentation suggère que pour le législateur français, le génocide est un crime contre l'humanité, d'autant plus qu'il est défini comme « *issu d'un plan concerté* », un critère rappelant la définition du crime contre l'humanité en tant que conséquence d'une politique délibérée.

Or, en droit international, l'assimilation systématique de ces deux crimes l'un à l'autre a été progressivement abandonnée (A), certainement pour souligner leur gravité (B).

A. L'abandon progressif de l'assimilation du crime de génocide au crime contre l'humanité

L'assimilation du génocide au crime contre l'humanité n'était pas principalement due à sa définition puisque cette dernière s'en est très vite détachée (1). C'est la perception de ces deux crimes qui en évoluant a permis la distinction qui s'opère actuellement (2).

1. Des définitions très vite différentes

¹²⁸⁹ « Constitue un génocide le fait, en exécution d'un plan concerté tendant à la destruction totale ou partielle d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux, ou d'un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire, de commettre ou de faire commettre, à l'encontre de membres de ce groupe, l'un des actes suivants :

- atteinte volontaire à la vie ;
- atteinte grave à l'intégrité physique ou psychique ;
- soumission à des conditions d'existence de nature à entraîner la destruction totale ou partielle du groupe ;
- mesures visant à entraver les naissances ;
- transfert forcé d'enfants (article 211-1 du Code pénal, tel que modifié par l'article 28 de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 (...)) ».

¹²⁹⁰ Il s'agit du sous-titre 1^{er} du Titre 1^{er} du Livre II intitulé : « *Des crimes contre l'humanité* ».

Le professeur polonais Raphael Lemkin¹²⁹¹, est à l'origine, en 1933¹²⁹², du terme de génocide. Il l'a formé à partir du grec « *genos*¹²⁹³ » et de la racine latine « *cide*¹²⁹⁴ ». Sa conception était alors proche de celle du crime contre l'humanité. Néanmoins, depuis la première convention lui faisant référence, la définition retenue est beaucoup plus précise que celle du professeur Lemkin¹²⁹⁵ et, contrairement aux qualifications d'autres infractions¹²⁹⁶, n'a jamais été modifiée. Ainsi, en vertu de l'article 2 de la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide,

« Le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel :

- a) Meurtre de membres du groupe ;
- b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe ;
- c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique, totale ou partielle ;
- d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe ;

¹²⁹¹ Professeur de droit international à l'Université de Yale.

¹²⁹² Il l'a exprimé par l'écriture pour la première fois dans son ouvrage « *Axis Rule in occupied Europe* » (LEMKIN Raphael, *Axis rule in occupied Europe : laws of occupation – analysis of government – proposals for redress*, Washington, DC: Carnegie endowment for international peace, 1944, pp. 79 à 85).

¹²⁹³ Qui signifie « race » ou « tribu » (Voir : ORENTLICHER Diane F., « Génocide », droit, in GUTMAN Roy, RIEFF David (Ed.), *Crimes de guerre, ce que nous devons savoir*, éditions autrement, Paris 2002, p. 199).

¹²⁹⁴ Qui veut dire : « meurtre » (*Ibid*) ou « massacre ».

¹²⁹⁵ Les professeurs Abrams et Ratner la synthétise de la manière suivante : « *Lemkin's definition of the term centered on the requirement of a coordinated plan to destroy the « essential foundations » of the life of a group, with the aim of eliminating the group. In his words, the objectives of such a plan would be disintegration of the political and social institutions of culture, language, national feelings, religion, and the economic existence of national groups, and the destruction of the personal security, liberty, health, dignity, and even the lives of the individuals belonging to such groups. Genocide is directed against the national group as an entity, and the actions involved are directed against individuals, not in their individual capacity, but as members of the national group* » (ABRAMS Jason S., RATNER Steven R., *Accountability for human rights atrocities in international law, Beyond the Nuremberg legacy*, *op. cit.*, pp. 26-27).

¹²⁹⁶ Certains Etats auraient pourtant souhaité lui donner un sens plus large, mais cette définition l'a emporté parce qu'elle suscitait une plus grande adhésion (voir : *Ibid*, p. 29).

e) Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe¹²⁹⁷ ».

Cette définition a été reprise, mots pour mots, par les conventions pénales internationales qui l'ont suivie, notamment par la convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité déjà évoquée¹²⁹⁸ mais aussi par les Statuts du TPIY¹²⁹⁹, du TPIR¹³⁰⁰ et de la CPI¹³⁰¹ précités.

La signification de « génocide » n'avait donc pas à être modifiée pour la dissocier de celle du crime contre l'humanité ; seule la perception de ces deux crimes a changé depuis la fin de la seconde guerre mondiale.

2. l'évolution de la perception de ces crimes

Le Statut du tribunal de Nuremberg ne faisait aucune allusion au crime de génocide.

La première convention à lui faire référence est celle sur la prévention et la répression du crime de génocide, adoptée symboliquement la première année d'existence de l'ONU et qui continue à avoir une certaine importance pratique. Comme le rappelle Louis Joinet,

« C'est sur le fondement de cette convention que l'avis favorable donné à l'extradition d'Augusto Pinochet vers l'Espagne a été voté par la Chambre des lords britannique¹³⁰² ».

¹²⁹⁷ *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, entrée en vigueur le 12 janvier 1951, *op. cit.*

¹²⁹⁸ Article 1b.

¹²⁹⁹ Article 4.

¹³⁰⁰ Article 2.

¹³⁰¹ Article 6.

¹³⁰² JOINET Louis (sous la direction de), *Lutter contre l'impunité, dix questions pour comprendre et agir*, *op. cit.*, p. 42.

Après son adoption, le génocide peut, au moins implicitement, être considéré comme un crime contre l'humanité dès lors que, selon son Préambule,

« Les parties contractantes (...) reconnaissant qu'à toutes les périodes de l'histoire le génocide a infligé de grandes pertes à l'humanité, [et sont] convaincues que pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux la coopération internationale est nécessaire¹³⁰³ ».

Néanmoins, vingt ans plus tard celle sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité va les assimiler à nouveau¹³⁰⁴.

Il faudra attendre les années quatre-vingt dix pour que le génocide constitue une catégorie autonome parfaitement distinguée des crimes de guerre comme des crimes contre l'humanité par les Statuts des juridictions pénales internationales, même si les juridictions pénales internationales, tout en le considérant toujours comme « *spécifique* », entretiennent parfois une certaine ambiguïté. Par exemple, lorsque la Chambre de première instance du TPIY examine les dispositions du Code pénal de la République socialiste fédérative de Yougoslavie, elle remarque qu'aucune disposition ne s'applique aux crimes contre l'humanité mais qu'il convient de prendre en compte celles qui sont prévues pour « *le génocide qui constitue en lui-même une forme spécifique de crime contre l'humanité*¹³⁰⁵ ».

Cette distinction pourrait correspondre à une nécessaire hiérarchisation des infractions internationales et à la volonté d'en faire le crime le plus grave, celui pour lequel les responsables, quel que soit leur statut, ne peuvent échapper à aucune sanction.

B. Le crime le plus grave pour un dirigeant?

Réfléchir aux rapports entre l'amnistie et l'obligation de poursuivre les auteurs de certains crimes conduit à une certaine hiérarchisation des infractions. Plusieurs indices laissent penser

¹³⁰³ Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, *op. cit.*, Préambule.

¹³⁰⁴ Article 1b.

¹³⁰⁵ Chambre de première instance, *Le Procureur c/ Dusko Tadic alias « Dule »*, jugement relatif à la sentence, 14 juillet 1997, IT-94-1, § 8.

que le génocide pourrait être le crime le plus grave en droit international (1). Néanmoins, dans le cadre d'une étude de l'amnistie des dirigeants politiques, la hiérarchisation peut se faire de manière plus globale en isolant les crimes pour lesquels le droit international impose la poursuite des dirigeants, des autres infractions (2).

1. L'un des crimes les plus graves en droit international

Il existe quatre indices de l'extrême gravité du crime de génocide.

En premier lieu, en 1945, c'est la découverte des camps de concentration, des plans « de la solution finale » ainsi que de sa dimension qui ont imposé l'idée d'en juger les principaux responsables, même si ces crimes étaient alors dans tous les esprits liés à la guerre. En outre, la convention pour la prévention et la répression du génocide est symboliquement le premier accord international relatif à une infraction particulière. Elle précède donc les conventions pénales internationales spéciales relatives au crime contre l'humanité et aux crimes de guerre. En deuxième lieu, son importance dans une éventuelle hiérarchie des infractions pourrait être liée à son caractère intentionnel. La définition immuable du génocide qui a été mentionnée précise que les actes criminels qui le constituent doivent avoir été commis, en temps de paix comme en temps de guerre, « *dans l'intention de détruire, en tout ou partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel*¹³⁰⁶ ». Selon les professeurs Abrams et Ratner, c'est cette intention qui distingue le génocide des infractions de droit commun¹³⁰⁷. Toutefois, si cet élément intentionnel le rend particulièrement grave, il est aussi la source des principales difficultés de qualification. La première de ces difficultés surgit lorsque deux intentions différentes se superposent. Ce cas est illustré par le professeur Orentlicher de la façon suivante:

« L'obligation d'intention inscrite dans la convention de 1948 constitue une source d'ambiguïté majeure. Malgré les incertitudes qui pèsent sur l'histoire de la

¹³⁰⁶ Voir : *supra*, pp. 425- 426.

¹³⁰⁷ « *This element distinguishes genocide most from common crimes, such as murder* » (ABRAMS Jason S., RATNER Steven R., *Accountability for human rights atrocities in international law, op. cit.*, p. 34).

rédaction de la convention, je pense que faire du terme intention le synonyme de motif est une erreur. Le fait que les auteurs serbes de la purification ethnique aient massacré les musulmans afin de s'adjuger le contrôle d'un territoire n'annule pas leur intention de détruire les musulmans « comme tels » pour parvenir à leur objectif final¹³⁰⁸ ».

La seconde difficulté est associée à la recherche et la caractérisation de cet élément intentionnel. Il semble qu'elles ne puissent être effectuées qu'à la lumière des conséquences de l'acte criminel en l'absence de preuves écrites de cette intention¹³⁰⁹. C'est le raisonnement suivi par le professeur Scharf avant de conclure que la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ne pourrait pas s'appliquer à Haïti¹³¹⁰, d'autant plus que les opposants à Aristide ne sauraient être considérés comme « *un groupe national, ethnique, racial ou religieux*¹³¹¹ ». Pourtant, les parties aux conventions mettant en place une obligation de

¹³⁰⁸ ORENTLICHER Diane F., « Génocide », *op. cit.*, p. 201.

¹³⁰⁹ Il est rare, surtout depuis l'émergence d'une responsabilité pénale internationale des responsables politiques en droit international, de disposer de toutes les preuves écrites de leur intention de détruire une catégorie de population en tant que telle. En ce sens, tous les rapports écrits détaillés de l'organisation nazie – dont on perçoit l'importance pour l'accusation mais aussi pour la défense lorsque l'on regarde les enregistrements vidéo du procès Eichmann – devraient rester une exception (BRAUMAN Rony, SIVAN Eyal, « Un spécialiste », documentaire, durée 123 minutes, production momento I/Bremer institut film-fernshen/image création/amythos film et TV production, 1999).

¹³¹⁰ Haïti a ratifié cette convention le 31 décembre 1993.

¹³¹¹ « *Again, there are two reasons why the acts committed by the Haitian military regime would not meet this definition. First, it would be hard to argue that the abuses were committed with the specific intent required by the Genocide Convention. While the killings and abuses in Haiti were ostensibly intended to repress opposition, it would be extremely difficult to argue they were intended literally to destroy the opposition, especially since only about 3,000 people were killed out of the total population of six and a half million (a substantial majority of which could be described as Aristide supporters). Second (...) the victims in Haiti do not constitute one of the designated groups enumerated in the Genocide Convention namely national, ethnic, racial or religious. Rather, the violence in Haiti was politically motivated. The target groups were persons who supported Aristide or opposed the military regime, irrespective of their nationality, ethnicity, race or religion. In this respect, it is noteworthy that the drafters of the Genocide Convention deliberately excluded acts directed against « political groups » from the Convention's definition of genocide* » (SCHARF Michael P., « Swapping amnesty for peace: was there a duty to prosecute international crimes in Haiti ? », *op. cit.*, pp. 21-22).

Les critères possibles de la prohibition

poursuivre les auteurs de crimes de génocide pourraient définir, de manière plus large encore, les catégories de population visées. C'est l'interprétation de la Cour suprême de Bolivie selon laquelle un groupe de politiciens et d'intellectuels pourraient faire l'objet d'un génocide, dès lors que l'article 138 du Code pénal bolivien intègre dans la définition du génocide, les massacres sanglants d'une fraction de la population¹³¹². Le troisième indice de l'extrême gravité du crime de génocide est le fait qu'il soit le premier cité dans les Statuts des juridictions pénales internationales, avant même les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. Selon les professeurs Abrams et Ratner le bureau du Procureur du TPIY et du TPIR¹³¹³ aurait d'ailleurs qualifié ce crime de « *crime le plus grave* » sur lequel ces juridictions exercent leur compétence¹³¹⁴. Il existe un quatrième et dernier doute sur la valeur du crime de génocide par rapport aux autres crimes les plus graves, lié à la présentation qui en est faite au sein des institutions internationales. Par exemple, la commission d'enquête sur les crimes commis au Darfour, réunie sous la présidence d'Antonio Cassese par le Conseil de sécurité de l'ONU, a

¹³¹² Cette interprétation est bien contraire à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, qui n'inclut pas les « opposants politiques » dans les catégories de personnes susceptibles d'être victimes de génocide selon le professeur Roht-Arriaza: « *The Court characterized as genocide « the destruction of a group of politicians and intellectuals »: however, the drafters of the Genocide Convention explicitly refused to include political opponents within the groups protected by the Convention. Nor does the killing of eight individuals, taken alone, easily fit into the traditional definition of a crime against humanity, which requires large numbers of victims. Despite its reliance on international law, the legality of the conviction is based on article 138 of the Bolivian Penal Code, which includes « bloody massacre » within the domestic definition of genocide. Thus, international law serves here to justify and legitimize suppressing the conduct at issue, but not directly to undergird the criminal charges* » (ROHT-ARRIAZA Naomi, « Overview », in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed), *Impunity and human rights in international law and practice*, op. cit., p. 152).

¹³¹³ Avant 2003, les deux TPI disposaient du même Procureur.

¹³¹⁴ ABRAMS Jason S., RATNER Steven R., *Accountability for human rights atrocities in international law*, op. cit., p. 32.

conclu que « *le gouvernement du Soudan n'a pas poursuivi une politique de génocide, l'élément crucial de l'intention de génocide [semblant] manquer, au moins pour ce qui concerne le gouvernement central*¹³¹⁵ », mais que les actes commis par les forces gouvernementales et les milices pouvaient « *être considérés comme des crimes contre l'humanité*¹³¹⁶ », ce qui « *n'enlevait rien à la gravité des crimes commis dans cette région* ». Ce rapport semblait par conséquent laisser entendre que la pratique rendait la possible différence de gravité entre ces infractions très théorique. Quel que soit ce degré de gravité du crime de génocide, dans une étude consacrée aux rapports entre l'amnistie et l'obligation de poursuivre certains criminels en droit international, la nécessaire hiérarchisation des infractions peut se faire d'une manière plus globale, en distinguant celles assorties de cette obligation de poursuivre de celles qui ne le sont pas.

2. L'un des crimes assortis d'une obligation de poursuivre les dirigeants politiques présumés responsables

En réalité, les crimes de guerre, les crimes contre la paix, les crimes contre l'humanité dans leur nouvelle conception très élargie ainsi que celui de génocide s'ajoutent au *corpus* d'infractions les plus graves, telles que la piraterie, l'esclavage et le terrorisme¹³¹⁷. La hiérarchisation peut

¹³¹⁵ « Les principaux points du rapport de la commission internationale d'enquête présidée par le juriste italien Antonio Cassese pour dire s'il y a eu des faits de génocide depuis février 2003 au Darfour », in *Verbatim, Le Monde*, mercredi 2 février 2005, p. 4.

¹³¹⁶ *Ibid.*

¹³¹⁷ Nous aurions pu également adopter une distinction équivalente à celle que l'on trouve dans une partie de la doctrine anglophone entre les violations importantes des droits de l'homme et les crimes graves de droit international. Parmi de nombreux auteurs faisant cette différenciation, il est possible de citer le professeur Shadrack Gutto : « *Contemporary international law differentiates between serious international crimes and gross violations of human rights (...). To the extent that crimes such as torture, cruel and inhuman treatment, murder, rape, genocide and apartheid are also forms of gross violations of human rights, it may be important to underline the fact that treating these acts as falling within one or the other category is for the purpose of choosing the form of legal redress that is desired. According to Section 35 of the South African Constitution, crime, in the strict sense, requires prosecution, with all the attendant guarantees of a fair trial to the accused person* » (GUTTO Shadrack,

Les critères possibles de la prohibition

donc se faire plus globalement entre les crimes assortis d'une obligation de poursuivre les dirigeants politiques présumés responsables et les autres. Or, lorsque les crimes constituant ce *corpus* sont réalisés dans le cadre d'une politique générale, les présumés responsables, quelle que soit leur fonction, semblent devoir être poursuivis en vertu du droit international.

Des conventions internationales semblent pouvoir être interprétées comme proscrivant l'amnistie avant condamnation des auteurs de ce type de crime, qu'ils soient ou non des dirigeants politiques. Elles commencent d'ailleurs à être appliquées comme proscrivant *de facto* l'amnistie même en dehors de toute disposition mentionnant expressément cette mesure de clémence, si l'on se réfère par exemple à l'accord-cadre pour la paix en Sierra Leone qui précise que les dispositions sur l'amnistie et la grâce qu'il prévoyait ne s'appliqueraient pas au génocide, aux crimes contre l'humanité, aux crimes de guerre et autres violations graves du droit international humanitaire¹³¹⁸.

Cependant, pour saisir véritablement la portée du lien entre obligation de poursuivre et amnistie, il convient d'examiner l'attitude des juridictions, nationales et internationales, face à des personnes amnistiées, particulièrement lorsque ce sont des dirigeants politiques. En effet, une partie de la doctrine estime que l'auto-amnistie pourrait être en elle-même toujours incompatible avec le droit international¹³¹⁹. En raison de la spécificité des infractions reconnues

« Constitutional, International, and comparative Law Perspectives on Reparation », *From rhetoric to responsibility: making reparations to the survivors of past political violence in South Africa*, Chapter 5, South Africa: Center for Applied Legal Studies, p. 3).

¹³¹⁸ Voir : résolution 1315 (2000) adoptée par le Conseil de sécurité à sa 4186^e séance, le 14 août 2000, cinquième alinéa.

¹³¹⁹ C'est ce que pense par exemple John Dugard : « *Augusto Pinochet was granted amnesty by a military decree of 1978, which granted unconditional, total amnesty for crimes committed between 1973 and 1978. He was also entitled to immunity from prosecution in Chile by virtue of his office of Senator. Yet neither his lawyers nor the Chilean government raised this amnesty in the legal proceedings. No doubt, this was because it was realized that a foreign Court was unlikely to give serious consideration to an amnesty decree in effect granted by Pinochet to*

Vers une prohibition de l'amnistie des dirigeants politiques pour les crimes internationaux

comme étant les plus graves en droit international, parce qu'elles nécessitent un appareil d'Etat et la mise en place d'une politique spécifique pour pouvoir être réalisées, un critère fonctionnel de l'obligation de poursuivre les auteurs de crimes internationaux émerge : les dirigeants politiques amnistiés doivent au premier titre être poursuivis pour ce type de crime, et non plus seulement être poursuivis comme les autres auteurs d'infractions graves. Ce critère fonctionnel serait le deuxième fondement de l'invalidité juridique des amnisties de dirigeants politiques pour certaines infractions.

*himself. The Law Lords, with two exceptions, failed even to mention the question of amnesty » (DUGARD John, « Dealing with crimes of a past regime. Is amnesty still an option? », *op. cit.*, p. 1007).*

CHAPITRE 2 – LES PRÉMICES D’UN CRITÈRE FONCTIONNEL : LA QUALITÉ DE DIRIGEANT POLITIQUE

« Est-il acceptable de faire prévaloir des lois d’auto-amnistie nationales sur les règles de droit international ? Comment continuer à admettre que les dictateurs et tortionnaires de tous bords puissent, au mépris du droit et de la morale, continuer à couler des jours tranquilles, pendant comme après, l’accomplissement de leurs forfaits¹³²⁰ ? »

Cette interrogation de Patrick Baudouin fait écho aux conclusions déjà anciennes des « *rencontres internationales sur l’impunité des auteurs de violations graves des droits de l’homme*¹³²¹ » de 1992. Il en résultait en effet que l’amnistie pouvait être admise sous réserve notamment de préserver le droit des victimes à connaître la vérité, de garantir les droits aux réparations et à la réhabilitation, mais surtout...à condition d’exclure l’auto-amnistie.

Il est intéressant de se demander ce qui a pu faire naître cette exigence de plus en plus répandue de la non admission de l’auto-amnistie pour les crimes internationaux, mais également d’en envisager les limites et les conséquences en droit international. Si elle est appliquée, cela signifie qu’il existerait un critère fonctionnel de l’obligation de poursuivre les dirigeants politiques auteurs de crimes internationaux, fondé uniquement sur la qualité ou la fonction au moment de la réalisation de tels crimes. Il est possible de mettre à jour des indices de la consécration de ce critère.

¹³²⁰ BAUDOUIN Patrick, président de la FIDH, « Juridictions internationales et compétence universelle. Vers une justice sans frontières », *La nouvelle lettre de la FIDH*, n° 32 du 14 février 2000, pp. 2 et 3.

¹³²¹ Commission nationale consultative des droits de l’homme (France), Commission internationale de juristes, « Non à l’impunité, oui à la justice », *Rencontres internationales sur l’impunité des auteurs de violations graves des droits de l’homme*, tenue à Genève du 2 au 5 novembre 1992, Genève : international Commission of jurists, 1993, 375 p.

En effet, parce que la réalisation de crimes internationaux se faisait traditionnellement dans le cadre d'un conflit civil ou militaire déclenché et mené par des autorités politiques agissant au nom de leur Etat, la loi n° 10 du Conseil de contrôle interallié du 20 décembre 1945¹³²², prévoyait expressément la possibilité de juger les « *grands criminels de guerre* », c'est à dire les dirigeants politiques responsables de ces méfaits ; la responsabilité de leurs subordonnés relevant d'autres juridictions instituées dans plusieurs anciennes zones d'occupation. Plus tard, même lorsque ces infractions n'ont plus été liées à un conflit, la volonté d'en juger les principaux responsables a été conservée. Certains en ont donc conclu que l'amnistie des dirigeants politiques pour les crimes internationaux devait être invalidée en raison de leur fonction. Toutefois, cette obligation interne de poursuivre les auteurs d'infractions déterminées ne suscite pas les mêmes difficultés pour un Etat qu'une obligation de même type en droit international, les notions de souveraineté et de territorialité n'étant alors que peu remises en cause. L'obligation de poursuivre en droit international peut notamment conduire un autre Etat ou une juridiction internationale à engager la responsabilité pénale d'un dirigeant étranger amnistié par une norme interne de son propre Etat d'origine. Le problème se pose alors de la valeur de l'amnistie face à l'émergence de la responsabilité pénale individuelle internationale et ce d'autant plus que le développement d'une « *déclaration des droits de l'homme internationale*¹³²³ », assortie de sanctions, serait en cours, ce qui conforte l'idée de l'émergence d'un critère fonctionnel.

¹³²² Voir : annexe III, p. 649.

¹³²³ L'expression est de Jason S. Abrams et Steven R. Ratner : « *The United Nations took the lead in developing an international « bill of rights » (...) eventually to include : the Universal Declaration of Human Rights ; the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide ; the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination ; the International Covenants on Civil and Political Rights and on Economic, Social, and Cultural Rights ; the Convention on the Elimination of all Dorns of Discrimination Against Women ; the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment ; and the Convention on the Rights of the Child. Oversight mechanisms grew within both international organizations and non-governmental organizations* » (ABRAMS Jason S., RATNER Steven R., *op. cit.*, p. 7).

Toutefois, d'autres éléments font douter de l'effectivité de ce critère. En effet, l'application du droit international est soumise à ses propres conditions. S'il s'agit d'une convention ou d'une coutume internationale, l'Etat doit en particulier avoir manifesté son consentement envers la norme instaurant l'obligation de poursuivre pour qu'elle puisse s'opposer à l'amnistie d'un de ses dirigeants. Cette manifestation se fait par l'action même de ses autorités politiques. Ces dernières n'y ont donc aucun intérêt lorsque la responsabilité de l'Etat, et *a fortiori* leur propre responsabilité, pourrait être engagée. Il a ainsi été expliqué que la fin de la guerre d'Algérie s'était accompagnée d'une amnistie réciproque des deux parties¹³²⁴ s'appliquant d'une part aux « *faits commis dans le cadre des opérations de maintien de l'ordre dirigées contre l'insurrection algérienne* » et, d'autre part, à ceux « *relatifs à la participation à l'insurrection et à l'aide au FLN* ». Les premiers surtout, commis sous l'autorité possible de membres de gouvernements¹³²⁵, pouvaient constituer des crimes de guerre devant être poursuivis en vertu de la quatrième convention de Genève¹³²⁶. Pour éviter toute confrontation entre cette disposition d'amnistie et le droit international, la France a temporairement écarté l'application du Statut de la CPI pour les crimes de guerre comme les articles 5 à 8 de cette convention l'y autorisent. Cet exemple montre que les autorités n'ont pas toujours intérêt à manifester leur consentement. De même, en pratique, les infractions exclues des lois d'amnistie ne correspondent pas toutes à celles qui sont assorties d'une obligation de poursuivre leurs auteurs en droit international¹³²⁷. Comme le relevait Janick Roche-Dahan en 1996, s'agissant des lois d'amnistie françaises,

¹³²⁴ Voir : *supra*, note 587, p. 184.

¹³²⁵ Voir : *supra*, pp. 184-185.

¹³²⁶ Comme le démontre par exemple Raphaëlle Branche (BRANCHE Raphaëlle, « Algérie », Etude de cas, *in* GUTMAN Roy, RIEFF David (Ed.), *Crimes de guerre, ce que nous devons savoir*, *op. cit.*, p. 32).

¹³²⁷ Selon Madeline H. Morris, les infractions exclues des mesures de clémence devraient être les mêmes que celles qui relèvent du droit international pénal. Elle considère notamment que : « *Ideally, full accountability for genocide, war crimes, crimes against humanity, and other serious human rights violations would be the norm. Holding perpetrators fully accountable would entail appropriate trial and punishment of each responsible individual for the actual crimes committed* [e.g. genocide or crimes against humanity and not lesser offenses: e.g., murder,

« Les infractions exclues ne sont pas forcément les infractions les plus graves. (...) Ce sont celles qui mettent en péril les priorités de la politique gouvernementale. A travers les exclusions, le pouvoir politique ne tient pas à édicter un code de valeurs morales fondamentales mais désire annoncer les grands axes de la politique qu'il entend mener¹³²⁸ ».

Ce raisonnement peut être appliqué à la plupart des Etats. Il existe donc des facteurs, notamment politiques qui pourraient remettre en cause l'émergence de ce critère.

Pour s'assurer de son effectivité, une méthode analytique peut être adoptée. Dans la mesure où ce critère existe, il doit pouvoir être appliqué. Il convient donc de rechercher si des structures existent pour le mettre en œuvre (SECTION 1) avant de vérifier si ce critère correspond véritablement à la logique de l'évolution actuelle du droit international (SECTION 2).

torture, rape...], *together with appropriate reparations made by perpetrators to victims* » (MORRIS Madeline H., « International guidelines against impunity: facilitating accountability », *Law and Contemporary problems*, 1996 b, 59-4, p. 29).

¹³²⁸ ROCHE-DAHAN Janick, « Commentaire de la loi n° 95-884 du 3 août 1995 portant amnistie », *Dalloz*, 1995, p. 245.

**SECTION 1 – LA COEXISTENCE ENTRE LES JURIDICTIONS INTERNATIONALES
ET NATIONALES POUR APPLIQUER CE CRITÈRE**

Juger un dirigeant politique conformément au droit international pose les mêmes difficultés que pour tout autre individu. Mais d'autres s'y ajoutent : le dirigeant peut toujours être en exercice au sein d'un système politique et juridique ne favorisant pas l'engagement de sa politique pénale et peut jouir d'une immunité spéciale pouvant parfois s'apparenter à un détournement de l'amnistie ou d'autres procédures à des fins amnistiantes, comme il a déjà été démontré¹³²⁹. Le plus souvent, lorsqu'il est amnistié, quelle que soit la forme que prend cette amnistie, c'est en échange de son renoncement au pouvoir si l'on se réfère aux exemples latino-américains, nord-américains, russes ou africains.

Bien entendu, considérer qu'une priorité doit être accordée aux jugements des plus hauts responsables, devrait conduire à privilégier les juridictions de l'Etat des dirigeants mis en causes pour connaître de leur responsabilité pénale, et à plus fort titre de la validité de leur amnistie, pour des raisons de souveraineté et de territorialité de l'amnistie déjà développées. C'est ce que veulent signifier les auteurs écrivant sous la direction de Louis Joinet dans « *Lutter contre l'impunité, dix questions pour comprendre et agir* » :

« Le jugement des auteurs des violations par une juridiction internationale ou étrangère doit donc être considéré, sinon comme un échec, du moins comme un palliatif, permettant de répondre au besoin élémentaire de justice des victimes et, par l'exemplarité dissuasive des jugements rendus, de contribuer à la cessation des violations. (...) Une justice rendue par des tribunaux nationaux est toujours à privilégier et par conséquent, doit constituer la règle car toute solution, pour être durable, doit être enracinée dans le pays lui-même. Par sa force symbolique, une justice nationale restaurée jugeant ses propres ressortissants, écoutant les victimes sans polémique ni suspicion d'atteinte à la souveraineté nationale ou d'ingérence, ou d'interférence avec

¹³²⁹ Voir : *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2, pp. 303 à 370.

la politique étrangère et ses compromis, ne peut que faciliter la crédibilité d'un processus de conciliation puis de réconciliation nationale, ainsi qu'en attestent les cas de la Grèce et de la Bolivie. En Grèce, la « dictature des colonels », instaurée en 1967, s'effondre en 1974 pour laisser la place à une démocratie parlementaire présidentielle « fondée sur la souveraineté du peuple ». Sous la pression populaire et internationale, les nouvelles autorités décident, sans même que soit évoquée une quelconque loi d'amnistie, de poursuivre en justice les principaux responsables des violations graves des droits de l'homme commises sous l'emprise de la dictature militaire. (...) Les ex-dictateurs militaires grecs et leurs complices ont donc été jugés par un tribunal ordinaire et ont ainsi pu bénéficier de toutes les garanties du droit à un procès équitable, garanties qu'ils avaient bafouées pendant sept ans. (...) La Bolivie a choisi de s'attaquer aux plus hauts responsables de l'Etat plutôt que de pourchasser des responsables de moindre importance et une masse d'exécutants comme c'est trop souvent le cas, faisant ainsi le choix d'une impunité certes relatives, mais frappant à la tête. (...) C'est par cette dernière technique que des juges, dans plusieurs pays d'Amérique latine ont relativisé certaines lois d'auto-amnistie qui leur étaient opposées, en s'appuyant sur les normes internationales¹³³⁰ ».

Toutefois, lorsque les Etats ne pouvaient pas ou que leurs autorités politiques n'encourageaient pas, pour des raisons politiques, le jugement d'un dirigeant politique conformément au droit international, que l'amnistie s'apparentait en particulier à une volonté de l'Etat de méconnaître ses obligations de droit international¹³³¹, des juridictions internationales ont été créées dans le but de parvenir à un tel procès, le plus souvent avec la mission de juger les principaux responsables des violations des droits de l'homme, ce qui laisse présumer la possible application d'un critère fonctionnel obligeant à poursuivre les dirigeants auteurs de telles violations.

¹³³⁰ JOINET Louis (sous la direction de), *Lutter contre l'impunité, dix questions pour comprendre et agir*, op. cit., pp. 49 à 58.

¹³³¹ « La voie des juridictions internes est sans doute la plus logique et la plus riche de leçons pour l'avenir. (...) Les tribunaux du pays concerné ne peuvent condamner que celui qui leur est amené. Or, les dirigeants de nombreux pays souhaitent-ils toujours ouvrir le procès de ceux qui les ont précédés courant ainsi le risque d'offrir à l'opinion le spectacle peu ragoûtant des méfaits antérieurement commis ? Certains pays n'ont-ils pas voté des lois d'amnistie permettant l'impunité des grands responsables ? » (ROBERT Jacques, « Les grands criminels », *RDP*, 2003, n° 5, LGDJ, pp. 1214-1215)

Les critères possibles de la prohibition

Les juridictions internationales n'ont donc une utilité que si les juridictions nationales de l'Etat du dirigeant connaissent une certaine défaillance, quelle qu'en soit l'origine. Il existe en effet le plus souvent des règles constitutionnelles spécifiques relatives à la responsabilité des dirigeants politiques. Il a été expliqué que dans ce cadre, certaines auto-amnisties pouvaient être invalidées en droit constitutionnel national¹³³². Il s'agit donc de se demander dans quelle mesure le droit international se superpose au droit national dans ce domaine et plus précisément, lorsque des juridictions appliquent le droit international pénal, si des auto-amnisties peuvent également ne pas être admises.

En réalité, il existe deux situations dans lesquelles une telle vérification peut être effectuée : lorsque des juridictions nationales déclarent leur compétence pour juger un dirigeant politique en dépit d'une loi d'amnistie au nom de la compétence universelle et lorsque le même type de reconnaissance de leur compétence est effectué par des juridictions internationales. Néanmoins, bien loin des tribunaux d'opinion¹³³³ qui « *ne jugeaient que les Etats, leurs pratiques et leurs institutions, et non les individus*¹³³⁴ » les juridictions internationales comme nationales ont tardé

¹³³² Voir : *supra*, pp. 254 et s.

¹³³³ *Apparus dans les années soixante : ceux-ci ne prétendaient à aucune autre investiture que celle de l'opinion publique mondiale et n'avaient pas de légitimité institutionnelle réelle (...). En 1965, Bertrand Russell, mathématicien et philosophe anglais engagé, Jean-Paul Sartre, Lelio Basso, sénateur italien antifasciste, et d'autres intellectuels européens ont créé le célèbre « tribunal Russel I » qui se prononça sur les crimes commis au Viêt-nam par les Américains. Il y eut ensuite un « tribunal Russel II » sur la répression en Amérique latine (1973-1975), puis un « tribunal Russel III » sur la répression en République fédérale d'Allemagne (1978), précédant le tribunal civique Umberto Delgado sur les crimes de la PIDE, la police politique de Salazar au Portugal. Enfin, le « tribunal permanent des peuples » est né en 1976, dans le prolongement des tribunaux Russell : comme eux, il avait pour but de donner à l'opinion publique la possibilité de prononcer un jugement moral (tribunal des consciences) en comblant les lacunes du droit international en l'absence, après Nuremberg et Tokyo, de toute justice internationale » (JOINET Louis (sous la direction de), *Lutter contre l'impunité, dix questions pour comprendre et agir, op. cit.*, p. 16). Une session du « tribunal permanent des peuples » relative au Tibet s'est ainsi tenue le 20 novembre 1992 à Strasbourg sous la Présidence du professeur belge François Rigaux.*

¹³³⁴ *Ibid.*

à donner une véritable portée à l'obligation de poursuivre les crimes les plus graves commis par les dirigeants politiques en raison – d'après les professeurs Abrams et Ratner – de la guerre froide d'abord, des exigences des transitions démocratiques ensuite¹³³⁵. Malgré une évolution comparable et une application équivalente de l'obligation de poursuivre les auteurs des crimes les plus graves et parce que la reconnaissance de leur compétence ne repose pas sur les mêmes fondements, l'attitude face à l'amnistie des juridictions internationales ne peut pas être la même que celle des juridictions nationales quand bien même ces dernières agiraient au nom de leur compétence universelle. Les premières vont représenter un additif qui concurrence, complète, prime sur la compétence des juridictions de l'Etat ayant un lien avec l'infraction commise ou son auteur (I) ; alors que les secondes sont plutôt perçues comme un véritable supplétif (II).

¹³³⁵ « For most of the post-war period, these processes to make new human rights and humanitarian law were accompanied by very little action by governments to bring to justice individuals committing atrocities (and indeed very little action against States as well). Most governmental officials who abused human rights could count on impunity from their own Courts, and the tensions and mistrust of the cold war stymied any possibility of creating any international mechanism to bring abusers to justice. With few exceptions, the international regime on individual accountability existed on paper alone. (...) First, the transition from autocratic rule to some form of democracy in numerous countries, beginning in South America but extending to Eastern Europe and parts of Africa, Central America, and Asia, has caused new governments to devise strategies for coming to terms with the human rights abuses of prior regimes and, in some cases, guerrilla opposition groups. In most cases where societies have decided to seek accountability, they have charted their own course under domestic law, creating mechanisms tailored to their individual circumstances. This pattern has led to criminal trials, truth commissions, and other methods – although impunity through de jure or de facto amnesties, remains the policy in many states. In two cases, El Salvador and Guatemala, the peace accords ending the conflict itself provided for an international truth Commission. Whether or not these developments suggest the emergence of a duty on states to hold human rights abusers accountable, they clearly highlight the increasing acceptance by states of the need for such a reckoning and the diverse range of mechanisms available » (ABRAMS Jason S., RATNER Steven R., *Accountability for human rights atrocities in international law, Beyond the Nuremberg legacy*, op. cit., pp. 8-9).

I. La coexistence entre les juridictions internationales et celles de l'Etat dont est issu le dirigeant

Pierre Truche rappelait en 1996, que l'Ethiopie est le seul Etat au monde qui « *juge ses hauts responsables pour crime contre l'humanité et les juge dans des conditions conformes au droit international*¹³³⁶ ». Au premier abord, afin de ne pas remettre en cause les principes de souveraineté et de territorialité de l'amnistie, le jugement d'un dirigeant politique amnistié devrait toujours avoir lieu dans son pays d'origine.

Pourtant, les juridictions nationales n'ont plus le monopole de la répression des crimes les plus graves. Lorsque ces dernières sont incapables d'appliquer les règles du droit international, les tribunaux internationaux peuvent représenter la solution idéale pour un procès impartial et conforme aux grands principes juridiques définis depuis Nuremberg.

La question se pose alors de leur attitude face à l'amnistie des dirigeants politiques. Il convient pour cela de distinguer clairement les compétences dans ce domaine et vérifier si elles répondent à la pression en faveur d'une absence de reconnaissance de toutes les amnisties, quels que soient leurs bénéficiaires, une pression exercée par une partie de la doctrine et même par la population d'Etats ayant accordé de telles amnisties. Par exemple, le septième principe de Princeton sur la compétence universelle¹³³⁷ énonce que les amnisties sont généralement incompatibles avec l'obligation de droit international incombant aux Etats de poursuivre les

¹³³⁶ TRUCHE Pierre, « Genèse du crime contre l'humanité », *op. cit.*, p. 21.

¹³³⁷ On rappelle que ces principes sont issus d'une « *étude du droit international sur la question que plusieurs universitaires et experts ont menée pendant une année* », selon la présentation qui en a été faite par le haut commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme : Mary Robinson, lors de la cinquante-sixième session de l'Assemblée générale de l'ONU (Note verbale datée du 27 novembre 2001, adressée au Secrétaire général par les Missions permanentes du Canada et des Pays-Bas auprès de l'ONU, cinquante-sixième session, point 164 de l'ordre du jour : Mise en place de la CPI, Distr. générale le 4 décembre 2001).

auteurs des crimes les plus graves¹³³⁸. De même, Eric Sottas dans son intervention devant le Parlement européen faisait état de la pression de la population d'Amérique latine pour que la valeur juridique de l'amnistie de certains crimes commis sous la responsabilité de dirigeants politiques ne soit plus reconnue¹³³⁹.

En réalité, la volonté de juger les auteurs de ces derniers a conduit à la création de trois catégories de juridictions internationales. La première est constituée par des juridictions spéciales dont la compétence est limitée dans le temps et dans l'espace afin de s'exercer pour des crimes commis dans un contexte déterminé. Elles priment sur les juridictions nationales. En font notamment partie : le TPIY, le TPIR, le tribunal spécial pour la Sierra Leone créé en 2002 dont la particularité est de ne pas avoir été créé en vertu du Chapitre VII de l'ONU d'être financé par un Comité spécial composé de représentants de plusieurs Etats dont les Etats-Unis et le Nigeria, et dont la procédure s'inspire principalement des règles nationales. La seconde

¹³³⁸ « *Amnesties are generally inconsistent with the obligation of states to provide accountability for serious crimes under international law as specified in Principles in 2(1)* » (MACEDO Stephen (Project Chair and Editor), *The Princeton principles on universal jurisdiction, op. cit.*, Principle 7 – amnesties).

¹³³⁹ Eric Sottas explique ainsi qu'une « *récente enquête d'opinion publique a fait apparaître qu'au Pérou, 70% des personnes interrogées rejettent la loi d'amnistie. Au Guatemala, un front s'est constitué pour s'opposer à l'adoption de mesures d'amnistie ou de clémence alors qu'en Argentine des voix de plus en plus nombreuses s'élèvent pour réclamer l'annulation des lois qui protègent l'impunité et l'ouverture d'enquêtes judiciaires exhaustives sur les disparitions forcées. Au Chili, des demandes pressantes exigent que la lumière soit faite sur les crimes de la dictature et que les cas, ô combien symboliques des victimes Prats, Leitens, Soria, Barrios, Albania et autres, soient enfin traités de façon décente par la justice nationale. En Colombie, nous l'avons entendu toute à l'heure, des milliers d'assassinats, disparitions forcées, massacres et autres violations graves ont provoqué des réactions des organisations de défense des droits de l'homme qui exigent elles aussi que justice soit faite* » (SOTTAS Eric, *Efforts internationaux de coordination contre l'impunité, op. cit.*, p. 1).

catégorie de juridictions s'intègre le plus possible au système judiciaire étatique, en prenant la forme d'une cour ou d'une Chambre spéciale de jugement, se prononçant le plus possible en vertu du droit national, et faisant concurrence aux tribunaux nationaux¹³⁴⁰. Il en est ainsi au Timor-Leste¹³⁴¹ – Etat dont l'administration transitoire des Nations Unies a conçu un système judiciaire reprenant le droit international, afin de juger les crimes reconnus par ce dernier –, et en Irak, même si le droit appliqué est fortement influencé par celui des Etats-Unis¹³⁴². Néanmoins, le cas du Cambodge déjà évoqué nous intéressera davantage dans la mesure où non seulement les amnisties postérieures à la création des Chambres extraordinaires chargées de la poursuite des principaux responsables des crimes commis par les Khmers rouges ne sont pas autorisées mais parce que les amnisties antérieures à cette création devraient prochainement être invalidées¹³⁴³. Enfin, la troisième catégorie de juridiction est constituée par la première juridiction pénale internationale permanente : la CPI. Toutes ces juridictions sont susceptibles d'être amenées ou ont été amenées à juger un dirigeant, même si elles n'ont pas vocation à se

¹³⁴⁰ C'est ce que précise par exemple l'article 8 du Statut du TPIR qui dispose que « *Le tribunal international et les juridictions nationales sont concurremment compétents pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de telles violations commises sur le territoire d'Etats voisins entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994* » et l'article 9 du Statut du TPIY précité en vertu duquel : « *Le tribunal international et les juridictions nationales sont concurremment compétents pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis le 1^{er} janvier 1991* ».

¹³⁴¹ C'est le nom sous lequel le Timor oriental, ou East-Timor, a accédé à l'indépendance en mai 2002.

¹³⁴² En conformité avec la solution proposée par la Conférence de Sicile tenue en septembre 2002 pour discuter de « l'après Saddam Hussein », dont faisait en particulier partie Chérif Bassiouni et une trentaine de personnalités irakiennes, il a été choisi par l'administration provisoire de poursuivre les criminels de guerre en Irak, devant une juridiction spéciale (Voir : BULLIER Antoine J., « De la difficulté de juger les crimes du régime de Saddam Hussein », *Droit pénal, Jurisclasseur*, novembre 2003, n° 11, pp. 8-9 ; Statut du tribunal spécial irakien, adopté le 10 décembre 2003, disponible sur <http://www.trial-ch.org/fr/> (anglais)).

¹³⁴³ Afin de suivre la proposition faite en ce sens par le Secrétaire général de l'ONU.

substituer intégralement aux tribunaux nationaux. Face à l'amnistie leur attitude est assez comparable, à condition que leur compétence mais aussi qu'un certain statut des victimes de tels crimes soient reconnus par les Etats (A). Elles ne lui feront obstacle que si cette mesure de clémence est utilisée par l'Etat pour échapper à ses obligations de droit international, ce qui revient à se demander si l'amnistie des dirigeants politiques ne peut pas être considérée comme la manifestation d'une telle échappatoire. (B).

A. Les conditions de la coexistence

Pour que les juridictions pénales internationales coexistent efficacement avec les juridictions nationales afin de juger des dirigeants politiques présumés responsables de crimes internationaux, deux conditions doivent être réalisées : les Etats doivent avoir reconnu leurs compétences (1) ; les victimes doivent également être prises en compte dans la répartition de ces dernières (2).

1. La reconnaissance par les Etats de la compétence des juridictions internationales

Les Statuts des tribunaux pénaux internationaux reconnaissent les juridictions nationales. Ceux des TPI l'ont fait en affirmant leur primauté¹³⁴⁴ dans leur domaine de compétence, tandis que celui de la CPI proclame sa simple complémentarité¹³⁴⁵ essentiellement parce qu'elle n'a pas

¹³⁴⁴ Dans des dispositions similaires à celles de l'article 9 du Statut du TPIY qui lui concerne les « *violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis le 1^{er} janvier 1991* », celui du TPIR précise que « 1. *Le TPIR et les juridictions nationales sont concurremment compétents pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de telles violations commises sur le territoire d'Etats voisins entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994.*

2. *Le TPIR a la primauté sur les juridictions nationales de tous les Etats. A tout stade de la procédure, il peut demander officiellement aux juridictions nationales de se dessaisir en sa faveur...* » (Statut du TPIR précité, article 8).

¹³⁴⁵ « *Il est créé une Cour pénale internationale (...). Elle est complémentaire des juridictions pénales nationales* » (Statut de la CPI, *op. cit.*, article 1).

Les critères possibles de la prohibition

vocation à être temporaire et que son champ d'intervention est plus vaste¹³⁴⁶. Certes, les principes de primauté et de complémentarité limitent la compétence des juridictions nationales. Toutefois, ils ne l'excluent ni l'un ni l'autre, le premier parce que la compétence du TPIY ne s'exerce que temporairement comme l'a reconnu le Conseil de sécurité par une déclaration du 23 juillet 2002¹³⁴⁷ tout en ne privilégiant un jugement international que pour des personnes et des infractions déterminées, et le second par nature.

Concernant l'amnistie, ces modes de répartition des compétences posent d'autres problèmes. Pour reprendre les propos du professeur Danièle Mayer :

« La paralysie des poursuites par une loi d'amnistie résulte non pas d'une décision indépendante d'une juridiction, mais bien de la volonté stricte de l'Etat. Il s'agit donc d'un cas dans lequel la Cour pourra se saisir. Mais si par la suite, la Cour a besoin d'aide dans la recherche des preuves, la coopération risque évidemment de ne pas fonctionner¹³⁴⁸ ».

Ainsi, afin que les règles internes s'appliquant à l'amnistie n'entravent pas le bon fonctionnement de la coexistence entre ces deux types de juridictions, il faut comme pour toute règle conventionnelle de droit international que l'Etat ait manifesté son consentement préalable¹³⁴⁹, mais en mettant son droit constitutionnel interne en conformité avec cette règle.

¹³⁴⁶ Voir, par exemple, pour un examen des fondements de cette différence, l'article suivant du professeur Flavia Lattanzi : « Compétence de la Cour pénale internationale et consentement des Etats », *RGDIP*, 1999, n° 2, pp. 425 à 439.

¹³⁴⁷ Citée par Olivier Beauvallet. Dans la perspective de l'achèvement du mandat du TPIY, le Conseil de sécurité y approuve « la stratégie générale énoncée dans le rapport et tendant à déférer devant les juridictions nationales compétentes les accusations de rang intermédiaire et inférieur » (BEAUVALLET Olivier, « La perspective d'achèvement du mandat du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie », *Droit pénal*, Jurisclasseur, novembre 2003, p. 5).

¹³⁴⁸ MAYER Danièle, « La Cour pénale internationale : droit pénal et procédures applicables », entretien réalisé par Claire SAAS le 20 mai 1999, *L'ASTREE : Revue de droit pénal et des droits de l'homme*, p. 9.

¹³⁴⁹ On rappellera qu'en vertu de la jurisprudence internationale, le consentement peut être donné verbalement (CPJI, *Affaire du statut du Groenland Oriental*, 5 avril 1933, série AB n° 53) ou résulter « d'une série d'attitudes

En théorie, bien qu'à vocation universelle, le Statut de la CPI ne devrait pas s'appliquer aux Etats ne l'ayant pas ratifié. Plus précisément, une mesure d'amnistie adoptée conformément à la procédure constitutionnelle d'un Etat qui n'a pas donné son consentement¹³⁵⁰ ne devrait pas voir ses effets remis en cause par la Cour pénale internationale. Cependant, comme le remarquait le sénateur français André Dulait en 2000 :

« Un Etat qui n'a pas souscrit à la convention peut – à travers le sort judiciaire réservé à son ressortissant devant la Cour pénale internationale – être malgré tout lié par un texte sans que cet Etat ait pourtant, à aucun moment accepté de souscrire au dispositif et donné son consentement à être lié par le traité ».

Il est vrai qu'en vertu de l'article 13 de son Statut, la CPI exercera sa compétence à l'égard des crimes de génocide, de guerre et contre l'humanité et si au moins un des Etats est celui dans lequel le crime a été commis ou dont le ressortissant est accusé de crime. L'autre Etat pourrait donc se trouver impliqué dans un de ses jugements sans l'avoir accepté. Néanmoins, nous verrons qu'en droit international l'opportunité des poursuites est comme pour la décision d'adopter une amnistie en droit interne soumise à des considérations politiques et que la Cour peut par exemple surseoir à statuer sur demande du Conseil de sécurité¹³⁵¹. En particulier, il pourrait être contraire au droit international d'appliquer la convention de Rome à des Etats ayant expressément manifesté leur refus de la ratifier, comme l'a fait notamment Israël¹³⁵². En outre, le Statut ne s'applique que pour les crimes commis après son entrée en vigueur¹³⁵³. Enfin,

concordantes » (CIJ, *Affaire du temple de Preah Vihear*, 15 juin 1962, <http://www.icj-cij.org>). Néanmoins, s'agissant de la CPI il se manifeste pour l'instant par la signature puis par la ratification des quatre-vingt dix-sept Etats parties.

¹³⁵⁰ Concernant la CPI il se manifestera par la ratification de son Statut ou par l'acceptation de la compétence de la Cour à l'égard d'un crime déterminé (article 12-3 du Statut de la CPI, *op. cit.*).

¹³⁵¹ Statut de la CPI précité, article 16.

¹³⁵² TREAN Claire, « Une plainte en justice internationale ne pourrait pas aboutir », *Le Monde*, Jeudi 25 juillet 2002, p. 2.

¹³⁵³ Selon l'article 11 du Statut ,

1. « La Cour n'a compétence qu'à l'égard des crimes relevant de sa compétence commis après l'entrée en vigueur du présent Statut.

s'agissant de l'amnistie adoptée dans un Etat n'ayant pas ratifié le Statut de la CPI, elle pourrait manifester le refus de celui-ci de voir s'exercer la compétence de la juridiction internationale, et il serait difficile de lui opposer ses obligations internationales dans la mesure où il n'en aurait pas souscrit.

La condition de la reconnaissance de la juridiction pénale internationale par un Etat semble donc indispensable pour qu'une amnistie soit écartée par une telle Cour¹³⁵⁴. Mais il existe une autre condition importante : celle de la plus grande prise en compte des victimes dans le droit appliqué par ces juridictions. En effet, bien que celles-ci soient privées du droit de déclencher formellement l'action pénale devant ce type de juridiction, ce sont le plus souvent elles qui rassemblent les preuves ou par leurs témoignages établissent les faits, une œuvre importante pour la décision éventuelle d'écarter comme non valide une amnistie nationale adoptée conformément à la procédure constitutionnelle d'un Etat.

2. Une prise en compte des victimes par le droit international

D'après Hadji Guissé,

« On entend par « victimes » des personnes qui, individuellement ou collectivement ont subi un préjudice, notamment une atteinte à leur intégrité physique ou mentale ou une atteinte grave à leurs droits fondamentaux. Il s'agit ici de ceux qui ont subi directement et personnellement le préjudice découlant des violations. Une autre pensée plus expansionniste entend par « victimes » tous ceux qui peuvent justifier d'un préjudice, tous ceux qui ont intérêt à agir. Le préjudice dont la réparation est demandée peut être matériel ou moral. Toutes les législations nationales acceptent depuis fort longtemps la réparation du préjudice moral, tant pour la victime directe que pour ses

2. *Si un Etat devient partie au présent Statut après l'entrée en vigueur de celui-ci, la Cour ne peut exercer sa compétence qu'à l'égard des crimes commis après l'entrée en vigueur du Statut pour cet Etat, sauf si ledit Etat fait la déclaration prévue à l'article 12, paragraphe 3 ».*

¹³⁵⁴ Comme nous le verrons, la compétence universelle pourrait ne pas être soumise à cette même condition (Voir : *infra*, II, pp. 458 à 476).

héritiers. Au plan international, l'idée s'est installée tardivement mais elle est progressivement acceptée¹³⁵⁵ ».

Il peut sembler paradoxal de soumettre les conditions de la coexistence entre juridictions pénales nationales et internationales à la prise en compte des victimes dès lors que l'un des principaux reproches adressés à la justice internationale est précisément d'être trop éloignée des victimes. En effet, elles ne peuvent pas se constituer partie civile. Schématiquement, devant les juridictions qui nous intéressent parce qu'elles sont susceptibles d'être confrontées à des amnisties, les victimes peuvent avoir deux types de rôles. Elles peuvent tout d'abord être protégées et participer aux auditions, mais à la requête de l'une des parties, sans être représentées par un avocat ni du même fait avoir accès au dossier ou aux informations relatives au déroulement de la procédure. Une fois le jugement du tribunal, définitif et « *déterminant quant à la responsabilité pénale de la personne condamnée* », elles peuvent demander une réparation devant les juridictions nationales ; c'est le cas devant les TPIR et TPIY¹³⁵⁶. Devant la CPI, elles auront une place plus importante puisqu'elles seront là encore protégées mais en bénéficiant d'un certain droit à être informées et même à participer au

déroulement de la procédure pénale¹³⁵⁷ ; elles auront droit à être représentées par un avocat¹³⁵⁸ mais surtout la Cour pourra leur accorder une réparation qui peut « *prendre notamment la forme*

¹³⁵⁵ GUISSSE El Hadji, *Rapport final sur la question des l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (droits économiques, sociaux et culturels)*, 27 juin 1997, *op. cit.*, p. 4.

¹³⁵⁶ Articles 20 à 22 du Statut du TPIY précité ; article 19 du TPIR ; articles 75, 77, 85, 90 et 106 de leurs règlements de procédure et de preuve (Règlement de procédure et de preuve du TPIY adopté le 11 février 1994, révisé pour la dernière fois le 17 décembre 2004, disponible sur <http://www.un.org/icty>; Règlement de procédure et de preuve du TPIR adopté le 29 juin 1995, modifié pour la dernière fois le 14 mai 2004, disponible sur <http://www.ictcr.org>).

¹³⁵⁷ Statut de la CPI précité, article 15.

¹³⁵⁸ Règlement de procédure et de preuve de la CPI, article 90 (Règlement de procédure et de preuve de la CPI, adopté le 9 septembre 2002 entré en vigueur le même jour, documents officiels ICC-ASP/1/3, disponible dans le Journal officiel de la CPI, première année, <http://www.icc-cpi.int>)

*de restitution, de l'indemnisation ou de la réhabilitation*¹³⁵⁹ ». Ainsi, malgré la faible importance attribuée à l'action des victimes par la justice pénale internationale, cette dernière permet comme nous l'avons dit de rassembler les preuves et par son témoignage d'établir les faits¹³⁶⁰. Une fois la responsabilité de l'auteur de l'infraction établies, elles peuvent obtenir une indemnisation devant une juridiction nationale ou la CPI.

Or, l'amnistie, lorsqu'elle intervient avant condamnation et avant un processus de justice transitionnelle ne permet pas à la victime d'être entendue ; elle peut seulement lui permettre

¹³⁵⁹ Statut de la CPI précité, article 75

¹³⁶⁰ Pour de nombreux spécialistes de droit international, comme par exemple le professeur Danièle Mayer, « *L'essentiel est que les victimes puissent être entendues, que soient officiellement reconnus les actes qu'on leur a infligés. Par conséquent, l'intervention de la victime en tant que témoin protégé me paraît infiniment plus importante* » (MAYER Danièle, « La Cour pénale internationale : droit pénal et procédures applicables », (entretien réalisé par Claire SAAS le 20 mai 1999), *op. cit.* p. 5). Selon le professeur Pierre-Marie Dupuy : « *Le Statut [de la CPI accorde une place au victime] ce qui est déjà beaucoup. Les victimes n'en avaient aucune devant les TPI. L'article 19-2 leur donne la possibilité de se prononcer sur la compétence mais aussi sur l'opportunité des enquêtes qui peuvent être demandées par le Procureur à la Chambre préliminaire* » (DUPUY Pierre-Marie (entretien réalisé par Sylvie Poilleux et Cédric Klein), « la genèse de la CPI », L'ASTREE n° 8, numéro thématique : les crimes contre l'humanité, <http://www.ifrance.com/astree/num8/chron.htm>).

d'obtenir une juste réparation¹³⁶¹ dans les Etats où les juridictions constitutionnelles préservent ce droit en dépit de l'amnistie¹³⁶². En outre, nous avons expliqué que l'amnistie des dirigeants politiques, lorsqu'elle n'était pas accompagnée d'un processus de vérité et réconciliation avait la particularité d'annihiler la responsabilité politique, que les personnes amnistiées pouvaient souvent à nouveau exercer des pouvoirs importants¹³⁶³. Par conséquent, le droit international, même s'il ne leur accorde qu'un statut que l'on pourrait qualifier de minimal, permet aux victimes de contrer ces effets de l'amnistie en leur offrant une possibilité de les voir cesser

¹³⁶¹ Là encore, c'est une exigence courante en droit international, principalement des Organisations non gouvernementales. La neuvième proposition d'Eric Sottas devant le Parlement européen l'illustre : « *Neuvième proposition, la mise en place d'un système international garantissant le droit à la réparation et à la réhabilitation des victimes en faisant porter le poids des compensations sur les auteurs, que ce soit l'Etat ou directement l'auteur matériel dans la mesure où celui-ci a les moyens de faire face à ses obligations et peut être poursuivi. Cette proposition tend à régler un problème lié à l'impunité. Les victimes, lorsqu'elles cherchent à obtenir réparation des préjudices subis, se heurtent à deux types de difficultés comme je l'ai déjà signalé. La plus fréquente réside dans l'établissement des responsabilités de l'auteur et des autorités. En effet, comment exiger réparation si, en raison des mécanismes d'impunité [dont l'amnistie peut faire partie comme nous l'avons déjà montré ; NDLR] décrits précédemment, le responsable de l'exaction commise ne peut être poursuivi ou condamné empêchant de ce fait la reconnaissance juridique d'une atteinte aux droits de l'homme. L'autre obstacle, qui conduit nombre de victimes à refuser toute indemnisation, consiste à « offrir » une aide conditionnée à l'abandon de toute poursuite contre les auteurs de la violations » (SOTTAS Eric, Directeur de l'OMT, Genève, *Efforts internationaux de coordination contre l'impunité... op. cit.*, p. 6).*

¹³⁶² Voir : *supra*, pp. 85 et s.

¹³⁶³ C'est le constat fait notamment par Ambos Kai, qui cite l'exemple de l'ancien ministre des affaires étrangères du Nicaragua promu juge à la Cour interaméricaine des droits de l'homme : « *Former perpetrators are promoted to posts which give them power about their former victims. (...) Take the case of A. Montiel Argüello, Ex-Foreign Minister under the Nicaraguan dictator Somoza and forceful defender of Somoza's human rights record, who was appointed judge to the Inter-American Court of Human Rights* » (AMBOS Kai, « Impunity and international criminal law, A case study on Colombia, Peru, Bolivia, Chile and Argentina », *op. cit.*, p. 1 et note 1, p. 1).

lorsqu'ils sont contraires à ce droit, c'est à dire lorsque cette forme de clémence est utilisée par les Etats pour échapper à leurs obligations¹³⁶⁴.

B. Les conséquences de la coexistence : le refus de l'amnistie utilisée par les Etats pour se soustraire à leurs obligations de droit international

Bien entendu l'Etat ne se soustrait pas toujours volontairement à ses obligations de droit international. Il existe des cas où il ne peut pas s'y soumettre et donc dans lesquels l'utilité de l'amnistie peut apparaître. Cependant, le droit pénal international est alors clair et les auteurs de crimes internationaux doivent être jugés par une juridiction internationale si ces infractions entrent dans sa compétence.

Selon l'article 17-1 du Statut de la CPI, en vertu du principe de complémentarité, une affaire pourra être jugée irrecevable si elle fait l'objet d'une enquête ou de poursuites dans un Etat compétent, à moins que ce dernier fasse notamment preuve d'un manque de volonté. D'après l'article 17-2 du Statut de la CPI :

« Pour déterminer s'il y a eu manque 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 de plusieurs des circonstances suivantes :

¹³⁶⁴ L'exemple du Zimbabwe est assez représentatif de cette nécessité pour les victimes de pouvoir être entendues devant d'autres juridictions que les juridictions nationales, lorsqu'aucune solution n'est à leur disposition dans leur Etat d'origine. Cela permet de faciliter la recherche de la vérité, l'exercice de la responsabilité politique des dirigeants responsables de crimes internationaux et d'obtenir des réparations. Le professeur Carver est peut-être celui qui décrit le mieux le Zimbabwe des années quatre-vingt dix : « *Remarkably few voices were raised within Zimbabwe to criticize the amnesties of either 1980 or 1988. However, particularly after the 1988 amnesty, there has been criticism of the government's failure to explain and learn from past human rights violations. There has also been a tenacious legal struggle by the families of one group of people who « disappeared ». The 1980 amnesty scarcely figured in political debate at the time. (...) Once the step had been taken to grant amnesty to people like Rhodesian Prime Minister Ian Smith – prominent figures in the demonology of Zimbabwean nationalism – It seemed natural that similar magnanimity should extend to persons who had committed [similar acts]* » (CARVER Richard, « Zimbabwe : drawing a line through the past », *op. cit.*, pp. 261 à 264).

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 visés à l'article 5 ;

b) La procédure a subi un retard injustifié qui, dans les circonstances, est incompatible avec 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, est incompatible avec l'intention de traduire en justice la personne concernée ».

L'amnistie pourrait être l'un des moyens normatifs utilisé par l'Etat pour « *soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale pour les crimes relevant de la compétence de la Cour* ». Par exemple, le Conseil constitutionnel français a reconnu implicitement que l'application d'une loi d'amnistie traduisant un manque de volonté ou l'indisponibilité de l'Etat pouvait entraîner la compétence de la CPI sans porter atteinte à la souveraineté nationale¹³⁶⁵. Ainsi, lorsqu'elle est octroyée avant condamnation pour des infractions relevant du génocide, des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre, elle pourrait révéler le manque de volonté de l'Etat par rapport à la CPI, mais aussi des TPI et autres formes de Cours encadrées par le droit international, dont la compétence doit primer sur les juridictions nationales. Cette révélation pourrait être plus forte encore, s'agissant d'une auto-amnistie (1). Il y a cependant une exception à ce critère prouvant le manque de volonté de l'Etat : lorsque l'amnistie est reconnue, voire autorisée, par l'une de ces juridictions, ce qui permet de sauvegarder son caractère d'opportunité, une reconnaissance qui pourrait s'appliquer à une amnistie de dirigeants politiques (2).

¹³⁶⁵ « *Considérant (...) qu'il résulte du Statut que la CPI pourrait être valablement saisie du seul fait de l'application d'une loi d'amnistie ou des règles internes en matière de prescription ; qu'en pareil cas, la France en dehors de tout manque de volonté ou d'indisponibilité de l'Etat, pourrait être conduite à arrêter et à remettre à la Cour une personne à raison des faits couverts, selon la loi française, par l'amnistie ou la prescription ; qu'il serait dans ces conditions porté atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale...* » (Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, *traité portant Statut de la Cour pénale internationale*, souligné par nous).

1. Les critères de ce refus : l’amnistie accordée avant toute condamnation aux auteurs des crimes les plus graves

Seuls les Statuts du tribunal spécial pour la Sierra Leone¹³⁶⁶ ainsi que la Loi relative à la création de Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens pour juger les crimes qui ont été commis durant la période du Kampuchéa démocratique du 10 août 2001¹³⁶⁷ dépouillent expressément de tout effet les amnisties adoptées avant condamnation pour des infractions relevant de la compétence de ces juridictions. Cela résulte certainement de la particularité de ces juridictions qui, contrairement au TPIY, et au système judiciaire du Timor-Leste¹³⁶⁸ notamment, devraient être confrontées à l’amnistie adoptée par un seul Etat et non pas par plusieurs d’entre eux.

En revanche, les autres Statuts de juridictions pénales internationales ou encadrées par le droit international ne mentionnent pas expressément l’amnistie. Il faut dire qu’au moment de la mise en place des tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, aucune loi d’amnistie ne faisait obstacle à la comparution des principaux criminels de guerre¹³⁶⁹. C’est le TPIY qui s’est retrouvé pour la

¹³⁶⁶ L’article 10 de son Statut prévoit que les amnisties accordées aux personnes susceptibles de comparaître devant elle, ne seront pas un obstacle à l’exercice de sa compétence : « *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 of the present Statute shall not be a bar to prosecution* ».

¹³⁶⁷ Article 40. Voir : annexe XVI, p. 683.

¹³⁶⁸ Le Timor Leste ayant fait partie de l’Indonésie, le système judiciaire mis en place pour juger les responsables des crimes les plus graves pourrait être confronté à une disposition d’amnistie timoraise ou indonésienne.

¹³⁶⁹ Toutefois le contexte de l’époque laisse penser que les amnisties auraient été proscrites si le tribunal de Nuremberg y avait été confronté. En effet, nous verrons que la loi n° 10 du Conseil de contrôle interallié de

première fois confronté à une telle disposition de clémence, la République de Serbie et la Croatie ayant adopté des lois d'amnistie. Même si son Statut était muet sur la validité de l'amnistie, l'application du principe de primauté ôtait tout doute sur celle-ci dans certains cas. Il était ainsi lorsque la clémence intervenait avant la condamnation d'une personne accusée d'actes de torture, qui, on le rappelle, peuvent constituer des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité¹³⁷⁰. Pourtant, c'est sur la gravité de l'infraction que la Chambre de première instance a fondé son refus de prendre en compte l'amnistie dans l'affaire *Furundzja* :

« Il serait absurde d'affirmer d'une part que, vue la valeur de *jus cogens* de l'interdiction de la torture, les traités ou règles coutumières prévoyant la torture sont nuls et non avenus *ab initio* et de laisser faire, d'autre part, les Etats qui, par exemple, prennent des mesures nationales autorisant ou tolérant la pratique de la torture ou amnistiant les tortionnaires¹³⁷¹ ».

l'Allemagne en date du 20 décembre 1945 assimilait les amnisties aux autres immunités (voir : annexe III, p. 649). De plus, certains auteurs considèrent que la même assimilation aurait pu se retrouver implicitement dans la jurisprudence du tribunal de Nuremberg. Par exemple, selon Andreas O'Shea : « *Indeed, the tribunal remarked in the context of sovereign immunity that :« (...) The principle of international law, which under certain circumstances protects the representatives of a State, cannot be applied to acts which are condemned as criminal by international law ».* This of course related to international immunity, but in the light of this explanation of the non-applicability of sovereign immunity it was also unlikely that any recognition would have been given to national amnesties, had the issue arise. The tribunal firmly established the principle that an individual would not be permitted to escape his international responsibilities by relying on his national status, even in terms of international law » (O'SHEA Andreas, *Amnesty for crime in international law and practice*, op. cit., p. 313).

¹³⁷⁰ Voir : *supra*, pp. 413 à 417.

¹³⁷¹ TPIY, ch. de 1^{ère} instance, jugement du 10 décembre 1998, *Procureur contre Furundzija*, IT-95-17/1-T, §155. Elle ajoute même plus loin, que : « *Si pareille situation devait se présenter (...) 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 alors engager une action en réparation auprès d'une juridiction étrangère qui serait invitée (...) notamment à ne tenir aucun compte de la valeur juridique de l'acte national autorisant la torture ».*

L'amnistie est donc alors assimilée à une loi autorisant la pratique d'un crime assortie d'une obligation de poursuivre ses auteurs en droit international et est considérée, par là même, comme contraire à cette obligation. Elle l'est d'autant plus lorsqu'elle intervient avant condamnation, si l'on se réfère aux dispositions de ces Statuts encadrant l'octroi de la grâce sans jamais citer l'amnistie. C'est pour cela que dans son opinion dissidente lors de l'affaire *Deronjic*, le juge Schomburg de cette même juridiction, recommande que les amnisties¹³⁷² ne soient accordées qu'une fois leur bénéficiaire condamné¹³⁷³.

Le Statut de la CPI ne mentionne pas non plus l'amnistie. Toutefois, dans la mesure où cette Cour ne prime pas sur les juridictions pénales nationales mais qu'elle respecte le principe de complémentarité, sa confrontation avec une amnistie pourrait être plus problématique que s'agissant des TPI. En outre, l'article 17-2 précité envisage que l'Etat puisse décider de ne pas poursuivre la personne concernée, ce qui pourrait s'apparenter faussement à la reconnaissance de l'amnistie. En réalité, cette possibilité n'est reconnue que dans le cas où les autorités de l'Etat ont mené une enquête ; elle est exclue lorsqu'elle manifeste l'incapacité de l'Etat. Ainsi, elle n'est relative qu'au cas où une enquête a de manière objective et équitable exclu toute

¹³⁷² Il entend par là la forme « d'amnistie » constituée par le refus discrétionnaire du Procureur de poursuivre une personne présumée coupable de crimes entrant dans la compétence du TPIY. Voir : *infra*, pp. 456 et s.

¹³⁷³ Selon ce juge comme nous l'avons indiqué : « *Amnesty can only be granted after an appropriate sentence has been determined* ». Il précise même que : « *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* » (TPIY, Chambre de première instance II, 30 mars 2004, *Deronjic*, affaire IT-02-61, jugement portant condamnation, opinion dissidente du Juge Schomburg, *op. cit.*, § 11, voir: *supra*, p. 389).

responsabilité pénale ou que les faits n'étaient pas établis¹³⁷⁴. Par ailleurs, comme le précise Gabriele Della Morte :

« Aux termes de l'article 1 du Statut, la CPI est complémentaire [avec] les seules « juridictions nationales », raison pour laquelle au delà des décisions prises par ces dernières, il n'y a pas d'opposition formelle¹³⁷⁵ ».

En d'autres termes, la complémentarité ne s'applique pas entre les autorités nationales titulaires de la prérogative amnistiante et la Cour mais entre cette dernière et les juridictions nationales. Formellement, l'amnistie n'est donc pas un obstacle à la compétence de la Cour dans la mesure où elle n'intervient pas après condamnation, car elle entrerait alors en contradiction avec la règle *non bis in idem*. Selon le sénateur Dulait qui analyse les dispositions du Statut de la CPI précitées :

« La Cour dispose d'une faculté d'appréciation de la recevabilité d'une affaire dont elle est saisie et qui aurait fait l'objet d'une décision nationale d'amnistie. Si (...) la loi d'amnistie intervenait après la décision d'une juridiction répressive nationale, la Cour ne pourrait, en se saisissant de l'affaire, faire exception au principe « *non bis in idem* » de l'article 20 que si la procédure suivie devant la juridiction nationale :

- « *avait pour but de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale* »

ou

¹³⁷⁴ De ce fait, selon John Dugard, l'amnistie accordée en Afrique du Sud en vertu de la Constitution et la loi par la commission vérité et réconciliation ne serait pas conforme à cette disposition : « *While the first part of the provision might be imaginatively interpreted to cover South Africa-style amnesty – that is the decision not to prosecute and instead to grant amnesty after an investigation – it is difficult to maintain such an interpretation against the qualification as in such a case the amnesty will result from an 'unwillingness' on the part of the State to prosecute* » (DUGARD John, « Dealing with crimes of a past regime. Is amnesty still an option? », 12, *Leiden Journal of International Law*, 1999, Kluwer Law international, pp. 1013-1014).

¹³⁷⁵ DELLA MORTE Gabriele, « L'amnistie en droit international et en droit international pénal : Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit ? », Pré-rapport, *Recherche : amnistie, grâce, prescription en Europe*, UMR droit comparé, Mission « Droit et justice », 2005, à paraître.

Les critères possibles de la prohibition

- « n'avait pas été menée de manière indépendante ou impartiale (...) mais d'une manière qui (...) démentait l'intention de traduire l'intéressé en justice » (article 20 paragraphe 3)¹³⁷⁶ ».

Cette faculté d'appréciation peut sembler une atteinte à la souveraineté nationale comme le font remarquer les professeurs Mathieu et Verpeaux¹³⁷⁷.

Néanmoins, la règle générale, applicable aux amnisties de dirigeants politiques, resterait la prise en compte du principe « *non bis idem*¹³⁷⁸ ». Il pourrait seulement exister une exception à la non reconnaissance par les juridictions internationales de l'amnistie adoptée avant condamnation pour des crimes relevant de leur compétence : l'amnistie encadrée par ces juridictions elles-mêmes, voire par le Conseil de sécurité de l'ONU. A nouveau, l'amnistie des dirigeants politiques pourrait être concernée par cette règle, comme l'amnistie plus générale.

2. L'exception : l'amnistie tolérée par une institution de droit international

En janvier 2003, le Secrétaire général de l'ONU proposait aux représentants du gouvernement cambodgien d'accorder aux Chambres la prérogative de décider si l'amnistie, adoptée pour les faits entraînant leur compétence, pouvait faire obstacle à toute poursuite ou condamnation de

¹³⁷⁶ DULAIT André, au nom de la commission des Affaires étrangères de la défense et des forces armées, *la Cour pénale internationale : quel nouvel équilibre entre souveraineté, sécurité et justice pénale internationale ?*, Rapport d'information du Sénat, n° 313, 1998-1999.

¹³⁷⁷ « Si la portée de l'atteinte à la souveraineté nationale peut être relativisée (...), elle n'en demeure pas moins effective » (MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle, janvier-juin 1999 », *L.P.A.*, n° 187, 20 septembre 1999, p. 8).

¹³⁷⁸ Dans le cas d'une amnistie après condamnation, il sera alors possible d'appliquer les règles de droit international relatives à la grâce et à la remise de peine en droit international qui ne sont pas formellement prosrites par le droit international, sous certaines conditions (Voir : PHILIP-GAY Mathilde, « La grâce en droit international », Pré-rapport, in RUIZ-FABRI Hélène (dir.), *Recherche : amnistie, grâce, prescription en Europe*, UMR droit comparé, Mission « Droit et justice », 2005, à paraître).

ses bénéficiaires. Cette proposition ne fait pas partie de celles qui ont été rejetées lors du Sommet de New York¹³⁷⁹.

Il est vrai qu'elle est conforme au Statut de la CPI. En effet, c'est à la Cour qu'il revient de déterminer si l'amnistie adoptée par l'Etat constitue ou non « *un manque de volonté de l'Etat*¹³⁸⁰ » pour poursuivre les auteurs de crimes graves. Si les juges reconnaissent une telle valeur à l'amnistie – il nous semble comme nous l'avons expliqué que cela concernerait plutôt les amnisties après condamnation ou comme nous le démontrerons des amnisties issues de la justice transitionnelle – cette amnistie pourra alors être considérée comme encadrée par cette juridiction. Le Procureur de la Cour pénale internationale pourrait également donner une telle portée à l'amnistie¹³⁸¹ lorsqu'« *il conclut qu'il n'y a pas de base raisonnable pour poursuivre en vertu du Statut de la CPI*¹³⁸² » en se fondant sur des « *renseignements supplémentaires*

¹³⁷⁹ Il proposait notamment que : « *In order to ensure conformity with international standards of justice fairness and due process of law the agreement should contain the following provisions : (...) It should be the Chambers to decide whether the amnesty that was granted to one person on 14 September 1996 would serve to bar his prosecution or conviction for crimes within their jurisdiction* » (Propositions du Secrétaire général de l'ONU faites en janvier 2003 à New York au gouvernement cambodgien, in « Report of the Secretary-General on Khmer Rouge trials », *United Nations General Assembly*, fifty-seventh session, agenda item 109 b, §§ 10 et suivants).

¹³⁸⁰ Statut de la CPI précité, article 17.

¹³⁸¹ Pour le professeur John Dugard: « *Article 53 (2) (c) allows the prosecutor to refuse prosecution at the instance of a state of the Security Council where, after investigation, she, or he, concludes that « a prosecution is not in the interests of justice, taking into account all the circumstances ». This decision is subject to review by the Pre-Trial Chamber. Similarly the Prosecutor may decline to exercise her or his direction to prosecute proprio motu under article 15 on the ground that the suspect has been granted amnesty* » (DUGARD John, « Dealing with crimes of a past regime. Is amnesty still an option? », *op. cit.*, p. 1014).

¹³⁸² Statut de la CPI, article 53.

Les critères possibles de la prohibition

[recherchés] auprès d'Etats (...) ou d'autres sources dignes de foi¹³⁸³ ». Selon Gabriele Della Morte, « en choisissant d'exercer ou non une action pénale, [le Procureur] peut établir l'orientation de la Cour sur la question des amnisties¹³⁸⁴ ». Enfin, plusieurs accords internationaux comportant des dispositions d'amnisties, comme par exemple, ceux de *Governor's Island* s'agissant d'Haïti¹³⁸⁵ ont été conclus sous l'égide de l'ONU. L'amnistie peut alors encore être considérée comme encadrée et empêcher la reconnaissance par une juridiction internationale de sa compétence.

Par application des règles de droit qui ont été exposées, il est possible d'avancer néanmoins, qu'en dehors des cas de justice transitionnelle¹³⁸⁶, le Procureur de la CPI, devrait s'abstenir d'exercer cette prérogative en faveur de personnes amnistiées soupçonnées d'avoir commis des crimes graves de droit international surtout en faveur de dirigeants dont l'application de la politique a permis la réalisation de tels crimes, et que les accords de paix devraient tenir compte de l'obligation de poursuivre de tels crimes et leurs principaux responsables en droit international. En outre, lorsque la compétence territoriale des juridictions ayant un lien avec un crime international, son auteur ou sa victime ne s'exerce pas pour des raisons pratiques comme politiques, et qu'une juridiction internationale se déclare incompétente, la juridiction d'un autre Etat peut écarter les effets de l'amnistie au nom de sa compétence universelle. La question se pose alors des conditions auxquelles elle peut réaliser cette reconnaissance et en particulier si elle peut l'effectuer au dépend des amnisties de dirigeants politiques tolérées par le droit international.

¹³⁸³ Statut de la CPI, article 15-2.

¹³⁸⁴ DELLA MORTE Gabriele, « L'amnistie en droit international et en droit international pénal : Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit ? », *op. cit.*

¹³⁸⁵ Voir : *supra*, note 795, p. 257.

¹³⁸⁶ Voir : *infra*, pp. 580 à 609.

II. Des amnisties d'anciens dirigeants politiques non reconnues par des juridictions étrangères au nom de la compétence universelle

En vertu de règles coutumières de droit international pénal plusieurs fois codifiées, la piraterie en haute mer et l'esclavage ont longtemps été les seules infractions pour lesquelles tout Etat pouvait, par application de sa compétence universelle, en appréhender les auteurs et les juger en dépit de l'absence de lien d'extranéité avec elles. Toutefois, avec l'émergence d'une catégorie de crimes considérés comme les plus graves en droit pénal international, la reconnaissance par les Etats de leur compétence universelle pour ce type d'infraction se généralise, quelle que soit la fonction ou la qualité de leur auteur. Ainsi, désormais :

« La sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, (...)

Rappelant (...) le principe de la juridiction universelle pour les crimes contre l'humanité et pour les crimes de guerre tel qu'il est reconnu par le droit international et sa pratique,

Consciente que le fait pour tous les auteurs de telles violations, y compris les anciens chefs d'Etat et de gouvernement, d'avoir à répondre de leurs actes est l'un des éléments essentiels permettant de prévenir par l'exemplarité, le renouvellement de telles violations par leurs successeurs (...),

Considère que, dans le cadre d'une telle coopération, la plus haute priorité devrait être accordée, indépendamment des circonstances dans lesquelles sont commises ces violations, à la poursuite de toute personne responsable de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, y compris des anciens chefs d'Etat ou de gouvernement – dont l'exil sert de prétexte à leur impunité – en vue de prévenir, par l'exemplarité, de futures violations des droits de l'homme¹³⁸⁷ ».

Cette confusion¹³⁸⁸ du droit international pénal, aboutissant à la mise en cause d'« *un particulier agissant pour son propre compte* », avec le droit pénal international dont relève la responsabilité « *des gouvernants et de leurs agents* » pose des difficultés relatives à la

¹³⁸⁷ *Rôle de la compétence universelle ou extraterritoriale dans l'action préventive contre l'impunité*, résolution de la sous-commission des droits de l'homme 2000/24, adoptée sans vote, 27^{ème} séance, 18 août 2002.

¹³⁸⁸ Relevée en particulier par Jean-François Roulot (ROULOT Jean François, « L'exercice par une juridiction française de la compétence universelle emporte la compétence de la loi française, même en présence d'une loi étrangère portant amnistie », *op. cit.*, pp. 894 à 897 ; Voir : *supra*, pp. 374-375).

souveraineté des Etats, surtout lorsqu'elle s'applique à des personnes amnistiées par un autre Etat (A). Cependant, la comparution récente de dirigeants politiques pourtant amnistiés devant des juridictions étrangères laisse penser que la compétence universelle peut s'exercer en dépit de l'amnistie, la jurisprudence anglaise, belge, espagnole et françaises relatives à Augusto Pinochet étant très révélatrice sur ce point¹³⁸⁹ (B).

A. La confrontation entre compétence universelle et amnistie des dirigeants politiques

La compétence universelle déroge au principe traditionnellement appliqué par les juridictions nationales, selon lequel il doit exister un lien¹³⁹⁰ entre l'infraction commise et leur Etat pour qu'elles reconnaissent leur compétence. On distingue ainsi habituellement la compétence personnelle active et passive – dans le premier cas, la personne qui a commis l'infraction est ressortissante de l'Etat, dans le second cas c'est la victime – de la compétence territoriale exercée parce que la réalisation de l'infraction a eu lieu sur le territoire de l'Etat. En outre, il est habituellement admis qu'un Etat puisse poursuivre les auteurs d'une infraction portant

¹³⁸⁹ Elle démontrerait même que la compétence universelle peut influencer la compétence active : « [la décision de la Cour suprême du Chili de 2000 levant l'immunité de Pinochet] *permet d'écrire une nouvelle page de l'histoire judiciaire de la lutte contre l'impunité particulièrement encourageante, car fruit d'un processus de complémentarité entre la justice pénale internationale et la justice chilienne. En effet, c'est grâce à la décision de la Chambre des lords britannique, étape essentielle dans l'affirmation du principe de compétence universelle et de la lutte contre l'impunité au plan international, que les juges chiliens se sont considérés comme autorisés à amorcer, au début de l'année 1999 le processus judiciaire national consistant à arrêter, détenir et juger des dizaines d'officiers supérieurs et militaires chiliens responsables de crimes, d'assassinats et de tortures. Il n'était plus possible pour la justice chilienne d'en exempter le principal responsable, Augusto Pinochet, comme en témoigne la décision de la Cour suprême de Santiago* » (KATZ Claude, « Chili : la décision historique de la Cour suprême », La nouvelle lettre de la FIDH, n° 41, Septembre 2000, éditorial).

¹³⁹⁰ Bien qu'il soit également possible de considérer que lorsqu'un Etat reconnaît sa compétence universelle pour une infraction c'est qu'il considère que, quelle que soit la personne qui la réalise ou qui en est la victime et quel que soit le lieu de sa réalisation, la nature de cette infraction créera un lien suffisant avec lui pour que ses juridictions se déclarent compétentes.

atteinte à sa sécurité ou à ses intérêts¹³⁹¹. Or, si ce lien n'existe pas formellement, comment justifier que des juridictions étrangères exercent leur compétence sur une personne bénéficiant d'une amnistie adoptée dans un autre Etat ? Une telle situation heurte le principe juridique de l'égalité souveraine des Etats en droit international, d'autant plus lorsque l'amnistie se double d'une immunité comme c'est fréquemment le cas s'agissant de l'amnistie des dirigeants politiques (1). Toutefois, si l'on considère que l'amnistie a un caractère essentiellement territorial, l'antinomie entre amnistie des dirigeants politiques et exercice de la compétence universelle n'est qu'une apparence (2).

1. Une confrontation liée au caractère d'opportunité souveraine de l'amnistie

Beaucoup d'auteurs rapprochent l'amnistie de la souveraineté de l'Etat. C'est pour cela que Sandrine Lefranc affirme en se référant aux travaux d'Olivier Beaud sur la puissance de l'Etat¹³⁹² que l'amnistie,

« N'est pas tant une clé de lecture des variations de la souveraineté , ni une illustration des tensions inhérentes à la conception moderne de la souveraineté, que la marque même de la souveraineté, puisque « la liberté d'abrogation caractérise la souveraineté¹³⁹³ » ».

La justice internationale porte par définition atteinte à la souveraineté étatique. D'après Antoine Garapon :

¹³⁹¹ Voir, par exemple : JOINET Louis (sous la direction de), *Lutter contre l'impunité, dix questions pour comprendre et agir*, *op. cit.*, p. 85.

¹³⁹² BEAUD Olivier, « La puissance de l'Etat », Texte remanié de sa thèse soutenue à Paris II en 1989, PUF, 1994, 512 p.

¹³⁹³ LEFRANC Sandrine, thèse, *op. cit.*, p. 282.

Les critères possibles de la prohibition

« La véritable accusée du procès de Nuremberg fut (...) la souveraineté, entendue comme pouvoir de décider, comme fiction garantissant l'immunité à tous ceux qui la servent¹³⁹⁴ ».

Qu'une juridiction internationale remette en cause la fiction de la souveraineté entre Etats en raison de la gravité des crimes commis par les personnes comparissant devant elle pourrait effectivement être considéré comme attentatoire à l'égalité souveraine des Etats¹³⁹⁵. Mais cela est encore plus vrai lorsqu'une remise en cause comparable est effectuée par une juridiction étrangère, surtout lorsque la personne jugée puis amnistiée par un autre Etat est un dirigeant ou un ancien dirigeant de ce dernier.

En effet, en droit international, la souveraineté est « *la compétence des compétences* » pour reprendre la célèbre formule de Max Huber¹³⁹⁶. Elle inclut donc le droit de punir comme celui de pardonner. De plus, elle est associée à l'égalité des Etats¹³⁹⁷, ce qui se traduit par le respect de leurs actes souverains mais aussi par la non ingérence dans les affaires intérieures d'un autre Etat. Or, il a été expliqué que l'amnistie avait en droit constitutionnel un caractère d'opportunité et qu'elle était souvent l'expression du souverain¹³⁹⁸, même lorsqu'elle concernait des

¹³⁹⁴ GARAPON Antoine, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner ; pour une justice internationale*, Paris : Odile Jacob, 2002, p. 110.

¹³⁹⁵ C'est ce qu'a considéré le Conseil constitutionnel français en 1999 dans la décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, *traité portant Statut de la Cour pénale internationale*, précitée.

¹³⁹⁶ Dans la sentence arbitrale du 4 avril 1928, affaire *Ile de Palmas*, R.S.A, T.2., p. 129. Il faut remarquer que c'est cette sentence arbitrale qui a fondé l'argumentation du Royaume de Belgique devant la CIJ dans l'affaire *République Démocratique du Congo c/ Royaume de Belgique*. Sa représentante, Mme Van der Wyngaert soutenait que Max Huber en dissociant territoire et compétence de l'Etat, justifiait indirectement la compétence universelle de la souveraineté. Comme le remarque Virgile Renaudie, « *C'est une interprétation tout de même large de l'arrêt* » (RENAUDIE Virgile, « Quelques réflexions suite à la lecture de l'arrêt de la CIJ du 14 février 2002, disponible sur :<http://www.rajf.org>).

¹³⁹⁷ Le principe de l'égalité souveraine est préservé par l'ONU, d'après la Charte des Nations Unies, dans ses articles 2-1, s'agissant des membres de l'ONU, et 2-6 en ce qui concerne les Etats qui ne sont pas membres de cette organisation (Charte des Nations Unies, adoptée le 26 juin 1945 à San Francisco, Chapitre I).

¹³⁹⁸ Voir : *supra*, partie 1, notamment pp. 140 à 155.

dirigeants politiques. Ainsi, en théorie, ce type d'amnistie adopté dans un Etat ne saurait voir ses effets méconnus par les juridictions étrangères sans qu'il ne soit porté atteinte au principe de l'égalité souveraine des Etats. Pourtant, en vertu du principe de territorialité, les amnisties étrangères sont peu reconnues par les Etats. Cette théorie se confirme dans deux situations : lorsque l'amnistie intervient après condamnation, en vertu de la règle *non bis in idem* qui devrait au moins empêcher l'extradition d'un dirigeant amnistié après avoir été jugé et, surtout, lorsqu'elle se double d'une immunité.

En premier lieu, il existerait une antinomie entre la nécessité de l'amnistie en droit constitutionnel interne des dirigeants politiques démontrée dans la première partie, et la compétence universelle en raison de la règle *non bis in idem*. Selon Anne Freyssinier,

« Pour les mesures de clémence, il n'y a (...) aucun doute : (...) la règle *non bis in idem* joue si la sanction prononcée à l'étranger a été éteinte par une grâce ou une amnistie étrangère¹³⁹⁹ ».

Conformément à cette conception, une amnistie après condamnation devrait empêcher toute mise en cause de son bénéficiaire par une juridiction étrangère. En effet, la règle *non bis in idem* qui implique que nul ne soit puni pour les mêmes faits, se retrouve dans la plupart des systèmes juridiques en droit international ainsi que dans plusieurs traités multilatéraux. Elle signifie alors qu'aucune personne ne peut être poursuivie ou punie pour une infraction l'ayant déjà conduite à être jugée devant la juridiction d'un autre Etat¹⁴⁰⁰, *a fortiori* si elle a été amnistiée. Néanmoins, il existe deux limites à ce raisonnement. La première est qu'en vertu d'une éventuelle valeur de

¹³⁹⁹ FREYSSINIER Anne, *Le droit de grâce du chef de l'Etat*, thèse, *op. cit.*, p. 124.

¹⁴⁰⁰ On le retrouve notamment dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 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). Dans le même sens, voir : convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 45/158 du 18 décembre 1990, article 18. S'agissant de l'Union européenne, voir : la convention de Schengen du 19 juin 1990.

jus cogens de l'obligation de poursuivre les auteurs des crimes les plus graves¹⁴⁰¹ et parce que : « *L'amnistie de crimes contre l'humanité, de génocides ou de crimes de guerre ne saurait être envisagée dans un Etat de droit*¹⁴⁰² », l'autorité amnistiante serait limitée dans son opportunité. Elle ne pourrait plus adopter de mesures de clémence s'appliquant aux crimes internationaux en dehors des procédures de réhabilitation, de révision et de relèvement de la peine, ou bien lorsque des éléments nouveaux seront apparus après la condamnation ou parce que la majeure partie de la sanction aura été exécutée¹⁴⁰³. La seconde limite est relative à la situation dans laquelle un individu, avant d'être amnistié, a été jugé dans des conditions d'impartialité contestables. Par exemple, aux Philippines, les personnes reconnues coupables de l'assassinat le 21 août 1983 de l'opposant au régime de Marcos¹⁴⁰⁴, Benigno Aquino Jr¹⁴⁰⁵, ont été condamnées selon une procédure dont la régularité a été souvent dénoncée¹⁴⁰⁶. Toutefois, au regard des règles de droit international que l'on vient d'énoncer, en particulier de l'égalité souveraine des Etats, il est difficile de penser que les juridictions de l'un d'entre eux puisse s'ériger en juge de la conformité au droit international de la procédure suivie pour condamner une personne amnistiée, surtout si cette personne assume ou a assumé des fonctions

¹⁴⁰¹ Nous nous interrogerons sur cette valeur plus loin, lorsque nous rechercherons si certains crimes sont inamnistiables (Voir, *infra* : pp. 561 à 567).

¹⁴⁰² BADINTER Robert, « Projet de loi constitutionnelle relatif à la Cour pénale internationale », Rapport 318, commission des lois, Sénat, 1998-1999.

¹⁴⁰³ PHILIP-GAY Mathilde, « La grâce en droit international », Pré-rapport, *Recherche : amnistie, grâce, prescription en Europe, op. cit.*

¹⁴⁰⁴ Dont la veuve, Corazon Aquino, succèdera à Marcos en tant que présidente des Philippines.

¹⁴⁰⁵ Pour beaucoup, il semble d'ailleurs que le principal instigateur de l'assassinat de Benigno Aquino ait été Marcos lui-même.

¹⁴⁰⁶ C'est le professeur de sciences politiques, Belinda A. Aquino, qui relate les conditions de cet assassinat dans l'ouvrage de Naomi Roht-Arriaza relatif à l'impunité (AQUINO Belinda A., « The human rights debacle in the Philippines », in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed), *Impunity and human rights in international law and practice, op. cit.*, pp. 234-235).

politiques. Seule une juridiction internationale, dans les limites de sa compétence¹⁴⁰⁷, pourrait alors assurer un tel contrôle¹⁴⁰⁸. Par conséquent, les effets de l'amnistie accordée après condamnation ne sauraient être écartés par une juridiction étrangère sans méconnaître le principe de l'égalité souveraine de l'Etat, en raison du caractère d'opportunité de l'amnistie.

Cependant, en second lieu, l'antinomie entre la nécessité de l'amnistie des dirigeants politiques en droit constitutionnel et la compétence universelle pourrait être renforcée lorsque cette mesure de clémence se double d'une immunité, comme il est fréquent lorsque le bénéficiaire de l'amnistie est un dirigeant politique en exercice.

L'immunité de juridiction et d'exécution du dirigeant politique en fonction devrait empêcher l'engagement de la responsabilité pénale mais aussi l'exécution d'une sanction prise à l'encontre d'un tel dirigeant¹⁴⁰⁹. Elle devrait également s'appliquer aux actes commis durant l'exercice de ses fonctions par un ancien dirigeant¹⁴¹⁰. Pourtant, dans quelques Etats, le principe de souveraineté a pu être accusé d'avoir « *longtemps servi de paravent à de nombreux tyrans [ayant] pu ainsi martyriser leurs peuples à l'abri des regards indiscrets*¹⁴¹¹ », si bien qu'une

¹⁴⁰⁷ Sur les conditions de cette compétence, voir : *supra* : pp. 443 à 450.

¹⁴⁰⁸ Sur les modalités de ce contrôle, voir : *supra*, pp. 450 à 458.

¹⁴⁰⁹ Cette protection découle de l'article 41, paragraphe 2 de la convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques comme l'a plusieurs fois rappelé la CIJ. Elle a par exemple été appliquée par la Cour de cassation française concernant le colonel Kadhafi (C. cass., crim, Arrêt n° 1414 du 13 mars 2001 : « *en l'état du droit international, le crime dénoncé, quelle qu'en soit la gravité, ne relève pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction des chefs d'Etats étrangers en exercice* »).

¹⁴¹⁰ Les juridictions nationales l'admettent fréquemment. Par exemple, s'agissant de l'immunité du général Pinochet auquel nous allons nous intéresser à nouveau plus loin, les juges de la Chambre des lords ont expressément confirmé ce principe : « [the Head of State] has immunity in respect of « official » acts performed in the exercise of his function » (*Decision by the appellate Committee of the House of Lords, 25 November 1998, Judgment, Regina v. Bartle and the Commissioner of police for the metropolis and others ex parte Pinochet, Regina v. Evans and the Commissioner of police for the metropolis and others ex parte Pinochet, on appeal from a divisional Court of the queen's bench division, [1998] 3 W.L.R. 1456, Lord Slynn of Hadley*).

¹⁴¹¹ C'est Frédéric Tiberghien qui fait cette constatation (TIBERGHIEEN Frédéric, « Quel avenir pour la justice pénale internationale ? », *Politique internationale*, n° 94, hiver 2001-2002).

certaine pratique a mis en doute la protection coutumière accordée par l'immunité des dirigeants politiques en exercice et a pu laisser penser à un revirement de la coutume. Ainsi, en Belgique, s'agissant d'Augusto Pinochet qui avait auparavant bénéficié du décret-loi d'auto-amnistie de 1978¹⁴¹², le juge Vanermeersch a expressément précisé que l'immunité ne pouvait s'appliquer :

« Aux actes criminels [qui] ne peuvent être censés rentrer dans l'exercice normal des fonctions d'un chef d'Etat, dont l'une des missions consiste précisément à assurer la protection de ses concitoyens¹⁴¹³ ».

Cela représentait une application de l'article 5 §3 de la loi du 10 février 1999¹⁴¹⁴ en vertu duquel « l'immunité attachée à la qualité officielle d'une personne n'empêch[ait] pas l'application de la présente loi ». Toujours concernant l'ancien dictateur du Chili, l'un des membres de la Chambre des lords, Lord Nicholls a contredit le jugement de première instance en vertu duquel les actes de torture et de prise d'otage devaient être considérés comme commis dans l'exercice de ses fonctions par l'ancien chef de l'Etat chilien parce qu'ils avaient été commis au nom de l'Etat chilien. Selon Lord Nicholls, il était contraire au droit international de considérer que de tels actes relèvent des fonctions d'un haut dirigeant politique¹⁴¹⁵. Ainsi, il a pu être considéré que de telles exceptions à l'immunité allaient pouvoir être appliquées aux dirigeants en exercice. Cependant, dans la décision du 22 février 2002, *République démocratique du Congo*

¹⁴¹² Voir : *supra*, notamment p. 365.

¹⁴¹³ WEYEMBERGH Anne, « Sur l'ordonnance du juge d'instruction Vandemeersch rendue dans l'affaire Pinochet », *RBDI*, 1999, n°1, p. 178.

¹⁴¹⁴ « L'immunité attachée à la qualité officielle d'une personne n'empêche pas l'application de la présente loi » (*Loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire*, article 5§3, avant sa révision en 2003).

¹⁴¹⁵ « It hardly needs saying that torture of his own subjects, or of aliens, would not be regarded by international law as a function of a head of state. (...) International law recognizes of course, that the functions of a head of state may include activities which are wrongful, even illegal, by the law of his own state or by the laws of other states. But international law has made plain that certain types of conduct, including torture and hostage-taking, are not acceptable conduct on the part of anyone. This applies as much to head of states or even more so » (Decision by the appellate Committee of the House of Lords, 25 November 1998, *op. cit.*, Lord Nicholls).

c. Belgique, la Cour internationale de justice¹⁴¹⁶, sans se prononcer sur la définition des actes commis dans l'exercice de ses fonctions par un dirigeant reconnaît que :

« Dès lors qu'une personne a cessé d'occuper la fonction de ministre des affaires étrangères, elle ne bénéficie plus de la totalité des immunités de juridiction que lui accordait le droit international dans les autres Etats. A condition d'être compétent selon le droit international, un tribunal d'un Etat peut juger un ancien ministre (...) d'un autre Etat au titres d'actes (...) qui, bien qu'accomplis [durant l'exercice de ses fonctions], l'ont été à titre privé¹⁴¹⁷ »,

mais juge que :

« L'émission du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 et sa diffusion sur le plan international, ont constitué des violations d'une obligation juridique du Royaume de Belgique à l'égard de la République démocratique du Congo, en ce qu'elles ont méconnu l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité dont le ministre des affaires étrangères en exercice de la République démocratique du Congo jouissait en vertu du droit international¹⁴¹⁸ ».

Par conséquent, en l'état du droit, lorsqu'un dirigeant amnistié est en fonction, même si l'amnistie est considérée comme ne produisant pas d'effets en raison de l'infraction à laquelle elle s'applique, la compétence universelle ne pourra pas s'exercer à son égard, sauf si l'Etat qu'il représente a décidé de lever son immunité et si une juridiction pénale internationale déclare sa compétence¹⁴¹⁹.

L'amnistie des dirigeants politiques est donc bien généralement antinomique avec la compétence universelle. Pourtant, sous certaines conditions, cette affirmation doit être nuancée. Il existe en effet une conception kelsénienne du droit international, en vertu de laquelle, pour reprendre le professeur Otto Pfersmann,

« Quelle que soit la différence des droits et des obligations auxquels sont soumis les Etats, le seul fait de reconnaître que les Etats soient et puissent être soumis à des devoirs n'est pensable que si l'on admet qu'ils ne sont tous que des ordres partiels d'un ordre juridique unique, celui précisément que l'on désigne habituellement comme

¹⁴¹⁶ CIJ, 14 février 2002, *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000, République démocratique du Congo c. Belgique*, Rôle Général n° 121.

¹⁴¹⁷ *Ibid*, § 61.

¹⁴¹⁸ *Ibid*, § 78.

¹⁴¹⁹ Ces deux exceptions ont été rappelées par la CIJ l'arrêt de 2002 précité (*Ibid*, § 61).

« droit international public ». Revendiquer une souveraineté au sens strict revient à nier purement et simplement l'existence de ce droit international¹⁴²⁰ ».

Dès lors, les Etats peuvent, en s'engageant conventionnellement, relativiser l'antinomie habituelle entre compétence universelle et amnistie des dirigeants politiques. Cela est d'autant moins contraire aux exigences de la souveraineté en droit international, que l'amnistie a un caractère essentiellement territorial.

2. Une confrontation atténuée par la territorialité de l'amnistie

L'antinomie entre amnistie des dirigeants politiques et compétence universelle n'est qu'une apparence lorsque la reconnaissance de cette dernière par un Etat résulte d'un engagement conventionnel auquel est également partie l'Etat amnistiant. En outre, contrairement aux immunités, il est possible de considérer l'amnistie comme essentiellement territoriale sans que l'égalité souveraine des Etats soit violée.

Même si l'on donne à l'obligation de poursuivre les dirigeants politiques responsables de crimes internationaux valeur de *jus cogens* – ce qui revient à penser qu'aucune amnistie ne peut plus leur être octroyée pour de tels crimes et qu'ils peuvent donc être poursuivis par tout Etat – la mise en œuvre de la compétence universelle se fonde encore essentiellement sur l'application de conventions internationales. Les conventions relatives à la piraterie et à l'esclavage ont déjà été évoquées, mais c'est surtout depuis la fin de la seconde guerre mondiale que le nombre d'infractions susceptibles de fonder une compétence universelle s'est accru. Ainsi, la convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre¹⁴²¹ ainsi que le protocole

¹⁴²⁰ PFERSMANN Otto, « De la justice constitutionnelle à la justice internationale : Hans Kelsen et la seconde guerre mondiale », *RFDC*, 1993, n° 16, p. 767.

¹⁴²¹ « Chaque partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre [des infractions graves aux termes de cette convention] et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Elle pourra aussi, si elle le préfère, et selon les conditions prévues par sa propre législation, les remettre pour jugement à une autre partie contractante intéressée à la poursuite, pour autant que cette partie contractante ait retenu contre lesdites personnes des charges

additionnel I aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux¹⁴²² organisent la répression des infractions graves au sens des conventions de Genève, c'est à dire ayant un lien avec un conflit, une répression qui s'agence conformément à la règle « extraditer ou juger ». Depuis l'adoption de la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, la torture peut également être réprimée de la sorte¹⁴²³. De fait, si l'Etat amnistiant et l'Etat qui exerce sa compétence pour une infraction à laquelle se rapportent ces conventions sont parties à ce type de traité, l'égalité souveraine des Etats n'est pas violée. Reste qu'elles n'ont pas été ratifiées par tous les Etats : les Etats-Unis n'ont en particulier pas ratifié le premier protocole additionnel aux conventions de Genève. Lorsqu'ils les ratifient, ils ne transposent pas toujours leurs dispositions en droit interne¹⁴²⁴ ou le font mal, par exemple en ne reprenant pas exactement la

suffisantes » (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, réunies à Genève du 21 avril au 12 août 1949, entrée en vigueur le 21 octobre 1951, article 129 ; convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, *op. cit.*, article 146).

¹⁴²² *Protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (protocole I)*, adopté le 8 juin 1977, *op. cit.*, articles 85 à 91.

¹⁴²³ « *L'Etat partie sur le territoire sous la juridiction duquel l'auteur présumé d'une infraction visée à l'article 4 est découvert, s'il n'extrade pas ce dernier, soumet l'affaire, dans les cas visés à l'article 5, à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale* » (convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, *op. cit.*, article 7-1).

¹⁴²⁴ La France a été critiquée dans un rapport de la Fédération internationale des droits de l'homme, du fait de la non reconnaissance par ses juridictions des conventions internationales mettant en place une compétence universelle : « *Malgré les termes de la circulaire de 1995, le droit français est très en retrait sur la question de la compétence universelle. S'agissant de la poursuite et de la répression de telles infractions, il ne prévoit explicitement la compétence universelle que pour le crime de torture (...). Cette pratique semble évidemment des plus paradoxales puisque la France, en intégrant dans son droit interne les dispositions de compétence universelle pour réprimer les crimes de torture, s'autorise à poursuivre et juger des tortionnaires, mais ne peut pas faute d'une loi lui accordant cette possibilité, poursuivre les auteurs des crimes plus « graves », comme une personne ayant participé à l'élaboration d'un plan visant à commettre un génocide. En effet, si la possibilité de juger les auteurs de tels crimes lui est donnée à travers la coutume internationale, le juge français à toujours considéré que*

même définition de l'infraction¹⁴²⁵. En outre, ce type de conventions implique que l'individu concerné se trouve sur le territoire de l'Etat qui exerce sa compétence universelle¹⁴²⁶. Enfin, l'exercice de cette compétence n'est le plus souvent qu'une possibilité¹⁴²⁷ et non pas un devoir pour cet Etat¹⁴²⁸.

Mais certains auteurs considèrent qu'il existe une possibilité coutumière¹⁴²⁹, d'exercer cette compétence universelle à l'égard des crimes de guerre et contre l'humanité de la torture, du

cette dernière ne pouvait pas s'appliquer directement dans l'ordre interne. Son interprétation a été la même s'agissant des conventions prévoyant un mécanisme de compétence universelle, telles les conventions de Genève, ratifiées par la France en 1951, mais jamais incorporées en droit interne depuis » (FIDH, « La loi française d'adaptation, enjeux et tabous », *op. cit.*, p. 75).

¹⁴²⁵ Le professeur Stern donne l'exemple de la piraterie en haute mer (STERN Brigitte, « Better interpretation and enforcement of universal jurisdiction », in JOYNER Christopher C. (ed.), *Reigning in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights : proceedings of the Siracusa Conference*, Nouvelles études pénales, Eres, 1998, pp. 182 à 185).

¹⁴²⁶ La loi belge du 16 juin 1993 telle que déjà modifiée par la loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire avait d'ailleurs été à nouveau révisée en 2003 afin notamment d'inclure cette condition, sous la pression internationale (Voir : STROOBANTS Jean-Pierre, « Bruxelles réduit la « compétence universelle » de sa justice, Washington et Jérusalem ont multiplié les pressions pour limiter la portée de la loi belge », *Le Monde*, mercredi 9 avril 2003, p. 8).

¹⁴²⁷ Si l'on excepte les conventions de Genève.

¹⁴²⁸ C'est ce que regrette Michael P. Scharf (Voir : SCHARF Michael P., « Swapping amnesty for peace..., *op. cit.*, p. 34).

¹⁴²⁹ A défaut peut-être d'une véritable obligation coutumière d'exercer cette compétence : « *en droit international coutumier (c'est à dire ne reposant que sur la répétition de certaines règles non écrites mais reconnues par la communauté internationale comme des règles de droit), la compétence universelle s'étend à toutes les violations des lois et coutumes de guerre. Ce droit coutumier prévoit plus une possibilité pour les Etats d'exercer leur compétence qu'une obligation de la mettre en œuvre* » (JOINET Louis, *Lutter contre l'impunité ...*, *op. cit.*, p. 85).

génocide¹⁴³⁰ et parfois même le terrorisme¹⁴³¹ ou encore les violations des droits économiques et sociaux¹⁴³². Dans cette optique, tout Etat pourrait juger un ancien dirigeant politique amnistié avant condamnation, à condition qu'il ne jouisse pas d'une immunité de juridiction, sans que l'égalité souveraine des Etats s'en trouve enfreinte. Néanmoins, comme le remarque Andreas O'Shea, il est rare qu'un Etat exerce sa compétence à l'égard d'une personne amnistiée, *a fortiori* un dirigeant, s'il n'en retire aucun intérêt¹⁴³³. Cette considération va donc de pair avec celle selon laquelle l'amnistie est essentiellement territoriale.

¹⁴³⁰ C'est la position de la plupart des ONG prônant la lutte contre l'impunité.

¹⁴³¹ D'après le professeur Bullier, analysant l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, *Kadhafi*, qui a ensuite été cassé par la Cour de cassation, « *les actes de terrorisme viennent rejoindre les crimes de guerre, les actes de génocides et les crimes contre l'humanité comme autant d'infractions qui autorisent la poursuite d'un souverain étranger* » (BULLIER Antoine J., « *Kadhafi/Pinochet : Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris et Chambre des lords se rejoignent dans une même logique* », *op. cit.*, p. 9).

¹⁴³² « *On pourrait déclarer que les violations des droits économiques, sociaux et culturels sont des crimes internationaux, soumis par conséquent aux principes de la compétence universelle et à l'imprescriptibilité ; cela permettrait de les sanctionner à tout moment et en tout lieu* (GUISSE El Hadji, *Rapport final sur la question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (droits économiques, sociaux et culturels)*, *op. cit.*, 27 juin 1997).

¹⁴³³ « *Where there is no connection between the offence and a state's territory or its nationals, it is extremely rare for the state to take any interest in the matter. In most cases it would not claim or have the right to exercise jurisdiction there is usually little political incentive to become involved. So, South Africa refrained from arresting Mengistu Haile-Mariam for alleged international crimes covered by universal jurisdiction when he went there for medical treatment, despite persistent calls from non governmental organisations and an indication from Ethiopia*

Rares sont les Etats qui affirment pourtant au niveau constitutionnel la territorialité de l'amnistie, si l'on excepte le Royaume-Uni, Etat dans lequel un *pardon* ne devrait pas pouvoir être accordé à un sujet condamné à une peine d'emprisonnement dans un Etat étranger¹⁴³⁴. Le plus souvent, la territorialité de l'amnistie est liée à la compétence universelle par la jurisprudence. Ainsi, en France, dans un arrêt du 23 octobre 2002¹⁴³⁵, la Cour de cassation a jugé qu'en vertu des articles 689-1 et 689-2 du Code de procédure pénale, les juridictions françaises étaient compétentes pour poursuivre et juger toute personne s'étant rendue coupable de torture même en dehors du territoire français, dès lors que cette personne se trouvait en France. Par conséquent, la loi Mauritanienne du 14 juin 1993 portant amnistie de tels actes commis en Mauritanie ne pouvait être appliquée en France sans priver de tout effet le principe de compétence universelle¹⁴³⁶.

Comme le montre là encore Andreas O'Shea, admettre qu'une amnistie puisse avoir un effet extra-territorial reviendrait à nier la souveraineté de juridiction de l'Etat sur lequel se trouve la personne amnistiée. C'est pour cela que lorsque la loi d'amnistie étrangère est octroyée avant

that is intended to request his extradition. It is unlikely that Pinochet would have been arrested in England but for Spain's issue of an international warrant of arrest. A notable exception to this general reluctance to prosecute offences of no direct consequence to the interests of the state is the prosecution of a Croatian national for crimes committed in Croatia by a Danish Court » (O'SHEA Andreas, *Amnesty for crime in international law and practice*, *op. cit.*, p. 311).

¹⁴³⁴ « *The committing of a subject of the realm to a prison out of the realm is by the Habeas Corpus Act a praemunire, unpardonable even by the king* » ((31 Car.II.c.2, § 12) ; voir : « Pardon », *The 1911 Edition encyclopaedia*, *op. cit.*).

¹⁴³⁵ Cass. crim. 23 octobre 2002, *Ely Ould Dah*, n° 6228.

¹⁴³⁶ Voir : ROULOT Jean François, « L'exercice par une juridiction française de la compétence universelle emporte la compétence de la loi française, même en présence d'une loi étrangère portant amnistie », *op. cit.*, pp. 894 à 897.

condamnation, les juridictions¹⁴³⁷ ne lui reconnaissent une telle portée¹⁴³⁸ que si cette loi a un lien avec leur propre Etat¹⁴³⁹ et que si elle n'est pas trop générale¹⁴⁴⁰ selon leurs propres critères internes¹⁴⁴¹. C'est pour cette raison que la conciliation entre amnistie, quelle que soit la qualité de son bénéficiaire, et compétence territoriale est possible uniquement si des lois nationales définissent les conditions de la reconnaissance de cette forme de clémence lorsque l'Etat exerce sa compétence universelle.

¹⁴³⁷ Comme par exemple les juridictions sud-africaines, dans les affaires *Stopforth v. Minister of Justice* et *Veenendaal v. Minister of Justice and Others*, où elles ont refusé de reconnaître des effets à une loi d'amnistie sud africaine dans l'actuelle Namibie dès lors que cette dernière ne s'appliquait pas à des conflits impliquant l'ancienne Afrique du Sud (*Stopforth v. Minister of Justice and Others* ; *Veenendaal v. Minister of Justice and Others*, 2000 (1) SA 113 (SCA)).

¹⁴³⁸ Pour le professeur Cassese, les mêmes raisons expliquent que les Etats puissent adopter librement des lois d'amnistie dans l'ordre interne et que ces dernières ne soient pas être reconnues par les juridictions étrangères (CASSESE Antonio, *International criminal law*, Oxford university press, 2003, p. 315).

¹⁴³⁹ « *In one sense all national amnesty law necessarily confine their effects to the territory of the conflict to which they relate. Similarly, most laws would not claim to extend the consequences of the amnesty itself beyond the state's own borders. Although, the amnesty may contravene the state's own obligation to prosecute the offender, it will not purpose to prevent other jurisdictions, foreign or international, from dispensing justice in the event that the alleged offender leaves the territory of the state where he benefits from amnesty. Thus Chile's amnesty law did not claim or get protection for Augusto Pinochet beyond Chilean territory (R. v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis – Ex Parte Pinochet (1999) 38 ILM 581) and the South African amnesty's protection from criminal and civil « liability » (section 20 (7) of the Promotion...) should be interpreted to mean « liability » before South African Courts* » (O'SHEA Andreas, *Amnesty for crime in international law and practice*, op. cit., pp. 306 et s.).

¹⁴⁴⁰ « *Obviously, not all amnesties should be recognized abroad. The kind of blanket, unconditional amnesty given by Pinochet and his regime to themselves cannot hope to receive international recognition* » (DUGARD John, « *Dealing with crimes of a past regime. Is amnesty still an option?* », op. cit., p. 1009).

¹⁴⁴¹ « *This is because the state would have no means of enforcing the law and foreign Courts and international tribunals would decide under their own jurisdictional rules whether they chose to recognize the effects of the foreign amnesty law. One consequence of the confinement of the effects of municipal amnesty within the territory of the state is that the law itself has no impact on any international obligations that the state may have entered into to surrender alleged criminals to a foreign or international jurisdiction* » (*Ibid*).

B. Le développement récent du rejet de certaines amnisties de dirigeants dans des Etats reconnaissant leur compétence universelle

Le nombre d'infractions fondant l'admission par les Etats de leur compétence universelle a augmenté, ce qui entraîne, en dépit du caractère territorial de l'amnistie, un élargissement du nombre de mesures de clémence ne pouvant se voir reconnaître aucune valeur juridique dans un autre Etat.

En juillet 1998, le capitaine mauritanien Ely Ould Dah accusé de crimes de torture commis dans son Etat d'origine entre 1990 et 1991 à l'encontre de militaires eux-mêmes mauritaniens, a été arrêté et mis en examen en France, alors qu'une loi adoptée en Mauritanie amnistiait ses actes. L'ordonnance de renvoi devant la Cour d'assises, en date du 25 mai 2001 précisait que :

« Quelle que soit la légitimité d'une telle amnistie dans le cadre d'une politique locale de réconciliation, cette loi n'a d'effet que sur le territoire de l'Etat concerné et n'est pas opposable aux pays tiers dans le cadre de l'application du droit international. Elle n'a par conséquent aucune incidence sur l'action publique pour l'application de la loi en France¹⁴⁴² ».

La Cour de cassation a confirmé cette absence de légitimité de l'amnistie mauritanienne pour les actes de torture en 2002¹⁴⁴³.

Ce cas d'espèce illustre le fait que les amnisties de responsables d'actes de torture, comme plus traditionnellement les amnisties de personnes ayant commis des actes relatifs à l'esclavage ou à la piraterie, n'ont aucune valeur juridique extra-territoriale, (1) ; mais ils pourrait en être de même pour d'autres crimes, quelle que soit la qualité ou la fonction de leurs auteurs(2).

¹⁴⁴² Citée par William Bourdon (BOURDON William, « Amnistie », *op. cit.*, p. 37).

¹⁴⁴³ Ely Ould Dah a été condamné par contumace à dix ans de prison par la Cour d'assises du Gard, vendredi 1^{er} juillet 2005 pour avoir en particulier torturé en 1991, deux militaires impliqués dans une tentative de coup d'Etat contre le président Maaouiya Ould Taya.

1. Le refus constant de reconnaître la valeur juridique des amnisties de tortionnaires dans les Etats étrangers

Les actes de torture sont parfois prohibés en droit national, soit par une norme de valeur constitutionnelle¹⁴⁴⁴, soit par une norme législative. Mais, le plus souvent, la ratification d'une disposition conventionnelle rend inutile toute norme interne la proscrivant, ce qui explique que la torture ne se retrouve pas dans la plupart des lois nationales fondant la compétence universelle des Etats. Or, l'amnistie d'un tel acte pourrait à nouveau s'apparenter à un acte souverain de l'Etat dans lesquels il s'est déroulé.

Pourtant, parce que par son essence même, la perpétration d'actes de torture porterait atteinte à la communauté internationale, elle fonde la reconnaissance de leur compétence universelle par les Etats. En effet, la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants organise une telle répression¹⁴⁴⁵. De même, le TPIY l'a expressément présentée comme une obligation coutumière de droit international dans l'affaire *Prosecutor v. Furundzija* de 1998 :

« Si [des Etats prenaient des mesures nationales autorisant ou tolérant la pratique de la torture ou amnistiant les tortionnaires], les mesures nationales violant ce principe général (...) ne seraient (...) pas reconnues par la communauté internationale. Les victimes potentielles pourraient, si elles en ont la capacité juridique engager une action

¹⁴⁴⁴ Par exemple, l'article 25 de la Constitution portugaise énonce que « nul ne peut être soumis à la torture, ni à des peines ou à des traitements cruels, dégradants ou inhumains » (Constitution de la République portugaise du 2 avril 1976). Comme le fait remarquer le professeur Roht-Arriaza, les diverses amnisties proclamées par le Mouvement des forces armées portugais après 1974 ont toutes exclu les officiers accusés d'avoir donné l'ordre de recourir à la torture. (ROHT-ARRIAZA Naomi, « Special problems of a duty to prosecute : derogation, amnesties, statutes of limitation, and superior orders », in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed), *Impunity and human rights in international law and practice*, Oxford University press, Oxford, 1995, p. 61)

¹⁴⁴⁵ Voir : *supra*, note 1255, p. 414.

devant une instance judiciaire nationale ou internationale compétente afin d'obtenir que la mesure nationale soit déclarée contraire au droit international¹⁴⁴⁶ ».

Toutefois, au regard de la position de la Chambre des lords dans l'affaire Pinochet, il semble que cette obligation coutumière n'ait pas encore reçu toute son application. Dans cette décision, un seul juge, Lord Millet, accepte de lui donner une telle valeur, les autres ne l'appliquant qu'aux crimes commis après l'entrée en vigueur de la convention sur la torture en Grande Bretagne, en 1998¹⁴⁴⁷ soit vingt ans après l'adoption du décret-loi d'amnistie au Chili. La construction de l'Union européenne devrait limiter les problèmes posés à l'intérieur de l'Union par la reconnaissance des amnisties étrangères pour des crimes graves¹⁴⁴⁸. Quoiqu'il en soit, la torture n'est pas la seule infraction pour laquelle un Etat devrait avec certitude pouvoir exercer sa compétence universelle à l'égard d'un ancien dirigeant amnistié.

2. Un mouvement vers le rejet des lois d'amnistie d'autres crimes

¹⁴⁴⁶ TPIY, ch. de 1^{ère} instance, jugement du 10 décembre 1998, *Procureur contre Furundzija*, *op. cit.*, § 155.

¹⁴⁴⁷ « *In my opinion, the systematic use of torture on a large scale and as an instrument of state policy has joined piracy, war crimes and crimes against peace as an international crime of universal jurisdiction well before 1984. I consider that it had done so by 1973. For my own part, therefore, I would hold that the Courts of [United Kingdom] already possessed extra-territorial jurisdiction in respect of torture and conspiracy to torture on the scale of the charges in the present case and did not require the authority of statute to exercise it* » (*Judgment Regina v. Bartle and the Commissioner of police for the metropolis and others ex parte Pinochet, Regina v. Evans and another and the Commissioner of police for the metropolis and others ex parte Pinochet*, on appeal from a Divisional Court for the Queen's Bench Division, [1999] 2 W.L.R. 827, 24 March 1999 (Lord Millett)). Pour une étude de cette position, voir : DUGARD John, « Dealing with crimes of a past regime. Is amnesty still an option? », *op. cit.*, p. 1007; RATNER Michael, « The Lord's decision in Pinochet III », in BRODY Reed, RATNER Michael (dir.), *The Pinochet papers*, Kluwer law international, 2000, pp. 24 à 33.

¹⁴⁴⁸ C'était le sens de l'audition d'Eric Sottas, le directeur de l'OMT, au sein du Parlement européen : « *cette proposition s'adresse à tous les parquets et tribunaux européens pour qu'ils fassent usage plus systématiquement de la compétence universelle des tribunaux découlant soit de la convention contre la torture, soit des instruments de la Croix-Rouge (conventions de 1949)* » (SOTTAS Eric, *Efforts internationaux de coordination contre l'impunité*, *op. cit.*, p. 6).

Les autres infractions qui d'après les lois nationales, fondent la compétence universelle impliquent ou visent généralement plusieurs Etats même en dehors de tout conflit. Il s'agit de celles liées au trafic de stupéfiants, à l'armement nucléaire, au terrorisme, au génocide et très souvent des crimes contre l'humanité et crimes de guerre¹⁴⁴⁹. Les juridictions exerçant leur compétence universelle vont alors juger selon leurs propres critères si une amnistie pour de telles infractions a une valeur juridique. La jurisprudence espagnole est certainement la plus révélatrice sur ce point¹⁴⁵⁰, dans la mesure où l'*Audiencia Nacional*¹⁴⁵¹ a examiné concrètement et de façon détaillée la validité de l'amnistie chilienne de 1978 pour ce qui concerne les crimes de génocide et de terrorisme imputés au général Pinochet. En effet, en Espagne, l'article 23 de la loi organique relative au pouvoir judiciaire du 1^{er} juillet 1985 empêchait l'application de la compétence universelle aux cas où la personne qui comparaisait n'avait pas été acquittée, n'avait pas fait l'objet d'une mesure de clémence¹⁴⁵² ou d'une sanction pour les mêmes faits à l'étranger¹⁴⁵³. Il semblait donc que le décret-loi de 1978 empêchait toute action pénale

¹⁴⁴⁹ Il est possible de retrouver les législations, ainsi que les extraits de quelques décisions jurisprudentielles relatives à la compétence universelle belges, canadiennes, espagnoles, américaines et françaises dans les annexes de l'ouvrage de Ana peyró Llopis sur la compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité (PEYRÓ Llopis Ana, *La compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité*, Collections du CREDHO, Bruylant, 2003, annexes, pp. 154 à 173).

¹⁴⁵⁰ Marguerite Feitlowitz, laisse entendre que l'attitude de l'Audiencia espagnole s'expliquerait par l'influence du juge Garzon : « *Des experts proches de Garzon affirment que la stratégie du juge, pour l'emporter sur ses opposants conservateurs à Madrid, consistait à privilégier le droit interne et à n'utiliser les conventions, théories et traités internationaux qu'en dernier ressort* » (FEITLOWITZ Marguerite, « L'affaire Pinochet : succès, échecs et leçons », Droit, in GUTMAN Roy, RIEFF David (Ed.), *Crimes de guerre, ce que nous devons savoir, op. cit.*, pp. 337-338).

¹⁴⁵¹ Chambre criminelle de l'Audiencia Nacional, formation plénière, arrêts confirmatifs 84/98 et 173/98, des 5 et 6 novembre 1998, disponible sur <http://www.elpais.es> (espagnol) ; quelques extraits en Français disponible dans l'ouvrage d'Ana Peyró Llopis (*Ibid*, traduction de l'auteur).

¹⁴⁵² D'*indulto*.

¹⁴⁵³ Il faut préciser, comme l'a fait l'*Audiencia Nacional* dans le 11^{ème} paragraphe de cet arrêt, que la loi organique de 1870 relative au pouvoir judiciaire, applicable au moment des faits, contenait des dispositions similaires (article 336).

espagnole contre le général Pinochet. La Cour considéra que, dans la mesure où l'amnistie (« *indulto* ») générale est interdite par la Constitution espagnole¹⁴⁵⁴, elle ne pouvait donc pas reconnaître de valeur juridique à celle adoptée au Chili en 1978. Sa compétence universelle pouvait donc s'exercer en raison des crimes reprochés à l'ancien dictateur et ce, en dépit de ladite amnistie¹⁴⁵⁵.

En conclusion, pour les infractions reconnues comme les plus graves en droit international, il existe pour les juridictions internationales comme nationales une certaine obligation de poursuivre leurs auteurs, quelle que soit leur qualité, qui limite les effets d'une amnistie des dirigeants politiques. Les dirigeants politiques amnistiés avant condamnation sont susceptibles d'être poursuivis en tant qu'auteurs de crimes internationaux devant les juridictions internationales s'ils sont encore en exercice ou devant des juridictions étrangères dans le cas contraire. Un critère fonctionnel émergent pourrait donc être appliqué. Toutefois, pour confirmer l'effectivité de ce critère, il convient de vérifier si des amnisties de dirigeants politiques peuvent être invalidées en vertu du droit international alors que d'autres catégories de personnes pourraient en bénéficier pour les mêmes faits.

¹⁴⁵⁴ D'après l'article 62 de la Constitution espagnole. Par conséquent, en Espagne l'*indulto* individuel peut être total lorsqu'il couvre l'ensemble de la peine, ou partiel dès lors qu'il ne s'applique qu'à une partie de la sanction. Mais en aucun cas il ne peut être général. C'est pour cela que certains auteurs estiment que l'amnistie n'a pas sa place en droit constitutionnel espagnol (Voir : *supra*, note 728, p. 236 ; « amnistie, grâce et prescription en Europe : l'Espagne », Pré-rapport, in RUIZ-FABRI Hélène, *Recherche : amnistie, grâce, prescription en Europe*, UMR droit comparé, Mission « Droit et justice », 2005, à paraître).

¹⁴⁵⁵ La même juridiction a tenu un raisonnement identique s'agissant de l'amnistie argentine pour des faits de torture reprochés à des exécutants militaires. Il est donc possible de penser que dans tous les cas les Cours espagnoles rejeteront l'application des amnisties nationales invoquées comme empêchant toute poursuite fondée sur leur compétence universelle (WILSON Richard J., « Prosecuting Pinochet: international crimes in Spanish domestic law », *op. cit.*, p. 952).

SECTION 2 – LA LOGIQUE DE L'INVALIDATION DES AMNISTIES DE DIRIGEANTS EN FONCTION LORS DE LA RÉALISATION DE CRIMES INTERNATIONAUX

« Tous nous devrions savoir, ou nous souvenir que lorsque Hitler ou Mussolini parlaient en public, ils étaient crus, applaudis, admirés. Les idées qu'ils proclamaient étaient en général aberrantes, stupides, cruelles, et pourtant ils furent acclamés et suivis jusqu'à leur mort par des milliers de fidèles. Ces fidèles n'étaient pas des bourreaux-nés, mais des hommes quelconques, ordinaires, prêts à croire et à obéir sans discuter¹⁴⁵⁶ ».

Cette phrase de Primo Levi ne signifie pas que les « *fidèles* » d'Hitler ou de Mussolini ne devaient pas être considérés comme coupables des crimes qu'ils pourraient avoir commis ou simplement cautionnés. Les propos de Lord Nicholls lors de la décision de la Chambre des lords du 25 novembre 1998 dans l'affaire Pinochet lui font naturellement écho. Pour ce *Law Lord* britannique, le droit international rend clairement inacceptables certains types de comportements y compris la torture et la prise d'otage quel que soit leur auteur, mais que cela s'applique également aux chefs d'Etats, voire encore plus à ces derniers¹⁴⁵⁷. Selon cette conception, même si une amnistie est octroyée à la majorité des auteurs présumés d'infractions pénales graves, notamment pour des raisons de réconciliation nationale, les dirigeants politiques devraient toujours voir leur responsabilité engagée pour deux raisons. En premier lieu, du fait de leur ascendant sur les exécutants des crimes et parce que ces derniers résulteraient de leurs choix politiques, en second lieu parce que leur qualité les oblige à un comportement exemplaire, comme le démontrerait l'existence de la responsabilité politique sanctionnant les fautes politiques.

¹⁴⁵⁶ LEVI Primo, *Les naufragés et les rescapés : quarante ans après Auschwitz*, Traduction : André Mauge, 2002 (1^{ère} édition en français : 1989), Gallimard, 199 p.

¹⁴⁵⁷ Voir : *supra*, note 1416, p. 465.

Les critères possibles de la prohibition

Il naîtrait ainsi en droit international un critère fonctionnel engendrant une obligation de poursuivre les dirigeants politiques auteurs, instigateurs ou inspirateurs de certains crimes en raison de leur qualité au moment de la perpétration de ces crimes. Ce critère serait issu du critère matériel obligeant à poursuivre les auteurs présumés de crimes internationaux, puisque c'est la réalisation de ce type d'infractions qui fonderait également l'engagement de la responsabilité pénale des dirigeants politiques. Mais ce critère fonctionnel se différencierait du critère matériel par le fait qu'aucun degré de responsabilité ne devrait alors être recherché. Il serait induit par la fonction du dirigeant.

Généralement, les auteurs qui semblent adhérer à l'existence d'un tel critère le font résulter de la priorité souvent attribuée par le droit international au jugement des dirigeants politiques¹⁴⁵⁸ (I). Néanmoins, même si cette solution est privilégiée, tous les problèmes posés par l'amnistie des dirigeants politiques responsables de crimes internationaux ne seront pas résolus (II).

¹⁴⁵⁸ Il est possible de citer par exemple Suzanne Walther à propos des anciens dirigeants de l'Allemagne de l'Est : « *Adjudicating the criminal responsibility of « big fish », particularly leading state representatives, for grave human rights violations requires considering an international solution. The legitimacy of holding individuals responsible in a criminal Court would then be based on international legal consensus that no nation could disregard without justifying itself on the basis of specific, internationally recognized grounds. Nations would not, as in the case in Germany today, be suspected of engaging in political self-righteousness or even Siegerjustiz (victor's justice) and « political trials »; instead, the state could assume the role of complaining party-which seems a more fitting role than that of judge with respect to the offensive state practices in question Thus, the example of the Honecker case provides additional impetus to proceed with the long-deliberated establishment of an international criminal Court. In the course of working out further details, the question of sanctions should merit special attention, a topic that opens new and challenging fields for academics as well as practitioners* » (WALTHER Suzanne, « Problems in blaming and Punishing Individuals for human rights violations : the example of the Berlin Wall shootings », *op. cit.*, p. 112).

I. Une logique découlant de la priorité souvent accordée par le droit international au jugement des « grands criminels, dont les crimes sont sans localisation géographique précise¹⁴⁵⁹ »

Historiquement, la volonté de juger prioritairement les dirigeants politiques auteurs de violations graves des droits de l'homme s'est manifestée à la cessation des grands conflits armés internationaux. Ainsi, au sortir de la première guerre mondiale, les Etats vainqueurs considéraient-ils comme indispensable de juger Guillaume II, une idée progressivement abandonnée pour des raisons politiques¹⁴⁶⁰. C'est de cette volonté que certains déduisent l'invalidité en droit international de l'amnistie des dirigeants politiques présumés responsables de graves violations des droits de l'homme (A). Il est alors possible de justifier l'invalidité de ce type d'amnistie par des arguments juridiques, philosophiques et politiques (B).

A. Une priorité plusieurs fois accordée en droit international

Le jugement privilégié des dirigeants politiques, qui pourrait faire échec à l'amnistie des dirigeants politiques pour des crimes internationaux, se retrouve en premier lieu en droit international. D'après Jean-François Roulot, il serait même un élément constitutif du droit international pénal puisque selon cet auteur :

« Le droit international pénal (...) a sa propre spécificité qui fait de lui une branche particulière du droit international. En premier lieu, le droit international pénal se distingue du droit international public en ce qu'il punit les dirigeants d'un Etat. (...). Dans la mesure où la souveraineté n'est plus considérée comme un écran derrière lequel les criminels peuvent se cacher, les règles admises en droit international public pour protéger les gouvernants ne peuvent être valablement invoquées. (...) La communauté des Etats sanctionne des gouvernants criminels, elle seule peut le faire. En second lieu, la logique du droit criminel interne ne peut servir de référence. (...) [L]es droits internes comportent en matière de responsabilité pénale des dispositions qui permettent à l'auteur du comportement criminel de ne pas être poursuivi s'il n'a fait qu'exécuter un ordre de l'Etat. L'ordre du supérieur hiérarchique et le commandement de la loi peuvent être invoqués comme justification de l'acte criminel. En matière de droit international pénal, droit de la criminalité de l'Etat, de telles justifications sont impossibles au risque

¹⁴⁵⁹ Préambule de l'accord de Londres du 8 août 1945 précité, troisième considérant.

¹⁴⁶⁰ Notamment parce que les Pays-Bas, où il s'était réfugié, refusèrent de l'extrader.

de remettre en cause le principe même d'une telle justice. En effet, si un gouvernant commet un crime, il peut en quelque sorte s'amnistier en modifiant sa législation avant la perpétration de ses actes. Dans cette hypothèse et en absence de toute base légale, il est évident qu'aucune responsabilité ne peut être engagée. Un tel raisonnement n'est pas possible en droit international pénal car il conduirait à faire disparaître toute répression¹⁴⁶¹ ».

La recherche de ce critère fonctionnel qui vise en premier lieu à sanctionner les gouvernants sans admettre les règles de droit interne pouvant exonérer un dirigeant de sa responsabilité, telles que l'immunité ou l'amnistie, est relativement récente. Il serait véritablement né après la seconde guerre mondiale (1). Mais sa présence dans le Statut de la CPI pourrait s'apparenter à la confirmation de son existence (2).

1. Après la seconde guerre mondiale

Selon Pierre Truche,

« Ce qui est raisonnable, c'est qu'un tribunal juge les chefs. C'est le plus important, le plus significatif. (...) Les archives publiées très récemment montrent qu'à la fin de la seconde guerre mondiale, l'opinion de Churchill était de fusiller les chefs nazis sans autre forme de procès. Et nous arrivons aujourd'hui à des procès qui doivent se porter que sur des chefs, de façon significative et non sur les seuls subalternes¹⁴⁶² ».

Cette évolution remonte avant tout aux grands procès internationaux ayant suivi la seconde guerre mondiale. L'accord de Londres du 8 août 1945 précédant la mise en place des tribunaux militaires de Nuremberg et Tokyo s'intitulait d'ailleurs : « *accord [entre les gouvernements des alliés] concernant la poursuite des grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe*¹⁴⁶³ ». D'après le professeur Jacques Robert, la catégorie des « grands criminels » est

¹⁴⁶¹ ROULOT Jean-François, *Le crime contre l'humanité*, thèse, *op. cit.*, p. 325.

¹⁴⁶² TRUCHE Pierre, « L'émergence d'une justice pénale internationale : les expériences en cours », *L'ASTREE, Revue de droit pénal et des droits de l'homme*, entretien avec Pierre Truche, Premier président de la Cour de cassation, diphonie sur : <http://www.ifrance.com/astree/num8/entretien2.htm>, p. 5.

¹⁴⁶³ Voir : *supra*, note 1159, p. 383.

constituée en premier lieu de : « celui dont le forfait a revêtu au moment même de sa commission, une densité émotionnelle et une puissance symbolique exceptionnelles », en deuxième lieu de celui se « caractérisant par le choix méticuleux de ses multiples victimes désignées », en troisième lieu, de « celui qui se définit par l'ampleur voulue du massacre », en quatrième lieu, « les responsables conscients ou inconscients, de tueries massives et programmées, d'holocaustes prémédités, de purifications ethniques savamment organisées », et enfin, en cinquième lieu, « au sommet de l'échelle, les plus hauts dirigeants des Etats¹⁴⁶⁴ ». Ce même auteur observe que la fin de la seconde guerre mondiale a vu naître la volonté de juger cette dernière catégorie de grands criminels, tout en regrettant que l'empereur du Japon ait été rayé de la liste des personnes devant comparaître pour des raisons politiques¹⁴⁶⁵. Or, dans son article II, la loi n° 10 du Conseil de contrôle interallié en Allemagne en date du 20 décembre 1945¹⁴⁶⁶ assimilait les amnisties aux autres immunités dont pouvaient jouir les anciens dirigeants de l'Allemagne nazie auteurs de crimes contre la paix, de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité¹⁴⁶⁷. Elle indiquait donc que la position officielle de toute personne, même de chef d'Etat, ne l'exonérait pas de toute responsabilité et punition¹⁴⁶⁸. Plus loin, elle précisait que les accusés de tels crimes ne pouvait bénéficier d'une mesure de clémence s'appliquant à la période du 30 juillet 1933 au 1^{er} juillet 1945, se voir appliquer des règles de prescription, ni bénéficier d'une immunité, d'une amnistie ou d'une grâce accordée sous le

¹⁴⁶⁴ ROBERT Jacques, « Les grands criminels », *RDP*, 2003, n° 5, LGDJ, *op. cit.*, pp. 1212-1213.

¹⁴⁶⁵ Nous nous demanderons s'il n'existe pas une forme d' « amnistie internationale de facto » dans laquelle s'inscrirait cette volonté de ne pas poursuivre l'empereur du Japon (Voir, *infra* : p. 626 et s.).

¹⁴⁶⁶ A laquelle l'article I de cette loi intégrait l'accord de Londres (Loi n° 10 du Conseil de contrôle, adoptée le 20 décembre 1945, *Journal officiel du Conseil de contrôle pour l'Allemagne*, 1946, n° 3, pp. 50 à 56 (anglais)) ; voir : annexe III, 651.

¹⁴⁶⁷ Cette loi n° 10 ajoutait un nouveau crime : celui d'avoir été membre d'une organisation ou d'un groupe reconnu comme criminel par le tribunal militaire international (*Ibid*, article II-1 (d)).

¹⁴⁶⁸ « *The official position of any person, whether as Head of State or as a responsible official in a Government Department, does not free him for responsibility for a crime or entitle him to mitigation of punishment...* » (*Ibid*, article II-4 (a))

Les critères possibles de la prohibition

régime nazi¹⁴⁶⁹. Cette loi visait à harmoniser le régime de répression des deux grandes catégories de criminels identifiées par la déclaration de Moscou d'octobre 1943¹⁴⁷⁰, les officiers allemands et membres du parti nazi responsables ou ayant toléré les atrocités, massacres et exécutions dans les Etats occupés et ceux ayant commis des crimes sans localisation géographique particulière. Pour les professeurs Nguyen Quoc Dinh, Alain Pellet et Patrick Daillier, comme pour la plupart des auteurs, les premiers constituaient :

« Les criminels majeurs, à savoir les grands dirigeants dont les actes ne seraient pas susceptibles d'être géographiquement localisés et les criminels mineurs, exécutants ayant accomplis leurs forfaits à l'intérieur de tel ou tel Etat occupé. Les seconds seraient soumis à un système national de répression mis en œuvre par l'Etat territorial lui-même. Quant aux premiers, ils seraient déférés devant un tribunal international¹⁴⁷¹ ».

Les grands dirigeants dont les crimes ne pouvaient être géographiquement localisés devaient donc être jugés prioritairement par une juridiction internationale, quel que soit leur statut

¹⁴⁶⁹ « [I]n any trial or prosecution for a crime herein referred to, the accused shall not be entitled to the benefits of any statute of limitation in respect of the period from 30 July 1933 to 1st July 1945, nor shall any immunity, pardon or amnesty granted under the Nazi regime be admitted as a bar to trial or punishment » (*Ibid*, article II-5)

¹⁴⁷⁰ La déclaration de Moscou émanait des gouvernements des Etats-Unis, du Royaume-Uni, de l'Union Soviétique et de la Chine. Cependant, la partie de cette déclaration « *relative aux atrocités* » dont il est question ici, n'a pas été signée par le dirigeant Chinois Tchang Kaï-Chek. Voir : annexe II, p. 649.

¹⁴⁷¹ DAILLIER Patrick, NGUYEN Quoc Dinh, PELLET Alain, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 719. Voir aussi BIDEGARAY Christian, EMERI Claude, *La responsabilité politique*, Dalloz, Connaissance du droit public, 1998, p. 112.

constitutionnel et surtout sans qu'aucune amnistie ne puisse leur être accordée¹⁴⁷² ou reconnue en raison de la nature des actes commis¹⁴⁷³.

Toutefois, les « *criminels majeurs* », en vertu du Statut du tribunal de Nuremberg n'étaient pas responsables des crimes commis par leurs subordonnés qu'ils n'avaient pas ordonné, ou qu'ils n'avaient pas cherché à éviter¹⁴⁷⁴. Il fallut attendre l'adoption du protocole additionnel aux conventions de Genève (protocole I)¹⁴⁷⁵ pour que l'omission des supérieurs militaires comme politiques soit sanctionnée s'ils étaient susceptibles de savoir qu'une telle infraction allait être commise sans avoir pris toutes les mesures possibles pour l'empêcher¹⁴⁷⁶. Les Statuts des

¹⁴⁷² Il faut préciser tout de même qu'à partir de 1947 certains « criminels mineurs » se sont vus amnistiés. Le professeur Naomi Roht-Arriaza donne quelques statistiques relatives aux personnes jugées après la défaite de l'Allemagne : « *The International Military Tribunal tried twenty-four major war criminals, including Hermann Göring, Rudolf Hess, Wilhelm Keitel, and Albert Speer. In the subsequent trials conducted under Allied Control Council Law 10, the United States prosecuted 1, 814 persons and executed 450; the United Kingdom prosecuted 1,085 and executed 240; the French tried 2,107 but executed only 109, and the USSR, although exact data were long kept secret, is thought to have tried over ten thousand persons in Germany. Those tried included high-ranking officials in the SS and in the High Command, as well as government ministers and industrialists. (...) Thus, by 1947 the United States was urging the termination of the screening boards, and there resulted a series of amnesties in late 1947 and 1948* » (ROHT-ARRIAZA Naomi, « Overview », in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed), *Impunity and human rights in international law and practice*, op. cit., p. 75).

¹⁴⁷³ Les professeurs Bidégaray et Emery font remarquer que : « *L'invention du tribunal international qui connaît des crimes de guerre, quel que soit le statut constitutionnel de leurs auteurs [suivait] une route qui avait été ouverte par les systèmes totalitaires (en URSS) par Staline et que les systèmes démocratiques ont emprunté en balisant simplement de garanties procédurales au bénéfice des inculpés* » (*Ibid*, p. 72).

¹⁴⁷⁴ En vertu du dernier alinéa de l'article 6 du Statut du tribunal militaire international de Nuremberg, « *les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes ci-dessus définis sont responsables de tous les actes accomplis par toutes personnes, en exécution de ce plan* ».

¹⁴⁷⁵ Protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949, adopté le 8 juin 1977, op. cit.

¹⁴⁷⁶ En vertu de l'article 86-2 de ce protocole : « *Le fait qu'une infraction aux conventions ou au présent protocole a été commise par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale ou disciplinaire, selon le cas, s'ils savaient ou possédaient des informations leur permettant de conclure, dans les circonstances du*

tribunaux pénaux ultérieurement mis en place reprendront exactement ce principe¹⁴⁷⁷. L'adoption de ce critère fonctionnel est d'autant plus important que pour des raisons pratiques les Procureurs des tribunaux pénaux internationaux ont « *choisi de concentrer [leur] action sur les principaux responsables*¹⁴⁷⁸ ». S'agissant du TPIY, de hauts dirigeants tels que Slobodan Milosevic, Milan Milutinovic, Njkola Sainovic, Dragolijub Ojdanic et Vljaco Stojilicovic ou encore Mme Plavsic ont été mis en accusation, ont comparu ou ont été jugés par ce tribunal. Bien qu'aucun d'entre eux n'ait été amnistié, il semble au regard des règles de droit international précédemment étudiées que s'ils avaient bénéficié d'une telle disposition de clémence avant toute condamnation pour des crimes relevant de la compétence du TPIY, ce dernier aurait pu écarter leur validité.

Ainsi, le critère fonctionnel qui conduit à juger prioritairement les dirigeants politiques non seulement pour les crimes qu'ils ont directement réalisés mais aussi pour ceux qu'ils n'ont pas cherché à éviter rend plus improbable la reconnaissance en droit international des amnisties de dirigeants politique pour des crimes internationaux. Le Statut de la CPI semble confirmer l'émergence de ce critère.

2. La confirmation dans le Statut de Rome

moment, que ce subordonné commettait ou allait commettre une telle infraction, et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures pratiquement possibles en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer cette infraction ».

¹⁴⁷⁷ Il en est ainsi notamment de l'article 7 du Statut du TPIY et de l'article 6 du Statut du TPIR. Sur l'historique du principe de responsabilité des supérieurs pour les crimes commis par leurs subordonnés, voir: PARKS William H. Parks (Major), « Command responsibility for war crimes », *Military law Review*, Fall 1973, vol. 62, pp. 101 à 104 ; MORRIS Virginia, SCHARF Michael P., « An insider's guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », A documentary history and analysis, volume 1, 1995, Etats-Unis : Transnational publishers, pp. 97 à 101).

¹⁴⁷⁸ BEAUVALLET Olivier, « La perspective d'achèvement du mandat du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie », *op. cit.*, p. 5.

L'article 28 du Statut de Rome de la CPI permet une mise en cause encore plus large des dirigeants¹⁴⁷⁹, en distinguant tout d'abord le « *chef militaire ou une personne faisant effectivement fonction de chef militaire* » qualification qui peut s'appliquer aux dirigeants politiques ayant dirigé des opérations militaires dans le cadre d'un conflit, des autres types de « *relations entre supérieur hiérarchique et subordonnés* » s'appliquant aux dirigeants politiques dont les subordonnés ont commis des crimes en dehors de tout conflit. Dans les deux cas, le dirigeant politique va être considéré comme pénalement responsable des crimes relevant de la Cour commis par ses subordonnés, dès lors que deux circonstances sont réunies. En premier lieu, il faudra établir que ce dirigeant connaissait ou aurait dû savoir – en raison des circonstances lorsqu'il est un chef militaire de droit ou de fait, par des informations qui l'indiquaient clairement dans les autres cas – que ses subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes. En second lieu, il sera considéré comme pénalement responsable s'il

« N'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites ».

Cependant, lorsque le dirigeant en question n'est pas un chef militaire ou assimilé à un chef militaire une autre condition s'ajoute pour engager sa responsabilité pénale : les crimes commis doivent avoir été « *liés à des activités relevant de sa responsabilité et de son contrôle effectif* ». Ils doivent en particulier résulter d'une politique effectivement initiée par le dirigeant politique en question¹⁴⁸⁰. Ainsi, lorsque les crimes relevant de la compétence de la Cour ne sont commis

¹⁴⁷⁹ D'après l'article 27 du Statut de la CPI : « *les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à sa qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne* ».

¹⁴⁸⁰ Pour le professeur Danièle Mayer, « *En matière de crimes contre l'humanité, parce qu'on se trouve dans le cadre d'une politique d'Etat, il me paraît normal que dans l'ordre des responsabilités, et notamment dans la différence auteur-coauteur-complice, on procède autrement qu'en droit interne. En droit français, on a absolument voulu s'attacher à l'apparence et à l'auteur matériel. Le décideur, plus éloigné est moins visible : on l'a donc traité comme un complice. En droit pénal international, l'auteur principal est le décideur. L'ordre entre*

Les critères possibles de la prohibition

par des forces placées sous son commandement ou son contrôle, une étude des pouvoirs et du statut constitutionnels en droit national devra être réalisée afin de déterminer s'il existe un lien entre lesdits crimes et l'exercice de ses prérogatives par le dirigeant mis en cause¹⁴⁸¹. Or, selon la Fédération internationale des droits de l'homme :

« L'étroitesse du champ d'application de l'article 28 et du degré de preuve exigé notamment pour l'établissement de la responsabilité pénale du supérieur civil met fortement en doute l'intérêt de cette disposition par rapport à la responsabilité pénale individuelle classique prévue à l'article 25 du Statut de la CPI¹⁴⁸² ».

En effet, l'article 25 du Statut de la CPI permet en particulier de poursuivre la personne qui « commet un crime prévu par le Statut, que ce soit individuellement, conjointement avec une autre personne ou par l'intermédiaire d'une autre personne¹⁴⁸³ » mais aussi :

« Qui ordonne, sollicite, encourage ou apporte son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission d'un tel crime ou à la tentative de commission de ce crime, y compris en fournissant les moyens de cette commission¹⁴⁸⁴ »,

ce qui revient à le traiter comme un complice, un peu à la manière du droit pénal français. Toujours selon la FIDH,

« Vu la difficulté d'établir la preuve d'une négligence délibérée d'un supérieur civil concernant les agissements de ses subordonnés, l'article 28 paraît en fait dirigé à

*ceux qui décident et ceux qui exécutent est différent. Dans le Statut du tribunal de La Haye pour l'ex-Yougoslavie, cette distinction existe également entre le décideur politique, le commandement et les exécutants. Je considère que cette distinction est parfaitement justifiée dans la mesure où l'on se situe dans le cadre d'une politique d'Etat » (MAYER Danièle, « La Cour pénale internationale : droit pénal et procédures applicables », *op. cit.*, p. 4).*

¹⁴⁸¹ Pour le détail de l'article 28 du Statut de la CPI, voir : annexe XI, p. 676.

¹⁴⁸² FIDH, « La loi française d'adaptation, enjeux et tabous », Cour pénale internationale, Rapport de Position n° 6, *op. cit.*, p. 40.

¹⁴⁸³ Article 25-3 a).

¹⁴⁸⁴ Articles 25-3(b) et 25-3 (c).

l'intention quasi-exclusive d'un chef militaire qui, sans adhérer aux agissements de ses subordonnés, aurait par peur, lâcheté, ou ordre d'un supérieur, dérogé à son obligation d'agir¹⁴⁸⁵ ».

Néanmoins, que l'on privilégie l'article 25 ou l'article 28 du Statut de la CPI, la mise en cause de la responsabilité pénale du dirigeant est là encore facilitée et s'oppose à la reconnaissance d'une amnistie à ce dirigeant politique pour des crimes relevant du Statut de la Cour. Cette opposition peut se justifier théoriquement comme en pratique.

B. Une priorité justifiable

Sans avoir besoin de qualifier le critère fonctionnel de coutumier, ne serait-ce qu'en raison de la soumission de son application à des considérations d'opportunité et de politique, il existe une pratique au sein des Etats qui peut justifier son existence au niveau international (1), autant que des arguments doctrinaux (2).

1. Par la pratique des Etats

La priorité accordée au jugement des dirigeants politiques, conduisant au refus de leur amnistie pour certains crimes, prend sa source dans la pratique nationale des Etats. L'existence d'un tel critère en droit international ne s'opposerait donc pas à cette pratique nationale.

En réalité, au sein des Etats, la volonté de refuser une amnistie à d'anciens dirigeants se justifie surtout par des calculs politiques : par la volonté d'en faire des exemples – au risque d'en faire des boucs émissaires –, mais aussi par la volonté d'en faire le symbole d'une répression de leurs subordonnés et d'anéantir la menace qu'ils représentent. Par exemple, en mai 1994, Le président du Yémen, Ali Abdallah Saleh, offrait l'amnistie à tous les sudistes, civils et militaires, qui renonceraient à la sécession, à l'exception des seize dirigeants – parmi lesquels le président Ali Salem El Bid – de la nouvelle République démocratique du Yémen, contre

¹⁴⁸⁵ FIDH, « La loi française d'adaptation, enjeux et tabous », Cour pénale internationale, Rapport de Position n° 6, *op. cit.*, pp. 40-41.

lesquels un mandat d'arrêt avait été lancé¹⁴⁸⁶. Cette offre établissait donc une distinction entre ceux qui pouvaient être considérés comme des exécutants et les dirigeants qui eux, ne pouvaient échapper à l'engagement de leur responsabilité. L'objectif d'Ali Abdallah Saleh était la reddition de ceux qui suivaient les meneurs afin de déstabiliser ses adversaires. Ce type d'amnistie excluant les dirigeants en raison de leurs fonctions ou de leur qualité au moment de la réalisation des infractions qui leur étaient reprochées, est très ancien. Il est possible de citer l'amnistie octroyée après 1784 par le « despote éclairé » Joseph II, Roi des romains et empereur germanique aux auteurs d'une révolte contre ses réformes excepté à ses dirigeants qui furent torturés et exécutés en public¹⁴⁸⁷ afin d'en faire des exemples. Plus récemment, la chute du régime des colonels en Grèce s'est également conclue par l'exclusion de toute clémence et le jugement des membres de la junte, un jugement qui s'est voulu symbolique et qui représentait le renouveau et la refondation de la nation grecque.

Néanmoins, si des raisons politiques peuvent essentiellement justifier le choix d'exclure des dirigeants d'une amnistie, il est également possible de retrouver ce critère en droit dans le cadre de la responsabilité de ceux qui assument des fonctions de chef militaire comme les plus hauts dirigeants sont susceptibles de le faire, ou tout simplement en raison de la mise en conformité des systèmes juridiques nationaux avec le droit international. Ainsi, les codes pénaux de la plupart des Etats reflètent expressément ou implicitement la nécessité de poursuivre les dirigeants en fonction au moment de la réalisation de certains crimes. Par exemple, en Argentine, l'article 514 du Code de justice militaire disposant expressément que lorsqu'un crime est commis lors de l'exécution d'un ordre en rapport avec le service, l'officier supérieur ayant donné l'ordre doit être considéré comme le seul responsable, tandis que le subordonné pourra être qualifié de complice, a été pris en compte par la Cour d'appel fédérale

¹⁴⁸⁶ Source : Dépêche AFP, parue dans le journal *Le Monde* du 26 mai 1994.

¹⁴⁸⁷ D'après Andreas O'Shea (O'SHEA Andreas, *Amnesty for crime in international law and practice*, op. cit., p. 20).

correctionnelle et criminelle de Buenos Aires¹⁴⁸⁸ dans son jugement du 9 décembre 1985¹⁴⁸⁹ des anciens membres de la junte. En revanche, en France, la responsabilité des supérieurs est plus implicite s'agissant notamment du crime de génocide. L'article 211-1 du Code pénal français précité¹⁴⁹⁰, dispose que :

« Constitue un génocide le fait, en exécution d'un plan concerté tendant à la destruction totale ou partielle d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux, ou d'un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire, de commettre ou de faire commettre, à l'encontre de membres de ce groupe, l'un des actes constituant un tel crime ».

L'emploi de l'expression « faire commettre » laisse penser que la responsabilité d'un dirigeant simple initiateur de ce type de plan concerté pourrait être engagée sur ce fondement.

Cette volonté de mise en conformité avec le droit international se retrouve dans tous les Etats. D'ailleurs pour le professeur Roht-Arriaza, elle explique le mouvement actuel contre l'octroi d'amnisties de dirigeants politiques impliqués dans des crimes internationaux et en faveur de leur invalidation. Elle cite l'exemple du législateur chilien qui a introduit une proposition de loi interprétant l'auto-amnistie de 1978 comme ne s'appliquant pas aux crimes définis par l'article 3 de la convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre¹⁴⁹¹. En Hongrie, l'exemple des diverses tentatives du Parlement au début des années

¹⁴⁸⁸ *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.*

¹⁴⁸⁹ Il faut rappeler que ce jugement a ensuite été cassé par la Cour suprême le 30 décembre 1986 (Voir : *supra*, p. 344).

¹⁴⁹⁰ Voir, *supra* : note 1290, p. 424.

¹⁴⁹¹ « *Within a number of countries international political forces and human rights advocates have used international law-based arguments to buttress their position in favor of prosecutions or against the granting or maintenance of an amnesty for government officials involved in crimes against civilians. Chilean legislators, for example, in proposing laws « interpreting » the military's 1978 self-amnesty, turned to article 3 of the Geneva conventions to provide a definition of what crimes would be excluded from the amnesty's scope* » (ROHT-ARRIAZA Naomi, « Conclusion », in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed), *Impunity and human rights in international law and practice*, Oxford University press, Oxford, 1995, p. 294).

1990 pour adopter une loi tendant à permettre l'engagement de la responsabilité pénale des anciens dirigeants communistes est encore plus significative concernant l'obligation de poursuivre des gouvernants auteurs de crimes internationaux puisque la Cour constitutionnelle n'a admis la validité que du seul projet de loi fondé en droit international. En effet, partant du principe que les anciens dirigeants hongrois avaient bénéficié durant l'exercice de leurs fonctions d'une auto-amnistie de fait dans la mesure où ils contrôlaient le pouvoir judiciaire¹⁴⁹², ce qui les faisait bénéficier abusivement de la loi d'amnistie de 1963 adoptée sous le régime communiste¹⁴⁹³, certains parlementaires ont tenté à plusieurs reprises de faire adopter une loi facilitant la mise en jeu de leur responsabilité pénale. Le premier projet de loi, en date du 4 novembre 1991, envisageait un droit de poursuivre les crimes graves commis entre le 21 décembre 1944 et le 2 mai 1990, « *dès lors que l'échec de l'Etat pour poursuivre ces crimes étaient due à des raisons politiques*¹⁴⁹⁴ ». Cette loi fut censurée par la Cour constitutionnelle au motif qu'elle portait atteinte au principe de non rétroactivité de la loi pénale ainsi qu'à la nécessaire objectivité de la justice pénale. En mars 1992, le Parlement exclut la période 1944-1989 des amnisties passés sous prétexte que ces amnisties reflétaient l'incapacité du système judiciaire hongrois à juger les dirigeants communistes¹⁴⁹⁵, ce qui fut là encore censuré par la Cour constitutionnelle. En février 1993, le Parlement fit une nouvelle tentative et adopta un amendement à la loi d'amnistie obligeant les autorités judiciaires à poursuivre les auteurs des

¹⁴⁹² « *Proponents of the law argued that because Communist Party control over prosecutors meant that high-ranking party officials were never prosecuted, the normal presumption that known criminals would be prosecuted within the statutory time period did not apply* » (SMITH Kathleen E., « *Decommunization after the « Velvet Revolutions » in East Central Europe* », in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed), *Impunity and human rights in international law and practice, op. cit.*, pp. 95-96).

¹⁴⁹³ Ils bénéficiaient de la loi d'amnistie de 1963 votée sous le régime communiste peu de temps avant que le Premier ministre Kadar introduise « le nouveau mécanisme économique » instaurant certains éléments de l'économie de marché dans le socialisme. L'amnistie de 1963 empêchait toute poursuite pour certaines infractions pénales commises entre 1944 et 1956, tels que les meurtres et la torture (*Ibid*).

¹⁴⁹⁴ D'après Kathleen E. Smith (*Ibid*).

¹⁴⁹⁵ Source : *Ibid*.

crimes liés à la révolution de 1956¹⁴⁹⁶ même s'ils étaient couverts par la loi d'amnistie. La Cour constitutionnelle refusa une nouvelle fois la validité de cet amendement. Selon Kathleen E. Smith, ce n'est que lorsque le Parlement adopta une nouvelle approche basée sur le droit international qu'une solution juridique put être trouvée à la volonté de poursuivre les anciens dirigeants auteurs de violations de droits de l'homme¹⁴⁹⁷. En effet, la loi relative à la poursuite de certains crimes commis durant la révolution de 1956 autorisait le jugement des auteurs d'actes couverts par l'amnistie dès lors que ces derniers étaient contraires aux conventions de Genève et plus particulièrement aux articles 3¹⁴⁹⁸ communs à ces conventions et 147¹⁴⁹⁹ de la convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, ce qui

¹⁴⁹⁶ Il faut rappeler que cette révolution qui avait éclaté en octobre 1956 sous l'impulsion du ministre Imre Nagy fut écrasée par l'armée soviétique entre le 4 et le 11 novembre 1956, provoquant la mort de près de 3000 personnes.

¹⁴⁹⁷ SMITH Kathleen E., « Decommunization after the « Velvet Revolutions » in East Central Europe », *op. cit.*, p. 96.

¹⁴⁹⁸ « *En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des hautes parties contractantes, chacune des parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes :*

1) Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes (...)

A cet effet, sont et demeurent prohibés (...) à l'égard des personnes mentionnées ci-dessus :

- a) les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes (...)*
- b) les prises d'otages ;*
- c) les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants*
- d) les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés (...)* »

¹⁴⁹⁹ « *Les infractions graves (...) sont celles qui comportent l'un ou l'autre des actes suivants, s'ils sont commis contre des personnes ou des biens protégés par la convention : l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, la déportation ou le transfert illégaux, la détention illégale, (...) la prise d'otages, la destruction et l'appropriation de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire* ».

incluait les homicides intentionnels et la torture. La Cour constitutionnelle reconnut la validité de cette loi le 13 octobre 1993, au regard notamment de l'article 7(1) de la Constitution hongroise en vertu duquel le système juridique de la République de Hongrie accepte les principes généraux du droit international et doit être harmonisé avec ses obligations de droit international¹⁵⁰⁰. Plusieurs conclusions peuvent être tirées de ces multiples tentatives du Parlement hongrois de limiter les effets de l'amnistie afin de juger les principaux responsables¹⁵⁰¹. Tout d'abord, elles montrent l'importance du droit international, puisque d'après la Cour constitutionnelle, les auteurs de crimes commis au sein du régime politique précédent déjà prescrits ou amnistiés ne pouvaient être jugés sauf pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité. Ensuite, elle révélait l'importance de juger non seulement les auteurs de tels crimes mais aussi ceux qui occupaient d'importantes responsabilités politiques au moment de leur perpétration¹⁵⁰².

¹⁵⁰⁰ Constitution de la République de Hongrie adoptée le 20 août 1949 plusieurs fois modifiée en particulier depuis 1993, en 1997 et 2003, article 7 (1).

¹⁵⁰¹ Voir : « HONGRIE : Un procès quarante-trois ans après », *Courrier International*, n° 462, 9 septembre 1999.

¹⁵⁰² L'exemple de l'Argentine aurait également pu être pris. Selon Jaime Malamud-Goti, dans cet Etat l'engagement de la responsabilité pénale des anciens membres de la junte ainsi que des hauts responsables sous la dictature est également privilégié, parallèlement aux multiples tentatives de faire annuler les lois d'amnistie et d'adopter des lois permettant d'en contourner les effets dont celles dites : « du point final » et de « l'obéissance due » (voir : *supra*, pp. 323 à 328 et pp. 331 à 334) : « *In deciding whom to prosecute, the government focused on the commanders of the three branches of the armed services, who had made up the members of the governing juntas. In December 1984, the federal Court of appeals of Buenos Aires took over the conduct of the trials against the commanders. After a highly publicized five-month trial, the Court sentenced General Jorge Videla and Admiral Emilio Massera to life imprisonment and three other junta members to terms of sixteen, eight,, and four years and acquitted four others. The Supreme Court upheld the decision in December 1986. Several other high-ranking military officers were also tried. (...) Under pressure, the government had pushed through Congress a law – known as the punto final, or « full stop » – which limited new complaints brought for crimes committed during the dirty war to a sixty-day period; existing complaints would be considered moot unless the Courts took action during that time. The result was a flurry of complaint filings by human rights groups and victims families* » (MALAMUD-

Il faut ajouter que certains Etats souhaitent faire évoluer le droit international vers une prise en compte plus importante de ce critère fonctionnel émergent. C'est ainsi que peut être interprétée la proposition des représentants des Philippines lors de l'élaboration du Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁵⁰³ d'ajouter au traité la mention que les auteurs des crimes internationaux devaient être obligatoirement jugés, en particulier lorsqu'ils étaient des responsables politiques¹⁵⁰⁴. Mais le refus par les représentants des autres Etats est tout aussi significatif: s'il existe un critère fonctionnel, il doit découler de l'obligation de poursuivre les auteurs de crimes internationaux.

Ainsi, la priorité accordée au jugement des dirigeants politiques pour certains crimes, qui conduit à leur refuser toute amnistie en raison de leurs fonctions ou de leur qualité au moment de la réalisation de ces crimes se retrouve dans la pratique des Etats, tout en étant nuancée. Elle est également justifiée en doctrine.

2. Par la doctrine

Admettre l'existence même informelle d'un critère fonctionnel obligeant à la poursuite des dirigeants politiques auteurs de crimes internationaux en dépit d'une amnistie permet de s'inscrire dans la conception de beaucoup de théoriciens. Le premier type de justification de son émergence pourrait être de nature pratique. En effet, les tribunaux de l'Etat d'origine du dirigeant ne le jugeront pas tant qu'il est en fonction et dès lors qu'il utilise la prérogative amnistiant¹⁵⁰⁵. En outre, la structure des tribunaux pénaux internationaux n'est en général pas

GOTI Jaime, « Punishing Human rights abuses in fledgling democracies : the case of Argentina », in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed), *Impunity and human rights in international law and practice*, op. cit., p. 163).

¹⁵⁰³ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, adopté le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976, op. cit.

¹⁵⁰⁴ « *Violators shall be swiftly brought to the law, especially when they are public officials* » (D'après ROHT-ARRIAZA Naomi, « Nontreaty sources of the obligation to investigate and prosecute », op. cit., p. 33).

¹⁵⁰⁵ « *Je crois que la possibilité de rendre une justice pénale au nom de la communauté internationale à l'encontre de criminels est essentielle. Et je pense spécialement aux dirigeants qui ont toujours cru en leur impunité, puisque*

adaptée pour juger l'ensemble des auteurs de crimes internationaux ayant été commis dans la période et sur le(s) territoire(s) sur lesquels ils exercent leur compétence¹⁵⁰⁶. Le second type de justification est davantage lié à des considérations de politique pénale. En premier lieu, si l'on se place dans une conception utilitariste de la peine, poursuivre les dirigeants politiques auteurs de crimes internationaux en dépit de leur amnistie empêcherait la perpétration de crimes comparables à l'avenir, de faire cesser les exactions en cours¹⁵⁰⁷, mais aussi de maintenir l'ordre public international¹⁵⁰⁸ mais aussi l'ordre public national. En effet, ce dernier, pourrait être

leur propre Etat, tant qu'ils sont au pouvoir, ne peut pas les juger » (MAYER Danièle, « La Cour pénale internationale : droit pénal et procédures applicables », *op. cit.*, p. 10).

¹⁵⁰⁶ « [le TPI] ne va plus juger des participants à la guerre qui, individuellement ou dans des petits groupes, se sont livrés à des exactions et à des crimes. Pour être efficace, il doit s'adresser à un nombre relativement réduit de personnes – sinon il serait asphyxié -, mais il faut que ces personnes soient de très haut niveau » (TRUCHE Pierre, « Genèse du crime contre l'humanité », *op. cit.*, p. 21).

¹⁵⁰⁷ Selon Andreas O'SHEA, « Prosecution followed by punishment might have a deterrent effect on some individuals party to a continuing conflict. Slobodan Milosevic did not seem to have been deterred from committing crimes against international law with respect to the people of Kosovo, despite the establishment of the International Tribunal for the Former Yugoslavia after the civil war that followed the collapse of communism in 1991. However, the ethnic cleansing on the scale of the former atrocities was not repeated. The recent determination to prosecute crimes against international law may have some deterrent effect on future conflicts » (O'SHEA Andreas, *Amnesty for crime in international law and practice*, *op. cit.*, p. 81). Le professeur Michael P. Scharf va dans le même sens en prenant un autre exemple, celui d'Haïti : « There were (...) several important practical factors counselling against the granting of amnesty that explained Aristide's initial aversion to an amnesty-for-peace swap with the military leaders. (...) Prosecuting high-level members of the military regime could serve to discourage future human rights abuses in Haiti, deter vigilante justice, and reinforce respect for the law and the new democratic government » (SCHARF Michael P., « Swapping amnesty for peace: was there a duty to prosecute international crimes in Haiti ? », *op. cit.*, p. 12).

¹⁵⁰⁸ « Le TPI doit réprimer les violations graves du droit international humanitaire perpétrées sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 en vue de contribuer à la restauration et au maintien de la paix. Sa mission est en d'autres termes, de promouvoir la réconciliation par la poursuite, le jugement et le châtement des auteurs de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité et de génocides (...). L'« action pacificatrice » du tribunal international n'en demeure pas moins limitée (...). Celui-ci devrait donc idéalement juger en priorité les

troublé par les épurations sauvages causées par le ressentiment des victimes de ne pas voir de coupable jugé¹⁵⁰⁹. En deuxième lieu, poursuivre les seuls gouvernants tout en admettant une amnistie générale les excluant permettrait de mieux appréhender les réalités de la responsabilité¹⁵¹⁰. En troisième lieu, dans un processus de réconciliation¹⁵¹¹, poursuivre les dirigeants permettrait d'établir les faits en dépit de l'amnistie afin de prévenir tout

principaux responsables politiques et militaires, c'est à dire ceux qui, par les hautes fonctions qu'ils ont exercées et la gravité des faits qui leur sont reprochés par le Procureur, ont réellement mis en danger l'ordre public international » (JORDA Claude, « dictateurs, la fin de l'impunité ? », entretien conduit par Thomas Hofnung, Politique internationale, n° 94, hiver 2001-2002, pp. 355 à 364).

¹⁵⁰⁹ Pour conserver l'exemple d'Haïti, mais le raisonnement suivant peut être adapté à de nombreux Etats en transition : « *Likewise, Haitians citizens who have suffered at the hands of the military regime have confided to reporters and human rights observers that they were likely to seek personal revenge if the military leaders responsible for their suffering are not able to be brought to justice. The inevitable occurred on October 3, 1995, when one of the highest ranking members of the military regime to remain in Haiti, former General Max Mayard was gunned down in his car as he drove down a busy thoroughfare in Port-au-Prince* » (Ibid, p. 14).

¹⁵¹⁰ « *These deeds cannot be committed without the assent of numerous and very different people in the society. There are those who planned the acts and those who executed them. There are those who in some way supported the actions by giving information to the perpetrators or by lending material support. Indeed, this assent even includes the eventual victims. There are also a large number of people who cooperated by acts of omission: Are we to punish all of the numerous judges who failed to enforce the rule of law; journalists who failed to report on the atrocities; diplomats who concealed or attempt to justify the position of their governments; and everyday citizens who decided to turn a blind eye to what happening refrained from telling other people about the atrocities, or even justified the deeds? To reach this point leads to the view that if almost everyone had some complicity in these acts, then everyone is guilty and thus nobody is guilty* » (STOTZKY Irwin P., « Haiti: searching for alternatives », *op. cit.*, p. 196).

¹⁵¹¹ Selon Louis Joinet, si les crimes internationaux commis sous la responsabilité des dirigeants au nom d'un Etat ne sont pas sanctionnés, cela représente un obstacle à la réconciliation nationale : « *il ne sera question ici que des violations graves, systématiques et massives des droits de l'homme perpétrés par des Etats ou en leur nom, dont l'impunité fait obstacle à toute réconciliation et notamment des crimes qualifiés de crimes contre l'humanité* » (JOINET Louis, « Lutter contre l'impunité : le temps des questions », propos recueillis par Olivier de Frouville, *Droits fondamentaux*, n° 1, juillet-décembre 2001, p. 10).

révisionnisme et, là encore, d'empêcher que de tels crimes ne se renouvellent¹⁵¹² tout en facilitant une mise en place durable de la démocratie¹⁵¹³. Mais cet argument peut être nuancé. L'établissement d'une commission vérité et réconciliation pourrait parvenir aux mêmes fins sans qu'un choix entre les personnes devant être jugées ne soit opéré sur un critère fonctionnel¹⁵¹⁴. Le troisième type de justification se rapporte à l'engagement de la

¹⁵¹² « *Supreme Court Justice Robert Jackson, the Chief Prosecutor at Nuremberg, said that one of the most important legacies of the Nuremberg trials following World War II was that they documented the Nazi atrocities « which such authenticity and in such detail that there can be no responsible denial of these crimes in the future and no tradition of martyrdom of the Nazi leaders can arise among informed people ».* *The granting of amnesty, in contrast, encourages the guilty to try to escape the judgment of history by reinventing the truth. If, to paraphrase George Santayana, a society is condemned to repeat its mistake when it has not learned the lessons of the past, then it is more likely to do so when it fails to take steps to establish an authoritative record that can endure the test, of time and resist the forces of revisionism* » (SCHARF Michael P., « Swapping amnesty for peace: was there a duty to prosecute international crimes in Haiti ? », *op. cit.*, p. 13).

¹⁵¹³ Toujours en Haïti, selon le professeur Michael P. Scharf, « *Consequently, prosecution of responsible leaders is « necessary to assert the supremacy of democratic values and norms and to encourage the public to believe in them ».* *In the case of trials of military officers in particular, decisions of tribunals reaffirm the authoritativeness and vigor of the new democratic institutions. Punishment would enable a new government to assert its authority over individual and institutional violators and thereby foster the observance of constitutional and other legal prescriptions* » (*Ibid.*, p. 14).

¹⁵¹⁴ Nous le montrerons dans la dernière section de cette thèse en nous intéressant aux rapports entre l'amnistie des dirigeants politiques et la justice transitionnelle (Voir : *infra*, pp. 580 à 609). Certaines commissions vérité et réconciliation se sont néanmoins fondées sur la fonction des personnes responsables si l'on se réfère à l'exemple du Salvador. Comme le décrit Margaret Popkin : « *Unlike prior commissions of inquiry, the [Salvador's] Truth Commission focused on assigning individual responsibility for violations through findings of fact. The Commission stressed that responsibility should fall not on the institution but on those who committed violent acts, who being in a position to take preventive or investigative action failed to do so, who took steps to cover up criminal deeds, or who themselves gave the order that led to the respective action. The Commission reasoned that the peace accords made very clear that the Truth Commission was created because the full truth must be made known, which necessarily implied naming the persons responsible where there is reliable testimony available especially when the person is identified, occupy senior positions and perform official functions directly related to violations or the*

responsabilité de l'Etat qui ne serait possible que si aucune amnistie n'est accordée aux principaux responsables des crimes commis en son nom¹⁵¹⁵, ne serait-ce que parce que cette responsabilité étatique est la conséquence de la politique menée par ses dirigeants¹⁵¹⁶ et qu'elle peut être aggravée par l'absence de mise en œuvre de l'obligation de poursuivre les auteurs de crimes internationaux¹⁵¹⁷. Enfin, en dernier lieu, ce critère fonctionnel pourrait s'inscrire dans le phénomène d'individualisation des sanctions, conduisant à l'exclusion de certaines catégories de personnes de l'amnistie en raison de la nature et du degré de leur responsabilité lié à leur fonction au moment de la réalisation des crimes, une individualisation observée dans tous les systèmes juridiques par le professeur Dean Moore et qui s'accentuerait progressivement selon elle¹⁵¹⁸.

cover-up of violations. Not to name names would reinforce the very impunity to which the parties instructed the Commission to put an end » (POPKIN Margaret, « El Salvador : a negotiated end to impunity ? », *op. cit.*, pp. 207-208).

¹⁵¹⁵ « *In addition to truth, there is a responsibility to provide justice. While a state may appropriately forgive crimes against itself, such as treason, serious crimes against persons, such as rape and murder, are an entirely different matter* » (*Ibid*).

¹⁵¹⁶ Selon le professeur Roht-Arriaza : « *And yet we might wish to attach special condemnation to criminal conduct carried out using the resources and authority of the state, perverting the role of the state as guarantor of the security of the population. The moral and policy arguments for enforcing an obligation to investigate, prosecute, and provide redress rest heavily on the fact that the crimes at issue were committed by state officials acting as part of a perhaps unwritten but nonetheless real state policy, who therefore, found it easier to remain above the law* » (ROHT-ARRIAZA Naomi, « Special problems of a duty to prosecute : derogation, amnesties, statutes of limitation, and superior orders », *op. cit.*, p. 70).

¹⁵¹⁷ C'est l'objet d'un autre article du professeur Naomi Roht-Arriaza : ROHT-ARRIAZA Naomi, « State responsibility to investigate and prosecute grave human rights violations in international law, *California law review*, volume 78, pp. 449-513.

¹⁵¹⁸ « *It is reasonable to expect that the role of pardons will expand in the next decade because of changes now taking place in the criminal law. These changes grew out of widespread disillusionment with the failures of a penal system in which judges had the power to assign individualized, indeterminate sentences in « correctional facilities », until offenders could safely and gradually be reintroduced into society by means of furloughs and parole. Under the new rules, judicial discretion will be sharply curtailed by sentencing guidelines, and parole will*

Par conséquent, les justifications de l'émergence d'un critère fonctionnel justifiant l'invalidation de l'amnistie des dirigeants politiques auteurs de crimes internationaux, en raison de leur fonction ou qualité au moment de la réalisation de ces crimes, sont nombreuses et variées. Néanmoins, même s'il découle du critère matériel déjà présenté, l'application de ce critère fonctionnel, ne résout pas l'ensemble des problèmes posés par l'amnistie des dirigeants politiques en droit international.

II. Mais un critère ne résolvant pas tous les problèmes posés par l'amnistie des dirigeants politiques en droit international

Selon le professeur Michael P. Scharf, la question de la possibilité d'octroyer une amnistie nationale aux anciens dirigeants politiques responsables de graves violations des droits de l'homme est devenue l'une des questions les plus importantes et les plus controversées du droit international moderne¹⁵¹⁹. Relever ou appeler à l'émergence d'un critère fonctionnel qui invaliderait les amnisties des dirigeants politiques auteurs de crimes internationaux, loin de résoudre ces controverses, en fait naître de nouvelles. C'est tout particulièrement le cas s'agissant du partage de responsabilité, une fois admise l'invalidité de l'amnistie (A), mais cela pose également d'autres problèmes constitutionnels plus généraux notamment s'agissant du respect du principe d'égalité (B).

A. Les problèmes de partage de responsabilité

*be gradually eliminated. Pardon may end up as the only means of individualizing sentences » (DEAN MOORE Kathleen, *Pardons, justice, mercy, and the public interest*, op. cit., p. 7).*

¹⁵¹⁹ « *The question of the permissibility of granting amnesty from domestic prosecution to leaders of prior governments for their gross violations of human rights has become the focus of one of the most important and heated debates in modern international law » (SCHARF Michael P., « Swapping amnesty for peace: was there a duty to prosecute international crimes in Haiti ? », op. cit., p. 3).*

Si l'on admet qu'il existe un critère fonctionnel empêchant de reconnaître la validité des amnisties de dirigeants politiques auteurs de crimes internationaux, un premier problème surgit : celui d'une assimilation possible et contestable de la responsabilité des dirigeants politiques avec la responsabilité internationale de leur Etat (1). Si la fonction ou la qualité au moment de la réalisation du crime est un élément pris en compte pour refuser l'amnistie des dirigeants politiques auteurs de ces violations graves, quel doit alors être le degré de responsabilité des autres personnes impliquées dans ces violations (2)?

1. Une difficile distinction entre les fondements de la responsabilité des Etats et de celle des dirigeants politiques

L'amnistie des dirigeants politiques conduit, selon les cas, soit à ne permettre que la mise en cause de la responsabilité étatique soit à l'empêcher en raison de l'impossibilité d'établir les faits. Or, l'application d'un critère fonctionnel conduisant à refuser l'amnistie des dirigeants politiques auteurs de crimes internationaux ne résout pas le problème du partage de responsabilité entre ses dirigeants et un Etat et pour de tels crimes commis en son nom. Selon les professeurs Daillier, Nguyen et Pellet :

« Sous réserve du cas très particulier de l'article 22 du traité de Versailles de 1919, aucun texte antérieur à la Seconde guerre mondiale ne prévoyait d'infractions dont les auteurs étaient susceptibles d'agir au nom de l'Etat. Les conventions de La Haye de 1899 et de 1907 ayant établi des règles sur la conduite de la guerre, leurs violations par les membres des forces armées belligérants auraient pu être qualifiées de « crimes internationaux » (crimes de guerre). Au contraire, l'article 3 de la quatrième convention de La Haye dispose que de telles violations n'engageraient que la responsabilité (civile) de l'Etat dont relèvent leurs auteurs, écartant en la circonstance toute idée de responsabilité pénale individuelle.(...) L'accord de Londres du 8 août 1945 portant Statut du tribunal de Nuremberg chargé de juger les grands criminels de guerre allemands apporte des nouveautés fondamentales en la matière. Pour la première fois, les crimes de guerre, les crimes contre la paix, les crimes contre l'humanité sont expressément prévus et définis dans leurs éléments constitutifs par un texte conventionnel. Pour la première fois aussi, les agents publics de l'Etat sont visés ; en l'espèce, il s'agit même des personnes les plus hauts placées qui occupent des fonctions dirigeantes. Une conception « révolutionnaire » de l'infraction individuelle est ainsi introduite : les sujets actifs de l'infraction peuvent être des personnes représentant l'Etat et agissant en son nom. Dans le passé, en l'absence de cette dissociation entre l'Etat et ses gouvernants ou ses agents, le droit pénal international ne frappait que des faits

Les critères possibles de la prohibition

commis par des particuliers et qui étaient quant à leur gravité, sans commune mesure avec ceux susceptibles d'être accomplis par des individus ayant à leur disposition toute la puissance matérielle de l'Etat (...). A l'inverse, la pénalisation internationale de certains crimes commis par des individus n'exonère pas l'Etat de sa propre responsabilité¹⁵²⁰ ».

Les mêmes crimes peuvent donc fonder la responsabilité de l'Etat et celle de ses dirigeants politiques. Si d'après Andreas O'Shea ce double fondement est un moyen de renforcer le droit international¹⁵²¹, il pourrait également être source de confusion entre le droit international pénal et le droit pénal international. En réalité, l'engagement de chacune de ces deux formes de responsabilité est distinct, bien qu'elles soient basées sur les mêmes faits. Deux modes de distinction sont possibles.

Le premier laisse penser que la responsabilité des dirigeants politiques est essentiellement pénale, c'est à dire qu'elle vise à condamner les auteurs d'une infraction pénale, devant une juridiction elle-même de nature pénale qu'elle soit ou non internationale. Cette responsabilité pénale pourrait éventuellement se doubler d'une mise en œuvre de leur responsabilité politique lorsque le crime commis sous la responsabilité du dirigeant politique est également considéré par l'ensemble des autres Etats comme une faute politique justifiant sa mise au ban des mécanismes de la vie internationale et diplomatique. La responsabilité des Etats évoquerait davantage une forme de responsabilité civile, visant à réparer les dommages et compenser les préjudices causés en leur nom par leurs agents, relevant de la CIJ. Il pourrait alors également être considéré que cette responsabilité étatique peut se doubler d'une sorte de responsabilité

¹⁵²⁰ DAILLIER Patrick, NGUYEN Quoc Dinh, PELLET Alain, *Droit international public*, Paris : LGDJ, 7^{ème} édition, 2002, pp. 711-712.

¹⁵²¹ « *The International Military Tribunal at Nuremberg confirmed international criminal responsibility of the individual when it exclaimed in its historic judgment that, « crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced »* (O'SHEA Andreas, *Amnesty for crime in international law and practice*, op. cit., p. 105).

politique internationale lorsque l'Etat fait l'objet de sanctions qualifiables de politiques par d'autres Pays, ou une organisation internationale. La principale critique qui peut être faite de cette présentation est qu'elle conduit à punir les victimes originaires de l'Etat dont la responsabilité est engagée, en tant que contribuables et nationaux de l'Etat, au même titre que les auteurs des crimes internationaux ayant agi au nom de l'Etat¹⁵²².

Néanmoins, un second mode de distinction existe. Ainsi, à la manière de ce qui existe en droit administratif français, il serait possible d'admettre le cumul de faute et de responsabilité de l'Etat et de ses agents. Il faudrait donc distinguer l'équivalent d'une faute de service en droit public français commise dans l'exercice de ses fonctions, au nom de l'Etat et avec l'utilisation de l'appareil d'Etat, de la faute personnelle du dirigeant devant entraîner sa responsabilité pénale pour le crime international commis sous ses ordres ou résultant de la mise en œuvre de sa politique. Par exemple, la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide¹⁵²³ instaure à la fois une responsabilité des particuliers pour les personnes accusées de génocide ou de l'un quelconque des autres actes qu'elle énumère¹⁵²⁴ mais aussi une responsabilité des parties contractantes devant la CIJ pour les mêmes actes¹⁵²⁵. Il est donc possible en droit international que les mêmes actes entraînent à la fois la responsabilité de l'Etat

¹⁵²² C'est ce que veut signifier le professeur Ambos Kai : « *The perpetrators' state as a corporate and metaphysical entity may be condemned to pay compensation ; in reality, this means that we all have to pay for the violation, including the victims* » (AMBOS Kai, « Impunity and international criminal law, A case study on Colombia, Peru, Bolivia, Chile and Argentina », *op. cit.*, p. 8).

¹⁵²³ Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, entrée en vigueur le 12 janvier 1951, *op. cit.*

¹⁵²⁴ *Ibid*, article IV (voir : *supra*, p. 408).

¹⁵²⁵ *Ibid*, article IX : « *Les différends entre les parties contractantes (...), y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III, seront soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une partie au différend* ».

et celle personnelle¹⁵²⁶ de celui ayant agi en son nom dans l'exercice de ses fonctions, même si les actes en question sont considérés comme étrangers à ces fonctions. Le problème se posera alors de la distinction entre les deux. Pour Jorge Mera, s'appuyant sur le rapport de la commission vérité et réconciliation du Chili, la réalisation d'un crime international, bien que devant être reconnu comme une faute personnelle puisque l'Etat est alors au service du dirigeant pour la réalisation de ce type de crime, doit toujours également engager l'institution qu'il représente et donc constituer également l'équivalent d'une faute de service¹⁵²⁷, que l'on pourrait rebaptiser faute d'Etat en la matière.

¹⁵²⁶ Andreas O'Shea lie cette nécessaire responsabilité individuelle à la théorie de la rétribution : « [The crime against international law] (...) *in most cases is not only attributable to an individual but also to a state. Municipal law is designed to protect the interests and human nature capable of subjective feelings of revenge. What place does retribution have in a system designed to protect the interests and express the outrage of a society of states, which are by their nature abstract entities incapable of personal emotion ?* » (O'SHEA Andreas, *Amnesty for crime in international law and practice*, *op. cit.*, p. 78).

¹⁵²⁷ « *One of the most delicate and controversial aspects of the report is its treatment of the degree and type of responsibility of the armed forces as an institution, and of individual members of the institution, in the human rights violations that took place. The Commission's treatment of the role of the armed forces as essentially similar to that of other institutions of political life – say, that of the political parties – for not knowing how to avoid the breakdown of the democratic regime is profoundly and dangerously mistaken.* » Indeed it is correct to say that the responsibilities of a criminal character and other legal responsibilities that may derive from human rights violations are personal in nature and do not affect the institution to which the perpetrator belongs. It is also true that the fundamental role played by the armed forces and security forces in the history of the country should be fully appreciated, as should be their character as permanent and essential national institutions (...). Nevertheless, these points cannot be invoked to deny the historic or moral responsibility that may befall one institution or another as a result of the practices it ordered, or to which it consented, or with regard to which it failed to do all that was required to impede or prevent their recurrence. Just as we have spoken of the moral responsibility of the state, which would be inconceivable if the actions of its officials could never affect it, we can also speak properly of the moral or historical responsibility of political parties, of other institutions or sectors of national life, and of society as a whole. The armed forces and the security forces are no exception. It is human beings who forge and make

Par ailleurs, selon le professeur Naomi Roht-Arriaza, la responsabilité de l'Etat peut également être engagée s'il ne respecte pas l'obligation générale de poursuivre dont sont assortis les crimes internationaux. Ainsi, accorder une amnistie aux dirigeants politiques pour leur faute personnelle pourrait accroître la responsabilité de l'Etat et surtout justifierait l'émergence d'un critère fonctionnel¹⁵²⁸. Bien que difficile, la distinction entre les fautes de l'Etat et celle des dirigeants est donc possible sur ce fondement. Elle peut d'ailleurs paraître moins opaque que celle qui doit se faire entre les dirigeants politiques et les autres personnes impliquées dans la réalisation de crimes internationaux.

2. L'opacité du partage de responsabilité entre les dirigeants politiques et les autres criminels

L'amnistie des dirigeants politiques peut, soit s'inscrire dans une amnistie générale qui empêche la mise en cause de la responsabilité pénale de toute personne pour les infractions commises durant une période déterminée, soit, plus rarement être une amnistie ne bénéficiant qu'à ces dirigeants ou anciens dirigeants. Dans le premier cas, toute recherche en responsabilité sera étouffée par la mesure de clémence, alors que dans le second, seuls des subordonnés pourront se voir sanctionner.

Or, proscrire l'amnistie pour des crimes internationaux d'autant plus lorsque leurs auteurs sont des dirigeants politiques ne permet pas au premier abord de résoudre le problème du partage de responsabilité, comme on pourrait s'y attendre. Comme le relève le professeur Jaime Malamud-

institutions great, and it is also human beings who can affect them negatively ... » » (MERA Jorge, « Chile: truth and justice under the democratic government », *op. cit.*, pp. 176-177).

¹⁵²⁸ « Both of these considerations point to the need to impose stricter legal obligations to investigate, prosecute and provide redress when state officials are allegedly responsible » (ROHT-ARRIAZA Naomi, « Special problems of a duty to prosecute : derogation, amnesties, statutes of limitation, and superior orders », *op. cit.*, p. 70).

Goti, l'histoire montre qu'il est très difficile de déterminer les critères de sélection des individus devant être obligatoirement poursuivis. Il cite l'exemple des procès s'étant tenus en Argentine dans lesquels les anciens membres de la junte et autres militaires de haut rang, ayant pu comparaître devant les tribunaux ont été présentés alternativement comme des boucs émissaires ou comme trop peu nombreux par rapport à la quantité effective d'individus impliqués dans les crimes qui leurs étaient reprochés¹⁵²⁹. Beaucoup dénonçaient également le fait que limiter ces

¹⁵²⁹ « The policy of trying « state criminals » has visible weaknesses. First, experience has revealed the difficulties posed by selecting those persons to be brought to trial. An inevitable air of artificiality surrounds establishing the boundaries of responsibility. By pinning the blame on a limited sector of society, human rights trials reinvent history. (...) dissatisfaction with the Argentine trials was conveyed not only by those who defended the convicted officers but also by human rights activists such as the Madres de Plaza de Mayo. While the former claimed the culprits were scapegoats, the latter protested that too few of the accused were actually convicted and that their sentences were too light. For both parties, the trials were clearly political: Instead of bringing about justice, the judiciary was adjusting to the political convenience of the executive. Thus, the underlying authoritativeness of the institution that should tell us about our rights becomes itself open to discussion » (MALAMUD-GOTI Jaime, « Punishing Human rights abuses in fledgling democracies : the case of Argentina », *op. cit.*, p. 164).

procès aux plus hauts dirigeants conduisait à assimiler les graves violations des droits de l'homme qu'ils avaient commises à des infractions réalisables uniquement par l'Etat et ses agents, un raisonnement que l'on a également retrouvé au Chili dans le rapport de la commission vérité et réconciliation¹⁵³⁰. En réalité, le partage de responsabilité pose deux séries de problèmes : celui du partage de responsabilité entre les dirigeants politiques et leurs subordonnés administratifs et celui du partage de responsabilité entre dirigeants politiques et

¹⁵³⁰ « In practice it had been observed that when the expression « human rights violations » is limited to government actions, public opinion very often tends to interpret it as an effort condone or justify abuses or atrocities that may be committed by certain opposition political groups. There is no doubt that public opinion overwhelmingly condemns resorting to abuses or atrocities whether in order to retain or seek power or to resolve political conflicts. The idea that there are certain values of humane behavior that not only the state but all political actors must respect has become enshrined in the public conscience. Those norms of humane behavior derive partly from the norms of human rights and partly from the norms of international humanitarian law or the laws of war. In peacetime, they govern all political actors, governmental or non-governmental; and in the case of armed conflict, whatever its nature, they are obligatory for all combatant forces (...). Thus, in practice people have been moving beyond the more restricted historic or technical meaning of this term. The Commission believes that these reasons explain why its founding decree regards as human rights violations not only certain acts committed by agents of the government, but also other politically motivated acts of private citizens (...). The Commission is certainly bound to follow the terminology set down in the decree. However, it wants to make clear that in carrying out its assigned task, it also accepts the need to acknowledge this broader interpretation of the term « human rights » that has gradually become prevalent in public opinion. This does not mean that such broader interpretation is to be regarded as universally valid, a more restricted use of the term. Indeed, the Commission believes that it should always be emphasised that acts of terrorism or other illegitimate actions committed for political reasons cannot be used to seek to justify human rights violations committed by the state and that the state 's use of its monopoly over public force to violate the rights of persons is a matter of the gravest concern » (Traduction anglaise du rapport de la commission vérité et réconciliation du Chili, la commission Rettig, de Jorge Mera : MERA Jorge, « Chile: truth and justice under the democratic government », *op. cit.*, pp. 174-175; la version espagnole est disponible sur <http://www.derechoschile.com>).

responsables militaires, mais il serait possible de proposer une solution commune à ces deux difficultés.

Le premier problème à résoudre concerne le mode de partage de responsabilité entre les dirigeants politiques inspireurs par la politique qu'ils déterminent de graves violations des droits de l'homme, et leurs subordonnés administratifs, exécutants de ladite politique. Concernant les dirigeants politiques, en droit pénal, il existe dans beaucoup d'Etats une distinction entre la responsabilité de l'auteur direct de l'acte criminel et celle de l'individu ayant forcé ou conduit une autre personne à commettre un crime. Or, dans l'affaire Letelier¹⁵³¹, en novembre 1993, la Cour suprême chilienne s'est fondée sur une disposition comparable du Code Pénal, l'article 15¹⁵³², pour retenir la responsabilité du général Manuel Contreras, ancien chef des services secrets chiliens (la DINA) et de Pedro Espinoza, ancien chef des opérations de la DINA, dans l'assassinat de l'ancien ministre des affaires étrangères. Elle s'est aussi référée à l'article 12-2 du même code¹⁵³³ pour les qualifier de co-auteurs de ce crime en tant que donneurs d'ordres et inspireurs de crimes¹⁵³⁴. Il semble logique qu'en droit international, la responsabilité du dirigeant soit retenue sur ce fondement. S'agissant des subordonnés administratifs, le Conseil d'Etat français s'est en particulier trouvé confronté à cette situation

¹⁵³¹ Voir : *supra*, pp. 111 et 115.

¹⁵³² « *Se consideran autores :*

1° Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite.

2° Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo.

3° Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él » (Code pénal chilien de 1874, article 15).

¹⁵³³ Ce qui est une circonstance aggravante en droit chilien : « *Son circunstancias agravantes : (...) 2a. Cometer [el delito] mediante precio, recompensa o promesa »* (*Ibid*, article 12-2a).

¹⁵³⁴ Sur ce partage de responsabilité, voir : BARCROFT Peter A., HIPPLER BELLO Judith, « *In Re Letelier* », *American Journal of International law*, Volume 90, Issue 2, April 1996, p. 294.

dans l'arrêt Papon du 12 avril 2002¹⁵³⁵. Il l'a tranché en appliquant la distinction entre faute personnelle, et faute de service déjà évoquée¹⁵³⁶ par la reconnaissance de l'existence d'une faute personnelle caractérisée mais aussi d'une faute de service. La même différenciation pourrait être effectuée en droit international pour effectuer le partage de responsabilité entre les subordonnés administratifs et l'Etat. Or, devant la Cour d'assises de Gironde, Maurice Papon a également invoqué, en plus de la pression provoquée par l'occupation allemande, les ordres qu'il avait reçus à l'époque, et qui émanaient donc des autorités politiques.

Il est vrai qu'il a déjà été admis que cette théorie du commandement légitime puisse s'appliquer aussi bien à une autorité civile que militaire et donc à un subordonné administratif comme militaire. En outre, il existe dans tous les systèmes juridiques internes d'inspiration romano-germanique ou de *common law*. C'est pour cela que certains auteurs suggèrent l'assimilation des subordonnés administratifs aux subordonnés militaires par l'application de cette théorie¹⁵³⁷,

¹⁵³⁵ CE, Ass. 12 avril 2002, *Papon*.

¹⁵³⁶ Le Conseil d'Etat rappelle les modalités de cette distinction en se fondant sur l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires : « *Il y a lieu (...) de distinguer trois cas : (...) dans le premier, où le dommage pour lequel l'agent a été condamné civilement trouve son origine exclusive dans une faute de service, l'administration est tenue de couvrir intégralement l'intéressé des condamnations civiles prononcées contre lui ; (...) dans le deuxième, où le dommage provient exclusivement d'une faute personnelle détachable de l'exercice des fonctions ; (...) dans le troisième, où une faute personnelle a, dans la réalisation du dommage, conjugué ses effets avec ceux d'une faute de service distincte, l'administration n'est tenue de couvrir l'agent que pour la part imputable à cette faute de service...* » (*Ibid*).

¹⁵³⁷ C'est le cas d'Irwin STOTZKY, qui se demande même si les personnes ayant aidé économiquement les auteurs de tels violations ne pourraient pas leur être assimilées: « *a key problem is defining the chain of responsibility for both criminal and civil purposes. Although the military has a clear-cut command structure, the relationship among the military, the police, and the "attachés" and other private goon squads is less clear for purposes of attributing both state and command responsibility. The lines of communication between the coup leaders and the attachés and rural section heads are ambiguous – the attachés and section chiefs are adjuncts who both receive orders and act independently. Nonetheless, a plausible argument can be made that these individuals have over time become agents of the state, so that all their actions may be attributed to the state. A similar problem arises with respect to members of the economic elite who bankrolled and otherwise supported the coup and who may have been involved*

ce qui revient à assimiler les deux problèmes relatifs au partage de responsabilité que nous évoquions.

En France, la Cour de cassation a récemment rappelé les modalités d'application de l'excuse du commandement de l'autorité légitime dans l'affaire dite : « des paillotes » dans laquelle un colonel de gendarmerie était accusé de la destruction de biens appartenant à autrui par l'effet d'un incendie et un préfet de complicité par instruction de ce délit¹⁵³⁸. En vertu de l'article 122-4 du Code pénal, un acte commandé par une autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal, est cause d'irresponsabilité pénale. C'était la disposition invoquée par ce colonel de gendarmerie. Comme l'explique le professeur Michel Véron,

« En l'espèce, il ne faisait pas de doute que l'auteur de l'ordre de destruction donné au colonel de gendarmerie – un préfet de région – avait bien la qualité d'une autorité légitime au sens de l'article 122-4 du Code pénal (...) L'ordre de destruction était-il « manifestement illégal » ? Cette formule signifie que l'illégalité de l'ordre doit être évidente. Cette évidence se manifeste par le contenu de l'ordre et s'impose à la personne qui le reçoit (...) les juges ont estimé « *qu'un colonel de gendarmerie n'a pu se méprendre sur le caractère manifestement illégal de l'ordre donné* ». Il est difficile de contester une telle affirmation¹⁵³⁹ ».

En outre, dans l'affaire *Papon* précitée la même Cour a expressément précisé que :

« Maurice Papon ne peut se prévaloir ni de l'ordre, ni de l'autorité de la loi, l'illégalité d'un ordre de l'autorité légitime en matière de crime contre l'humanité étant toujours manifeste¹⁵⁴⁰ ».

*in death squad-type activities. Should these individuals be held criminally or civilly liable for the results of their actions? » (STOTZKY Irwin P., « Haiti: searching for alternatives », in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed), *Impunity and human rights in international law and practice*, Oxford University press, Oxford, 1995, p. 197)*

¹⁵³⁸ Cass. crim., 13 oct. 2004, n° 03-81.763, *Bernard B. et autres*.

¹⁵³⁹ VÉRON Michel, « Commandement de l'autorité légitime : l'affaire des paillotes », *Jurisclasseur, Droit pénal*, janvier 2005, page 15.

¹⁵⁴⁰ Cass. crim. 23 janvier 1997, *Papon*, n° de pourvoi : 96-84822, *Bulletin criminel* 1997, n° 32, p. 86.

Il est vrai qu'à l'époque des faits, le crime contre l'humanité n'avait pas encore été juridiquement défini en droit français et que ce dernier n'admet pas la rétroactivité de l'imprescriptibilité de ce type crimes. Pourtant, selon la Cour, il semble que son statut particulier résulte de sa nature.

En droit international, cette théorie s'applique de la même manière s'agissant de l'ordre de commettre un crime de droit international, considéré, par son essence même, comme manifestement illégal¹⁵⁴¹. Cependant, le professeur Scharf fait remarquer que l'application d'un critère fonctionnel obligeant à poursuivre les dirigeants politiques auteurs de crimes internationaux, conduit à considérer celui qui donne l'ordre, comme ayant une plus grande part de responsabilité que celui qui l'a appliqué¹⁵⁴². Par ailleurs, il a été expliqué que contrairement

¹⁵⁴¹ Voir l'article du Major William H. Parks précité : PARKS William H. Parks, « Command responsibility for war crimes », *op. cit.*, pp. 101-104.

¹⁵⁴² « *The persons criminally liable for such crimes against humanity in Haiti would include both the individual perpetrators as well as their civilian or military superiors under the theory of « command responsibility ». Indeed, international law perceives those in command as bearing greater responsibility for atrocities than those who carry them out and does not condone trials of lower level « scapegoats » as an alternative for going after the « big wigs ». (...) Under this standard, the leaders of the Haitian military regime – Raoul Cedras and Philippe Biamby – were unquestionably responsible for the crimes against humanity committed by the members of the armed forces and Haitian police under their command. Moreover precedent from the trial of Japanese General Tomoyuki Yamashita following World War II suggests that it is not a defense that these Haitian leaders did not order or were unaware of the atrocities committed by the Haitian military or police forces. Rather, under international law, it is enough to establish liability that military and civilian leaders condoned an atmosphere of lawlessness that pervaded the troops under their command » (SCHARF Michael P., « Swapping amnesty for peace: was there a duty to prosecute international crimes in Haiti ? », *op. cit.*, p. 33).*

à la théorie du commandement légitime qui exige un ordre clair pour retenir la responsabilité du dirigeant politique¹⁵⁴³, le droit international condamne la simple passivité des dirigeants qui savaient ou auraient dû savoir que leurs subordonnés étaient susceptibles de commettre ces crimes et qui n'ont pris aucune mesure¹⁵⁴⁴. Ainsi, l'application de cette théorie du commandement légitime n'empêche pas la mise en cause en droit international de dirigeants n'ayant pas expressément donné l'ordre de commettre de graves crimes. C'est en cela que Nomi Bar Yaakov remarque que :

¹⁵⁴³ Comme exemple de droit interne, il est possible de se référer au procès du colonel Meir en Israël décrit par Nomi Bar-Yaacov : « *En janvier 1988, un mois à peine après le début de l'Intifada, le soulèvement contre l'occupation israélienne de la Cisjordanie et de la bande de Gaza, le colonel Yehuda Meir ordonnait à ses troupes de ramasser 20 habitants palestiniens des villages arabes de Hawara et de Beita, en Cisjordanie et de leur briser les os après leur avoir attaché les mains et bandé les yeux. (...) Yitshak Rabin, le ministre de la défense de l'époque, parlait publiquement de la nécessité de « briser l'échine des émeutiers de l'Intifada ». Bien qu'absent lors de cet incident, Meir était l'officier supérieur commandant la région. (...) Meir fut jugé à Tel-Aviv au mois d'avril 1991. Reconnu coupable, il fut dégradé au rang de simple soldat et se vit refuser sa pension de colonel. (...) Pour sa défense, Meir affirma qu'il agissait conformément à son interprétation des ordres* (souligné par nous) *donnés par ses supérieurs. Le tribunal rejeta cet argument. Les juges conclurent que les autorités militaires et politiques supérieures n'avaient pas donné l'ordre de briser des échettes ou des os. Le Procureur décida donc de ne poursuivre ni Ehud Barak, à l'époque chef d'Etat major, ni Rabin, ministre de la défense, ni le général Yitzhak Morchedai, officier commandant de la zone centrale* » (BAR-YAACOV Nomi, « Commandement (responsabilité) », in GUTMAN Roy, RIEFF David (Ed.), *Crimes de guerre, ce que nous devons savoir*, éditions autrement, Paris 2002, pp. 133-134). La Cour d'appel du TPIY en a fait la même interprétation dans l'affaire *Blaskic*, en allégeant la peine de celui qui commandait les forces croates de Bosnie centrale pendant la guerre et qui avait été condamné, en première instance, à quarante-cinq ans de prison en relevant que « *La pièce à conviction D269, ordre d'attaque signé par l'accusé, n'incitait pas aux massacres* » (TPIY, Ch. d'appel, *Procureur contre Tihomir Blaskic*, 29 juillet 2004, affaire IT-95-14-A ; voir également : MAUPAS, Stéphanie, « La Cour d'appel du TPIY libère le général croate Tihomir Blaskic », *Le monde*, samedi 31 juillet 2004, p. 5).

¹⁵⁴⁴ Voir *supra*, notamment, pp. 483-484 et les notes 1477 et 1478 pp. 483.

« La responsabilité du commandement s'élève donc jusqu'à l'officier qui, dans la chaîne hiérarchique, sait ou a toute raison de savoir que ses subordonnés commettent des crimes de guerre et ne fait rien pour les en empêcher¹⁵⁴⁵ ».

Le partage de responsabilité entre le dirigeant politique à qui l'amnistie est refusée pour être impliqué dans la réalisation de crimes internationaux et ses subordonnés est donc compatible avec l'application du critère fonctionnel de prohibition de l'amnistie.

Toutefois, le partage de responsabilité n'est pas le seul problème qui surgit dès lors que par application du critère fonctionnel, l'amnistie des dirigeants politiques est considérée sans valeur juridique. D'autres difficultés constitutionnelles peuvent se poser.

B. Les autres problèmes constitutionnels

Il a été expliqué dans la première partie de cette thèse que l'amnistie des dirigeants politiques pouvait susciter des controverses constitutionnelles, notamment s'agissant de ses rapports avec le principe d'égalité et la séparation des pouvoirs. Pour autant, dénier toute valeur juridique aux amnisties des dirigeants politiques responsables de crimes internationaux ne met pas fin à ce genre de débat. De nouvelles questions vont se poser en matière d'égalité (1) mais aussi de rapports institutionnels (2).

1. Ses rapports avec le principe d'égalité

Il est certain que la non reconnaissance de l'amnistie des dirigeants politiques pour certains crimes permet de corriger l'inégalité résultant de la maîtrise par ces dirigeants du pouvoir amnistiant. Par exemple, pour reprendre les arguments de Claudia Braude et Derek Spitz¹⁵⁴⁶, il

¹⁵⁴⁵ BAR-YAACOV Nomi, « Commandement (responsabilité) », *op. cit.*, p. 134.

¹⁵⁴⁶ Qui eux-mêmes analysent le paragraphe 58 de la décision de la Cour constitutionnelle sud-africaine *AZAPO* précitée : « *We all know that the agreement reached ultimately on the Constitution was the culmination of protracted and intense negotiations over its tenor and details alike, in which the main protagonists were organizations, bodies, and individuals with history of participation in the bitter struggle that had preceded the process. It seems highly improbable that (...) the negotiators would ever have entertained the idea of amnesties that did not cover both their own organizations or bodies and persons found within their political ranks, including*

est clair que dans le cadre de négociations précédant une transition démocratique, les anciens gouvernants s'efforceront d'obtenir une amnistie pour toutes les actions criminelles réalisées sous leur autorité¹⁵⁴⁷, ce qui peut s'apparenter à une inégalité entre les malfaiteurs disposant du pouvoir amnistiant et les autres¹⁵⁴⁸.

Néanmoins, engager prioritairement la responsabilité des autorités politiques et militaires pour les crimes internationaux inverse ce problème en étant susceptible de créer une différence de situation entre les dirigeants politiques concernés et les autres. Cette inégalité peut tout d'abord se faire au profit de ces dirigeants. En effet, comme le font remarquer les auteurs ayant travaillé sous la direction de Louis Joinet dans l'ouvrage « *Lutter contre l'impunité, dix questions pour comprendre et agir* » :

« Les plus hauts responsables sont traduits devant la juridiction internationale, voient leurs droits respectés et sont jugés dans un délai plus raisonnable qu'ils ne l'auraient été devant une juridiction interne débordée ; tandis que les subalternes et autres exécutants passent devant les tribunaux internes qui, par manque de moyens, ne peuvent assurer un procès pleinement respectueux des droits de l'homme et dans un délai raisonnable. De plus, dans certains pays, les accusés risquent la peine de mort – ce que les juridictions pénales internationales n'autorisent pas – ou l'oubli dans des geôles, loin des conditions de détention accordées à leurs chefs¹⁵⁴⁹ ».

Mais le plus souvent, la contestation de l'application de ce type de critère se fonde plutôt sur des arguments contraires. Il pourrait en effet paraître contradictoire avec le principe d'égalité

themselves (...)[which may] *have jeopardized the entire negotiations* » (BRAUDE Claudia, SPITZ Derek, « Memory and the spectre of international justice : A comment on AZAPO », *op. cit.*, pp. 276-277).

¹⁵⁴⁷ Nous nous demanderons d'ailleurs dans le dernier chapitre de cette thèse si, au regard de l'histoire sud-africaine, il n'existe pas une exception à l'application des critères matériels et fonctionnels évoqués lorsqu'une certaine forme de justice transitionnelle est mise en place et en particulier lorsque le dirigeant politique se livre à des aveux détaillés.

¹⁵⁴⁸ Voir : *supra*, en particulier, pp. 244 à 248.

¹⁵⁴⁹ JOINET Louis (sous la direction de), *Lutter contre l'impunité, dix questions pour comprendre et agir*, *op. cit.*, p. 74.

de condamner seulement certaines personnes et pas d'autres pour les mêmes faits. C'est ce que faisait par exemple remarquer Mydans Seth dans le *New York Times* à propos du procès des anciens Khmers rouges au Cambodge¹⁵⁵⁰.

Cette inégalité pourrait se justifier. En premier lieu, elle découlerait de la différence de responsabilité entre les dirigeants politiques et les autres exécutants, les premiers étant en particulier soumis à la responsabilité politique parallèlement à la responsabilité pénale. En second lieu, il serait possible de se baser sur une décision de la Cour constitutionnelle sud-africaine, *president of the Republic of South Africa and another v. Hugo*¹⁵⁵¹, dans laquelle cette juridiction acceptait d'envisager la constitutionnalité d'une disposition d'admission par le président de la République au bénéfice de l'amnistie s'appliquant « *aux mères d'enfants de moins de douze ans à la date du 10 mai 1994* », ce qui pouvait s'apparenter à une discrimination. Comme le relève le professeur Xavier Philippe lorsqu'il analyse cette décision :

« Son raisonnement est particulièrement intéressant, en ce qu'il estime que la discrimination opérée entre les mères et les pères d'enfants de moins de 12 ans n'était pas injustifiée. Le choix présidentiel (non son contenu) est par lui-même discrétionnaire. Seules les conséquences de ce choix sont soumises au contrôle juridictionnel, et dans le cas présent ne constituent pas une discrimination injustifiée compte tenu de la légalité de la peine encourue. La Cour ajoute que cette décision d'amnistie collective n'empêche

¹⁵⁵⁰ Même si son propos vise plutôt à nuancer l'atteinte potentiellement portée au principe d'égalité en précisant que : « *In addition some experts are challenging the decision to limit the trial to the top leaders and « those who were most responsible », effectively granting amnesty for lower ranking killers. (...) But this trial is the only one on offer. The Cambodian formula is the best the United Nations is going to get. Time is on the side of the killers, who caused the deaths of 1.7 millions people. The question nor is whether a potentially flawed trial is better than no trial at all. Even if real justice is not done, will it be worth it to see these creatures on display, facing their accusers and making their elaborate excuses? It would offer at least a gesture to their victims* » (MYDANS Seth, *Flawed Khmer Rouge Trial May Be Better Than None*, The New York Times, sélection hebdomadaire effectuée par *Le Monde*, 20-21 avril 2003, n° 18114, p. 1).

¹⁵⁵¹ Voir : annexe XVIII, p. 694.

pas le requérant de présenter une demande individuelle au regard des circonstances qui lui sont propres¹⁵⁵² ».

Le même raisonnement pourrait être adopté en ce qui concerne les effets du refus de l'amnistie accordée aux dirigeants politiques auteurs ou inspireurs de crimes internationaux. La discrimination à leur encontre serait justifiée par leur qualité au moment de la réalisation desdits crimes – cette discrimination se fonderait donc sur des éléments objectifs – et devrait être admise dès lors qu'elle ne les priverait pas d'autres voies de recours individuelles.

L'atteinte au principe d'égalité résultant de l'application de ce critère pourrait donc être justifiée. Mais cette application pose d'autres problèmes relatifs à l'organisation institutionnelle et tout particulièrement juridictionnelle.

2. Des problèmes relatifs à l'organisation juridictionnelle

Refuser l'amnistie aux dirigeants politiques sur des critères imposés par le droit international implique de les juger conformément à des principes reconnus par cette branche du droit.

En premier lieu, l'application du critère fonctionnel doit pouvoir être compatible avec les Constitutions nationales, afin de ne pas susciter « *l'érosion de la confiance dans la règle de droit* », pour reprendre l'expression utilisée par le juriste d'origine roumaine Edwin Rekosh¹⁵⁵³. Il est vrai que l'exemple de la transition démocratique roumaine est particulièrement révélateur des dangers du jugement prioritaire des anciens dirigeants politiques, même si la forme qu'elle

¹⁵⁵² PHILIPPE Xavier, « Droit constitutionnel étranger, l'actualité constitutionnelle en Afrique du Sud », *Revue française de droit constitutionnel*, P.U.F, 1997, n° 32, pp. 832-833.

¹⁵⁵³ *The post-Ceausescu trials present the worst aspects of two contradictory political impulses. They started as highly politicized show trials caught up in the hysteria of the moment, but in the end the concrete results were effectively subverted through indirect means, presumably due to political influence. The main result has been a further erosion of public confidence in the rule of law; with it, any deterrence value of the trials has been undermined* » (REKOSH Edwin, « Romania : a persistent culture of impunity », in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed), *Impunity and human rights in international law and practice*, op. cit., pp. 135-136).

a adoptée n'était pas inspirée par le droit international. En effet, comme le décrit Edwin Rekosh, Nicolae et Elena Ceausescu ont comparu, quelques mois avant l'adoption d'une amnistie excluant notamment¹⁵⁵⁴ les anciens dirigeants de Roumanie auteurs de crimes contre l'humanité, devant un tribunal militaire, selon une procédure extraordinaire jamais pratiquée

¹⁵⁵⁴ Du moins, officiellement. Edwin Rekosh explique les mécanismes ayant permis de faire en réalité échapper certains auteurs de violations graves des droits de l'homme à toute poursuite pénale: « *On the heels of the revolution, on January 4, 1990, Ion Illiescu, acting as the president of the National Salvation Front Council, announced a general amnesty for political offenses committed from December 30, 1947 until December 1989. Political offenses were defined in article one of the decree as deeds that had as their purpose: protest against dictatorship, the cult of personality, terror or the abuse of power by the authorities; the respect of fundamental human rights and freedoms, exercising civil, political, economic, social and cultural rights, or abolishing of discriminatory practices; the satisfaction of democratic claims. (...) Unlike the previously announced amnesty, however, the decree also provided that it would not benefit: « The individuals who, having participated in the leadership or service of the old dictatorial regime, actively suppressing human rights and freedoms or carrying out other of the objectives of that regime, or simply acting within it in the service of their own interest or in order to avoid responsibility, perpetrated crimes against peace and humanity, or against the state, as well as crimes of illegal arrest, abuse on duty, violation of arms regulations, terrorist acts or complicity in terrorist acts ».* Although the January 15 pardon appears to be carefully limited so as not to cover any human rights abuses, the prior general amnesty – which did not contain the same qualifications – still holds for crimes subject to sentences of three years or less. The ambiguous relationship of the two decrees was never explained to the general public; indeed, few people are aware that two different decrees existed. Moreover, all political prisoners were released immediately after Ceausescu's departure, before either decree was announced. The full benefits of the January 4 amnesty decree became clearer when Securitate officers and other former officials began to benefit from its provisions » (Ibid).

jusqu'alors dans cet Etat, « défendus » par des avocats s'ingéniant à renforcer les accusations portées contre l'ancien dictateur et sa femme en se gardant bien d'invoquer la clémence des juges. Surtout, souligne cet auteur, la peine de mort fut abolie le lendemain de leur exécution¹⁵⁵⁵. Il convient donc de s'assurer que l'application du critère fonctionnel évoqué se double de procédures de jugement constitutionnelles, que ces procédures soient ou non spécifiques à la mise en cause de la responsabilité des dirigeants politiques. En second lieu, il faut également que les juridictions devant lesquelles ils comparaissent ne soient pas affaiblies, comme ont pu le reprocher certains auteurs à la Cour suprême argentine lorsqu'elle s'est prononcée en 1985 et 1986 sur la responsabilité des anciens dirigeants de la junte¹⁵⁵⁶. Ces problèmes se posent avec plus d'acuité encore dans les situations de transition démocratique ou au sortir d'une guerre, des situations propices au jugement d'anciens dirigeants politiques. C'est pour cela que les juridictions internationales sont généralement privilégiées pour accomplir

¹⁵⁵⁵ « *These trials differed significantly from the Ceausescu trial in that they were held before the regular military Courts, and many of the sessions were broadcast live on the television, with journalists welcome to attend the sessions. In addition, the death penalty had been abolished on the day after Christmas giving Elena and Nicolae Ceausescu the distinction of being the executioner's last two victims. Nevertheless, the later trials, too, contributed to the impression that a highly politicized judiciary was implementing a purge of the top leadership at least as much as it was accounting for human rights abuses. That impression was aggravated by the lack of a clear underlying theory of prosecution and the conflation of human rights prosecutions with investigations into the financial dealings of the Ceausescu children. In addition, trying most of the defendants in large groups contributed to confusing guilt by job title with individualized responsibility. In the end, the subtlety of the accusations against the Political Executive Committee, whether its members were criminally culpable for acquiescing in Ceausescu's decision to fire on demonstrators, was undoubtedly lost on the general Romanian public* » (Ibid).

¹⁵⁵⁶ Comme par exemple l'ancien ministre de la justice argentin Jaime Malamud-Goti : « *The Argentine judiciary lacks authority for many reasons. One reason is a general distrust of the impartiality of the Courts in trying politically related cases that arise during dictatorial periods. I believe there are three reasons specifically connected to the human rights trials: (1) the absence of a clear idea of how the human rights trial may have contributed to the democratization of the Argentine policy; (2) the inevitable shortcoming of truncated and selective prosecutions; and (3) the lack of an adequate system of prosecutorial discretion* » (MALAMUD-GOTI Jaime, « Punishing Human rights abuses in fledgling democracies : the case of Argentina », *op. cit.*, pp. 164-165).

cette mission en dépit des accusations possibles de « *justice des vainqueurs* » qui peuvent alors être portées contre elles¹⁵⁵⁷.

Il faut préciser que parfois l'application de ce critère se heurte également à la mise en place d'une autre forme de justice, la justice transitionnelle, dont nous verrons qu'elle s'inscrit dans la nécessaire soumission à des considérations politiques de l'application du droit international. C'est particulièrement vrai en Afrique du Sud, Etat dans lequel, selon le professeur Darrel Moellendorf, il avait été envisagé d'exclure les dirigeants politiques de l'amnistie mais qui a fait le choix de les intégrer dans la clémence pour préserver la recherche de la vérité¹⁵⁵⁸. Cette nécessaire conciliation entre le critère fonctionnel et l'organisation juridictionnelle peut donc également se faire au détriment du premier.

En conclusion, une exclusion de l'amnistie des dirigeants politiques en raison de leur fonction au moment de la réalisation de crimes internationaux se retrouve en droit international tout en étant intrinsèquement liée au critère matériel de l'obligation de les poursuivre, fondé sur la nature du crime qui leur est reproché. Pourtant, pour que l'application de ces deux critères soit effective, il convient de leur reconnaître une certaine dimension intemporelle. Ils doivent pouvoir être mis en œuvre longtemps après les faits reprochés aux dirigeants politiques, ne pas seulement rendre les amnisties existantes sans valeur mais aussi empêcher effectivement l'adoption d'amnistie de dirigeants politiques pour des crimes internationaux. Or, si cette dimension intemporelle peut leur être accordée elle est encore exceptionnelle, en droit

¹⁵⁵⁷ Voir : NEEL Lison, « La judiciarisation internationale des criminels de guerre : la solution aux violations graves du droit international humanitaire ? », Montréal : *Criminologie*, volume 33, n° 2, 2000, pp. 151 à 181.

¹⁵⁵⁸ « *The legislators of the Act then were not required by the interim Constitution to choose the particular conditions of amnesty that they choose. The possibility was open to them to exempt either perpetrators of certain classes of acts or certain persons in the chain of command from enjoying amnesty as defined by s 20 (7). Perhaps the legislators decided that such distinctions would frustrate the purpose of revealing the truth, nonetheless they would have better approximated the requirements of justice* » (MOELLENDORF Darrel, « Amnesty, truth and justice : AZAPO », *South African Journal on Human Rights*, 1997, 13, p. 290).

Les critères possibles de la prohibition

international comme en droit constitutionnel, et démesurément rattachée à des considérations politiques.

L'amnistie des dirigeants politiques

TITRE 2 – LES OBSTACLES A LA PROHIBITION DE CETTE AMNISTIE

« Le crime est imprescriptible mais le travail de justice, lui, est marqué du sceau du temps¹⁵⁵⁹ ».

Cette observation de Claude Jorda prend en compte deux considérations temporelles importantes en matière de crimes internationaux. En premier lieu, afin d'éviter que les anciens dignitaires nazis en fuite échappent à toute poursuite pour les crimes commis sous leur autorité, le droit international mais aussi de nombreux systèmes juridiques nationaux¹⁵⁶⁰ ont rendu certains d'entre eux imprescriptibles à partir des années soixante¹⁵⁶¹. Vingt ans s'étaient alors écoulés depuis la seconde guerre mondiale, ce qui représentait le délai de prescription dans beaucoup d'Etats. Pour autant, en second lieu, rendre un crime imprescriptible conduit à permettre que la justice puisse se faire plusieurs décennies après la réalisation de ce crime. « *Le travail de justice* », « *marqué par le sceau du temps* » sera alors transformé, les experts auprès des tribunaux devant par exemple être remplacés par des historiens. L'intemporalité est encore plus grande lorsque l'imprescriptibilité, qui conduit un crime à ne pas être effacé à l'avenir par

¹⁵⁵⁹ JORDA Claude, « dictateurs, la fin de l'impunité ? », *op. cit.*, p. 362.

¹⁵⁶⁰ Tous les systèmes juridiques ne connaissent pas l'institution de la prescription. Les Etats dont le droit s'inspire de la *common law* l'ignorent en général.

¹⁵⁶¹ Il est possible de citer trois exemples de ce mouvement vers l'imprescriptibilité de certains crimes constaté à partir des années 60. En droit international, il s'agit de la convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité du 26 novembre 1968 entrée en vigueur deux ans plus tard déjà évoquée. En droit européen, la convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre a été élaborée par le Conseil de l'Europe en 1974 en réaction à celle des Nations Unies dont la définition des crimes contre l'humanité était jugée trop large par la plupart des Etats membres et dont l'application était limitée aux situations pour lesquelles le délai de prescription n'avait pas expiré au moment de son entrée en vigueur. Enfin, en France, cela s'est traduit par l'adoption de la loi n° 64-1326 du 26 décembre 1964 rendant imprescriptibles les crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis dans le Statut du tribunal militaire international de Nuremberg.

l'écoulement d'un délai, se voit attribuer – par exemple, par une convention internationale – un caractère rétroactif, lui permettant de produire des effets dans le passé.

Or, en droit international, le travail de justice n'est pas seulement marqué par le sceau du temps. Il est également profondément lié à des considérations politiques. L'amnistie pourrait ainsi représenter un substitut à la prescription de l'action pénale comme de la peine en empêchant toute poursuite contre l'auteur d'une infraction dans le premier cas, en évitant au condamné d'exécuter la sanction prononcée à son égard dans le second cas, mais surtout du fait de son caractère d'opportunité¹⁵⁶². Il est donc possible de se demander si la prohibition de l'amnistie pour les auteurs de crimes internationaux, en particulier lorsqu'ils ont la qualité de dirigeants politiques, a une dimension intemporelle. Cela éviterait qu'elle anéantisse les effets de l'imprescriptibilité des crimes commis sous la responsabilité des dirigeants et préviendrait également l'adoption d'une amnistie postérieure à la cessation des fonctions du dirigeant. Mais il faudrait alors se demander si une norme juridique, quelle que soit son mode de création, peut être en elle-même intemporelle, c'est à dire disposer à la fois de manière rétroactive et pour l'avenir.

Afin de répondre à cette question, il convient de rechercher si l'imprescriptibilité d'un crime le rend inévitablement inamnistiable comme certains auteurs le laissent penser, ce qui signifierait que les dirigeants politiques non seulement pourraient toujours voir leur responsabilité recherchée pour de tels crimes en dépit des amnisties précédemment adoptées mais aussi que toute amnistie adoptée *a posteriori* serait sans valeur (CHAPITRE 1). Cependant, il faut également vérifier si, en droit international, la prohibition de l'amnistie pour certains crimes commis sous la responsabilité des dirigeants, n'est pas particulièrement soumise à des considérations politiques, ce qui nuancerait cette éventuelle intemporalité de la prohibition de l'amnistie des dirigeants politiques pour les crimes internationaux (CHAPITRE 2).

¹⁵⁶² Mais nous avons également expliqué dans la première partie de cette thèse, qu'en droit interne, la modification des règles de prescription est fréquemment désignée comme un succédané à l'amnistie des dirigeants politiques (voir, *supra* : pp. 353 à 356).

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

CHAPITRE 1 – L'ABSENCE D'IDENTITE PARFAITE ENTRE INAMNISTIALE ET IMPRESCRIPTIBILITE

En France, le Mouvement contre le Racisme et pour l'Amitié entre les Peuples (MRAP), l'une des associations ayant porté plainte pour crimes contre l'humanité contre personne non dénommée et apologie de crimes de guerre contre un ancien responsable militaire durant la guerre d'Algérie, le général Aussaresses¹⁵⁶³, soutenait devant la Chambre d'instruction de la Cour d'appel de Paris que les dispositions de la loi du 26 décembre 1964 ayant introduit l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité en droit français¹⁵⁶⁴, devait « *s'imposer* [aux dispositions portant amnistie] *de la loi du 31 juillet 1968 relative aux crimes et délits commis pendant la guerre d'Algérie*¹⁵⁶⁵ » et empêcher son application. Cette juridiction a confirmé le 14 décembre 2001 le refus d'informer, en date du 11 juillet de cette même année, émis par le premier juge d'instruction du Tribunal de Grande Instance (TGI) de Paris au motif que ladite loi d'amnistie avait éteint l'action publique¹⁵⁶⁶.

En dépit de la réponse des juges français à la sollicitation de cette association, l'affaire illustre bien une problématique devenue classique en droit international et systématisée par le professeur Denis Alland de la manière suivante :

« La question est de savoir si ce qui est imprescriptible « par nature » peut être amnistié et surtout si, dans l'exercice des prérogatives qui sont les siennes dans l'ordre interne, le législateur qui édicte une loi d'amnistie peut de la sorte faire échec à un

¹⁵⁶³ Auteur en 2001 d'un livre décrivant le déroulement de ses fonctions de coordonnateur des services de renseignements en Algérie au milieu des années 50, intitulé « Services spéciaux, Algérie 1955-1957 ».

¹⁵⁶⁴ Article 213-5 du Code pénal.

¹⁵⁶⁵ Le contenu de cette plainte est détaillé par Arnaud Grellier (GRELLIER Arnaud, « La guerre d'Algérie sur le front juridique », *Diplomatie Judiciaire*, 24 décembre 2001).

¹⁵⁶⁶ Sur les détails de cette procédure, voir : BOURDON William, « Amnistie », *op. cit.*, p. 39. Nous évoquerons l'arrêt de la Cour de cassation qui s'est prononcée dans le même sens. Voir : *infra*, pp. 564-565.

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

principe de rang international qui, [en France] en vertu de l'article 55 de la Constitution, s'impose à lui ¹⁵⁶⁷ ».

Cette question est d'autant plus intéressante s'agissant de l'amnistie des dirigeants politiques, que les bénéficiaires de l'amnistie en sont souvent les promoteurs et peuvent ainsi anéantir à leur profit les effets de la règle internationale de l'imprescriptibilité de certains crimes en empêchant toute poursuite contre eux-mêmes.

Il s'agit donc, ici, principalement d'analyser la réception des règles internationales relatives à l'imprescriptibilité de certains crimes, dans les droits constitutionnel¹⁵⁶⁸ et pénal d'Etats admettant l'existence de la prescription, ce qui explique pourquoi Denis Alland s'intéresse aux conséquences de cette confrontation en droit international entre l'amnistie et la prescription en France, cet Etat étant précisément l'un de ceux dont le droit interne reconnaît l'institution de la prescription¹⁵⁶⁹. Néanmoins, ces règles relatives à l'imprescriptibilité pourraient également avoir une portée dans d'autres pays ne connaissant pas la prescription, dès lors que l'on admet, comme une partie de la doctrine et quelques juridictions, que l'imprescriptibilité de certains crimes pourrait les rendre nécessairement inamnistiables, afin de ne pas priver de sens l'interdiction d'appliquer un délai de prescription à la peine comme à l'action en justice. Cette hypothèse est d'ailleurs renforcée par la parenté entre les crimes imprescriptibles et ceux pour lesquels l'amnistie peut être dépourvue de valeur en droit international. Elle semble également consolidée par l'article 29 du Statut de la CPI qui rend imprescriptibles tous les crimes relevant

¹⁵⁶⁷ ALLAND Denis, « Cour de cassation, crim., 1^{er} avril 1993, M. Sobansky Wladyslav et association nationale des anciens prisonniers d'Indochine, n° 92-82.273 », *Jurisprudence française en matière de droit international public, R.G.D.I.P.*, n° 2, 1994, p. 479.

¹⁵⁶⁸ L'intégration de ce type de règle juridique rejoint en effet notamment la question classique de la place du droit international dans la hiérarchie des normes de chaque Etat.

¹⁵⁶⁹ La France constitue d'ailleurs un cas intéressant à prendre en compte dans le cadre de cette étude au regard de l'évolution législative et jurisprudentielle qu'elle a connue mais aussi des critiques doctrinales relatives au caractère restreint des infractions imprescriptibles.

de la compétence de cette Cour¹⁵⁷⁰, des crimes dont on a expliqué que les lois les amnistiant pouvaient voir leur valeur contestée. Sa conséquence serait alors que les règles relatives à l'imprescriptibilité pourraient se voir appliquer dans des Etats ne reconnaissant pourtant pas la prescription puisqu'elles serviraient à invalider des lois d'amnistie susceptibles de concerner des dirigeants politiques. Dans ce cas, le critère matériel de poursuite des dirigeants politiques en dépit d'une loi d'amnistie deviendrait intemporel et empêcherait l'effet de toute mesure de clémence quel que soit son moment d'intervention.

Le problème est qu'en l'état actuel du droit international positif, malgré l'ébauche d'une catégorie d'infractions inamnistiables dans une même logique que la mise en place de crimes imprescriptibles (SECTION 1), il est impossible de les assimiler, ce qui met actuellement en doute le caractère intemporel par nature de la prohibition de l'amnistie des dirigeants politiques pour certains crimes (SECTION 2).

¹⁵⁷⁰ « *Les crimes relevant de la compétence de la Cour ne se prescrivent pas* » (Statut de Rome de la Cour pénale internationale, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002, *op. cit.*, article 29).

**SECTION 1 – L'ÉBAUCHE D'UNE CATÉGORIE D'INFRACTIONS
INAMNISTIABLES DANS LA LOGIQUE DES INFRACTIONS IMPRESCRIPTIBLES**

L'amnistie et la prescription, malgré leur caractère commun de mesure de clémence permettant l'oubli¹⁵⁷¹ et le fait qu'elles peuvent intervenir aussi bien avant¹⁵⁷² qu'après¹⁵⁷³ une condamnation, n'ont pas la même logique. Il a ainsi été expliqué que, quel que soit le système juridique la reconnaissant et la forme qu'elle prenait, l'amnistie avait un caractère essentiellement d'opportunité et recevait une application immédiate¹⁵⁷⁴. La prescription est plus rationnelle, voire automatique, puisqu'elle se traduit par l'extinction de l'action en justice ou de la condamnation, une fois le délai défini par le droit national écoulé. Pourtant, la prescription

¹⁵⁷¹ S'agissant de la prescription de la peine, lorsqu'elle existe dans un système juridique, la condamnation reste habituellement inscrite au casier judiciaire contrairement, en général, à l'amnistie.

¹⁵⁷² La prescription de l'action publique et l'amnistie avant condamnation ont en commun d'être deux causes d'extinction de l'action publique.

¹⁵⁷³ Il en est ainsi de la controversée prescription de la peine et de l'amnistie après condamnation.

¹⁵⁷⁴ L'immédiateté de l'amnistie avait en particulier été étudiée par Jean Copper-Royer, dans son ouvrage de 1954 sur l'amnistie : « *L'amnistie doit recevoir une application immédiate. C'est là un trait caractéristique de cette mesure de clémence. Si un apaisement des esprits est nécessaire, il ne souffre pas d'attendre. Cet effet de l'amnistie ne cesse pourtant pas de susciter des problèmes délicats à résoudre. L'effacement du caractère pénal d'un fait éteint l'action publique ; aucune poursuite pénale ne peut donc intervenir après la publication de la loi d'amnistie. Mais quelles seront ses répercussions si, avant son intervention, les poursuites avaient déjà eu lieu et n'étaient pas encore terminées au moment de la publication de la loi ? Comment concilier l'oubli de l'infraction et la saisine des tribunaux correctionnels ? Deux problèmes offrent une particulière acuité : celui de la qualification et celui de la peine (Cons. Meurisse, Rev. Sc. Crim., 1950, p. 637). Ces problèmes n'en constituent en réalité qu'un seul, celui de l'effet immédiat de l'amnistie ; s'il se présente sous un double aspect c'est seulement parce que l'amnistie peut traditionnellement adopter une double forme ; celle d'une mesure réelle, visant la nature de l'infraction ou le maximum de la peine applicable ; celle d'une mesure judiciaire, visant une peine judiciairement prononcée » (COPPER-ROYER Jean, « L'amnistie, loi du 6 août 1953 », *op. cit.*, p. 43).*

comme l'amnistie sont fréquemment assimilées et associées à l'impunité des auteurs de violations des droits de l'homme¹⁵⁷⁵.

Or, si l'on considère que de même que certaines infractions peuvent être imprescriptibles, des crimes ont la faculté d'être inamnistiables, ces deux phénomènes s'inscriront alors dans une même volonté : celle de la lutte contre l'impunité des auteurs de crimes les plus graves en droit international, ce qui pourrait concerner particulièrement des dirigeants politiques dès lors que ces crimes sont encouragés par la mise en place d'une politique nationale et qu'ils sont d'une telle ampleur que l'implication de gouvernants peut être démontrée.

Pourtant, il est possible, en l'état actuel du droit international de douter de l'existence d'une catégorie d'infractions inamnistiables, surtout parce qu'en droit international aucune disposition normative ne la met expressément en place contrairement à l'imprescriptibilité (I). Aussi, suivant la doctrine majoritaire, cette catégorie d'infraction inamnistiable ne peut encore être qu'émergente (II).

I. Le manque de dispositions normatives qualifiant expressément d'inamnistiables certaines infractions

A la différence des crimes imprescriptibles, aucune disposition conventionnelle explicite ne crée de catégories d'infractions inamnistiables. En effet, pour reprendre les propos de Gabrielle Della Morte :

¹⁵⁷⁵ Par exemple, avant de devenir juge à la CPI, Elizabeth Odio Benito qualifiait l'amnistie et la prescription d'« alliés de l'impunité »: « *We should not forget that amnesty laws and the prescription of crimes have also be powerful allies of impunity* » (ODIO BENITO Elizabeth, « Justice for peace : no to impunity », in Christopher C. Joyner (ed.), *Reigning in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights : proceedings of the Siracusa Conference*, Nouvelles études pénales, Eres, 1998, p. 152).

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

« Etant donné l'ampleur des principes qui peuvent être sous-jacents aux lois d'amnistie (transition, paix, réconciliation, pardon, vérité¹⁵⁷⁶), les risques associés à une éventuelle convention sur ce thème représenteraient un coût trop cher pour la souveraineté des Etats¹⁵⁷⁷ ».

La qualité d'inamniables attribuée à certaines infractions est donc généralement déduite des traités instaurant une obligation de poursuivre et sanctionner les auteurs déterminés de certains crimes et donc plus généralement de ceux qui ont été adoptés pour lutter contre l'impunité (A). En outre, certains essayent de démontrer l'existence d'une coutume en la matière, mais la mise en évidence de pratiques et de décisions jurisprudentielles contraires à une telle idée, rend cette démonstration difficile (B).

A. La déduction de l'inamniableté dans certaines conventions

En l'absence de dispositions conventionnelles expresses interdisant invariablement l'amnistie, l'intemporalité d'une telle interdiction peut être déduite, suivant une méthode téléologique, de l'objectif des traités de droit international pénal se rapportant à la lutte contre l'impunité (1). Elle peut également l'être de l'incompatibilité de toute mesure de clémence avec les obligations que ces traités déterminent. Cette méthode, essentiellement discursive, n'est pas exempte de critiques s'agissant, en particulier, de son manque d'objectivité (2).

1. Une déduction fondée sur la finalité de ces conventions

Les conventions de droit pénal international ayant essentiellement pour finalité de lutter contre l'impunité, l'amnistie étant considérée, on l'a vu, par une partie de la doctrine et des organisations internationales comme favorisant précisément cette impunité, l'amnistie serait donc contraire à la finalité de ces traités.

¹⁵⁷⁶ L'auteur reprend ici la typologie des amnisties établie par Andreas O'Shea (Voir : O'SHEA Andreas, *Amnesty for crime in international law and practice, op. cit.*).

¹⁵⁷⁷ DELLA MORTE Gabriele, « Pré-rapport : l'amnistie en droit international et en droit international pénal : Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit ? », *op. cit.*, p. 9.

A cette argumentation syllogistique, s'ajoute la constatation que les traités mettant en place des juridictions pénales internationales ou des juridictions imprégnées de droit international pénal aspirent à la poursuite prioritaire des « *principaux responsables* » parmi lesquels se trouvent des dirigeants politiques¹⁵⁷⁸. L'amnistie des dirigeants politiques serait d'autant plus contraire à ce type de convention qu'elle favoriserait l'impunité de gouvernants devant être jugés prioritairement.

Ce raisonnement peut se retrouver dans l'interprétation des dispositions les plus anciennes du droit pénal international. Par exemple, la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies du 13 février 1946¹⁵⁷⁹, ne faisait pas mention d'infractions inamnistiables, ni même puisqu'il faudra attendre les années soixante pour cela¹⁵⁸⁰, de leur imprescriptibilité. Pour autant, le passage suivant pouvait être interprété comme prohibant toute mesure de clémence, en particulier s'agissant de dirigeants politiques :

« L'Assemblée générale (...) convaincue que certains criminels de guerre continuent à se soustraire à la justice sur le territoire de certains Etats, recommande que les membres des Nations Unies prennent immédiatement toutes les mesures nécessaires pour que les criminels de guerre soient arrêtés et ramenés dans les pays où ont été perpétrés leurs forfaits afin d'y être jugés conformément aux lois de ces pays et fait appel aux gouvernements des Etats qui ne sont pas membres des Nations Unies pour qu'ils prennent également toutes les mesures nécessaires pour l'arrestation de ces criminels sur leurs territoires respectifs, afin qu'ils soient immédiatement transférés dans les pays où les crimes ont été commis pour y être jugés et punis conformément aux lois de ces pays ».

L'adoption de lois d'amnistie par les Etats membres de l'ONU pourrait donc avoir été contraire à l'obligation d'arrêter, de juger et de punir les criminels de guerre, et en particulier les principaux responsables ayant pu échapper à la justice de Nuremberg, dès lors que la loi n° 10 du Conseil de contrôle interallié assimilait les amnisties aux immunités dont pouvaient jouir

¹⁵⁷⁸ Voir : *supra*, Partie 2, titre 1, chapitre 2 et en particulier pp. 478 à 496.

¹⁵⁷⁹ Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies du 13 février 1946, reproduite dans FRANCILLON Jacques, « Crimes de Guerre, crimes contre l'humanité : textes internationaux », *Jurisclasseur, Droit pénal international*, fasc. 410, p. 1.

¹⁵⁸⁰ Voir, *supra* : note 1562, p. 517.

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

ces criminels en excluant pour ces derniers tout bénéfice de ces méthodes d'exemption de responsabilité¹⁵⁸¹. Pour autant, le rappel que l'arrestation, le jugement ainsi que la punition de ces criminels devait se faire « *conformément aux lois de ces pays* » pouvait faire admettre l'idée d'une amnistie ou d'une prescription législative surtout en l'absence de précision contraire.

Néanmoins, un certain nombre d'institutions internationales effectuent une telle démonstration. Il en est ainsi régulièrement du Comité des droits de l'homme de l'ONU¹⁵⁸² dans ses observations sur les rapports présentés par les Etats parties au Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il condamne en effet l'amnistie en des termes récurrents, tels que :

« Le Comité déplore que ses recommandations touchant les lois d'amnistie (...) n'aient pas été suivies d'effet et réaffirme que de telles dispositions empêchent d'enquêter sur les infractions commises dans le passé et de réprimer leurs auteurs, en violation de l'article 2 du Pacte. Il est profondément préoccupé par les informations récentes selon lesquelles le Gouvernement envisagerait d'adopter une nouvelle loi d'amnistie générale à titre de condition préalable à l'organisation d'élections. Le Comité recommande de nouveau à l'Etat partie de revoir et d'abroger les lois d'amnistie (...) qui contribuent à créer un climat d'impunité. Il demande instamment à l'Etat partie de ne pas adopter de nouvelle loi d'amnistie¹⁵⁸³ ».

¹⁵⁸¹ Voir, *supra* : p. 481 et ANNEXE III, p. 651.

¹⁵⁸² Mais nous aurions également pu citer, comme le professeur Cassese, un autre exemple, celui de la commission interaméricaine des droits de l'homme dont l'argumentation, à propos des lois d'amnistie du Salvador, de l'Uruguay, de l'Argentine, du Chili et de la Colombie, est extrêmement proche de celle du Comité des droits de l'homme (Voir : CASSESE Antonio, *International criminal law, op. cit.*, pp. 313 à 316).

¹⁵⁸³ Nous avons reproduit ici les observations du Comité sur les rapports présentés par le Pérou en 2001 (*Observations finales du Comité des droits de l'homme : Pérou*, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, distribution générale, CCPR/CO/70/PER, 15 novembre 2001, 4 p), mais des remarques similaires ont régulièrement été faites par ce même Comité à cet Etat. Il en est de même concernant tous les Etats parties ayant adopté de telles mesures de clémence, en particulier d'Haïti et de l'Uruguay.

Dans ces observations du Comité des droits de l'homme, l'amnistie est présentée comme favorisant l'impunité et donc contraire aux engagements des Etats parties au Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

De même, en vertu de l'un des principes contenus dans le rapport de Louis Joinet pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité présenté à la sous-commission des droits de l'homme de l'ONU¹⁵⁸⁴ :

« Des garanties doivent être apportées contre les déviations résultant de l'utilisation à des fins d'impunité de la prescription de l'amnistie, du droit d'asile, du refus d'extradition, de l'absence de procédure *in absentia*, de l'obéissance due, des législations sur les repentis, de la compétence des tribunaux militaires ainsi que du principe d'inamovibilité des juges¹⁵⁸⁵ ».

En outre, dans sa conclusion, il insiste sur le fait que

« [Les juridictions pénales internationales], par leur nature même, ne peuvent juger annuellement qu'un nombre réduit de personnes, d'où l'importance, dans les poursuites, de fixer des priorités et de juger tout d'abord, à chaque fois que cela est possible, les responsables des crimes, selon le droit international qui étaient en fonction au sommet de la hiérarchie¹⁵⁸⁶ ».

Par conséquent, la prescription et l'amnistie seraient contraires aux objectifs du droit pénal international de lutte contre l'impunité, d'autant plus lorsqu'elles s'appliquent aux dirigeants politiques. Il existerait une seule situation dans laquelle la clémence serait admise, celle de la réconciliation, « *le pardon étant un facteur important de réconciliation* », mais à condition qu'il

¹⁵⁸⁴ JOINET Louis, *Rapport final établi en application de la décision 1996/119 de la sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités*, *op. cit.* Il faut préciser que Diane Orentlicher a été chargée le 15 septembre 2004 d'actualiser ces principes pour tenir compte de l'évolution du droit international.

¹⁵⁸⁵ *Ibid*, Annexe II, principe 26.

¹⁵⁸⁶ *Ibid*, § 48.

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

soit un « acte privé » et que l'auteur du crime international « ait été en mesure de reconnaître les faits et de manifester son repentir¹⁵⁸⁷ ».

Néanmoins, la mise à jour d'une catégorie d'infractions inamnistiables en raison de la contradiction entre cette mesure de clémence et le droit pénal international positif est également parfois déduite des obligations déterminées par les principales conventions internationales s'y rapportant.

2. Une déduction fondée sur l'incompatibilité de l'amnistie avec les obligations déterminées par les conventions

Deux types d'obligations se retrouvent principalement dans les conventions pénales internationales. En amont, il s'agit de l'engagement des Etats parties d'assurer un recours effectif à toute personne dont un droit garanti aurait été violé. En aval, les Etats s'obligent parfois à sanctionner mais le plus souvent seulement à juger ou extradier l'auteur d'une telle violation. Or, les Etats appliquant une disposition d'amnistie, ou de prescription, ont pu être accusés d'enfreindre chacun de ces engagements¹⁵⁸⁸.

Il a été expliqué qu'il était possible de déduire des conventions internationales instaurant une obligation de poursuivre les auteurs de certains crimes, l'invalidité des dispositions d'amnistie déjà adoptées du moins avant toute condamnation¹⁵⁸⁹. Toutefois, ces mêmes conventions pourraient également fonder la conviction que ces amnisties sont non valides dès leur adoption et surtout de manière intemporelle. En réalité, en dehors des conventions internationales et

¹⁵⁸⁷ *Ibid*, principe 19.

¹⁵⁸⁸ Par exemple, selon le professeur Cassese : « *Some international treaties (for instance, the Convention on Genocide of 1948 and the four Geneva Conventions of 1949) impose upon State parties the obligation to prosecute and punish the alleged authors of crimes prohibited by such treaties. To pass and apply amnesty laws to alleged authors of any such crime would run counter to those treaty obligations* » (CASSESE Antonio, *International criminal law, op. cit.*, pp. 313 à 316).

¹⁵⁸⁹ Voir : *supra*, titre 1, notamment pp. 452 à 458.

régionales¹⁵⁹⁰ imposant de juger ou d'extrader les auteurs de crimes internationaux, il existe peu de conventions internationales imposant aux Etats parties de sanctionner les auteurs de violations des droits qu'elles énumèrent et qui pourraient donc être considérées comme rendant de ce fait certaines infractions inamnistiabiles. Tout juste peut-on citer l'article 25 de la convention sur le travail forcé de 1930 demandant aux Etats de s'assurer que les sanctions prévues soient strictement appliquées¹⁵⁹¹. Les autres conventions internationales se contentent de définir les comportements devant être considérés comme une infraction et d'exiger que « *des peines sévères*¹⁵⁹² », des « *peines appropriées*¹⁵⁹³ », ou encore « *des sanctions pénales efficaces*¹⁵⁹⁴ » soient prévues par la loi. Néanmoins, malgré cette simple obligation d'assurer la poursuite et de mettre en place une sanction adéquate pour une infraction déterminée, certains en déduisent qu'il serait contraire à ces dispositions d'adopter une amnistie pour de telles

¹⁵⁹⁰ On pourra citer ici l'exemple de conventions régionales telles que la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture ou la convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes par laquelle les parties s'engagent à juger ou à extrader l'auteur de tels actes (convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, adoptée le 9 décembre 1985, *op. cit.*, articles 6 et 13 ; convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, *op. cit.*, articles I à VI).

¹⁵⁹¹ « *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* » (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).

¹⁵⁹² « *Les hautes parties contractantes dont la législation ne serait pas dès à présent suffisante pour réprimer les infractions aux lois et règlements édictés en vue de donner effet aux fins de la présente convention s'engagent à prendre les mesures nécessaires pour que ces infractions soient punies de peines sévères* » (convention relative à l'esclavage du 25 septembre 1926 entrée en vigueur le 9 mars 1927 telle qu'amendée le 7 septembre 1953, *op. cit.*, article 6).

¹⁵⁹³ C'est ce qu'exige l'article 4-2 de la convention contre la torture précitée.

¹⁵⁹⁴ Comme le prévoit l'article 5 de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide également déjà mentionné.

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

infractions, une déduction probablement contestable au regard du caractère d'opportunité et exceptionnel de l'amnistie¹⁵⁹⁵.

Pour d'autres, l'amnistie serait également contraire au droit à un recours effectif contre les auteurs de violations de leurs dispositions mis en place par plusieurs conventions. C'est le cas du professeur Roht-Arriaza qui se fonde sur les jugements des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme pour démontrer que toute mesure de clémence contredirait ce droit au recours¹⁵⁹⁶. Son raisonnement se fonde sur le fait que la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du Conseil de l'Europe ainsi que la convention américaine relative aux droits de l'homme de l'Organisation des Etats américains mettent en place un droit à un recours effectif pour préserver les dispositions qu'elles énoncent. Dès lors qu'elle contredit ce droit, l'amnistie est donc implicitement prohibée pour les personnes ayant porté atteinte à ces dispositions. Il est vrai que la plupart des conventions régionales comme internationales¹⁵⁹⁷ précisent souvent que ce recours doit être assuré « *alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles*¹⁵⁹⁸ », ce qui dans cette optique doctrinale pourrait corroborer la thèse selon

¹⁵⁹⁵ Voir, par exemple, s'agissant des conventions interaméricaines pour la prévention et la répression de la torture ainsi que celle relative aux disparitions forcées de personnes : CASSEL Douglass, « Lessons from the America's guideline for international response to amnesties for atrocities », *Law and contemporary problems*, 59-4, 1997, p. 220.

¹⁵⁹⁶ ROHT-ARRIAZA Naomi, « Sources in international treaties of an obligation to investigate, prosecute, and provide redress », in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed), *Impunity and human rights in international law and practice*, Oxford University press, Oxford, 1995, p. 34.

¹⁵⁹⁷ Comme la déclaration universelle des droits de l'homme (Voir : *supra*, note 239, p. 82) et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

¹⁵⁹⁸ « *Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à :*

- a) *Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ; (...)*

laquelle l'amnistie des dirigeants politiques est intemporellement bannie pour les crimes entrant dans leur champ de compétence.

Toutefois, là encore, le raisonnement tenu par ces auteurs est trop centré sur l'implicite pour pouvoir être juridiquement accepté. Des théoriciens, qui sont parfois les mêmes que les précédents, préfèrent dès lors – plutôt que de déduire l'inamnistiable des conventions internationales – tenter d'établir l'existence d'une coutume internationale tendant à rendre certaines infractions inamnistiables dans le sillon de leur imprescriptibilité.

B. La difficile démonstration de l'existence d'une catégorie coutumière d'infractions inamnistiables

Selon le professeur iranien Djamchid Momtaz, l'amnistie a pu être considérée comme relevant du domaine réservé de l'Etat, ce que la coutume internationale exclut désormais¹⁵⁹⁹. Or, pour connaître l'ampleur de cette exclusion et donc la marge d'action de l'Etat, il convient de revenir à la définition de la coutume de l'article 38 du Statut de la CIJ, en tant que « *preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit* », ces deux éléments – la pratique et l'*opinio juris* – étant cumulatifs. S'agissant de l'acceptation par les Etats en tant que norme juridique d'une catégorie d'infractions inamnistiables, elle peut être contestée au regard de l'hostilité

c) *Garantir la bonne suite donnée par les autorités compétentes à tout recours qui aura été reconnu justifié* » (Pacte international relatif aux droits civils et politiques, entré en vigueur le 23 mars 1976, *op. cit.*, article 2). L'article 25-1 de la convention américaine relative aux droits de l'homme comporte une précision similaire : « *Toute personne a droit à un recours simple et rapide, ou à tout autre recours effectif devant les juges et tribunaux compétents, destiné à protéger contre tous actes violant ses droits fondamentaux reconnus par la Constitution, par la loi ou par la présente convention, alors même que ces violations auraient été commises par des personnes agissant dans l'exercice des fonctions officielles* » (convention américaine relative aux droits de l'homme adoptée le 22 novembre 1969, *op. cit.*, article 25-1).

¹⁵⁹⁹ MOMTAZ Djamchid, *La validité des lois d'amnistie inconditionnelles en droit international*, séminaire, 6 et 8 décembre 2004, Université Paris I. La position du professeur Momtaz est conforme à l'évolution récente du droit international qui admet un droit d'ingérence humanitaire dans les affaires des Etats, excluant donc tout domaine réservé en matière de droits de l'homme.

montrée par les représentants de certains d'entre eux lorsqu'il a pu être envisagé de limiter le pouvoir amnistiant, tout comme les décisions de certaines juridictions opposées à la limitation du pouvoir général de l'amnistie. Mais la démonstration de l'existence d'une coutume est déjà difficile si l'on s'intéresse au premier élément de la définition. S'il est possible de relever les indices d'un commencement de pratique rendant certains crimes inamnistiables (1), il est encore difficile de la qualifier de « généralisée » (2). On assiste donc probablement à la naissance d'une catégorie coutumière d'infractions inamnistiables, encore en devenir.

1. L'existence d'une pratique

Les précédents susceptibles de démontrer l'existence d'une pratique peuvent être des actes juridiques internes ou internationaux. Il est ainsi généralement admis que des conventions internationales puissent constituer la source d'une coutume¹⁶⁰⁰. Le professeur Naomi Roht-Arriaza soutient donc que les conventions internationales instaurant une obligation de poursuites créent un précédent formant une interdiction coutumière de l'amnistie, en relevant que les Etats sont peu enclins à manifester expressément leur opposition aux obligations de poursuivre certaines infractions ou à tout autre règle de droit international humanitaire. Elle cite ainsi les exemples de l'Uruguay, du Chili et du Salvador, Etats n'ayant jamais par leur attitude opposé d'objections aux injonctions des institutions internationales leur demandant de respecter de telles obligations, pour démontrer qu'en apparence les Etats souscrivent à ces normes internationales et en particulier à celles prohibant des amnisties¹⁶⁰¹. En dehors des conventions

¹⁶⁰⁰ La Cour internationale de justice a ainsi précisé qu'une participation très large et représentative à une convention démontrait qu'une règle conventionnelle était devenue coutumière (CIJ, *Affaire du Plateau continental de la mer du nord*, fond, arrêt du 20 février 1969, <http://www.icj-cij.org>).

¹⁶⁰¹ « *States are quite unwilling to say clearly that they have no obligation to investigate or prosecute human rights violators, just as they are unwilling to announce their rejection of other fundamental human rights in their representations to international example, although the Uruguayan civilian government ultimately enact a virtual amnesty, when it first took office it assured the U.N. Human Rights Commission that it would investigate the human*

internationales, il est également possible de se référer à la pratique de sujets du droit international autres que les Etats, en particulier aux actes des organisations internationales. Les décisions d'organes tels que l'Assemblée générale de l'ONU¹⁶⁰² ou le Comité des droits de l'homme¹⁶⁰³ condamnant l'amnistie pour les crimes internationaux que nous avons déjà mentionnées sont ainsi également citées comme constituant les précédents d'une obligation coutumière¹⁶⁰⁴. Enfin, s'agissant des actes internationaux pris en compte, la jurisprudence de

*rights violations committed under the previous dictatorship and bring the perpetrators of these abuses to justice. In 1984, the Chilean representative, responding to questions by members of the Human Rights Committee regarding Chile's compliance with its international obligations, assured the Committee that Chilean authorities were investigating disappearances and that persons responsible who had been identified were brought to justice. El Salvador's representative told the Committee in 1987 that the President José Napoleón Duarte's government had abolished a police section suspected of human rights violations and had brought nearly 1,000 members of the armed force and security forces to trial for human rights violations. Although these assertions may have been somewhat fanciful, they demonstrate an apparent belief that such measures are a necessary part of human rights compliance » (ROHT-ARRIAZA Naomi, « Nontreaty sources of the obligation to investigate and prosecute », *op. cit.*, pp. 42 à 46). Cet auteur préfère donc se concentrer sur la position apparente des Etats au regard de ce type de normes internationales plutôt que sur leur actes réels internes pour mettre à jour une pratique coutumière.*

¹⁶⁰² Nous avons cité par exemple la déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 18 décembre 1992, très stricte sur la question de l'amnistie (voir, *supra* : pp. 418-419).

¹⁶⁰³ Voir : *supra*, pp. 526 et s.

¹⁶⁰⁴ C'est ce que fait à nouveau le professeur Roht-Arriaza. Plus précisément, elle reconnaît qu'en eux-mêmes les actes de ces organes ne sont pas déterminants pour démontrer l'existence d'une coutume et qu'il faut les associer avec la pratique des Etats eux-mêmes, mais elle les considère comme révélateurs de l'implication de ces Etats ainsi que des institutions internationales dans la construction de l'obligation de poursuivre les auteurs de crimes

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

juridictions aussi bien internationales *stricto sensu* que régionales est citée comme constituant de tels précédents. Il faut signaler que dans ce cadre, la décision de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Barrios Altos*¹⁶⁰⁵ a été déterminante pour beaucoup de théoriciens s'intéressant à l'amnistie en droit international¹⁶⁰⁶, en premier lieu parce qu'elle pouvait démontrer l'existence d'une pratique internationale dès lors qu'elle rompait avec la moindre ambiguïté dans ce domaine et en second lieu du fait de son application à une région du monde ayant connu bon nombre d'amnisties contestées. L'amnistie adoptée par l'Etat péruvien s'appliquait aux auteurs présumés d'actes de torture, d'exécutions sommaires ainsi que de disparitions forcées. La Cour l'a qualifiée de contraire au droit à un recours effectif et à un procès équitable des victimes et de leurs représentants. Mais le plus significatif est certainement l'interprétation très générale par cette même Cour de sa décision de fond par laquelle elle affirme que sa portée ne se limite pas aux lois d'amnistie péruviennes ; qu'elle s'applique à toutes les catégories d'amnistie¹⁶⁰⁷. La qualité ou la fonction des auteurs de violations graves des droits de l'homme en cause ne modifiait pas le caractère inamnistiable de telles violations.

internationaux. Elle explique notamment que « *These indicators of diplomatic practice, although not conclusive in establishing a customary law norm, do demonstrate the repeated concern of states' diplomatic representatives and of international bodies with the need to investigate, prosecute, and provide redress for victims of past human rights violations* » (ROHT-ARRIAZA Naomi, « Nontreaty sources of the obligation to investigate and prosecute », *op. cit.*, pp. 42 à 46).

¹⁶⁰⁵ En date du 14 mars 2001, Série C 75, §§ 41 et 51.

¹⁶⁰⁶ Nous expliquerons plus loin que l'évolution de la jurisprudence de la commission interaméricaine comme de la Cour interaméricaine des droits de l'homme est prise en exemple par les auteurs cherchant à démontrer que le mouvement vers la reconnaissance d'une catégorie d'infractions inamnistiables est inéluctable (Voir : *infra*, pp. 545 et s.).

¹⁶⁰⁷ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Affaire Barrios Altos, Chumbipuma Aguirre et autres contre Pérou*, interprétation de la sentence, 3 septembre 2001, série C, 83, § 18, également disponible en français sur <http://www.cidh.org>.

Cependant, la pratique à laquelle il peut être fait référence pour rechercher les précédents d'une coutume se retrouve aussi au sein même des Etats, notamment dans les actes des autorités politiques, dans les lois ou dans les juridictions. S'agissant des actes des autorités politiques, l'Amérique latine pourrait fonder la démonstration d'une pratique révélant l'apparition récente d'une coutume à partir des années 1990. Il serait possible de citer à nouveau la démarche du président chilien Aylwin ayant abouti à l'annulation judiciaire des lois d'amnistie adoptées par la junte près de dix ans plus tôt¹⁶⁰⁸. Des lois nationales pourraient également être invoquées comme constituant ce genre de précédents. Ainsi, en Afrique du Sud, la Loi de promotion de l'unité nationale et de la réconciliation¹⁶⁰⁹ organisait dans son chapitre 3-b-iii une procédure spécifique pour l'octroi de l'amnistie aux auteurs de graves violations des droits de l'homme¹⁶¹⁰. Ces derniers, contrairement aux autres personnes ayant commis des actes dans un but politique, ne pouvaient pas bénéficier de l'amnistie sans qu'une audition spéciale n'ait été tenue par le Comité de l'amnistie créé au sein de la commission vérité et réconciliation. Certes, cette disposition législative peut être analysée comme la démonstration de la possibilité d'octroyer une amnistie à des personnes ayant commis de telles violations. Mais elle peut aussi montrer que même dans un Etat ayant une conception large de l'amnistie et dans lequel elle est

¹⁶⁰⁸ Voir : *supra*, pp. 199 et s.

¹⁶⁰⁹ *Promotion of National Unity and Reconciliation Act*, 1995, office of the President, N° 1111, *op. cit.*

¹⁶¹⁰ Ces graves violations des droits de l'homme étaient définies dans le chapitre 1 de cette loi : « *Gross violations of human rights means the violation of human rights through:*

- a) *The killing, abduction, torture or severe ill-treatment of any person, or*
- b) *Any attempt, conspiracy, incitement, instigation, command or procurement to commit an act referred to in paragraph (a), which emanated from conflicts of the past and which was committed during the period 1 March 1960 to the cutt-off date within or outside the Republic, and the commission of which was advised, planned, directed, commanded or ordered, by any person acting with a political motive » (Ibid, chapitre 1, IX).*

Il est intéressant de constater que cette définition législative recouvre celle de la catégorie d'infractions inamnistiables telle qu'elle est envisagée par les auteurs adhérant à son existence.

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

justifiée par des motifs de réconciliation nationale¹⁶¹¹, la nature des infractions réalisées doit être prise en compte. Enfin, des décisions judiciaires seraient elles-aussi susceptibles de constituer des précédents d'une obligation coutumière, si l'on se réfère par exemple aux décisions de la Chambre des lords au Royaume-Uni¹⁶¹² et de l'*Audiencia Nacional*¹⁶¹³ en Espagne dans l'affaire Pinochet, de la Cour de cassation française en 2002, *Ely Ould Dah*¹⁶¹⁴, ou encore à celles des juridictions argentines annulant les lois d'amnistie de fait votées sous la dictature¹⁶¹⁵.

Ces différents actes aussi bien internationaux que nationaux pourraient donc constituer le précédent d'une catégorie coutumière d'infractions inamnistiables quelle que soit la fonction de leurs auteurs. Néanmoins, il est plus facile de prouver la naissance d'une coutume que d'établir l'existence d'une coutume bien établie.

2. Mais une pratique ne laissant subodorer que la possible naissance d'une coutume

Pour constituer une règle coutumière, la pratique doit être « *constante*¹⁶¹⁶ », c'est à dire ne pas être régulièrement entravée par des actes contraires des sujets de droit international. Elle doit

¹⁶¹¹ Nous verrons que la réconciliation nationale pourrait dans certaines conditions devenir une exception à l'inamnistiable (Voir : *infra*, titre suivant, pp. 580 à 609).

¹⁶¹² *Judgment Regina v. Bartle and the Commissioner of police for the metropolis and others ex parte Pinochet, Regina v. Evans and another and the Commissioner of police for the metropolis and others ex parte Pinochet*, on appeal from a Divisional Court for the Queen's Bench Division, [1999] 2 W.L.R. 827, 24 March 1999.

¹⁶¹³ Chambre criminelle de l'*Audiencia Nacional*, formation plénière, arrêts confirmatifs 84/98 et 173/98, des 5 et 6 novembre 1998, *op. cit.* (ANNEXE XIX, p. 694).

¹⁶¹⁴ Cass. crim. 23 octobre 2002, *Ely Ould Dah*, *op. cit.* (Voir: *supra*, p. 472).

¹⁶¹⁵ Cour suprême d'Argentine, Buenos Aires, décision du 14 juin 2005, *op. cit.* (voir : annexe XXII, p. 715). Bien que ce soit surtout sous l'impulsion des juridictions de premier ressort et d'appel et que la Cour suprême ait longtemps refusé de confirmer cette invalidité (Voir : *supra*, note 365 pp. 118).

¹⁶¹⁶ CPJI, *Affaire Wimbledon*, série A/B, n° 5, p. 25.

aussi être « *uniforme*¹⁶¹⁷ » et constituer une succession de précédents tous suffisamment similaires les uns aux autres. Or, comme le font remarquer plusieurs auteurs, dont Gabriele Della Morte¹⁶¹⁸ ou les professeurs Naomi Roht-Arriaza¹⁶¹⁹ et Kai Ambos¹⁶²⁰, la pratique étatique laissant penser à une prohibition intemporelle de l'amnistie pour certaines infractions n'est pas uniforme et de nombreux exemples contraires remettraient en cause l'établissement de cette interdiction. En outre, des auteurs, comme le juge au TPIY Theodor Meron, nuancent l'importance de la pratique dans la formation de cette obligation coutumière, et invitent à se concentrer sur l'*opinio juris*. Selon le juge Meron :

« Tout en adhérant aux deux conditions traditionnelles nécessaires à la formation du droit humanitaire coutumier (la pratique et la conviction psychologique, qui joue un rôle critique dans la formation du droit humanitaire), l'accent mis sur l'élément psychologique aide à compenser la rareté de la pratique en faveur de ces droits. (...) Même les violations répétées [du droit humanitaire] sont rarement considérées comme une négation du droit coutumier, du moment qu'elles suscitent les protestations ou la condamnation d'autres Etats ou d'organisations internationales et que l'Etat accusé soit nie les faits qu'on lui reproche, soit fait appel aux exceptions ou aux justifications incluses dans la loi elle-même. (...) Pour la grande majorité des experts et magistrats,

¹⁶¹⁷ CIJ, *Affaire du droit d'asile et droit de passage en territoire indien*, Rec. 1950, p. 277 ; Rec 1960, p. 40 ; également sur <http://www.icj-cij.org>.

¹⁶¹⁸ « *La portée réelle de cette interdiction [coutumière] est (...) fort discutée : s'il est vrai que dans l'affaire Barrios Altos, les juges de la Cour interaméricaine des droits de l'homme ont obligé le Pérou à exercer l'action pénale contre des personnes précédemment amnistiées ; il est vrai aussi que comme le remarque la doctrine (...) dans la pratique on ne manque pas d'exemples contraires* » (DELLA MORTE Gabriele, « Pré-rapport : l'amnistie en droit international et en droit international pénal : Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit ? », *op. cit.*, p. 32).

¹⁶¹⁹ « *The failure of many states to act even against notorious human rights violators, or the passage of amnesties absolving violators from responsibility, make it more difficult to define the line between the flouting of an established norm and the nonexistence of sufficient evidence, based on internal practice, of the existence of the norm itself. This conclusion leads to a search for other possible nontreaty sources of legal obligation* » (ROHT-ARRIAZA Naomi, « Nontreaty sources of the obligation to investigate and prosecute », *op. cit.*, pp. 44-46).

¹⁶²⁰ Qui regrette l'absence de pratique étatique concordante en Amérique latine (AMBOS Kai, « Impunity and international criminal law, A case study on Colombia, Peru, Bolivia, Chile and Argentina », *op. cit.*, p. 6).

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

de même que pour le CICR, les quatre conventions pour la protection des victimes de guerre signées à Genève en 1949 et la convention de la Haye (IV) de 1907 sur les lois et coutumes de la guerre terrestre (hormis leurs dispositions administratives, techniques et logistiques) spécifient des règles qui sont le reflet du droit coutumier. On admet généralement que certains, sinon la majorité, des arrangements et principes contenus dans les protocoles additionnels I et II des conventions de Genève sont aussi l'expression de ce droit. De nombreuses règles concernant les divers types d'armes, notamment l'interdiction des armes chimiques, sont considérées comme coutumières¹⁶²¹ ».

Néanmoins, cette opinion sur le caractère déterminant de l'*opinio juris* par rapport à la pratique dans la formation de la règle coutumière, n'est pas partagée par la doctrine majoritaire. Cette dernière préfère se tourner vers la théorie des principes généraux du droit¹⁶²², rappeler qu'actuellement il n'y a pas de catégorie d'infractions inamnistiables mais une obligation pour les Etats de considérer comme sans valeur les amnisties étrangères¹⁶²³ même si elles visent des dirigeants politiques¹⁶²⁴ dès lors que leurs bénéficiaires sont susceptibles d'avoir commis des crimes internationaux, ou plus généralement évoquer une coutume en formation, ou du moins une obligation en devenir.

¹⁶²¹ MERON Theodor, « Coutume », droit in GUTMAN Roy, RIEFF David (Ed.), *Crimes de guerre, ce que nous devons savoir*, op. cit., p. 138.

¹⁶²² Comme le fait remarquer le professeur Kai Ambos: « *Even the certainly impressive accumulation of « soft law » supporting an opinio iuris regarding a duty to punish cannot compensate for the lack of state practice, the second constituting element of customary international law. Therefore, it is more convincing to build the argument in favor of such a duty on the more solid ground of the – newly developed – general principles doctrine according to which general principles are treated as an opinio iuris without concordant state practice and interpreted as an expression of the widespread sense that a legal rule is needed (...). Pursuing this approach, a rule can be derived from existing unwritten international criminal law according to which certain grave human rights violations, including the ones mentioned, are subject to a state duty to punish* » (AMBOS Kai, « Impunity and international criminal law, A case study on Colombia, Peru, Bolivia, Chile and Argentina », op. cit., p. 6).

¹⁶²³ Il le démontre dans son manuel : CASSESE Antonio, *International criminal law*, op. cit., p. 314.

¹⁶²⁴ Dans le titre précédent, nous avons précisément cherché à dessiner les contours de cette obligation de ne pas prendre en compte les amnisties déjà adoptées (Voir : *supra*, titre 1, pp. 377 à 517).

II. La possible émergence d'une catégorie d'infractions inamnistiables

« Entre les deux extrêmes (inadmissibilité inconditionnée puisque contraire à une norme impérative désormais affirmée ou bien état d'incertitude tel qu'il est impossible de détecter même un principe de norme coutumière en la matière), il y a la place pour beaucoup de nuances. C'est dans ces nuances que se tiennent la majorité des auteurs en affirmant une avancée progressive ou exponentielle d'un début de source coutumière¹⁶²⁵ ».

L'absence de pratique concordante des Etats ainsi que la non prise en compte de l'amnistie par le Statut de la CPI peut faire douter de l'existence actuelle d'une catégorie d'infractions inamnistiables, quel que soit leur auteur. La doctrine préfère donc évoquer une catégorie en devenir. S'agissant de ce mouvement inéluctable vers la reconnaissance d'une catégorie d'infractions inamnistiables quelles que soient les fonctions ou la qualité de leur auteur, il existe en réalité un double mouvement doctrinal. Les théoriciens ne se contentent pas de constater cette possibilité en retraçant son évolution (A), ils la revendiquent souvent, toujours au nom de la lutte contre l'impunité et en particulier de l'impunité des « *hauts responsables* » (B).

A. La constatation de cette possibilité

Les auteurs percevant une évolution inéluctable du droit international en faveur de la construction d'une catégorie d'infractions inamnistiables la retracent depuis les années 1970 (1) et estiment généralement qu'elle n'est pas encore achevée (2).

1. La constatation d'une évolution vers une catégorie d'infractions inamnistiables

Au lieu ou en sus de démontrer l'existence d'une coutume en devenir, il est possible comme le professeur Naomi Roht-Arriaza, de retracer l'évolution du droit vers la mise en place d'une catégorie d'infractions inamnistiables en rappelant que certains Etats ont limité l'octroi de

¹⁶²⁵ DELLA MORTE Gabriele, « Pré-rapport : l'amnistie en droit international et en droit international pénal : Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit ? », *op. cit.*, p. 10.

l'amnistie pour les crimes internationaux dans les années soixante-dix¹⁶²⁶ et qu'au sein des Nations Unies, des organes évoquent depuis le milieu des années quatre-vingts l'interdiction d'octroyer l'amnistie pour les actes de torture, de disparition forcée et d'exécution sommaire¹⁶²⁷. A la fin de cette même décennie rappelle le professeur Douglass Cassel, la Conférence de l'institut Aspen de 1988 sur les crimes d'Etats¹⁶²⁸ se concluait sur la conviction des participants qu'il n'y avait pas encore alors d'obligation coutumière de poursuivre les auteurs de crimes d'Etat mais que le droit international devait interdire l'octroi de l'amnistie pour les crimes internationaux¹⁶²⁹. Une nouvelle étape suivit dans les années 1990. Les organisations internationales commencèrent par exemple à condamner les amnisties latino-américaines, ce que relèvent les auteurs travaillant sous la direction de Louis Joinet dans l'ouvrage « Lutter contre l'impunité » :

¹⁶²⁶ C'est la démarche que suit le professeur Naomi Roht-Arriaza en citant la Constitution portugaise adoptée en 1976 (voir: *supra*, note 1145, p. 473) ou la loi d'amnistie colombienne de 1982 excluant de l'amnistie les personnes susceptibles d'avoir commis des actes de torture, disparitions forcées ou d'exécutions sommaires (ROHT-ARRIAZA Naomi, « Special problems of a duty to prosecute : derogation, amnesties, statutes of limitation, and superior orders », *op. cit.*, p. 59). La loi à laquelle cet auteur fait référence est celle en date du 20 novembre 1982. Elle a été adoptée après l'élection à la présidence de Belissario Betancur et la levée par ce dernier de l'état de siège qui durait depuis 34 ans.

¹⁶²⁷ C'est ce que fait le professeur Roht-Arriaza dans un autre article (ROHT-ARRIAZA Naomi, « State responsibility to investigate and prosecute grave human rights violations in international law », *California law review*, *op. cit.*, p. 487). Elle fait allusion au contenu du premier rapport de Louis Joinet auprès de la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités sur la question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme civils et politiques qui suggérait déjà une telle interdiction de l'octroi de l'amnistie pour ce type de violations (JOINET Louis, *de Rapport auprès de la sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités sur la question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques)*, E/CN.4/Sub.2/1985/16, 1985, agenda provisoire, question n° 9).

¹⁶²⁸ Elle s'intitulait « *State Crimes: Punishment or Pardon* ».

¹⁶²⁹ CASSEL Douglass, « Lessons from the America's guideline for international response to amnesties for atrocities », *op. cit.*, note 49, p. 205.

« En 1992, la commission interaméricaine des droits de l'homme a déclaré que les lois d'amnistie d'Argentine et d'Uruguay violaient les droits de l'homme et les devoirs des Etats de protéger les personnes (article 1.1.8. et 25 de la convention américaine relative aux droits de l'homme) ainsi que le droit de toute personne à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant. Cette décision a marqué un moment très important dans la lutte contre l'impunité en ce qu'elle énonce très clairement que les auteurs de violations particulièrement graves ne peuvent bénéficier de l'amnistie¹⁶³⁰ ».

Enfin, cette évolution pourrait trouver son point d'orgue notamment dans la controverse doctrinale qui a suivi l'adoption de la loi de promotion de l'unité nationale et de la réconciliation en Afrique du Sud retracée par le professeur Ziyad Motala en 1995¹⁶³¹.

Bien entendu, d'autres exemples pourraient être cités pour retracer cette évolution. Néanmoins, si l'on admet son existence, il est possible de conclure comme les professeurs Douglass Cassel¹⁶³² et Naomi Roht-Arriaza à une sorte de mouvement inéluctable vers une catégorie

¹⁶³⁰ JOINET Louis (sous la direction de), *Lutter contre l'impunité, dix questions pour comprendre et agir*, *op. cit.*, p. 16.

¹⁶³¹ MOTALA Ziyad, « The promotion of national unity and reconciliation act, the Constitution and international law », *op. cit.*, p. 338.

¹⁶³² Selon le professeur Cassel qui s'intéresse aux règles juridiques issues de l'Organisation des Etats américains: « *Under OAS jurisprudence on amnesties for human rights violations, there remained some questions after 1992 (since removed by the Chilean cases) as to whether states must prosecute and punish violators. But by 1992, the following guidelines were clear for amnesties covering serious violations of human rights.*

(1) to be legally valid at all, amnesties must be adopted by democratic bodies, usually the legislature ; self amnesties by law less regimes are not valid (...).

By 1994, the following additional guidelines were clear:

(5) Amnesties must not apply to crimes against humanity.

(6) Amnesties should not apply to perjury and other obstructions of justice by officers of the Court and litigants.

(7) Amnesties should not be given without any acknowledgment by the state of responsibility for past violations.

And After publication of the Chilean cases in early 1997, the following additional guidelines are now clear (...):

(9) States must prosecute and punish perpetrators of serious human rights violations ; they may not be amnisted »

(CASSEL Douglass, « Lessons from the America's guideline for international response to amnesties for atrocities », *op. cit.*, p. 219).

d'infractions inamnistiabiles qui entraînerait l'invalidité des auto-amnisties adoptées par des régimes d'exception, une inamnistiabilité non encore intemporelle puisque, selon cette dernière, un traité – mais uniquement un traité – devrait pouvoir y déroger¹⁶³³.

La constatation de ce processus pose deux problèmes. Le premier est, comme s'agissant de constater l'existence de l'élément matériel constitutif d'une coutume, qu'il est fort possible de citer des exemples contraires mettant en péril la théorie d'une évolution linéaire et pouvant au contraire permettre d'affirmer qu'il existerait des résistances à ce processus. Le second problème est qu'il manque une étape conventionnelle consacrant cette possible évolution. C'est certainement pour cette raison que les mêmes auteurs ayant la certitude de la naissance prochaine d'une catégorie d'infractions inamnistiabiles anticipent souvent l'étape suivante devant comporter une consécration conventionnelle de la possibilité intemporelle de condamnation des principaux responsables politiques de violations graves des droits de l'homme.

2. L'anticipation d'une nouvelle évolution consolidant cette possibilité

Selon le professeur Dugard, en 1999, bien que le droit international ne prohibât pas alors formellement l'amnistie pour les crimes internationaux, il évoluait clairement dans cette direction. Pour lui, le fait que le Statut de la CPI ne prévoyait pas expressément de dispositions permettant ou interdisant l'amnistie ainsi que le principe de complémentarité qu'il mettait en place, constituait une incitation pour les juridictions nationales à refuser les effets d'une amnistie s'agissant des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou de génocide¹⁶³⁴. En

¹⁶³³ ROHT-ARRIAZA Naomi, « State responsibility to investigate and prosecute grave human rights violations in international law, *op. cit.*, p. 485.

¹⁶³⁴ « *Although international law does not – yet – prohibit the granting of amnesty for international crimes it is clearly moving in this direction. The Statute of International Criminal Court (ICC), adopted in Rome in 1998, makes no provision for amnesty. Moreover, the adoption of the principle of « complementarity » in the Rome Statute, which gives both national Courts and the ICC jurisdiction over war crimes, crimes against humanity and*

réalité, d'après le professeur Antonio Cassese, le stade atteint par l'évolution vers une catégorie d'infractions inamniables est provisoire. Il n'y a pas encore d'obligation pour les Etats de ne pas adopter de dispositions amnistiantes bénéficiant aux auteurs de certaines infractions. En revanche, les juridictions d'un autre Etat qui décideraient de poursuivre l'auteur d'un crime international amnistié dans son Etat d'origine ne violeraient pas le droit international, notamment le principe de souveraineté¹⁶³⁵, dès lors que cette amnistie ne résulte pas d'un processus de réconciliation nationale¹⁶³⁶.

Dans une telle optique, on ne peut se placer que dans l'expectative de la prochaine étape reconnaissant formellement l'existence d'une catégorie d'infractions inamniables¹⁶³⁷. Dès lors que l'on ne cherche plus à démontrer l'existence d'une coutume, cette prochaine étape ne

genocide, suggests that national Courts will assert their permissive jurisdiction over such crimes with more enthusiasm than in the past » (DUGARD John, « Dealing with crimes of a past regime. Is amnesty still an option? », *op. cit.*, p. 1004).

¹⁶³⁵ « *There is not yet any general obligation for States to refrain from enacting amnesty laws on these crimes. Consequently, if a State passes any such law, it does not breach a customary rule. Nonetheless, if the Courts of another State having in custody persons accused of international crimes decide to prosecute them although in their national State they would benefit from an amnesty law, such Courts would not thereby act contrary to general international law, in particular to the principle of respect for the sovereignty of other States* » (CASSESE Antonio, *International criminal law, op. cit.*, pp. 315-316).

¹⁶³⁶ L'auteur distingue en effet la catégorie des « *blanket amnesties* » – dans laquelle peuvent le plus souvent être rangées les auto-amnisties – des amnisties résultant d'un processus de « vérité et réconciliation », ces dernières étant les seules amnisties pouvant produire des effets juridiques dans un autre Etat (*Ibid*, voir : *infra*, chapitre suivant, notamment pp. 602 à 605).

¹⁶³⁷ Nous verrons que cette étape a déjà eu lieu au Chili s'agissant du crime de disparition forcée reconnu expressément par la Cour suprême comme « inamniable » en 1999 (Voir : *infra*, pp. 568 à 570).

peut se traduire que par une reconnaissance conventionnelle, à l'image bien qu'imparfaite¹⁶³⁸ de l'imprescriptibilité. Il existe des inconvénients à cette conception. En particulier, il peut être considéré qu'une telle reconnaissance aurait pu être effectuée par le Statut de la CPI et que l'absence de définition d'une catégorie d'infractions inamnistiabiles dans ce traité pénal international pourrait constituer une reconnaissance indirecte de certaines amnisties, même lorsqu'elles s'appliquent aux auteurs de crimes graves en droit international¹⁶³⁹.

L'évolution retracée par une partie de la doctrine est discutable en raison des exemples contraires existants et de l'absence de dernière étape la consacrant. C'est pour cela que les auteurs qui en défendent l'existence ne se contentent pas de la constater. Ils revendiquent également une telle reconnaissance conventionnelle.

B. La revendication de cette possibilité

Les auteurs revendiquant l'existence d'une catégorie d'infractions inamnistiabiles, quelles que soient les fonctions ou les qualités de leurs auteurs, exigent sa reconnaissance conventionnelle (1) en se fondant sur la jurisprudence nationale et internationale (2).

1. L'exigence de la reconnaissance conventionnelle d'une catégorie d'infractions inamnistiabiles

Cette revendication se retrouve dans certains ouvrages, à l'occasion de réunions entre théoriciens ou bien dans les écrits de quelques praticiens.

Ainsi, le professeur Douglass Cassel fait partie des auteurs reconnaissant l'utilité de l'amnistie après un conflit non international telle qu'elle est prévue à l'article 6(5) du protocole II des conventions de Genève¹⁶⁴⁰ mais souscrivant à l'interprétation de plusieurs Organisations ou

¹⁶³⁸ Nous avons déjà évoqué les critiques entourant le manque de représentativité des conventions sur l'imprescriptibilité de certaines infractions (Voir par exemple, *supra* : note 1260, p. 415).

¹⁶³⁹ Nous nous demanderons si les amnisties adoptées dans le cadre d'une forme de justice transitionnelle ne sont pas en particulier tolérées par le droit international dans le chapitre suivant.

¹⁶⁴⁰ Voir, *supra* : pp. 391 et s.

institutions de droit international – telles que le CICR – pour qui l'amnistie après ce type de conflit ne peut pas s'appliquer aux auteurs de violations graves des droits de l'homme. Il établit de ce fait une sorte de hiérarchie entre les conventions mettant en place un droit de la guerre et celles exclusivement relatives au droit international humanitaire, ces dernières primant sur les premières et instaurant *de facto* une catégorie d'infractions inamnistiables¹⁶⁴¹.

Dans le même esprit, des juristes ont rédigé les principes de *Princeton* relatifs à la compétence universelle ayant comme ambition de décrire l'état du droit pénal international mais également d'inspirer sa codification¹⁶⁴². Le principe 7 définit une catégorie de crimes inamnistiables, à savoir : les crimes de piraterie, d'esclavage, les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, de génocide et de torture. On remarquera que dans ce raisonnement, aucune hiérarchie n'est établie entre ces infractions, notamment entre les crimes contre l'humanité et les autres, tous étant incompatibles avec l'amnistie selon les rédacteurs de ces principes¹⁶⁴³. En outre, dans le principe 2(1), il est clairement précisé que la position officielle de la personne accusée d'un crime, quelle qu'elle soit, y compris si cette personne a la qualité de chef d'Etat ou de chef de gouvernement, ne peut l'exonérer de sa responsabilité pour de tels crimes¹⁶⁴⁴.

¹⁶⁴¹ « Article 6(5) of Protocol II to the Geneva Conventions calls for « the broadest possible amnesty » following conflicts of a non international character. This provision has occasionally been cited as an international legal justification of amnesties for gross violations of human rights committed during the recent civil wars in Latin America. Such citations are misplaced. article 6(5) seeks merely to encourage amnesty for combat activities otherwise subject to prosecution as violations of criminal laws of the states in which they take place. It is not meant to support amnesties for violations of international humanitarian law. This interpretation is confirmed by the International Committee of the Red Cross, the agency under whose auspices the Geneva Conventions were negotiated and are administered... » (CASSEL Douglass, « Lessons from the America's guideline for international response to amnesties for atrocities », *op. cit.*, p. 218)

¹⁶⁴² D'après l'avant-propos de Mary Robinson à ces principes (Voir : *supra*, note 207 p. 68).

¹⁶⁴³ Principe 7, *op. cit.*, note 1339, p. 441.

¹⁶⁴⁴ MACEDO Stephen (Project Chair and Editor), *The Princeton principles on universal jurisdiction, With a Foreword by Hon. Mary Robinson*, *op. cit.*, Principe 2(1).

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

Par ailleurs, des praticiens tentent de faire inclure dans des textes normatifs une catégorie d'infractions inamniables quelle que soit la qualité ou la fonction de leur auteur. Ainsi, à propos du projet de loi de la République yougoslave relatif à l'institution d'une commission vérité et réconciliation dans cet Etat, Claude Jorda, alors président du TPIY, constatait que :

« [Ce] texte de loi ne prévoi[yait] aucune disposition interdisant l'amnistie des auteurs de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, même s'ils ont activement collaboré au travail de la commission¹⁶⁴⁵ ».

Cette remarque dont on reverra qu'elle peut contredire l'appréciation qui a pu être faite de la commission vérité et réconciliation sud-africaine¹⁶⁴⁶, laissait penser que les crimes de guerre comme ceux contre l'humanité étaient inamniables par nature et que cette disposition législative devait le reconnaître.

Enfin, une dernière catégorie d'auteurs revendique la reconnaissance par les normes juridiques écrites d'une catégorie d'infractions inamniables quelle que soit la qualité ou la fonction de leurs auteurs s'agissant d'événements particuliers. En France, c'est le cas de l'avocat William Bourdon refusant le principe contenu dans la loi d'amnistie de 1968, la considérant comme opposée :

« Aux principes du droit international selon lesquels l'amnistie ne peut être accordée aux auteurs de violations des droits de l'homme les plus graves tant que les victimes n'ont pas obtenu justice par une voie de recours efficace¹⁶⁴⁷ ».

¹⁶⁴⁵ JORDA Claude, *Le Tribunal Pénal International et la commission vérité et réconciliation en Bosnie-Herzégovine*, allocution prononcée le 12 mai 2001 à Sarajevo, Communiqués de presse, Le président, T.P.I., La Haye, 17 mai 2001, CC/S.I.P./591-f, 4 p.

¹⁶⁴⁶ Voir : *infra*, chapitre suivant, notamment pp. 595 et s.

¹⁶⁴⁷ *Quarante ans après, l'exigence de justice*, dossiers du XXIème siècle, la torture, guerre d'Algérie, 1954-1962, 2 pages, <http://www.droitshumains.org>. Le même auteur fait une interprétation similaire du décret-loi chilien d'amnistie de 1978 : « *La Cour suprême de Santiago a considéré à de nombreuses reprises, notamment en juillet 2000, que l'évolution du droit international rendait inopposables aux victimes des crimes les plus graves commis*

Ces auteurs et praticiens se fondent sur la jurisprudence nationale comme internationale pour étayer cette revendication, et en particulier sur l'exemplarité de celle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

2. L'exemplarité du droit humanitaire issu de l'Organisation des Etats américains (OEA) pour appuyer cette revendication

Pour revendiquer la consécration conventionnelle d'une catégorie d'infractions inamnistiables en raison d'un processus inéluctable aboutissant à la reconnaissance juridique de cette catégorie, il est possible de se référer à une évolution jurisprudentielle. De même que la preuve de l'existence d'une pratique constitutive d'une coutume, les changements des jurisprudences nationales et internationales peuvent démontrer qu'une telle reconnaissance est possible. Là encore, la modification de l'attitude de la Cour ainsi que de la commission interaméricaine des droits de l'homme servent de référence.

En effet, depuis le milieu des années 1980, la Cour puis la commission ont dénoncé régulièrement les mesures de clémence adoptées dans les Etats membres de l'OEA¹⁶⁴⁸, et condamné progressivement des mesures prenant la forme d'une auto-amnistie et/ou d'une amnistie pour des crimes internationaux, mais aussi celles mettant en place un délai de prescription ou les modalités d'octroi d'une forme de grâce.

Il est d'usage de remonter à la décision de la Cour interaméricaine dans l'affaire *Velásquez Rodríguez*¹⁶⁴⁹ pour en faire le point de départ de cette évolution. Dans cette affaire, la Cour ne proscrivait pas encore expressément l'amnistie. Elle reconnaissait le gouvernement hondurien

dans les années de dictature, les dispositions de la loi d'amnistie de 1978 » (BOURDON William, « Amnistie », *op. cit.*, p. 37).

¹⁶⁴⁸ Notamment dans ses rapports concernant l'Argentine (n° 28/92) et l'Uruguay (n° 29/92).

¹⁶⁴⁹ Du nom de *Manfredo Velásquez*, militant étudiant, disparu au Honduras en septembre 1981, vraisemblablement torturé puis exécuté par les forces armées de cet Etat, selon les témoignages portés à l'attention de la Cour dans cette affaire (Affaire *Velásquez Rodríguez*, 29 juillet 1988, Série C, n° 4).

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

coupable de violations de ses devoirs imposés par la convention américaine relative aux droits de l'homme et l'obligeait à payer des dommages et intérêts aux ayants droit de la victime. Pour le professeur Scharf, l'intérêt de cette décision ne se trouvait pas dans la reconnaissance d'une obligation de poursuivre les responsables de la disparition de Mandfredo Velásquez, mais plutôt dans celle de la nécessité d'une action, qu'elle soit criminelle ou non, permettant aux Etats de respecter leur obligation de prévenir, poursuivre et punir les graves violations des droits de l'homme¹⁶⁵⁰. Le professeur Cassel va même plus loin en rappelant qu'alors que la Cour statuait, le gouvernement du Honduras adoptait une amnistie couvrant des actes similaires à ceux jugés devant elle. Il remarquait que ni la Cour ni le défendeur ne l'avait relevé, ce qui pouvait laisser douter de la véritable condamnation de l'amnistie par la Cour¹⁶⁵¹. Toutefois, il semble, comme

¹⁶⁵⁰ En effet, dans cette décision l'Etat hondurien a été condamné uniquement à des réparations financières. Selon le professeur Scharf, « *One must be careful, however, not to read too much into the Velásquez Rodriguez Case with respect to the duty to prosecute violations of the American Convention. In particular, it is important to note that the Court, in ordering remedies, did not direct the Honduran government to institute criminal proceedings against those responsible for the disappearance of Mandfredo Velásquez, notwithstanding the fact that the lawyers for the victims' families and the Inter-American Commission had specifically requested such injunctive relief. Indeed, although the Court said that « States must prevent, investigate and punish any violation of the rights recognized by the Convention », it did not specifically refer to criminal prosecution as opposed to other forms of disciplinary action or punishment* » (SCHARF Michael P., « Swapping amnesty for peace: was there a duty to prosecute international crimes in Haiti ? », *Texas international law journal*, volume 31, number 1, winter 1996, pp. 27-28).

¹⁶⁵¹ « *Can an amnesty relieve it of the duty to investigate and prosecute? While the case was pending before the Court, Honduras passed an amnesty apparently covering those responsible for the disappearance at issue. The Court was doubtless aware of the amnesty, enacted shortly before final hearings before the Court. Yet Honduras did not assert the amnesty in defense, and the Court, in ruling that Honduras violated its prosecutorial duty, made no mention of it. One might conclude, then, that a national amnesty provides no exemption from the international*

le font remarquer plusieurs auteurs¹⁶⁵², que cette décision ait servi d'impulsion aux institutions de l'OEA ayant par la suite condamné plus explicitement l'amnistie. En effet, la Cour expliquait expressément que les Etats avaient quatre types de devoirs, et qu'en cela les gouvernements étaient responsables des actes de leurs prédécesseurs. Ils devaient non seulement prévenir les violations de droits de l'homme mais devaient en plus mettre en œuvre tous les moyens légaux pour effectuer des enquêtes sérieuses sur les violations commises, en identifier les responsables et enfin les sanctionner de manière appropriée tout en indemnisant les victimes¹⁶⁵³. Les

*duty to punish serious violations of human rights. However, the inference is not ironclad. The Court ordered Honduras to compensate the family, but did not direct it also to prosecute and punish those responsible. If Honduras had such a duty notwithstanding the amnesty, why did the Court not order its execution? » (CASSEL Douglass, « Lessons from the America's guideline for international response to amnesties for atrocities », *op. cit.*, pp. 210-211).*

¹⁶⁵² C'est le cas par exemple d'Andreas O'Shea : « *In the Rodriguez case the Inter-American Court gave the impetus for condemning amnesty laws* » (O'SHEA Andreas, *Amnesty for crime in international law and practice*, *op. cit.*, p. 65).

¹⁶⁵³ En anglais, la Cour explique plus précisément que : « *States has a legal duty to take reasonable steps to prevent human rights violations and to use the means at its disposal to carry out a serious investigation of violations committed within its jurisdiction, to identify those responsible, impose the appropriate punishment and ensure the victim adequate compensation* » (Affaire *Velásquez Rodríguez*, 29 juillet 1988, *op. cit.*, § 170).

deuxième et troisième devoirs semblaient donc incompatibles avec l'amnistie mais il fallu attendre d'autres décisions et rapports pour que l'amnistie soit condamnée au sein de l'OEA.

Or, s'agissant d'une amnistie *stricto sensu*, nous avons déjà évoqué la condamnation par la commission interaméricaine des amnisties argentine et uruguayenne. Néanmoins, la résolution de la commission n° 25/98 du 7 avril 1998 relative au Chili¹⁶⁵⁴ est certainement encore plus révélatrice de l'évolution de son attitude face à l'amnistie. En effet, pour la première fois, elle réclame l'abrogation d'une telle disposition, en l'occurrence le décret-loi d'amnistie de 1978¹⁶⁵⁵. Elle ne se contente plus d'exiger la réparation des victimes et le respect des autres engagements des Etats parties à la convention américaine relative aux droits de l'homme. Pourtant, pour sa défense, l'Etat chilien demandait à la commission de prendre en compte le contexte de l'époque et, en particulier, le fait qu'il se trouvait face à une situation de transition démocratique obligeant le gouvernement de l'époque à accepter les règles imposées par la junte. Il expliquait ensuite qu'il était favorable à l'annulation de cette disposition mais que l'article 62-2 de la Constitution chilienne exigeait l'approbation de la majorité du Sénat, ce qui s'avérait impossible en raison du nombre de sénateurs nommés sous le régime précédent. Enfin, il rappelait que la loi n° 19.123 adoptée à son initiative, permettait d'accorder aux ayants droit de victimes de la junte une pension à vie d'un montant supérieur au revenu moyen des familles chiliennes¹⁶⁵⁶. En conclusion, il exprimait son accord avec les requérants sur le fait que les

¹⁶⁵⁴ (Affaires 11 505, 11 532, 11 541, 11 546, 11 549, 11 559, 11 572, 11 573, 11 583, 11 595, 11 652, 11 657, 11 675 et 11 705). Les requérants demandaient à la commission de déclarer le décret-loi de 1978 incompatible avec notamment les articles 1, 8 et 25 de la déclaration américaine relative aux droits de l'homme, de recommander l'établissement de la vérité sur le devenir des victimes, la sanction des responsables des disparitions forcées et d'exécutions extra-judiciaires, mais aussi d'exiger du Chili que des réparations soient octroyées aux familles de disparus.

¹⁶⁵⁵ *Decreto Ley n° 2.191, 18 de abril de 1978 (Ley de amnistía)*, *op. cit.* Voir : annexe V, p. 653.

¹⁶⁵⁶ Organisation des Etats américains, commission interaméricaine des droits de l'homme, rapport n° 29/92, Chili, affaires 11 505, 11 532, 11 541, 11 546, 11 549, 11 559, 11 572, 11 573, 11 583, 11 595, 11 652, 11 657, 11 675 et 11 705, 7 avril 1998, OEA/Serv.L/V/II.98, document. 6 rev., 13 avril 1998, §§ 12 à 16.

crimes les plus graves de l'histoire chilienne seraient impunis en vertu du décret-loi d'amnistie, mais demandait à la commission de ne pas le déclarer responsable de ces crimes. Or, la commission releva notamment la non légitimité du gouvernement sous la junte et le fait que les personnes ayant profité de l'amnistie étaient précisément les complices des crimes commis. Elle affirma donc qu'il n'était pas envisageable de traiter de manière égale les individus ayant violé la Constitution en accord avec un gouvernement illégitime et ceux qui respectaient la norme suprême. Elle refusa également que ces derniers puissent en particulier invoquer les principes du droit constitutionnel qu'ils violaient eux-mêmes pour bénéficier d'une protection justifiée et méritée uniquement par les personnes adhérant strictement à ces principes¹⁶⁵⁷. Elle précisa d'ailleurs que l'illégitimité des actes en cause visait également ceux accomplis par les membres de la junte qualifiés de : « *de facto*¹⁶⁵⁸ ». Par conséquent, pour la commission, les efforts du gouvernement chilien, bien que louables, n'étaient pas suffisants¹⁶⁵⁹. Elle conclut

¹⁶⁵⁷ « *It is one thing to have to legitimize acts of the society as a whole (so as to prevent chaos) and acts implying international responsibility, because obligations assumed in this area cannot be evaded. But it is an entirely different matter to grant equal treatment to those who acted with the illegitimate government in violation of the Constitution. The Commission considers that it would be absurd to pretend that the usurper and its supporters could invoke the principles of Constitutional Law, which they violated, in order to benefit from the type of protection that is only justified and merited by those who adhere strictly to its precepts* » (Ibid, §§ 19 et 20).

¹⁶⁵⁸ « *The actions taken by the usurper can under no circumstances be considered valid or legitimate, including when these actions are taken in behalf of the illegal or the facto officials* » (Ibid, §§ 19 et 20).

¹⁶⁵⁹ Ibid, §§ 46 à 50.

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

donc sur ce point que l'Etat chilien avait violé ses obligations issues des articles 1.1¹⁶⁶⁰ et 2¹⁶⁶¹ de la convention américaine relative aux droits de l'homme en ne révisant pas ou en n'annulant pas le-dit décret-loi¹⁶⁶².

Ce rapport condamnait par conséquent une forme bien particulière d'amnistie : celle adoptée par des gouvernants illégitimes à leur profit et au profit de ceux ayant appliqué leur politique. Il ne s'appliquait donc pas à toutes les amnisties¹⁶⁶³. Pour autant, selon le professeur Jorge Mera, il était d'une extrême importance pour le droit de l'amnistie ne serait-ce que parce qu'il introduisait une obligation pour les gouvernements de ne pas laisser subsister des amnisties contraires au droit international et non plus seulement de ne pas adopter d'amnisties¹⁶⁶⁴.

Néanmoins, l'affaire *Barrios Altos* représente certainement le point d'orgue de cette évolution jurisprudentielle. Non seulement, la Cour a considéré que les dispositions d'amnistie

¹⁶⁶⁰ « *Les Etats parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction...* » (convention américaine relative aux droits de l'homme, adoptée à San José (Costa Rica), le 22 novembre 1969, *op. cit.*, article 1.1)

¹⁶⁶¹ « *Si l'exercice des droits et libertés visés à l'article 1 n'est pas déjà garanti par des dispositions législatives ou autres, les Etats parties s'engagent à adopter en accord avec leurs dispositions constitutionnelles et les dispositions de la présente convention les mesures législatives ou autres nécessaires pour effet auxdits droits et libertés* » (*Ibid*, article 2).

¹⁶⁶² Organisation des Etats américains, commission interaméricaine des droits de l'homme, rapport n° 29/92, *op. cit.*, § 53.

¹⁶⁶³ C'est sur ce point que le rapport en question est critiqué par Sandrine Lefranc dans sa thèse (LEFRANC Sandrine, *Politiques du pardon – Amnistie et transitions démocratiques – Une approche comparative*, thèse, *op. cit.*, p. 242).

¹⁶⁶⁴ « *The democratic government has a duty to deny any legal effect to this law, so that the Chile can comply with its obligations under the American Convention. It is not enough, as some people have argued, that the current government refrain from passing its own amnesty* » (MERA Jorge, « Chile: truth and justice under the democratic government », *op. cit.*, p. 182).

péruvienne étaient inadmissibles, mais en plus, elle a jugé que cette décision devait avoir une portée générale¹⁶⁶⁵.

Il est ainsi facile de comprendre pourquoi la modification de l'attitude de la Cour, ainsi que de la commission interaméricaine des droits de l'homme face à l'amnistie, est citée en référence par les auteurs persuadés que le processus vers la reconnaissance par le droit international d'une catégorie d'infractions inamnistiabiles est inéluctable et qui revendiquent une convention lui étant relative. Il reste cependant que le concept d'inamnistiable n'est encore qu'ébauché, surtout s'il est comparé à la notion d'imprescriptible en droit international qui procède de la même logique : reconnaître que l'obligation de poursuivre les auteurs de crimes graves de droit international, quelles que soient leurs fonctions ou qualité, est intemporelle. Pour autant, cette même logique ne permet pas d'assimiler encore l'inamnistiable à l'imprescriptible même si la tentation est grande.

¹⁶⁶⁵ Voir, *supra* : pp. 533-534.

SECTION 2 – L'IMPOSSIBILITÉ ACTUELLE D'ASSIMILER L'IMPRESCRIPTIBLE A L'INAMNISTIALE, QUELLE QUE SOIT LA FONCTION DU CRIMINEL

« [Il existe] une contradiction à vouloir soumettre des infractions imprescriptibles parce qu'inoubliables, à une loi d'amnistie qui, par définition en nierait l'essence même en les faisant bénéficier de l'amnésie légale¹⁶⁶⁶ ».

L'assimilation – consciente ou inconsciente – de l'inamnistiable à l'imprescriptible résulte de cette logique commune. Elle découle également des conséquences pour les Etats de la ratification de conventions prévoyant l'imprescriptibilité des crimes les plus graves. En effet, la convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité du 26 novembre 1968¹⁶⁶⁷, comme la convention qui a été élaborée en réaction à celle-ci¹⁶⁶⁸ : la convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre signée à Strasbourg le 25 janvier 1974¹⁶⁶⁹, imposent plus ou moins directement aux Etats d'adopter certaines dispositions normatives potentiellement contradictoires avec l'amnistie quel qu'en soit le bénéficiaire. Ainsi, l'article 4 de la convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité de 1968 stipule que :

« Les Etats parties à la présente convention s'engagent à prendre, conformément à leurs procédures constitutionnelles, toutes mesures législatives ou autres qui seraient nécessaires pour assurer l'imprescriptibilité des crimes (...) tant en ce qui concerne les

¹⁶⁶⁶ GRYNFOGEL Catherine, « Crimes contre l'humanité », *Jurisclasseur pénal*, fasc. 10, 11, articles 211-1 à 213-5, 1998, 50 p, Cédérom juriscasseur.

¹⁶⁶⁷ 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 de l'ONU le 26 novembre 1968, entrée en vigueur le 11 novembre 1970, *op. cit.*

¹⁶⁶⁸ Voir : *supra*, note 1562, p. 517.

¹⁶⁶⁹ Disponible en français sur le site internet du Conseil de l'Europe, <http://conventions.coe.int>. L'entrée en vigueur de cette convention était soumise à sa ratification par trois Etats. Elle s'applique depuis le 27 juin 2003 en Belgique, aux Pays-Bas et en Roumanie, mais pas en France le quatrième pays à l'avoir signé.

poursuites qu'en ce qui concerne la peine ; là où une prescription existerait en la matière, en vertu de la loi ou autrement, elle sera abolie¹⁶⁷⁰ ».

Adopter une mesure d'amnistie pourrait constituer le moyen de contourner l'interdiction de les prescrire puisqu'elle permet d'éteindre aussi bien les poursuites que la peine, même lorsque leur prescription n'est pas admissible. Elle serait donc contraire à l'obligation de prendre toute mesure pour assurer l'imprescriptibilité des crimes.

De même, quelques années après l'adoption de la convention européenne sur l'imprescriptibilité des mêmes crimes, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe recommandait au Conseil des ministres :

« D'inviter les gouvernements des Etats membres à prendre toutes les mesures nécessaires pour que ni l'application de la prescription, ni la mise en œuvre de toute autre mesure législative ne permettent que des crimes contre l'humanité et d'autres crimes très graves restent impunis¹⁶⁷¹ ».

Cette recommandation, plus stricte que celle se trouvant dans la convention conclue au sein de l'ONU, laisse clairement supposer que l'amnistie législative¹⁶⁷² – si l'on admet qu'elle est acceptable pour toutes les infractions – représente une mesure permettant « *que des crimes contre l'humanité ou d'autres crimes très graves restent impunis* ». Dès lors, la tentation est grande d'assimiler l'imprescriptible à l'inamniable et de juger que l'amnistie n'est pas admissible lorsqu'elle s'applique à une infraction pour laquelle l'action civile comme la peine ne sont pas susceptibles d'être prescrites. Ce rapprochement est d'autant plus aisé s'agissant de l'amnistie des dirigeants politiques qu'une fois encore les crimes en question sont ceux qui sont

¹⁶⁷⁰ Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, *op. cit.*, article 4.

¹⁶⁷¹ Conseil de l'Europe, recommandation au Conseil des ministres relative à la prescription des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, 855(1979), point 10, ii.

¹⁶⁷² Nous rappelons que l'amnistie est adoptée sous une forme législative dans la plupart des Etats membres du Conseil de l'Europe mais que la pratique constitutionnelle de certains Etats, comme le Royaume-Uni ou la Russie, donne des effets similaires à des mesures prises par l'exécutif (voir, *supra* notamment : partie 1, titre 1, chapitre 2, pp. 177 et s.).

facilement réalisables grâce à l'utilisation de l'appareil d'Etat ou après la définition d'une politique générale et donc pour lesquels la responsabilité de gouvernants peut être couramment engagée (I). Toutefois, en l'absence de lien formel entre imprescriptible et inamnistiable, un tel rapprochement demeure encore trop artificiel pour être admissible (II). Les crimes commis sous la responsabilité de certains dirigeants politiques ne sont, dès lors, toujours pas inamnistiables de manière intemporelle.

I. Un rapprochement possible de ces deux notions s'agissant des crimes commis sous la responsabilité de dirigeants politiques

Dans sa décision *traité portant Statut de la CPI* du 22 janvier 1999, le Conseil constitutionnel français relève dans un même paragraphe, le paragraphe 34, que les dispositions du Statut de la CPI pourraient conduire la France « à arrêter et à remettre à la Cour une personne à raison de faits couverts selon la loi française, par l'amnistie ou la prescription ». Il considère donc que ce Statut pourrait rendre certains crimes à la fois inamnistiables et imprescriptibles par opposition au droit interne. Ces crimes sont ceux susceptibles d'engager la responsabilité de dirigeants politiques. En effet, selon l'article 1 de la convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité du 26 novembre 1968, les crimes de guerre¹⁶⁷³ et les crimes contre l'humanité¹⁶⁷⁴ tels qu'ils sont définis notamment dans le Statut du tribunal militaire international de Nuremberg, correspondent à ceux pour lesquels il a été indiqué qu'ils renvoyaient à la responsabilité des dirigeants politiques en tant qu'instigateurs, initiateurs ou

¹⁶⁷³ « Sont imprescriptibles :

a) les crimes de guerre, tels qu'ils sont définis par le Statut du tribunal militaire de Nuremberg du 8 août 1945 et confirmés par les résolutions 3(I) et 95(I) de l'Assemblée générale des Nations Unies (...) notamment les « infractions graves » énumérées dans les conventions de Genève du 12 août 1949 pour la protection des victimes de la guerre » (convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, *op. cit.*, article 1 a)).

¹⁶⁷⁴ Sur leur définition par l'article 1b) de cette convention, voir : *supra*, note 1259, p. 415.

inspirateurs de ces crimes¹⁶⁷⁵. Ce lien est confirmé dès l'article 2 de cette convention en vertu duquel :

« Les dispositions de la présente convention s'appliqueront aux représentants de l'autorité de l'Etat (...) qui y participeraient en tant qu'auteurs ou en tant que complices ou qui se rendraient coupables d'incitation directe à la perpétration de l'un quelconque de ces crimes, ou qui participeraient à une entente en vue de le commettre, quel que soit son degré d'exécution, ainsi qu'aux représentants de l'autorité de l'Etat qui toléreraient sa perpétration¹⁶⁷⁶ ».

De ce fait, l'imprescriptibilité est bien rattachée à l'infraction elle-même et est indépendante de son auteur, de ses complices et même de ceux qui la tolèrent. Ainsi, lorsqu'un rapprochement est effectué entre l'imprescriptible et l'inamnistiable, en raison de leurs effets comparables (A) ou bien de la valeur en droit international des crimes auxquels ces deux notions pourraient se rattacher (B), la responsabilité des dirigeants politiques est directement concernée.

A. Un rapprochement possible de leurs effets

« Le crime de génocide n'est pas amnistiable. Cela ne découle pas d'une convention internationale mais de la simple logique juridique. Le crime de génocide étant imprescriptible, il est forcément inamnistiable puisque les conséquences de l'amnistie sont plus étendues que celles de la prescription¹⁶⁷⁷ ».

Le principal effet de la reconnaissance de l'imprescriptibilité d'un crime qui pourrait être comparé à celui d'une éventuelle catégorie d'infractions inamnistiables est le fait d'empêcher de manière intemporelle, tout oubli même si cet oubli résulte d'une procédure conforme au droit constitutionnel d'un Etat de manière intemporelle (1). Peuvent également être rapprochés les

¹⁶⁷⁵ Voir : *supra*, pp. 408 à 411.

¹⁶⁷⁶ Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, *op. cit.*, article 2.

¹⁶⁷⁷ *Plan d'action du gouvernement pour la lutte contre le génocide*, République du Burundi, Ministère des droits de la personne humaine, des réformes institutionnelles et des relations avec l'assemblée nationale, Fait à Bujumbura, en avril 1988, § 33.

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

résistances exercées à la fois contre les effets de l'inamnistiability et de l'imprescriptibility, puisqu'elles conduisent à les assimiler (2).

1. La possibilité intemporelle de poursuivre et sanctionner le fait criminel

Le premier effet patent de l'imprescriptibility est la survivance du souvenir de l'infraction pour l'avenir sans limitation de temps. Or,

« L'amnistie, prérogative aux effets puissants, œuvre pour l'apaisement des esprits et pour l'oubli de certaines périodes. Elle est donc du point de vue conceptuel en contradiction avec l'imprescriptibility qui, elle, œuvre pour la survivance de la mémoire. Le crime contre l'humanité ne devrait pas pouvoir bénéficier de ses effets¹⁶⁷⁸ ».

Pour illustrer cette remarque, Anne Freyssinier cite la loi française du 20 février 1953 accordant une amnistie aux « malgré-nous », français incorporés de force dans l'armée allemande, y compris ceux ayant participé au massacre d'Oradour sur Glane le 10 juin 1944. Cet auteur fait remarquer que l'extermination de la quasi-totalité de la population de ce village de Haute-Vienne a été retenue par le tribunal militaire de Nuremberg comme constitutive de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité¹⁶⁷⁹. Par conséquent, il existait une contradiction entre les effets de cette disposition législative nationale de 1953 permettant aux participants à ces crimes d'éviter toute poursuite pénale avec leur imprescriptibility reconnue en droit international qui devait permettre d'engager une action judiciaire contre ces mêmes personnes à tout moment, sans limitation de temps. C'est pour éviter ce type de contradiction que la tentation existe d'assimiler l'imprescriptibility à l'inamnistiable, en raison de leurs effets.

Cette tentation s'exprime, par exemple, dans un communiqué de la ligue burundaise des droits de l'homme expliquant que la loi d'amnistie nationale de 1993 ne pourrait s'appliquer à certains crimes :

¹⁶⁷⁸ FREYSSINIER Anne, *Le droit de grâce du chef de l'Etat, le cas de la Vème République*, thèse, *op. cit.*, p. 380.

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*

« L'imprescriptibilité des crimes de guerre, des crimes de génocide et des crimes contre l'humanité, consacrée par le droit international, prive la loi d'amnistie de 1993 de tout effet sur les crimes perpétrés au Burundi qui entreraient dans cette catégorie. De surcroît, le gouvernement du Burundi a ratifié l'an dernier la convention internationale sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité¹⁶⁸⁰ ».

Certes il existe d'autres moyens pour éviter la contradiction entre les effets de l'amnistie et ceux de l'imprescriptibilité, mais ils sont limités. Par exemple, pour le crime de disparition forcée, les effets de l'amnistie ont été détournés par des juridictions constitutionnelles, d'une autre manière que par la reconnaissance de leur caractère inamnistiable. Ainsi, en Amérique Latine, et plus particulièrement au Chili depuis la décision de la Cour suprême d'août 2000, les disparitions forcées ont été considérées comme des infractions continues. Le délai de prescription courait donc non pas à partir du jour de la disparition, mais une fois le corps de la personne disparue retrouvé, ce qui au regard des moyens utilisés par les juntes pour faire disparaître totalement les dépouilles de leurs opposants revenait à en faire un crime imprescriptible. Pourtant, en droit international, ce crime est probablement le seul qui pourrait formellement être à la fois imprescriptible et inamnistiable. En effet, il a été expliqué que la déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées en date du 18 décembre 1992¹⁶⁸¹ faisait de la disparition forcée un crime « *de l'ordre du crime contre l'humanité* », ce qui conduisait à le faire devenir imprescriptible, mais précisait également dans son article 18 que ses auteurs ne pouvaient bénéficier « *d'aucune loi d'amnistie spéciale* », le rendant ainsi formellement inamnistiable. Quoi qu'il en soit, aucune juridiction nationale ne s'est engagée sur la voie potentiellement ouverte par le droit international en assimilant expressément inamnistiable et imprescriptible, s'agissant du crime de disparition forcée.

¹⁶⁸⁰ *Amnistie : définition et problématique au Burundi*, Ligue burundaise des droits de l'homme, <http://www.ligue-iteka.bi/bul43amn.htm>, p. 2.

¹⁶⁸¹ *Op. cit.*, Chapitre 4. On rappelle que, juridiquement, cette déclaration est une résolution de l'Assemblée générale de l'ONU.

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

Il est possible de se demander s'il n'y aurait pas un second effet de l'imprescriptibilité : la faculté de provoquer rétroactivement le souvenir d'un fait criminel, d'avoir des effets dans le passé. La même question se pose s'agissant de la catégorie en devenir d'infractions inamnistiabiles, ce qui conduit à nouveau à les assimiler. Cela s'opposerait alors au principe reconnu en droit constitutionnel interne comme international de non rétroactivité de la loi pénale la plus sévère¹⁶⁸². Or, les deux conventions établissant l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité semblent comporter deux réponses différentes à ce problème. Ainsi, la convention onusienne de 1968 l'établit « *quelle que soit la date à laquelle ils ont été commis*¹⁶⁸³ » tandis que la convention du Conseil de l'Europe de 1974 ne s'applique aux crimes réalisés avant son entrée en vigueur que si « *le délai de prescription n'est pas encore venu à expiration à cette date*¹⁶⁸⁴ ». De même, le Statut de la CPI proclame l'imprescriptibilité des crimes relevant de sa compétence¹⁶⁸⁵ mais limite cette compétence aux « *crimes commis après l'entrée en vigueur du présent Statut*¹⁶⁸⁶ ». Par conséquent, en vertu de la première convention dont on rappelle qu'elle a été ratifiée essentiellement par la Russie, les Etats de l'Europe de l'Est, la Chine, ainsi qu'un grand nombre de pays d'Afrique noire et du Maghreb, l'imprescriptibilité semble rétroactive, ce qui n'est pas le cas si l'on applique les autres traités. Les deux solutions cohabitent donc en droit international. Au sein des systèmes juridiques internes, les mêmes questions se posent. En France, par exemple, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a d'abord refusé dans un arrêt du 30 juin 1976¹⁶⁸⁷ de donner un effet rétroactif

¹⁶⁸² Pour quelques références constitutionnelles et conventionnelles sur ce principe, voir : *supra*, titre 1, chapitre 1, p. 127.

¹⁶⁸³ 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 de l'ONU le 26 novembre 1968, entrée en vigueur le 11 novembre 1970, *op. cit.*, article 1.

¹⁶⁸⁴ Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre signée à Strasbourg le 25 janvier 1974, *op. cit.*, article 2-2.

¹⁶⁸⁵ Statut de la CPI, *op. cit.*, article 29.

¹⁶⁸⁶ *Ibid*, article 11-1.

¹⁶⁸⁷ *Touvier*.

au principe d'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité issu de la loi du 26 décembre 1964, avant de finalement l'admettre le 26 janvier 1984¹⁶⁸⁸. Les crimes de guerre n'étant toujours pas reconnus comme imprescriptibles par le droit français, il y a donc un régime différent qui s'applique aux crimes de guerre prescriptibles en France mais pas en droit international, et aux crimes contre l'humanité, toujours imprescriptibles, quelle que soit la date à laquelle ils ont été commis. Or, si l'on considère qu'il existe une catégorie d'infractions inamnistiables, il est tentant de les assimiler aux infractions imprescriptibles, ne serait-ce que parce que la même question se pose alors : « l'inamnistiability vaut-elle pour le passé comme pour l'avenir » ?

Cependant, d'autres facteurs peuvent faciliter cette assimilation, en particulier le fait que les résistances juridiques et politiques à l'inamnistiable s'expriment parfois concomitamment et en se fondant sur les mêmes arguments que celles s'appliquant à l'imprescriptibilité.

2. Les mêmes résistances à leurs effets

Seules quelques juridictions régionales ont octroyé un plein effet à l'inamnistiable comme à l'imprescriptible. Nous avons déjà évoqué la position de la Cour interaméricaine des droits de l'homme selon laquelle les dispositions d'amnistie et de prescription sont inadmissibles parce qu'elles contreviennent aux droits inabrogeables reconnus par le droit international humanitaire. La Cour européenne des droits de l'homme semble avoir la même position puisque dans l'affaire *Abdülsamet Yaman c. Turquie*, elle assimile la prescription en cause dans cette décision, à l'amnistie en les déclarant non invocables par un agent de l'Etat accusé de crimes de torture¹⁶⁸⁹. En droit français, il est également possible de faire référence à l'ordonnance datant du 13 septembre 1991 dans l'affaire *Boudarel*¹⁶⁹⁰ par laquelle le juge d'instruction

¹⁶⁸⁸ Cass. crim. 26 janvier 1984, *Barbie*, *op. cit.*

¹⁶⁸⁹ « *When a State agent has been charged with crimes involving torture or ill-treatment, it is of the most importance for the purpose 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* » (CEDH, *Abdülsamet Yaman c. Turquie*, 2 novembre 2004, n° 32446/96, § 55).

¹⁶⁹⁰ Nous développerons les apports de cette décision dans le paragraphe suivant (Voir : *infra*, pp. 570 à 574).

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

énonçait que dès lors que les crimes commis représentaient des crimes contre l'humanité, ils étaient donc imprescriptibles, une imprescriptibilité s'appliquant à tous les aspects de la poursuite et de la répression. Par conséquent, la loi n° 66-409 du 18 juin 1966¹⁶⁹¹ devait être interprétée de façon restrictive, ce qui signifiait selon ce magistrat que l'amnistie ne pouvait s'appliquer à des crimes imprescriptibles¹⁶⁹².

Cependant, la plupart des juridictions, avant tout nationales, résistent autant à l'inamnistiable qu'à l'imprescriptible ce qui incite parfois à les assimiler. Bien entendu, ces résistances sont avant tout dépendantes de la place accordée au droit international par chaque système juridique. Ainsi, selon l'article 276-2 de la Constitution haïtienne de 1987, les traités ou accords internationaux régulièrement ratifiés selon la procédure constitutionnelle, s'intègrent à la législation d'Haïti et abrogent toute loi entrant en conflit avec eux. Il pourrait donc en théorie être possible que les nouvelles conventions que l'Etat d'Haïti ratifie peu à peu, essentiellement dans le cadre de l'OEA¹⁶⁹³, puissent fonder l'abrogation d'une loi d'amnistie existante. Comme le fait remarquer le professeur Scharf¹⁶⁹⁴, qui se réfère à la décision de la Cour suprême américaine *US v. OLP*¹⁶⁹⁵, cette position est contraire à celle des Etats-Unis, où le pouvoir de

¹⁶⁹¹ Dont l'article 30 dispose que : « *sont amnistiés de plein droit tous crimes ou délits commis en liaison avec les événements consécutifs à l'insurrection vietnamienne et antérieurement au 1^{er} octobre 1957* ».

¹⁶⁹² Sur le contenu de cette ordonnance, nous nous sommes reportés au compte-rendu qui en est fait par Denis Alland (ALLAND Denis, « Cour de cassation, crim., 1^{er} avril 1993, M. Sobansky Wladyslav et association nationale des anciens prisonniers d'Indochine, n° 92-82.273 », *op. cit.*, p. 475) ainsi que ceux contenus dans l'arrêt de la Cour de cassation, *Sobansky Wladyslav* et dans le rapport de position de la FIDH, n° 6 de 2001 (FIDH, « La loi française d'adaptation, enjeux et tabous », Cour pénale internationale, Rapport de Position n° 6, *op. cit.*, p. 36).

¹⁶⁹³ Haïti a ratifié par exemple la convention interaméricaine sur l'élimination de la violence contre les femmes le 2 juin 1997, a signé la convention interaméricaine relative à la prévention et à la répression de la torture en 1986, sans pour autant déposer d'instrument de ratification à ce jour. Mais en 2005, elle n'avait ni signé, ni ratifié la convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes.

¹⁶⁹⁴ SCHARF Michael P., « Swapping amnesty for peace: was there a duty to prosecute international crimes in Haiti ? », *op. cit.*, note 130, p. 19.

¹⁶⁹⁵ *United States v. Palestine Liberation Org*, 695 F, Supp. 1456 (SDNY,1988).

pardonn ne peut être limité que par la Constitution¹⁶⁹⁶. La résistance à l'imprescriptible mais également à toute forme de reconnaissance d'une catégorie d'infractions inamnistiables en raison du droit international s'explique donc bien avant tout par le statut de ce dernier, dans l'ordre juridique interne.

Toutefois, ce statut n'est pas le seul facteur de résistance aux remises en cause par le droit international de certaines mesures de clémence internes. L'Etat peut, pour des raisons qui lui sont propres, refuser de ratifier les conventions qui entraîneraient une telle remise en cause, comme le montre le cas d'Haïti. L'exemple français est également significatif. En effet, il a été expliqué qu'en vertu de la loi de 1964¹⁶⁹⁷, seuls les crimes contre l'humanité sont « par nature » imprescriptibles, alors que les crimes de guerre ne le sont pas selon la Cour de cassation¹⁶⁹⁸. Or, cette même juridiction qui refuse d'étendre les effets de l'imprescriptibilité exclut pareillement d'associer l'inamnistiable à l'imprescriptible ce qui aurait permis de ne pas donner d'effets à une loi d'amnistie pour les crimes contre l'humanité¹⁶⁹⁹. Son attitude face à l'imprescriptible et l'inamnistiable peut alors être dénoncée globalement¹⁷⁰⁰ ce qui favorise l'identification de ces deux concepts.

Une identification se produit également en raison de la valeur en droit international des incriminations auxquelles ces deux notions pourraient se rattacher.

B. Un rapprochement possible en raison de la valeur de jus cogens des incriminations concernées

¹⁶⁹⁶ *Schick v. Reed*, *op. cit.*, (1974).

¹⁶⁹⁷ Article 213-5 du Code pénal.

¹⁶⁹⁸ Voir : *supra*, p. 558.

¹⁶⁹⁹ C. cass., crim, 1^{er} avril 1993, *Sobansky Wladyslav* (Affaire Georges Boudarel), *op. cit.* Voir, *infra* : pp. 570-574.

¹⁷⁰⁰ Par exemple : FIDH, « La loi française d'adaptation, enjeux et tabous », Rapport de Position n° 6, *op. cit.*, pp. 48 et s.

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

Les normes de *jus cogens* sont celles auxquelles aucune dérogation n'est permise et ne pouvant être modifiées que par des normes de même caractère. Or, la prohibition des crimes assortis d'une obligation de poursuivre en droit international – dont on a vu qu'ils étaient particulièrement susceptibles d'engager la responsabilité de gouvernants dans la mesure où leur perpétration s'inscrit souvent dans une politique générale – acquière cette qualité (1), ce qui peut amener à en déduire à la fois leur imprescriptibilité et leur inamnistiabilité (2).

1. Le caractère de *jus cogens* de la prohibition des crimes internationaux

Les crimes communément désignés comme de *jus cogens* sont les crimes de guerre, contre la paix, contre l'humanité, de génocide, de piraterie ainsi que d'esclavage et de torture. Il est possible, comme Chérif Bassiouni, de se référer pour le démontrer, à la jurisprudence, aux dispositions normatives, à l'attitude des Etats, comme aux procédures en cours contre les personnes accusées d'avoir perpétré de tels crimes¹⁷⁰¹. Mais le fait que ces crimes affectent les intérêts de la communauté internationale tout entière doit également être relevé, ce qui revient à prendre en compte les crimes résultant d'une action politique étatique¹⁷⁰², et par conséquent la responsabilité des dirigeants de l'Etat en question. Ainsi, le génocide a été désigné comme ayant un tel caractère par l'avis consultatif de la CIJ, *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*¹⁷⁰³. Quant à la torture, sa spécificité a été confirmée par le TPIY, dans la décision de 1998, *Procureur contre Furundzija* :

¹⁷⁰¹ BASSIOUNI Cherif, « International crimes : jus cogens and obligatio erga omnes », in Christopher C. Joyner (ed.), *Reigning in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights : proceedings of the Siracusa Conference*, Nouvelles études pénales, Eres, 1998, p. 138.

¹⁷⁰² « *Certain crimes affect the interests of the world community as whole because they threaten the peace and security of humankind and because they shock the conscience of humanity. If both element are present in a given crime, it can be concluded that it is a part of jus cogens. (...) Implicit in the first and sometimes in the second element, is the fact that the conduct in question is the product of state-action or state-favoring policy* » (*Ibid.*, p. 141).

¹⁷⁰³ En date du 28 mai 1951, Rec. 1951, p. 496.

« Alors que la nature *erga omnes* dont il vient d'être question ressortait du domaine de la coercition internationale (au sens large), l'autre trait majeur du principe interdisant la torture touche à la hiérarchie des règles dans l'ordre normatif international. En raison de l'importance des valeurs qu'il protège, ce principe est devenu une norme impérative ou *jus cogens*, c'est-à-dire une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles du droit coutumier « ordinaire ». La conséquence la plus manifeste en est que les Etats ne peuvent déroger à ce principe par le biais de traités internationaux, de coutumes locales ou spéciales ou même de règles coutumières générales qui n'ont pas la même valeur normative¹⁷⁰⁴ ».

Ainsi, une fois que la norme est reconnue comme de *jus cogens*, les Etats ne devraient pas pouvoir l'enfreindre au niveau international mais également par l'adoption de règles internes qui lui soient contraires. C'est sur cet argument que se fondait le professeur sud-africain Motala pour contester l'octroi de l'amnistie dans son Etat. En effet, selon cet auteur, dès lors que la Constitution sud-africaine, dans son chapitre III, incorporait les principes du droit public international ainsi que la protection des droits fondamentaux dans le droit constitutionnel national, mais surtout que certains crimes devaient être poursuivis en raison de leur valeur de *jus cogens*¹⁷⁰⁵, l'Etat était dans l'obligation de poursuivre tous les auteurs accusés de ces crimes¹⁷⁰⁶.

¹⁷⁰⁴ TPIY, ch. de 1^{ère} instance, jugement du 10 décembre 1998, *Procureur contre Furundzija*, *op. cit.*, § 153.

¹⁷⁰⁵ L'auteur précise d'ailleurs que le caractère de *jus cogens* obligerait l'Afrique du Sud à poursuivre ces crimes même si sa Constitution ne prévoyait pas l'intégration des normes internationales dans son droit constitutionnel interne : « *The cardinal rule in the international law of jus cogens is that there are certain rules from which no state may derogate, regardless of circumstances. Any treaty, act or other legislation which conflicts with jus cogens is void ab initio* » (MOTALA Ziyad, « The promotion of national unity and reconciliation act, the Constitution and international law », *op. cit.*, p. 338).

¹⁷⁰⁶ « *In other words, there is an obligation on contracting states to prosecute and punish the grave violations mentioned in the Conventions. Under the Conventions, parties are obliged to search for persons alleged to have*

L'amnistie, comme la prescription, est donc incompatible avec le caractère de cette obligation de poursuivre, ce qui conduit, sur ce point encore, à assimiler l'imprescriptible à l'inamnistiable.

2. La contradiction entre ce caractère et les normes internes de clémence

Le caractère de *jus cogens* rattaché aux crimes les plus graves en droit international a deux conséquences relatives aux règles internes de clémence, suivant la conception pour laquelle on opte. La première est qu'il peut s'établir une hiérarchie entre la valeur de l'obligation de poursuivre les crimes les plus graves qui serait supérieure aux normes amnistiantes et à celles qui fixent des délais de prescription de l'action pénale ou de la peine. La seconde conduit à assimiler le principe de *jus cogens* interdisant ces crimes à l'imprescriptible, comme à l'inamnistiable, ce qui conduit à leur donner également valeur de *jus cogens*. Dans ces deux conceptions, l'inamnistiability et l'imprescriptibilité pourront alors s'appliquer aux crimes commis par des dirigeants politiques, en raison de leur nature.

Dans la première conception, par définition, le caractère de *jus cogens* rattaché au principe d'interdiction des crimes les plus graves le rend supérieur à toute norme interne contradictoire, ce qui signifie qu'en cas de conflit avec l'une de ces dernières, le principe d'interdiction doit l'emporter. C'est en ce sens que Jean-François Roulot critique l'attitude de la Cour de cassation face aux crimes commis en Algérie :

« Les motifs invoqués par la Cour (...) sont liés à l'amnistie. En effet les « prétendus » crimes contre l'humanité sont considérés comme des violations d'une règle de droit interne qui est générale et impersonnelle. *A priori*, celle-ci peut s'appliquer à tous les faits, sauf texte contraire. Or, tous les crimes ont été amnistiés non seulement par les décrets du 22 mars 1962 mais surtout par l'article 3 de la loi du 17 juin 1966 et l'article 1^{er} de la loi du 31 juillet 1968. Ce raisonnement ne prend pas en compte la véritable nature du crime contre l'humanité qui est une règle de droit international pénal

committed, or to have in any way been involved in, a grave breach of the Convention, and to prosecute and punish them before their own Courts. This obligation constitutes a peremptory norm of international law » (Ibid, p. 350).

dont le respect et l'application s'imposent aux autorités de l'Etat. Celui-ci ne peut opposer une règle de droit interne pour ne pas le respecter ou le faire respecter. Si tel était le cas, le droit international pénal n'existerait pas. Jamais les criminels hitlériens n'auraient été punis conformément au droit nazi. La supériorité du droit international pénal sur la loi interne rend l'amnistie impossible. Or la Cour de cassation estime que les crimes contre l'humanité sont des crimes de droit commun et que ce caractère « ne leur permet pas de déroger aux règles de procédure et de compétence ordinaires dès lors que la loi n'a pas institué de dispositions spéciales pour leur poursuite et leur jugement »¹⁷⁰⁷ ».

Pour cet auteur, la Cour de cassation devrait prendre en compte le droit international qui rend toute règle de droit interne contraire à une obligation de *jus cogens* sans valeur. Il y a donc une hiérarchisation entre ces deux types de règles, une hiérarchisation dont la conséquence devrait être la nullité, dans un même mouvement, des lois d'amnistie et celles relatives à la prescription s'appliquant aux crimes de *jus cogens*. Elle devrait également aboutir à la reconnaissance en droit interne de leur imprescriptibilité ainsi que de leur inamnistiability. Ce raisonnement se retrouve en France dans les arguments du MRAP dans son pourvoi formé contre l'arrêt de la Chambre d'instruction de Paris en date du 14 décembre 2001, refusant d'informer sa plainte¹⁷⁰⁸ pour crimes contre l'humanité, après les révélations du général Aussaresses sur les actes de torture commis durant la guerre d'Algérie¹⁷⁰⁹. La plainte en question aurait pu à terme déclencher la mise en jeu de la responsabilité des quelques anciens dirigeants politiques de l'époque encore en vie, si elle avait été suivie d'une information établissant un lien entre la politique qu'ils avaient définie et les actes criminels commis par les soldats français dans leur lutte contre l'indépendance de l'Algérie. Dans son pourvoi, le MRAP établissait une hiérarchisation entre le droit interne et l'obligation en droit international de réprimer les crimes contre l'humanité. Il soutenait, après avoir constaté « l'imprescriptibilité par nature » de ces crimes :

¹⁷⁰⁷ ROULOT Jean-François, *Le crime contre l'humanité*, thèse de doctorat remaniée, *op. cit.*, pp. 408-409.

¹⁷⁰⁸ Contre personne non dénommée.

¹⁷⁰⁹ Voir : *supra*, p. 519.

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

« Qu'en se bornant à énoncer que les crimes dénoncés par la partie civile entrent dans le champ d'application de l'article 1^{er} de la loi d'amnistie du 31 juillet 1968 laquelle énonce que sont amnistiées toutes les infractions commises en relation avec les événements d'Algérie, sans constater que l'incrimination du crime contre l'humanité a une valeur supérieure à la loi nationale, les juges d'appel ont violé [le droit]¹⁷¹⁰ ».

Là encore, une hiérarchie était établie par les requérants entre l'imprescriptibilité mais aussi l'inamnistiability des crimes contre l'humanité et le droit français. Le pourvoi a été rejeté par la Cour de cassation¹⁷¹¹. Il faut dire que cette thèse impose une réflexion préalable s'exprimant particulièrement en droit français, puisqu'il a été expliqué que la définition par la Cour de cassation du crime contre l'humanité en particulier ne correspondait pas parfaitement à celle du droit international¹⁷¹² et que l'imprescriptibilité des crimes de guerre n'était pas reconnue par la loi. Il faudrait donc pour l'admettre, préalablement considérer qu'en dépit de lois contraires ou en l'absence de normes, le principe de *jus cogens* d'interdiction des crimes les plus graves a un effet direct en droit interne et doit s'imposer avec autant de force, ce que la pratique des Etats ne respecte pas encore toujours pour des raisons politiques¹⁷¹³ parfois justifiées selon des arguments juridiques¹⁷¹⁴.

¹⁷¹⁰ Cass. Crim. 17 juin 2003, n° de pourvoi 02-80719, *Bulletin criminel*, 2003, n° 122, p. 465.

¹⁷¹¹ *Ibid.*

¹⁷¹² Deux statuts juridiques du crimes contre l'humanité coexistent (voir, *supra* : pp. 403-404).

¹⁷¹³ C'est ainsi qu'apparaît le refus français de rendre les crimes de guerre imprescriptibles ainsi que de remettre en cause les normes amnistiantes ayant suivi la guerre d'Algérie.

¹⁷¹⁴ L'une des principales critiques formulées par la doctrine à propos de la décision *Azapo* de la Cour constitutionnelle sud-africaine porte sur ses justifications juridiques, dont on rappelle qu'elles tenaient

Il existe une autre conception pouvant conduire à assimiler l'imprescriptible à l'inamnistiable en raison du caractère de *jus cogens* de l'interdiction des crimes auxquels ces deux concepts se rattacheraient. Elle amène à considérer que ce caractère donne *de facto* une valeur similaire ne tolérant aucune dérogation à l'interdiction de l'amnistie et de la prescription pour ces crimes. A propos de l'amnistie, Andreas O'Shea, bien que rejetant une interprétation aussi large des effets du *jus cogens*, fait pourtant référence à une « *norme péremptoire de droit international prohibant l'amnistie* » pour des crimes internationaux assortis d'une obligation de poursuivre de *jus cogens*¹⁷¹⁵. Au sujet de la prescription, il est possible de citer la condamnation, par la Cour militaire de Rome en 1997, de l'ancien capitaine SS Erich Priebke pour le meurtre en

essentiellement à l'application de l'article 6(5) du protocole II aux conventions de Genève (*AZAPO and others v. The President of the Republic of South Africa, 1996(8), op. cit.*). Selon le professeur Motala, « *The constitutional Court disregard the significant volume of international law authority affirming a peremptory duty to prosecute for war crimes, and crimes against humanity. (...) Such a norm transcends all positive expressions of law. In effect, peremptory norms constitute the very foundation of the international community. These are principles fundamental to the functioning of the state system that their existence is presupposed and cannot be overridden by positive law. Therefore, even without the incorporation of international law norms in the South African Constitution, as a State South Africa can simply not act or legislate in a way which contravenes jus cogens principles. [Its] sovereignty is limited by certain norms of international law* » (MOTALA Ziyad, « *The Constitutional Court's approach to international law and its method of interpretation international the « Amnesty decision »: Intellectual honesty or political expediency?* », *op. cit.*, p. 37). Pour Andreas O'Shea, « *Article 6(5) (...) was relied upon in support of the proposition that there is an exception to the peremptory rule prohibiting amnesty for crimes against humanity, applicable in relation to conflicts such as the one in South Africa. Although the Court recognized the existence of a prima facie presumption that Parliament does not intend to act in breach of international law, it found it unnecessary to consider further « the applicability of jus cogens to the interpretation of the Constitution because of this exception ». The Court misguided reference to jus cogens as if it referred to a broad range of crimes was unfortunate. It might be partly due to this that failed to consider the possibility that although the provisions of the Act were not unconstitutional per se, in so far as and only to the extent that they contravened rules of jus cogens form a small part* » (O'SHEA Andreas, *Amnesty for crime in international law and practice, op. cit.*, p. 49).

¹⁷¹⁵ En anglais, il fait référence à : « *The peremptory rule prohibiting an amnesty in relation to crimes against humanity* » (*Ibid.*).

Italie de 335 ressortissants italiens, plus de cinquante ans après les faits¹⁷¹⁶, au motif « *que la non application des lois de prescription aux crimes de guerre était une obligation de jus cogens*¹⁷¹⁷ ». Dans cette conception, l'« imprescriptible » et l'« inamnistiable » sont donc une nouvelle fois assimilables.

Néanmoins, nonobstant le rapprochement, plus ou moins volontaire, qui peut se faire entre ces deux concepts, il est impossible de les confondre formellement en l'état actuel du droit du fait de l'absence de lien juridique établi entre eux, que le responsable du crime exerce ou non une fonction politique.

II. Mais l'absence de lien formel entre « imprescriptible » et « inamnistiable »

« Si [une loi d'amnistie] prévoit que certains crimes, à caractère imprescriptible sont amnistiables, il n'y a aucun texte ni aucune règle juridique qui puisse s'y opposer¹⁷¹⁸ ».

Cette constatation d'Anne Freyssinier relative au droit français s'applique dans la plupart des droits internes. L'absence de lien entre imprescriptible et inamnistiable s'y exprime de deux manières : par l'interprétation stricte des normes rendant certains crimes imprescriptibles (A) mais aussi par l'absence de norme interne assimilant expressément l'imprescriptibilité à l'inamnistiability (B).

A. L'interprétation stricte de l'imprescriptibilité par les juridictions

¹⁷¹⁶ Ce meurtre avait été commis en 1943.

¹⁷¹⁷ Sur ce jugement, voir : ABRAMS Jason S., RATNER Steven R., *Accountability for human rights atrocities in international law, Beyond the Nuremberg legacy*, p. 143. Récemment, en adoptant la même logique juridique, le tribunal militaire de Spezia, dans le nord de l'Italie, a condamné par contumace dix anciens soldats nazis à la prison à perpétuité pour le massacre de 560 civils italiens commis en 1944 dans un village de Toscane (« Dix anciens soldats nazis condamnés à perpétuité en Italie », Le Monde, 22 juin 2005).

¹⁷¹⁸ FREYSSINIER Anne, *Le droit de grâce du chef de l'Etat : le cas de la Vème République*, thèse, pp. 380-382.

Il a été expliqué que l'étude en droit comparé des lois d'amnistie laissait apparaître la volonté des juridictions judiciaires de les interpréter strictement¹⁷¹⁹. Il semble qu'il en soit de même au sujet de l'imprescriptibilité. Or, parce que la question de l'imprescriptibilité et de l'inamnistiability de certains crimes s'est posée devant des hautes juridictions pour des crimes commis par des chiliens au Chili, mais aussi contre des français en Algérie française, et parce que ces crimes étaient susceptibles d'entraîner la responsabilité de dirigeants politiques, l'attitude des juridictions chiliennes (1) et françaises (2) est particulièrement significative pour notre étude. Selon leur interprétation un crime ne peut être qualifié d'inamnistiable en raison de son imprescriptibilité.

1. Le refus de la Cour suprême chilienne d'établir un lien entre imprescriptible et inamnistiable

Au Chili, après la décision de la Cour suprême en date du 18 novembre 2004¹⁷²⁰ dans laquelle elle assimilait le délit de séquestration à celui de disparition forcée, le qualifiant de permanent et le rendant insusceptible de s'éteindre par la prescription ou l'amnistie¹⁷²¹, il était possible de se demander si un lien avait été établi par cette juridiction entre l'impossibilité d'appliquer un délai de prescription à une infraction et celle de faire bénéficier son auteur de l'amnistie, si elle avait donné à la prescription un caractère général empêchant tout oubli légal. En réalité, il y a bien dans cet arrêt une assimilation de ces deux mesures de clémence, mais leur inapplication respective est dissociée et justifiée séparément. L'un des accusés, Miguel Krassnoff Martchenko, soutenait notamment que la convention interaméricaine sur la disparition forcée

¹⁷¹⁹ Voir : *supra*, pp. 114 et s.

¹⁷²⁰ Les accusés principaux étaient Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda et Marcelo Luis Manuel Moren Brito, condamnés en appel à quinze années de prison ainsi que Miguel Krassnoff Martchenko condamné à dix ans de réclusion criminelle, pour leur participation à la séquestration de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez en 1975, alors que le décret-loi d'amnistie de 1978 devait s'appliquer aux infractions commises entre le 11 septembre 1973 et le 10 mars 1978.

¹⁷²¹ Corte suprema de Chile, 18 nov. 2004, *Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda et Marcelo Luis Manuel Moren Brito, Krassnoff Martchenko y otr., Rol. n° 517-2004*. Voir : annexe XXI, p. 707.

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

des personnes à laquelle se référait l'arrêt attaqué n'était pas encore en vigueur au Chili¹⁷²², et qu'il lui avait donc été appliqué un droit inexistant en lui déniait l'application du décret-loi d'amnistie de 1978 et de la prescription. La Cour suprême rejette ce moyen en se fondant sur d'autres conventions internationales dont le Statut du TPIY, sur les principes reconnus par le tribunal militaire de Nuremberg, mais surtout sur la nature continue du délit de séquestration. Elle refuse alors, d'appliquer comme le lui demandait le requérant, la prescription et l'amnistie¹⁷²³. Il est vrai que certains commentaires de la jurisprudence chilienne ont pu laisser penser à une certaine association entre inamniable et imprescriptible¹⁷²⁴. Toutefois, si depuis 1999, la Cour suprême refuse le bénéfice de la prescription aux auteurs d'un tel délit en raison de son caractère permanent, c'est parce que cela empêche le point de départ du délai de prescription. Elle n'accepte pas davantage de leur appliquer les effets du décret-loi d'amnistie de 1978, non pas en raison d'un lien entre l'inapplication du délai de prescription et celle de l'amnistie, mais car les délits étant toujours en cours d'exécution, ils ne peuvent pas rentrer dans la période définie par cette amnistie, les infractions concernées devant avoir été perpétrées avant le 10 mars 1978. Par conséquent, la Cour suprême chilienne n'a, à aucun moment, cherché à interpréter l'imprescriptibilité d'un crime comme entraînant inévitablement son inamniable.

Le raisonnement de la Cour de cassation française concernant les crimes commis en Algérie est comparable. Ainsi, lorsque Jacques Francillon s'interroge sur la possibilité pour une loi d'amnistie d'empêcher les poursuites contre les auteurs de crimes contre l'humanité, en

¹⁷²² Signée par le Chili le 9 juin 1994, sa ratification était toujours en cours au Congrès en novembre 2004.

¹⁷²³ Corte suprema de Chile, 18 nov. 2004, *op. cit.*, §§ 16, 27, 34 et s. Voir : annexe XXI, p. 707.

¹⁷²⁴ Par exemple, Claude Katz, Secrétaire général de la FIDH, expliquait en 2000, un an après l'inflexion jurisprudentielle de la Cour suprême chilienne, que : « *le délit [de disparition forcé] était un délit permanent, inamniable et imprescriptible, permettant au juge d'instruction de poursuivre la procédure* » (KATZ Claude, « Pinochet définitivement impuni ? », article publié dans le journal *Le Monde* du 20 janvier 2000, *La lettre de la FIDH*, n° 31, 17/ 01/2000). Une telle formulation peut laisser penser qu'une infraction inamniable est toujours imprescriptible et réciproquement.

analysant l'application par la Cour de cassation¹⁷²⁵ de la loi d'amnistie du 18 juin 1966¹⁷²⁶, il explique que :

« En faveur de l'application de la loi d'amnistie du 18 juin 1966, on peut faire valoir que la formulation de l'article 30, qui amnistie « *tous crimes (...) en liaison avec les évènements consécutifs à l'insurrection vietnamienne* » (...) exclut toute réserve. En outre, si l'on analyse la loi du 26 décembre 1964 comme ayant introduit cette incrimination en droit pénal interne, il faut admettre qu'en sens inverse, le législateur français est bien compétent pour faire disparaître le caractère délictueux des faits. Dans le sens de l'exclusion des crimes contre l'humanité du champ d'application de la loi de 1966, il convient d'observer que cette loi ne fait pas figurer expressément ces crimes dans la liste des infractions de plein droit. Or, le principe est que les lois d'amnistie doivent être interprétées restrictivement. En outre, l'amnésie volontaire de la loi perd toute justification s'agissant de cette catégorie de crimes. Les lois d'amnistie sont en effet des mesures d'oubli. Or, les crimes contre l'humanité, imprescriptibles par leur nature, sont de ceux précisément qui ne s'oublient pas. (...) Le principe d'imprescriptibilité régissant en tous leurs aspects la poursuite et la répression de ces crimes, il semble donc que les législateurs nationaux ne puissent faire échec, sous quelque forme que ce soit, à un tel principe. C'est pourtant la solution apparemment contraire qu'a retenue la Chambre criminelle dans deux arrêts du 29 novembre 1988 concernant des infractions commises en relation avec les événements d'Algérie¹⁷²⁷ et qui avaient fait l'objet d'ordonnances de non-lieu fondées sur des textes portant amnistie de ces infractions (dec. 22 mars 1962 et ord. 14 avril 1962, lois 17 juin 1966 et 31 juillet 1968)¹⁷²⁸ ».

Ainsi, dans la vision de la Cour de cassation, l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité est d'interprétation stricte. Non seulement il a été expliqué qu'elle refusait de l'élargir aux crimes de guerre, mais en plus, le constat fait par Jacques Francillon montre que cette juridiction repousse l'idée que l'amnistie puisse faire échec à l'imprescriptibilité, et que cette dernière ait

¹⁷²⁵ Voir : *supra*, pp. 404 et 559.

¹⁷²⁶ Voir : *supra*, note 1692, p. 559.

¹⁷²⁷ Cass. crim. 29 nov. 1988, Dalloz 1991, ch., pp. 231 et s.

¹⁷²⁸ FRANCILLON Jacques, « Crimes de guerre, crimes contre l'humanité », *Droit international pénal, Jurisclasseur droit international*, 1993, fasc. 410, p. 37.

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie
pour conséquence l'inamnestiabilité des crimes qu'elle vise. L'attitude de cette juridiction a été constante, comme le montre l'affaire *Boudarel*.

2. Le refus de la Cour de cassation française de l'interpréter comme empêchant tout oubli légal : l'exemple de l'affaire *Boudarel*

Nous avons déjà évoqué l'affaire *Boudarel* s'agissant de la définition jurisprudentielle française du crime contre l'humanité¹⁷²⁹ mais aussi parce que dans son ordonnance en date du 13 septembre 1991, le juge avait considéré que les crimes en cause étant imprescriptibles, ils devaient être exclus du domaine de la loi d'amnistie du 18 juin 1966¹⁷³⁰.

Or, le 20 décembre 1991, la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris, s'exprimant sur ce même cas, a au contraire interprété de manière restrictive le principe d'imprescriptibilité d'un crime en refusant de lui donner pour conséquence de rendre ce même crime inamnestiable. Selon la Cour d'appel,

« Il est vrai que les crimes contre l'humanité inclus dans le droit interne français depuis la loi du 26 décembre 1964 sont imprescriptibles par leur nature ; que la prescription et l'amnistie reposent sur des fondements différents, la première dressant un obstacle à d'éventuelles poursuites en raison du temps écoulé et la seconde procédant de l'idée d'oubli avec pour effet d'enlever après coup à un fait délictueux son caractère d'infraction ; que 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, il ne peuvent être poursuivis que dans la mesure où une loi d'amnistie n'a pas privé les infractions qu'elle vise de l'élément légal qui les rend punissables ; que le principe d'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité qui constitue une dérogation exceptionnelle aux règles de procédure pénale ordinaire, doit être restrictivement

¹⁷²⁹ Voir : *supra*, p. 404.

¹⁷³⁰ Voir, *supra* : p. 559.

interprété (...) que l'amnistie doit s'appliquer également aux crimes contre l'humanité et donc aux faits susceptibles d'être reprochés à Boudarel¹⁷³¹ ».

L'arrêt de la Cour de cassation en date du 1^{er} avril 1993, *Sobansky Wladyslav* aurait pu être aussi représentatif du refus de cette juridiction d'interpréter l'imprescriptibilité comme empêchant toute forme d'oubli légal, y compris l'amnistie. Pourtant, la Cour de cassation ne se prononce pas directement sur ce point. Elle focalise sa réponse uniquement sur la qualification erronée selon elle de crime contre l'humanité, les faits étant liés en l'espèce à la guerre d'Indochine et non pas à la seconde guerre mondiale¹⁷³². En évitant la question délicate du lien entre imprescriptible et inamnistiable, et en ne qualifiant pas ces crimes de crimes contre l'humanité, il pourrait être conclu qu'elle reconnaît la possibilité d'amnistier les crimes internationaux¹⁷³³. Mais en réalité, parce qu'elle n'approuve pas expressément la possibilité d'appliquer l'amnistie à des crimes autres que ceux de droit commun, elle ouvre une possibilité de contredire le raisonnement tenu par la Cour d'appel dans le futur s'agissant de crimes incontestablement et universellement désignés comme des crimes contre l'humanité. Cependant, en l'état actuel de sa jurisprudence, qui n'a jamais esquissé une assimilation de l'imprescriptible à l'inamnistiable, il semble que l'interprétation stricte de l'imprescriptibilité doive l'emporter sur cette dernière. En 1993, il était difficile d'aller jusqu'à penser comme Anne Freyssinier que :

« L'amnistie surpasse la notion d'imprescriptible. Elle fut instituée justement pour priver les infractions qu'elle vise de l'élément légal qui les rend punissables. Ainsi,

¹⁷³¹ Motifs de l'arrêt de refus d'informer de la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris en date du 20 décembre 1991 cités par la Cour de cassation dans son arrêt du 1^{er} avril 1993, *Sobansky Wladyslav* (Affaire Georges Boudarel), *op. cit.*

¹⁷³² Voir : *supra*, pp. 403-404.

¹⁷³³ « Il faut donc se résoudre à constater que pour la Cour l'amnistie doit jouer quelle que soit la qualification retenue (et donc même celle de crime contre l'humanité). Un crime imprescriptible en vertu du droit international est amnistiable en droit interne » (ALLAND Denis, « Cour de cassation, crim., 1^{er} avril 1993, M. Sobansky Wladyslav et association nationale des anciens prisonniers d'Indochine » (note), *op. cit.*, p. 480).

le débat juridique est circonscrit à la force absolue du régime juridique de l'amnistie¹⁷³⁴ ».

En effet, aucun indice dans la jurisprudence de la Cour de cassation ne laissait penser qu'elle allait aller au delà d'une interprétation restrictive de l'imprescriptibilité, ou d'une indépendance totale entre cette dernière et l'inamnistiable – l'inamnistiable pouvant donc en théorie s'effacer devant la prescription¹⁷³⁵ – et qu'elle rendrait donc le pouvoir législatif de clémence supérieur à la notion, elle-même législative, de l'imprescriptibilité. Dans un arrêt du 30 mai 2000, la Cour a maintenu la même position. A nouveau, *de facto*, pour reprendre Jean-François Roulot,

« A la question, un Etat peut-il amnistier des actes constitutifs de crimes internationaux, la Cour de cassation a répondu par l'affirmative¹⁷³⁶ ».

Néanmoins, formellement, la Cour de cassation s'est là encore refusée à qualifier de crimes contre l'humanité ceux commis lors des manifestations pour l'indépendance de l'Algérie du 17 octobre 1961 à Paris, ce qui l'a conduite à appliquer la loi d'amnistie n° 68-697 du 31 juillet 1968 portant amnistie des infractions commises en relation avec les événements d'Algérie¹⁷³⁷.

¹⁷³⁴ FREYSSINIER Anne, Le droit de grâce du chef de l'Etat, le cas de la Vème République, *op. cit.*, p. 382. Cette auteur se fonde sur le rapport du Conseiller Guerder, sur ce même arrêt notamment lorsqu'il explique qu' « aucun principe de droit international, ne permet d'affirmer qu'une catégorie d'infractions serait, par nature, soustraite au pouvoir d'amnistie du législateur national. (...) Il peut choisir d'effacer non seulement des infractions vénielles, comme les contraventions mais encore les infractions les plus graves comme les crimes contre l'humanité » (Gazette du Palais, 1993, jurisp., p. 228). Ce rapport n'a pas été suivi de manière absolue par la Cour de cassation dans son arrêt, arrêt sur lequel nous fondons notre propre réflexion.

¹⁷³⁵ Même si en pratique il existe une identité entre les crimes imprescriptibles et inamnistiables (Voir : *infra*, pp 574 à 576).

¹⁷³⁶ ROULOT Jean-François, « Un Etat peut-il amnistier des actes constitutifs de crimes internationaux ? », note sous cass. crim., 30 mai 2000, *JCP, Semaine juridique*, n° 27, 04/07/01, pp. 1328 à 1330.

¹⁷³⁷ « Les juges du second degré ont justifié leur décision dès lors que les faits dénoncés n'entrent pas dans les prévisions des textes conventionnels et nationaux visés au moyen et que les seules qualifications de droit commun que ces faits pourraient revêtir entrent nécessairement dans le champ d'application de la loi n° 68-697 du 31

Laissant peut-être là encore une porte ouverte à une évolution future, elle n'a pas expressément contredit l'argumentation des requérants d'après laquelle :

« Alors que l'incrimination (...) des crimes contre l'humanité déclarés imprescriptibles (...) [par le Code pénal] en ce qu'elle tend à la répression d'atteintes à un droit préexistant, la protection de l'humanité en tant que telle, permet la poursuite et le jugement des atteintes portées aux droits fondamentaux de la personne humaine, quelle que soit la date de leur commission et s'oppose à ce que des dispositions de droit interne, telle une loi d'amnistie, puissent être considérées comme susceptibles de s'opposer à la répression de tels actes¹⁷³⁸... ».

Il faudra donc conclure comme Denis Alland en 1993, que :

« La construction entre l'imprescriptibilité internationale et « l'amnistiabilité » interne n'est que virtuelle dans cette jurisprudence. Son « actualisation » nécessiterait l'intervention d'une loi d'amnistie pour les crimes contre l'humanité au sens de Nuremberg. Hypothèse d'école, faut-il le dire, (...) Il est donc entendu que c'est au regard d'une pure discussion de principe qu'il convient d'apprécier l'arrêt...¹⁷³⁹ ».

Quoi qu'il en soit, en l'état actuel de la jurisprudence française, l'imprescriptibilité d'un crime doit être interprétée de manière stricte, et en aucune façon comme le rendant inamnistiable. Il ne pourrait donc le devenir que si un lien était établi entre ces deux phénomènes par une norme juridique, ce qui n'est pas actuellement le cas.

B. L'absence de lien normativement établi entre imprescriptible et inamnistiable

juillet 1968 portant amnistie... » (Cass. crim. 30 mai 2000, n° de pourvoi 99-84024, bulletin criminel 2000 n° 204, p. 600).

¹⁷³⁸ *Ibid.*

¹⁷³⁹ ALLAND Denis, « Cour de cassation, crim., 1er avril 1993, M. Sobansky Wladyslav et association nationale des anciens prisonniers d'Indochine » (note), *op. cit.*, p. 482.

En dépit de l'identité des crimes non soumis à un délai de prescription avec ceux pour lesquels l'amnistie pourrait devenir prohibée (1), aucune norme ne met expressément en place une relation entre imprescriptible et inamniable (2).

1. En dépit de l'identité de ces crimes avec les crimes inamniables et imprescriptibles

Les crimes commis sous la responsabilité de gouvernants, dans le cadre d'un programme politique spécifique, sont ceux qui pourraient à la fois être imprescriptibles et inamniables. Pour autant, ces deux notions ne semblent connaître aucune interdépendance si l'on examine le cas des infractions les plus importantes. Il est possible de prendre l'exemple du crime de torture. Il a été expliqué que le TPIY considérait qu'il :

« Serait absurde d'une part d'affirmer d'une part que, vue la valeur de *jus cogens* de l'interdiction de la torture, les traités ou règles coutumières prévoyant la torture sont nuls et non avenus *ab initio* et de laisser faire d'autre part, les Etats qui, par exemple, prennent des mesures nationales autorisant ou tolérant la pratique de la torture ou amnistiant les tortionnaires¹⁷⁴⁰ ».

De même, le Comité contre la Torture, chargé de l'interprétation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques faisait remarquer que :

« L'amnistie est généralement incompatible avec le devoir qu'ont les Etats d'enquêter sur de tels actes [de torture] ; de garantir la protection contre de tels actes dans leur juridiction ; et de veiller à ce qu'ils ne se reproduisent pas à l'avenir (...). 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

¹⁷⁴⁰ TPIY, ch. de 1^{ère} instance, jugement du 10 décembre 1998, *Procureur contre Furundzija*, *op. cit.*, § 155.

de ces mesures nationales peuvent néanmoins être tenus pour pénalement responsables de la torture que ce soit dans un Etat étranger ou dans leur propre Etat sous un régime ultérieur¹⁷⁴¹ ».

Cependant, ces juridictions et organisations internationales ne déduisaient pas l'inamnistiability du crime de torture de son imprescriptibilité, mais du caractère de cette infraction.

Pour prendre un autre exemple, le crime contre l'humanité, imprescriptible en droit international, pourrait devenir inamnistiable, certaines lois d'amnistie étant actuellement invalidées devant les juridictions nationales, reconnues sans effets par des juridictions étrangères ou internationales¹⁷⁴². Pour autant, il n'y a pas, là encore, de relation mise en place entre son imprescriptibilité et l'ébauche de son inamnistiability, quelle que soit la qualité ou la fonction de l'auteur de ce crime.

En réalité, seules deux connexions existent : entre un crime et son imprescriptibilité ainsi qu'entre ce même crime et son éventuelle inamnistiability. C'est le sens des propos suivants du professeur Denis Alland :

« Avant d'en arriver à la question controversée de « l'amnistiability » des crimes contre l'humanité, il faut partir d'un point qui est clairement établi en droit positif et n'est contesté par personne : leur imprescriptibilité. [la disposition de l'article 213-5 du NCP] (...) traduit bien le lien entre l'imprescriptibilité et le crime contre l'humanité¹⁷⁴³ ».

L'examen des normes internes et internationales renforce cette approche.

¹⁷⁴¹ Comité des droits de l'homme des Nations Unies, *Commentaire général n° 20 sur l'article 7*, 1992, §15.

¹⁷⁴² Nous rappelons que, à notre sens, inamnistiable signifie qu'aucune disposition d'amnistie ne peut être adoptée et non pas uniquement que les effets de ce type de norme ne sont pas reconnus.

¹⁷⁴³ ALLAND Denis, « Cour de cassation, crim., 1^{er} avril 1993, M. Sobansky Wladyslav et association nationale des anciens prisonniers d'Indochine », *op. cit.*, p. 479.

2. L'inexistence d'un lien entre imprescriptible et inamnistiable dans les normes juridiques internes comme internationales

L'absence de lien juridique entre imprescriptible et inamnistiable se révèle en droit interne comme international.

En premier lieu, dans des Etats où pourtant toutes les infractions criminelles sont imprescriptibles, l'amnistie est admise. Il en est ainsi au Canada, où une forme de *pardon* adopté par l'exécutif existe. De même, les systèmes nationaux reconnaissant avec davantage de mesure l'imprescriptibilité de certains crimes, ont permis l'adoption d'amnisties pour ces mêmes crimes. Ainsi, la loi française du 26 décembre 1964 n'exclut pas de l'amnistie les infractions qu'elle rend imprescriptibles¹⁷⁴⁴. De même, l'Afrique du Sud, dont on a vu que la Constitution favorisait l'application du droit international a également rendu possible, bien qu'à certaines conditions strictes, l'amnistie d'actes liés à l'apartheid susceptibles de constituer des crimes contre l'humanité¹⁷⁴⁵. Enfin, lorsqu'elle existe, la prescription a le plus souvent la même valeur normative que l'amnistie, ce qui explique que cette dernière puisse lui faire échec¹⁷⁴⁶.

¹⁷⁴⁴ Même s'il faut reconnaître comme Rosine Letteron qu' : « *En droit [français] rien [n']interdit [au législateur] d'inclure dans l'amnistie des infractions graves, voire des crimes contre l'humanité pourtant imprescriptibles. En pratique, cependant, les lois d'amnistie concernent généralement les contraventions de police et les délits punissables d'une amende* » (LETTERON Roseline, « Le droit à l'oubli », *op. cit.*, p. 397).

¹⁷⁴⁵ Voir : *supra*, pp. 413 à 420.

¹⁷⁴⁶ Selon le professeur Denis Alland qui s'intéresse au droit français : « *Les deux institutions ont en commun d'agir sur le temps : l'action du temps se règle par la prescription qui se trouve ainsi placée entre les deux pôles extrêmes de l'amnistie qui l'accélère et de l'imprescriptibilité qui le fige. Il est donc évident que l'amnistie peut faire échec à l'imprescriptibilité, ce qui ressortit à une décision politique et se résoud simplement, du point de vue de la technique juridique, dès lors que la première et la seconde résultent de règles de même rang normatif qui se succèdent. Si la loi a protégé l'action en justice eu moyen des lenteurs de la prescription ou plus radicalement par l'imprescriptibilité, la loi peut aussi bien leur faire échec au moyen d'une amnistie* » (ALLAND Denis, « Cour de cassation, crim., 1^{er} avril 1993, M. Sobansky Wladyslav et association nationale des anciens prisonniers d'Indochine », *op. cit.*, p. 479).

En second lieu, en droit international, du fait de l'absence de pratique et donc de l'un des éléments constitutifs de la coutume avec *l'opinio juris*, un crime imprescriptible en droit international en vertu d'un traité ne saurait être inamnistiable qu'en vertu d'une précision explicite dans un traité liant ces deux catégories d'infractions. Si une telle norme devait exister, le Statut de la CPI aurait pu représenter l'occasion de l'établissement de ce lien. Cependant, même si comme nous l'avons indiqué, il précise que « *les crimes relevant de [sa] compétence (...) ne se prescrivent pas* », l'interdiction de l'amnistie n'est pas évoquée¹⁷⁴⁷. La raison est certainement que comme en droit interne, l'amnistie peut avoir une certaine utilité en droit international en raison de son caractère d'opportunité, flexible aux exigences politiques.

Toutefois, s'agissant des dirigeants politiques, en raison de l'émergence d'un critère fonctionnel rendant prioritaire l'engagement de leur responsabilité pour les crimes internationaux, il est possible de se demander si ce caractère d'opportunité ne devrait pas voir ses effets atténués. Dès lors, l'amnistie des dirigeants politiques deviendrait la seule catégorie pour laquelle la prohibition de la clémence vis à vis de certaines infractions aurait un certain caractère intemporel.

¹⁷⁴⁷ Statut de Rome de la Cour pénale internationale, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002, *op. cit.*, article 29.

CHAPITRE 2 – LA SOUMISSION À LA POLITIQUE DE CETTE INTEMPORALITÉ

L'évolution vers la prohibition de l'amnistie des dirigeants politiques auteurs de crimes internationaux est avérée, d'autant plus que des juridictions pénales internationales sont mises en place pour matérialiser le critère fonctionnel sur lequel repose cette prohibition¹⁷⁴⁸. Pourtant, deux facteurs conduisent probablement à encadrer cette prohibition. Le premier d'entre eux intervient avant l'application du critère fonctionnel. Il correspond au besoin d'« *adapter la justice à la diversité des situations* » comme le précise le titre d'un chapitre d'Antoine Garapon¹⁷⁴⁹. Selon ce dernier,

« Si le jugement des principaux responsables est indispensable et contribue à la paix, il ne dispense pas – tout au contraire – de trouver des solutions politiques¹⁷⁵⁰ ».

Ces solutions politiques peuvent être complémentaires avec l'engagement de la responsabilité de dirigeants politiques. Mais dans certains cas extrêmes et souvent critiqués, elles peuvent conduire à renoncer, tout au moins de manière temporaire, à exercer ces poursuites.

Le second facteur se rattache aux conséquences de l'application du critère fonctionnel. En effet, pour reprendre la formule de l'Académicien français Bertrand Poirot-Delpech :

¹⁷⁴⁸ Sur l'émergence de ce critère, voir : *supra*, pp. 433 à 476.

¹⁷⁴⁹ GARAPON Antoine, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner ; pour une justice internationale*, *op. cit.*, p. 271.

¹⁷⁵⁰ *Ibid*, p. 114.

« La chasse aux « responsables » a remplacé la quête des faits, le juste prime sur le vrai, les procès Barbie, Touvier et Papon ont servi à stigmatiser des complicités plutôt qu'à les établir¹⁷⁵¹ ».

Outre le risque de ne pas établir la vérité historique, les conséquences de cette chasse aux responsables sont aussi anciennes qu'elle l'est elle-même. Elle peut ainsi amener les dirigeants politiques à incarner les boucs émissaires d'une justice de vainqueurs, comme cela fut suggéré dès la fin des procès de Nuremberg.

Pour s'adapter à l'existence de ces facteurs politiques remettant en cause le critère fonctionnel émergeant de l'obligation de poursuivre les dirigeants politiques, deux sortes de solutions politiques existent. Cette constatation conduit à confronter les règles juridiques internes et internationales relatives à l'amnistie à ce qui peut ressembler à de l'opportunisme politique afin de prendre la mesure de la place effective de l'amnistie des dirigeants politiques, au sein des Etats comme dans leurs rapports interétatiques, une fois les mécanismes de la justice pénale internationale définitivement mis en place.

En premier lieu, au niveau étatique, dans le souci de « *toucher[r] à la fois auteurs et victimes*¹⁷⁵² », des mécanismes de justice transitionnelle peuvent être mis en place qui marieront établissement des faits, réparations et le plus souvent amnistie (SECTION 1). En second lieu, au niveau international, il peut être décidé de laisser subsister une sorte d'amnistie

¹⁷⁵¹ Dans le journal : *Le Monde* du 19 janvier 2005. Cette citation a été relevée et commentée par le professeur Jean-Marc Sorel lors de la table ronde du 21 janvier 2005 (« Table ronde du 21 janvier 2005 à l'UMR de droit comparé de Paris sur la prescription, la grâce et l'amnistie », *Recherche : amnistie, grâce, prescription en Europe*, UMR droit comparé, Mission « Droit et justice », 2005, à paraître, *op. cit.*).

¹⁷⁵² En effet, selon les professeurs Huyse et Van Dael, qui recensent les stratégies existantes lorsqu'un Etat souhaite venir à bout des conséquences d'un passé autoritaire ou d'une guerre civile, « *certaines de ces stratégies ciblent les auteurs (amnistie, purification administrative, poursuites), d'autres sont davantage axées sur les victimes (compensations, mesures symboliques). Les commissions de vérité quant à elles, touchent à la fois auteurs et victimes* » (HUYSE Luc et VAN DAEL Ellen (éditeurs), « *Justice après de graves violations des droits de l'homme, le choix entre l'amnistie, la commission de la vérité, et les poursuites pénales* », *op. cit.*, p. 1).

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie
internationale, rare, souvent *de facto*, et éventuellement temporaire, afin de favoriser la paix et
la transition démocratique (SECTION 2).

SECTION 1 – LA TENTATIVE DE CONCILIATION ENTRE AMNISTIE ET OBLIGATION DE POURSUIVRE LES DIRIGEANTS POLITIQUES DANS LE CADRE DE LA JUSTICE TRANSITIONNELLE

En n'engageant pas de poursuites pénales contre les criminels de l'ancien régime après une transition démocratique, « *vous détruisez la confiance du peuple dans la justice*¹⁷⁵³ », estiment les professeurs belges Huyse et Van Dael. Cette appréciation s'oppose aux motivations de la mise en place de la justice transitionnelle qui se caractérise précisément par la quête de la vérité au détriment de celle de la sanction des coupables. S'agissant des dirigeants politiques, de telles motivations paraissent donc aller à l'encontre de l'obligation de les poursuivre pour des crimes internationaux commis sous leur responsabilité. Elles semblent également laisser une place à l'amnistie pouvant bénéficier à d'anciens gouvernants. Il est donc intéressant de se demander quelle peut être la situation de l'amnistie des dirigeants politiques dans le contexte de la justice transitionnelle et en particulier si un éventuel encadrement futur de cette forme de justice par le droit international remettrait en cause ou bien conforterait ladite situation.

Selon le professeur Xavier Philippe, il est possible de définir la justice transitionnelle comme :

« L'ensemble des processus visant à la manifestation de la vérité à l'issue de périodes de crises ou troublées. Contrairement à d'autres institutions de clémence, la justice transitionnelle se caractérise par son caractère temporaire, « a-normal » et par sa relation exclusive à une situation de crise ou de conflit. On utilise généralement le terme plus connu de commission vérité et réconciliation pour expliquer le contenu de la justice transitionnelle¹⁷⁵⁴ ».

¹⁷⁵³ *Ibid*, p. 2.

¹⁷⁵⁴ PHILIPPE Xavier, « La justice transitionnelle : les commissions vérité et réconciliation », pré-rapport, *Recherche : amnistie, grâce, prescription en Europe*, UMR droit comparé, Mission « Droit et justice », 2005, à paraître, p. 1.

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

Jusqu'à présent, des commissions vérité et réconciliation ont été mises en place dans près de trente Etats dont le premier fut l'Ouganda en 1974 mais dont on peut également citer l'Afrique

du Sud¹⁷⁵⁵, l'Argentine¹⁷⁵⁶, le Bangladesh¹⁷⁵⁷, le Chili¹⁷⁵⁸, le Guatemala¹⁷⁵⁹, Haïti¹⁷⁶⁰, le Pérou¹⁷⁶¹ ou le Salvador¹⁷⁶². Leur étude illustre tout autant la diversité de leurs rapports avec

¹⁷⁵⁵ On rappelle que le Comité de l'amnistie qui lui était intégré décidait de l'octroi de l'amnistie individuelle aux personnes s'étant en particulier livrées à des aveux détaillés devant elle (voir : *supra*, notamment sur les conditions de mise en place de cette amnistie : pp. 135 à 139).

¹⁷⁵⁶ Etablie sous la présidence de Raúl Alfonsín par le décret n° 187/83 du 15 décembre 1983, la *Comisión Nacional para la Desaparición de Personas* a rendu son rapport *Nunca Más* un an plus tard. Ses conclusions sur la disparition de 8960 personnes (sur 30 000 signalées), étaient impitoyables pour les membres de la junte (*Nunca más – Report of the Argentine Commission on the disappeared* », September 1984, (Excerpts), in KRITZ Neil J. editor, *Transitional justice, op. cit.*, Volume III, Laws, rulings, and reports, pp. 3 à 47). Pourtant, elle fut suivie en 1986 et 1987 par les lois du point final et de l'obéissance due, que nous avons déjà qualifiées de normes se substituant à l'amnistie et bénéficiant aux anciens dirigeants (voir, *supra* : en particulier, pp. 331 à 334 et 323 à 328). Ces lois ont été déclarées inconstitutionnelles par la Cour suprême le 14 juin 2005.

¹⁷⁵⁷ Créée en 1971, cette commission a enquêté sur les violations des droits de l'homme commises depuis l'indépendance de 1962. Son rapport rendu en 1995 mettait en cause plusieurs ministres et fonctionnaires des gouvernements antérieurs.

¹⁷⁵⁸ Le président Aylwin a décidé la mise en place de la commission Rettig, du nom de son président Raúl Rettig Guissen, peu de temps après son entrée en fonction, nommant neuf membres, dont deux partisans de Pinochet, hauts fonctionnaires sous le gouvernement de l'ancien dictateur (Ricardo Martín Díaz et Gonzalo Vial Correa). Son travail a donc été postérieur à la principale mesure d'amnistie représentant un obstacle à la poursuite des dirigeants de la junte : le décret-loi de 1978.

¹⁷⁵⁹ La commission vérité guatémaltèque (commission de clarification historique) est issue de l'accord de paix de décembre 1996 et a enquêté jusqu'en 1999 sur les violations des droits de l'homme commises depuis 1962. Le même accord excluait toute amnistie pour les crimes de génocide, torture, disparitions forcées ou tout autre infraction imprescriptible (Voir : JOINET Louis (sous la direction de), *Lutter contre l'impunité, dix questions pour comprendre et agir, op. cit.*, p. 23).

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

l'amnistie, qui peut précéder leur établissement, la suivre ou bien être accordée par elles, que la généralité de leurs conclusions mettant en cause des dirigeants politiques.

Ainsi, elles pourraient représenter une solution permettant l'engagement de la responsabilité, au moins politique mais parfois pénale, des gouvernants auteurs de crimes particulièrement graves, tout en autorisant certaines formes d'amnistie. Pourtant, des reproches sont

¹⁷⁶⁰ Sa mise en place suivit les accords de *Governors island* adoptés sous l'égide de l'ONU ainsi que l'amnistie générale de 1994 (voir : *supra*, notamment note 795, p. 257). Elle soulignait dans son rapport que la décision de la créer, l'arrêté présidentiel du 28 mars 1995, « est signé par tous les membres d'un gouvernement de consensus au sein duquel étaient représentées différentes tendances politiques » (*Rapport de la commission nationale de Vérité et de Justice de la République d'Haïti*, Chapitre 1 : rappel historique). Elle recommandait par ailleurs d'intenter des poursuites contre des auteurs de violations des droits de l'homme y compris des personnes « occupant actuellement une fonction dans l'administration publique » (*Ibid*, Chapitre 8 : recommandations, recommandation 5.d), leurs noms étant transmis directement au président de la République sans être rendus publics avant qu'une instruction ne soit ouverte contre elles, ce afin d'éviter les vengeances personnelles (*Ibid*, recommandation 4). Plus de dix ans après la remise de son rapport, il est possible d'affirmer que ses recommandations furent peu suivies d'effets.

¹⁷⁶¹ Créée par un décret du 2 juin 2001 publié deux jours plus tard, sous la présidence intérimaire de Valentin Paniagua, cette « commission de la vérité et de la réconciliation » a présenté son rapport en septembre 2003 qui établissait nommément les responsabilités de plusieurs anciens dirigeants politiques et militaires, dont les membres des gouvernements Bealunde, Garcíá et Fujimori. Nous rappelons que la loi d'amnistie de 1995 adoptée sous la présidence de Fujimori avait auparavant été déclarée non conforme au droit international par la Cour interaméricaine des droits de l'homme (Voir, à propos de la décision *Barrios Altos* de la CIDH : *supra*, pp. 533 et s.).

¹⁷⁶² Mise en place par les accords de paix conclus, comme en Haïti, sous l'égide des Nations Unies (les accords de paix de Mexico, voir : *Mexico Peace agreements*, Mexico City, April 27 1991, UN Document. S/25500, April, 1 1993 (anglais), Annexe : Commission on the Truth), pour établir la vérité sur les exactions commises durant la guerre, elle se particularise par sa composition internationale (l'ancien président colombien Betancur, un membre du Congrès vénézuélien Reinaldo Figueredo Planchart, ainsi que l'ancien président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme Thomas Buergenthal). La remise de son rapport fut suivie cinq jours plus tard d'une amnistie alors que ses recommandations ne la mentionnaient pas (Sur ses recommandations, voir : POPKIN Margaret, « El Salvador : a negotiated end to impunity ? », *op. cit.*, p. 193).

régulièrement adressés à ces commissions, en raison des motivations politiques ayant conduit à leur mise en place (I). A cet égard, seul le modèle sud-africain de commission vérité et réconciliation pourrait représenter un mode de conciliation optimale entre l'amnistie et l'obligation de poursuivre les dirigeants politiques, à condition éventuellement d'intégrer cette obligation de poursuivre concernant les crimes internationaux (II).

I. Une conciliation toujours imparfaite en raison de son caractère politique

D'après le professeur argentin Catalina Smulovitz, au regard de l'expérience des pays d'Amérique latine, dans lesquels la justice transitionnelle a pu s'exercer de manière exclusive, être accompagnée d'une solution judiciaire ou ne pas être choisie comme moyen de se confronter aux graves violations des droits de l'homme sous les dictatures passées, la seule conclusion qui s'impose est que privilégier la solution judiciaire n'est pas un obstacle au rétablissement de la démocratie¹⁷⁶³. Cette remarque concorde avec les reproches souvent adressés aux commissions vérité et réconciliation. Mises en place après une transition politique pour des raisons subjectives propres à l'Etat concerné, elles déstabilisent par leur nature, peu judiciaire. En outre, au regard des attentes qui peuvent être placées en elles, leur résultat déçoit souvent. Ces jugements sont encore plus sévères lorsque s'y ajoute la confrontation de la nature (A), puis des travaux (B) de ces commissions à l'obligation de poursuivre les dirigeants politiques auteurs de crimes internationaux.

¹⁷⁶³ « *In academic discussion on the issue of dealing with past human rights abuse, the road of judicial treatment has usually been considered as the more risky and irresponsible option. But in looking at the Latin American experience it is unclear as to which road produces the best results. We have the example of a country that had a Truth and Reconciliation Commission, another that had both a commission and justice, and a third that had neither. All three countries still have democratic governments. Thus, even though the comparative experience does not allow us to decide which is the best strategy, it does show that judicial treatment of human rights violations is not an obstacle in the consolidation of democracy as certain academics and politicians have argued* » (in Government Gazette 157466, Vol. 34328, January 1994 at 180, citée par MOELLENDORF Darrel, « Amnesty, truth and justice : AZAPO », *op. cit.*, pp. 288-289).

A. Les reproches relatifs à la nature des commissions vérité et réconciliation

La commission vérité et réconciliation [sud-africaine]

« Ne bénéficie pas du statut de juridiction et est privée à ce titre de la force légitimante de la loi. En d'autres termes, la TRC¹⁷⁶⁴ est privée de la légitimité plus fondamentale que procurent le politique et le judiciaire (...) elle ne tient que par sa capacité à produire sa légitimation en permanence, laquelle tient à sa capacité à convaincre de son influence. Or cette capacité est toujours sur le fil¹⁷⁶⁵ ».

Les principales critiques relatives aux commissions vérité et réconciliation se rapportent à leur nature non judiciaire, au problème de leur indépendance et de leurs pouvoirs notamment (1). S'agissant de la responsabilité des dirigeants politiques, il est possible de se demander si au regard du droit international, cette nature des commissions vérité et réconciliation les autorise à connaître des crimes graves commis par les gouvernants, d'autant plus qu'une disposition amnistiant leur bénéficiant les précède ou les suit le plus souvent (2).

1. Des organes non judiciaires

Certaines particularités rapprochent les commissions vérité et réconciliation du fonctionnement de juridictions judiciaires. Le plus souvent elles entendent des victimes, des experts, des personnes accusées lorsque ces dernières coopèrent, établissent les faits qu'elles qualifient alors juridiquement, par exemple de disparition forcée, ou de crime de torture. En outre, elles ne tiennent pas toujours leur audience à huis-clos, comme l'illustre le cas de l'Ouganda. Néanmoins, contrairement aux juridictions judiciaires dans le cadre d'institutions démocratiques¹⁷⁶⁶, la question se pose de leur indépendance ainsi que de leur statut

¹⁷⁶⁴ Ce sigle désigne les commissions vérité et réconciliation. Il est issu de l'anglais: *Truth and Reconciliation Commission*.

¹⁷⁶⁵ DARBON Dominique, « La Truth and Reconciliation Commission, Le miracle sud-africain en question », p. 721.

¹⁷⁶⁶ En période de transition démocratique la question de l'indépendance des juridictions judiciaires peut d'autant plus se poser que les juges ont été nommés par le régime précédent, comme ce fut le cas au Chili par exemple.

constitutionnel. En effet, en raison des particularités de la période de transition démocratique, il y a une forte prédominance de l'exécutif dans leur mise en place comme dans la désignation de leurs membres. Les soupçons de soumission aux dirigeants politiques¹⁷⁶⁷ pourraient donc être forts lorsque les personnalités ne sont pas majoritairement reconnues en tant que représentants religieux ou d'organisations politiques et sociales. D'autant plus que ces personnalités sont très rarement juristes. En outre, les règles de fonctionnement et de procédure de ces commissions sont fréquemment établies par leurs membres eux-mêmes, dans les limites souvent sommaires fixées par l'acte normatif qui les instaure, un acte normatif dont a dit qu'il était généralement élaboré par le pouvoir exécutif. Cela semble donc aller à l'encontre de l'indépendance habituellement garantie au pouvoir judiciaire dans les systèmes constitutionnels démocratiques mais également à l'encontre de la répartition des pouvoirs entre les diverses autorités qui s'accorde mal avec la désignation par l'exécutif d'un organe ayant vocation à suppléer la justice pénale traditionnelle. Néanmoins, d'après les auteurs travaillant sous la direction de Louis Joinet dans l'ouvrage : « Lutter contre l'impunité », il existe plusieurs solutions pour garantir l'indépendance de ces organes. Ainsi, la nature de l'acte créant une telle commission peut être indifférente, dès lors que plusieurs autres conditions sont réunies :

« Pour que sa légitimité ne puisse être contestée, une telle commission doit être créée par la loi. Toutefois, lorsque le pouvoir législatif n'est pas encore assuré démocratiquement en sortie de crise, elle peut être créée par un acte réglementaire ou conventionnel venant conclure un processus de dialogue national ou accord de paix. Elle doit être indépendante des forces politiques et mettre en évidence la compétence de ses membres en matière de droits de l'homme. L'indépendance doit être garantie par le principe de l'inamovibilité des membres pendant toute la durée de leur mandat. Le personnel doit travailler en dehors de toute pression politique, ne doit rendre de comptes qu'à la commission. Ses membres doivent bénéficier des privilèges et immunités nécessaires à leur protection et des précautions spécifiques doivent être prises pour assurer la protection des témoins et victimes. La limitation de la durée du mandat réduit nécessairement la capacité des commissions à dévoiler l'entière vérité mais cette limitation est indispensable. (...) Si les travaux d'une commission durent indéfiniment

¹⁷⁶⁷ Le soupçon de soumission de leurs membres peut aussi porter à l'égard d'autres Etats, dans le cas de commissions mises en place après des accords de paix, et surtout dans celui de commissions composées de personnalités internationales comme au Salvador.

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

toutes les dérives de la part du personnel peuvent être envisagées (du fait du relâchement de l'intérêt, donc du contrôle du citoyen) et entraîner une perte de confiance de la population¹⁷⁶⁸ ».

Les garanties préconisées par ces auteurs peuvent concorder avec celles qui sont recherchées pour les membres du pouvoir judiciaire. Elles ont trait à leur compétence, leur inamovibilité et leur immunité. L'appel à la limitation de la durée du mandat de ces commissions ressemble également au mécanisme de détermination de celle du mandat des juges auprès des Cours suprêmes et constitutionnelles des Etats¹⁷⁶⁹.

Cependant, les commissions vérité et réconciliation ne sont pas des organes judiciaires en raison de leur mode de fonctionnement, comme le précise d'ailleurs fréquemment leur acte fondateur¹⁷⁷⁰. En premier lieu, il est vrai qu'à l'image des juridictions judiciaires, elles doivent s'incliner devant les effets de l'amnistie, et notamment devant la dépenalisation de certains crimes. Pour autant, contrairement au pouvoir judiciaire dont la mission de sanctionner les auteurs d'infractions est éteinte par l'amnistie, la commission vérité et réconciliation peut continuer à établir les faits et à les qualifier juridiquement. C'est ce que rappelle la commission haïtienne dans son rapport :

« La commission pense que son rôle est de révéler les faits sans se préoccuper de la loi d'amnistie et de laisser aux auteurs, le cas échéant la charge de l'invoquer si une suite judiciaire devait intervenir¹⁷⁷¹ ».

¹⁷⁶⁸ JOINET Louis (sous la direction de), *Lutter contre l'impunité, dix questions pour comprendre et agir, op. cit.*, pp. 67-68.

¹⁷⁶⁹ L'autre possibilité envisageable pour garantir l'indépendance des juges auprès des cours suprêmes ou constitutionnelles est de les nommer à vie comme aux Etats-Unis.

¹⁷⁷⁰ « 5. *The Commission shall not function in the manner of a judicial body.*

6. *If the Commission believes that any case brought to its attention does not meet the criteria set forth in paragraph 2 of this agreement, it may refer the case to the Attorney-General of the Republic, should it deem appropriate for handling through the judicial channel* » (*Mexico Peace agreements, op. cit.*, articles 5 et 6).

¹⁷⁷¹ *Rapport de la Commission nationale de Vérité et de Justice de la République d'Haïti*, Chapitre 2 : Le mandat et son interprétation.

L'amnistie n'empêchait donc pas la commission d'enquêter, de révéler les faits et les noms de ceux dont la responsabilité pourrait être engagée.

En second lieu, ces commissions se voient accorder des moyens liés à la durée de leur mandat et siègent dans un lieu différent de celui des juridictions judiciaires.

Néanmoins, en dernier lieu, la plus grande différence entre ces commissions et une juridiction judiciaire est leur absence de pouvoirs coercitifs. Par exemple, au Chili, l'exhaustivité des travaux de la commission Rettig a souffert de l'impossibilité pour elle de contraindre les militaires à témoigner¹⁷⁷². Aucune sanction n'est non plus assurée pour ceux qu'elles désignent. Au contraire, il a été expliqué qu'une amnistie précède ou suit habituellement la parution de son rapport. C'est le sens des précautions prises par la commission vérité et réconciliation haïtienne, lorsqu'elle rappelle que :

« N'étant pas un organe judiciaire, les faits qui seront consignés dans son rapport ne détermineront pas légalement les droits et obligations des personnes dont il sera fait mention à titre de victime ou d'auteur, par exemple. Particulièrement, l'établissement d'une violation par un auteur identifié ne fera pas de cet auteur un coupable, au sens du droit pénal. (...) elle recommandera, de plus, que soient traduites devant les tribunaux, les personnes identifiées comme les auteurs présumés de ces violations¹⁷⁷³ ».

Dans cette optique, les commissions cherchent plutôt à apparaître comme complémentaires des juridictions judiciaires¹⁷⁷⁴, que comme des organes judiciaires proprement dits. Se pose alors la

¹⁷⁷² Nous verrons que la solution sud-africaine peut dans une certaine mesure suppléer à cette absence de moyens coercitifs (voir : *infra*, II, p. 595 et s.).

¹⁷⁷³ *Rapport de la commission nationale de Vérité et de Justice de la République d'Haïti*, Chapitre 2 : Le mandat et son interprétation, article 23.

¹⁷⁷⁴ Selon les auteurs travaillant sous la direction de Louis Joinet : « *Il manque parfois un relais entre les investigations réalisées et l'ordre judiciaire. Si le recueil de témoignages de victimes, d'aveux ou d'actes ou d'actes de repentir des auteurs de violations est associé à des mesures de clémence, voire d'amnistie, les commissions sont susceptibles de court-circuiter le cours de la justice. Lorsqu'elles sont instituées par des gouvernements comme un moyen de règlement pacifique du conflit interne, elles devraient toujours avoir pour*

question de leur légitimité pour connaître de faits pouvant constituer des crimes assortis d'une obligation de poursuivre, dans la mesure où cette obligation ne pourrait être assurée que sous l'autorité d'un pouvoir judiciaire. Par ailleurs, s'agissant des dirigeants politiques, dont on sait qu'ils jouissent globalement d'un régime de responsabilité exorbitant du droit commun, il est possible de se demander comment concilier ce régime et leur mise en cause par une telle commission. Enfin, parce qu'elles suivent ou précèdent une amnistie, elles peuvent être dans des cas extrêmes accusées de dissimuler l'impunité des plus hauts responsables.

2. La question de leur légitimité à connaître d'infractions assorties d'une obligation de poursuivre

« La transition négociée impose non seulement l'accord de ceux qui avaient été les victimes des mauvais traitements mais aussi de ceux qui étaient menacés par cette transition¹⁷⁷⁵ ».

C'est ce nécessaire consensus social qui légitime le recours aux commissions vérité et réconciliation dans les Etats en situation de transition démocratique. Pourtant, il a été expliqué que les crimes les plus graves avaient un statut particulier en droit international, un statut qui peut difficilement s'accorder avec les exigences et les conséquences de la justice transitionnelle. C'est pour cela que ce système se voit reprocher de permettre l'absolution d'infractions pourtant assorties d'une obligation de poursuivre. Cela est encore plus vrai concernant les principaux gouvernants de l'ancien régime dont on dit qu'ils étaient souvent prioritairement jugés au sortir d'un conflit, que ce conflit soit interne ou international. De nombreux exemples d'anciens

*mandat la formulation de conclusions juridiques (notamment sur la qualification juridique des faits et sur le droit applicable) et le recueil d'informations et de preuves afin de préparer d'éventuelles poursuites contre les principaux responsables devant des tribunaux internationaux et/ou nationaux. La justice tant pénale que civile ou administrative, demeure seule compétente pour établir la responsabilité individuelle ; il faut donc insister sur la dénomination de ces commissions : ce sont des commissions « non judiciaires » » (JOINET Louis (sous la direction de), *Lutter contre l'impunité, dix questions pour comprendre et agir*, op. cit., pp. 64 à 66) ».*

¹⁷⁷⁵ DARBON Dominique, « La Truth and Reconciliation Commission, Le miracle sud-africain en question », op. cit., p. 717.

gouvernants qualifiés par une commission vérité et réconciliation nationale de responsables de crimes internationaux et pourtant amnistiés par la suite, sont présentés comme révélateurs du rôle pouvant être joué par ces commissions dans la légitimation de l'impunité¹⁷⁷⁶.

Pour répondre à ces critiques, il existe deux arguments principaux. Le premier d'entre eux a été développé par le professeur Xavier Philippe. Il rappelle que :

« L'idée dominante consiste à soutenir (avec raison) que les responsables des violations des droits fondamentaux doivent être poursuivis devant les tribunaux pour les actes qu'ils ont commis. Ce principe résiste mal cependant aux exigences de la réalité pour plusieurs raisons. D'une part, et si l'on se cantonne au droit pénal national, il faut que les structures judiciaires soient encore capables d'exercer leurs fonctions. Or, très souvent ces structures n'existent plus ou lorsqu'elles existent, elles sont incapables d'absorber le nombre de requêtes qu'elles devraient traiter. (...) D'autre part, en supposant même que les structures parviennent à gérer ces procès, se pose le problème de l'impartialité des juges (...). La situation n'est guère meilleure en ce qui concerne la juridiction pénale internationale. Si cette dernière a été et reste conçue pour apporter une réponse pénale aux crimes internationaux, sa capacité de gestion de tels crimes reste limitée en raison de ses moyens. La justice transitionnelle n'est donc pas un succédané de la justice pénale. Elle s'impose le plus souvent quand rien ne peut être fait¹⁷⁷⁷ ».

Il faut d'ailleurs ajouter que la commission pourra dans certains cas mettre en cause les anciennes autorités judiciaires dans leur recommandations, comme ce fut le cas au Salvador ou au Chili, et donc permettre leur renouvellement.

¹⁷⁷⁶ Douglass Cassel attire par exemple l'attention sur le cas d'un colonel salvadorien: « *In El Salvador, one colonel was convicted in 1991 for the murder of six Jesuit priests and their cook and her daughter in 1989, but he was amnestied in 1993, and the high command, found by the UN Truth Commission to have ordered the murders, was never prosecuted* » (CASSEL Douglass, « Lessons from the America's guideline for international response to amnesties for atrocities », *op. cit.*, note 11, p. 198).

¹⁷⁷⁷ PHILIPPE Xavier, « La justice transitionnelle : les commissions vérité et réconciliation », pré-rapport, *Recherche : amnistie, grâce, prescription en Europe*, UMR droit comparé, Mission « Droit et justice », 2005, à paraître, p. 2.

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

Selon le deuxième argument, ces commissions représentent le moyen pour que les juridictions internationales – que ce soit la CPI ou une autre juridiction compétente – puisse à terme disposer de suffisamment d'éléments pour pouvoir exercer sa compétence. Il a en effet été expliqué qu'une évolution pouvait être décelée vers la non reconnaissance des amnisties de dirigeants politiques pour des crimes internationaux par ces juridictions, comme par certaines juridictions nationales¹⁷⁷⁸. Cependant, la nature des commissions vérité et réconciliation n'est pas le seul domaine sur lequel se fondent les critiques. Leurs travaux sont également contestés.

B. Les reproches relatifs aux travaux des commissions vérité et réconciliation

Les reproches pouvant être adressés aux commissions vérité et réconciliation ne concernent pas seulement les conditions de leur mise en place. Leur mission est également critiquée par ceux qui sont favorables à une solution judiciaire (1). De plus, ceux là même qui exigent davantage de la justice transitionnelle vont se joindre à la contestation s'agissant de leurs résultats (2).

1. Les reproches relatifs à leur mission

La mission dont devait s'acquitter la commission chilienne est assez représentative de celle des commissions vérité et réconciliation en général. Elle devait éclaircir les conditions de la disparition de milliers d'opposants entre septembre 1973 et 1990, détailler le fonctionnement du système qui avait conduit aux principales violations des droits de l'homme, une partie de son rôle mettant particulièrement en cause les anciens dirigeants du régime précédent. Elle devait ensuite proposer des mesures de réparation et de protection contre de telles exactions à l'avenir. A la lecture de son rapport¹⁷⁷⁹, il apparaît donc qu'elle avait à la fois une mission

¹⁷⁷⁸ Si l'on se réfère à l'exemple argentin.

¹⁷⁷⁹ Faisant près de 1800 pages, il est présenté en trois volumes, le premier constituant un rapport sur les violations des droits de l'homme, le second regroupant ses recommandations pour réparer les préjudices causés et le dernier s'intéressant aux victimes des violations. Il peut être consulté sur le site internet : <http://www.derechoschile.com> (en espagnol).

d'explication de la vérité et de prévention en vue de la réconciliation nationale, ce qui correspond bien aux objectifs de la justice transitionnelle.

Les reproches adressés à cette mission sont doubles. Tandis que certains appellent à l'élargissement de cette mission, d'autres la trouvant trop restreinte contestent à la fois la vérité que ce type de commission est chargée d'établir et la place qu'elle laisse aux victimes.

Ainsi, l'élargissement de leur mandat est-il parfois envisagé, par exemple aux violations des droits économiques, sociaux et culturels. Cet exemple est particulièrement intéressant, lorsque l'on s'intéresse à la responsabilité des gouvernants, puisque l'étendue des droits en question dans un Etat est profondément liée à la politique nationale et donc aux actes de ses gouvernants. En outre, si une lutte contre l'impunité dans ce domaine est en train de se dessiner¹⁷⁸⁰, elle n'en est pas encore au stade atteint par celle relative aux droits politiques. Si bien qu'aucun mouvement vers une prohibition de l'amnistie pour ce type de violations ne semble être ébauché. L'élargissement du mandat des commissions vérité et réconciliation aux violations graves de ces droits pourrait donc représenter un pas en ce sens. Cette question a été posée par Olivier de Frouville, à l'un des rapporteurs spéciaux sur cette question auprès de la sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités. Louis Joinet écarte cette possibilité :

¹⁷⁸⁰ Si l'on en juge notamment par les rapports de M. El Hadji Guissé auprès de la sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités (commission des droits de l'homme, ONU). Voir : GUISSÉ El Hadji, JOINET Louis, *La question des droits de l'homme dans le cas de personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, Rapport préliminaire sur la lutte contre l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (droits économiques, sociaux et culturels)*, op. cit., 22 juin 1994 ; GUISSÉ El Hadji, *Rapport intérimaire sur la lutte contre l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (droits économiques, sociaux et culturels)*, op. cit., 27 juin 1995 ; GUISSÉ El Hadji, *Rapport final sur la question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (droits économiques, sociaux et culturels)*, op. cit., 27 juin 1997.

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

« Etendre [le] mandat [des commissions vérité et réconciliation] aux violations graves des droits économiques et sociaux signifierait, sinon un enterrement de première classe, à tout le moins une lenteur propice à un enlisement, voire à une impunité déguisée. Par expérience, j'ajouterais que pendant de telles périodes – prenons le cas d'un processus de paix – ce qui préoccupe au premier chef les responsables d'un gouvernement et de son opposition armée, c'est avant tout de trouver un accord politique stable pour mettre fin aux violences réciproques, qui seul permettra, si la volonté politique existe, la mise en œuvre, par exemple, d'une réforme agraire, plutôt que de juger tout de suite les responsables latifundiaires, auteurs de violations graves de droits économiques et sociaux, ou les responsables politiques de l'absence ou de la non application d'une telle réforme¹⁷⁸¹ ».

Cette constatation peut constituer une réponse au reproche en ce sens adressé aux mandats des commissions vérité et réconciliation.

Toutefois, les principales critiques se concentrent sur la mission de vérité de la commission ainsi que sur la place que cette mission attribue aux victimes. S'agissant de la vérité que ces organes doivent établir, elle peut apparaître comme une version officielle du passé, se positionnant entre celle des historiens et celle des juges, prémunissant contre l'oubli. Toutefois, une question commune à tous les Etats connaissant une situation de justice transitionnelle se pose : comment prétendre établir l'entière vérité si les noms des coupables sont cachés comme ce fut le cas par exemple en Haïti et au Chili ? Ce problème renvoie au statut des victimes comme le font remarquer Paolo Galloni et Luca Mori, au sujet de la commission Rettig :

« A la fin des travaux de la commission (...), il fut clair que (...) la vérité exprimée avait de grandes lacunes. Ce dernier point est sans doute le plus intéressant dans la mesure où il a trop souvent été omis : quelle vérité diffuse la commission ? Elle se limite substantiellement à certifier l'existence du crime sans cependant révéler le nom du tortionnaire. Aucune vérité n'est donc donnée aux victimes : elles savaient déjà qu'elles avaient subi un crime et demandaient donc le nom du coupable¹⁷⁸² ».

¹⁷⁸¹ JOINET Louis, « Lutter contre l'impunité : le temps des questions », propos recueillis par Olivier de Frouville, *Droits fondamentaux*, n° 1, juillet-décembre 2001, p. 15.

¹⁷⁸² GALLONI Paolo, MORI Luca, « La « Truth Commission » chilienne : une lecture critique sous deux perspectives », *L'Astree*, n° 8, numéro thématique : Les crimes contre l'humanité, pp. 7-8.

A propos des dirigeants politiques, la nécessité de publier les noms – comme l’ont choisi les initiateurs de la commission salvadorienne – permet d’éviter les politiques négationnistes mais surtout favorise la mise en jeu de la responsabilité politique des anciens dirigeants. S’ils sont reconnus officiellement coupables de violations graves des droits de l’homme, leur carrière devrait être remise en cause, ce qui s’est fait difficilement en Haïti comme au Chili. D’ailleurs comme le raconte Thomas Buergenthal, membre de la commission salvadorienne, le gouvernement a toujours soutenu l’idée de publier les noms de responsables de graves violations des droits de l’homme jusqu’au moment où ceux d’anciens gouvernants et d’administrateurs de haut rang ont commencé à être cités. Les rumeurs que cette publication entraverait la réconciliation et pourrait même provoquer un coup d’Etat ont alors été diffusées, et le président Cristiani a pris sans succès la direction d’une campagne auprès de l’ONU pour garantir l’anonymat des coupables¹⁷⁸³. Selon Thomas Buergenthal, le fait que la publication des noms n’ait pas eu les conséquences dont étaient menacés les membres de cette commission leur montrait qu’ils avaient eu raison de ne pas céder aux diverses pressions¹⁷⁸⁴. Il faudrait ajouter que cela peut également prouver l’importance de dévoiler les noms des dirigeants politiques auteurs de crimes internationaux lorsque l’on s’inscrit dans une démarche de justice transitionnelle.

Une autre analyse met en avant le viol du droit à un recours effectif des victimes, protégé dans la plupart des systèmes constitutionnels et par le droit international¹⁷⁸⁵, lorsque l’établissement de la commission vérité et réconciliation se double d’une mesure de clémence, en particulier

¹⁷⁸³ Thomas Buergenthal a apporté ce témoignage dans le *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (BUERGENTHAL Thomas, « The United Nations Truth Commission for El Salvador », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Volume 27, octobre 1994, number 3, V-Naming names, pp. 519 à 522).

¹⁷⁸⁴ « *The fact that the publication of the Report with names did not produce all the dire consequences prophesied by those who wanted us to leave them out would suggest that we were right in not caving into the pressures to which we were subjected* » (*Ibid*, p. 522).

¹⁷⁸⁵ Voir : *supra*, pp. 80-81.

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

lorsque cette dernière bénéficie à des dirigeants politiques. Si l'on se réfère à la théorie générale des peines, le droit des victimes n'inclut pas celui de voir le coupable sanctionné puisque le pouvoir de sanction appartient à la société toute entière. Tout ce dont elles peuvent se prévaloir, c'est du droit à réparation. Les commissions vérité et réconciliation ayant fréquemment pour objectif d'allier la reconnaissance de leur statut de victimes à celui d'une juste indemnisation, ce n'est que lorsque cette dernière n'est pas matérialisée que le droit des victimes semble violé¹⁷⁸⁶. En outre, s'agissant des dirigeants politiques, il restera à nouveau la possibilité de les sanctionner politiquement si la transition démocratique est réussie.

La nature et l'étendue de la mission des commissions vérité et réconciliation est donc particulièrement critiquée par ceux qui refusent les grands principes de la justice transitionnelle. Ceux qui attendent toujours plus de ce type de justice lui reprochent au contraire son manque de résultats.

2. Les reproches relatifs à leurs résultats

La contestation des résultats des commissions vérité et réconciliation est de trois ordres. En premier lieu, certaines d'entre elles se voient reprocher leur manque d'efficacité dans la quête de la vérité, comme ce fut le cas en Haïti et au Chili. Il est vrai que dans ces deux Etats, les commissions n'ont pas rendu publics les noms des responsables des crimes graves sur lesquels elles enquêtaient¹⁷⁸⁷. Néanmoins, ceux qui leur reprochaient leur inefficacité se fondaient également sur leur incapacité à révéler un nombre significatif d'éléments nouveaux sur le sort de disparus, ou sur les circonstances des crimes. En réalité, cette inefficacité s'explique

¹⁷⁸⁶ Par exemple, en juin 2005, les 600 000 victimes péruviennes des guérilleros du sentier lumineux n'avaient toujours pas été indemnisées, contrairement à ce que suggérait pourtant la commission vérité et réconciliation (BARBIER Chrystelle, « Au Pérou, les victimes du sentier lumineux attendent toujours l'aide de l'Etat », *Le Monde*, 21 juin 2005, p. 5).

¹⁷⁸⁷ Voir, *supra* : pp. 592-593.

principalement par leurs difficultés d'accès aux documents officiels. Mais la plupart des rapports de commission critiqués le sont, en deuxième lieu, parce qu'ils n'ont pas recommandé assez explicitement des poursuites comme par exemple au Salvador¹⁷⁸⁸ où une amnistie bénéficiant notamment aux anciens dirigeants politiques sous le régime précédent a été adoptée peu de temps après la parution du rapport de la commission. Cela rejoint le dernier reproche adressé à ce type de commission : celui de faciliter l'amnistie. Priscilla B. Hayner constate lorsqu'elle compare quinze commissions que la plupart d'entre elles voient leur travaux non suivis de poursuites, le plus souvent à cause de l'intervention ultérieure d'une amnistie¹⁷⁸⁹, alors que parmi les personnes mises en cause figurent toujours d'anciens responsables politiques ou militaires¹⁷⁹⁰. De ce fait, les dirigeants politiques de régimes dictatoriaux auteurs ou instigateurs de crimes internationaux, confrontés à une situation de transition démocratique, ont intérêt à négocier le recours à la justice transitionnelle, à condition que leurs noms ne soient pas rendus publics, s'ils souhaitent jouir d'une relative impunité. Mais cela va à l'encontre de l'obligation de les poursuivre en droit international.

Par conséquent, l'ensemble de ces reproches fait penser que les commissions vérité et réconciliation ne peuvent pas à long terme représenter un moyen reconnu par le droit

¹⁷⁸⁸ « *The Truth Commission was undeniably accurate in its assessment that prosecutions were unlikely and untenable under current conditions. Nonetheless, human rights groups questioned the Truth Commission's decision not to recommend prosecutions, noting that it missed an opportunity to call for the application of principles of international law. To a large degree, the Commission accepted that its task had become a substitute for judicial action, despite the contrary language of the peace accords. It left open the possibility of prosecutions in the future, once the judicial system was prepared to handle them. Its position seemed calculated to focus attention on judicial malfeasance and the urgent need for fundamental judicial reform. By failing to call for prosecutions or divising against an immediate amnesty, however, it may have facilitated early passage of a comprehensive decree* » (POPKIN Margaret, « El Salvador : a negotiated end to impunity ? », in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed), *Impunity and human rights in international law and practice*, op. cit., p. 210).

¹⁷⁸⁹ HAYNER Priscilla B., « Fifteen Truth Commissions – 1974 to 1994 : a comparative study », *Human Rights Quarterly*, 16, 1994, pp. 597 à 655.

¹⁷⁹⁰ *Ibid*, p. 654.

international pour concilier l'obligation de poursuivre les dirigeants politiques auteurs de crimes internationaux avec la nécessité de l'amnistie en période de transition démocratique. Pourtant, l'une d'entre elles échappe à la plupart de ces critiques et pourrait donc permettre de donner une certaine place à l'amnistie des dirigeants politiques en droit international. Il s'agit du modèle sud-africain.

II. La conciliation optimale : les dirigeants politiques amnistiés en échange de la vérité (le modèle sud-africain)?

Les premières expériences de justice transitionnelle¹⁷⁹¹ dataient d'une vingtaine d'années lorsque l'Afrique du Sud s'est dotée de sa commission vérité et réconciliation. La réaction aux expériences étrangères et la volonté de conditionner l'amnistie à des aveux expliquent probablement les originalités de ce modèle (A). Nous avons d'ailleurs établi que le type d'amnistie des dirigeants politiques résultant d'un tel modèle pouvait se justifier en droit constitutionnel au regard de la hiérarchie des normes et de la séparation des pouvoirs¹⁷⁹². Cependant, comme l'ensemble des mécanismes de la justice transitionnelle, ce dernier souffre de l'absence de reconnaissance internationale pour pouvoir s'imposer comme le meilleur moyen de concilier l'obligation de poursuivre et l'amnistie des dirigeants politiques (B).

A. Les originalités de la justice transitionnelle sud-africaine

Le modèle sud-africain se caractérise autant par sa légitimité constitutionnelle (1) que par des règles juridiques encadrant la commission vérité et réconciliation se rapprochant de celles s'appliquant au pouvoir judiciaire dans les Etats démocratiques (2). C'est son originalité qui permet de se demander si ce type de modèle ne pourrait pas représenter une alternative à la justice pénale pour les dirigeants politiques et leur permettre juridiquement de bénéficier d'une amnistie dans la mesure où ils respectent les conditions posées par ce système.

¹⁷⁹¹ Voir, *supra*, pp. 580 et s.

¹⁷⁹² Voir : *supra*, pp. 135 à 139.

1. Sa légitimité constitutionnelle

En 1990, le président de l'Afrique du Sud Frederik De Klerk, successeur de Pieter Willem Botha¹⁷⁹³, légalise tout les mouvements d'opposition sous la pression politique interne et internationale¹⁷⁹⁴. Deux ans plus tard, les électeurs¹⁷⁹⁵ approuvent par référendum¹⁷⁹⁶ le renforcement du processus de paix, qui se traduit par l'adoption d'une loi sur la transition démocratique en septembre 1992 et par l'adoption d'une Constitution intérimaire en 1993. L'idée d'une amnistie généralisée pour tous ceux « *qui ont conseillé, dirigé, commandé, instruit ou accompli (...) des actes ayant un objectif politique*¹⁷⁹⁷ » apparaît officiellement dès mars 1994 dans le rapport de la commission Goldstone. Elle se concrétise par un projet de loi le *Further Indemnity Act* adopté le 10 novembre 1992¹⁷⁹⁸. Finalement, en s'appuyant sur le préambule de la Constitution intérimaire de 1993¹⁷⁹⁹, considéré par la Cour constitutionnelle sud-africaine comme faisant intégralement partie de la Constitution¹⁸⁰⁰, la loi de promotion de l'unité nationale et de la réconciliation¹⁸⁰¹ matérialise le modèle sud-africain de justice transitionnelle. Ce dernier est donc bien légitimé constitutionnellement, ce qui représente une

¹⁷⁹³ Pieter Willem Botha est entré en fonction l'année de la mise en application de la réforme constitutionnelle mettant en place un Parlement tricaméral et abolissant la fonction de Premier ministre. Le président cumulant les fonctions de chef d'Etat et de gouvernement, il n'occupait plus une fonction honorifique comme ses prédécesseurs.

¹⁷⁹⁴ Après le début de l'effondrement du « bloc soviétique ».

¹⁷⁹⁵ Le suffrage était encore restreint aux blancs.

¹⁷⁹⁶ En mars 1992.

¹⁷⁹⁷ D'après la traduction du rapport final du Groupe spécial d'experts sur l'Afrique australe établi conformément aux résolutions 1991/21 et 1992/19 de la commission des droits de l'homme et à la décision 1991/237 du Conseil économique et social, commission des droits de l'homme, 49^e session, Point 5 de l'ordre du jour provisoire, E/CN.4/1993/14, 8 janvier 1993, § 235.

¹⁷⁹⁸ Tout délit politique pouvait être amnistié après son examen à huis-clos par une commission gouvernementale. Il faut signaler que les procès verbaux de cette commission pouvaient être détruits, la seule trace officielle des mesures de clémence adoptées étant une liste des bénéficiaires de l'amnistie.

¹⁷⁹⁹ Voir, *supra* : pp. 314 et s.

¹⁸⁰⁰ Sur la valeur constitutionnelle du processus de transition démocratique sud-africain, voir: *supra*, pp. 135 à 139 et pp. 248 et s.

¹⁸⁰¹ *Promotion of National Unity and Reconciliation Act*, 1995, office of the President, N° 1111, *op. cit.*

première originalité par rapport aux autres commissions vérité et réconciliation que nous avons pu évoquer précédemment. Cette légitimité pourrait être l'un des premiers fondements de l'admission de ce modèle pour faire bénéficier des dirigeants politiques auteurs de crimes internationaux d'une amnistie encadrée.

Toutefois, cette légitimation est limitée. D'une part, pour Sandrine Lefranc, le modèle sud-africain masque mal la domination de l'exécutif dans le processus amnistiant¹⁸⁰². Il est difficile de souscrire juridiquement à cette conception qui pourrait se justifier politiquement¹⁸⁰³ dès lors que, contrairement à la plupart des commissions vérité et réconciliation africaines et sud-américaines, la commission sud-africaine est encadrée par une disposition constitutionnelle résultant de la négociation entre l'ensemble des partis politiques nationaux, que la loi l'encadrant a été déclarée conforme à la Constitution par une Cour constitutionnelle à la composition non contestée et que ses membres ont été choisis pour leur représentativité et leur faculté de fédération autour du concept de pardon admissible culturellement par la société sud-africaine¹⁸⁰⁴. D'autre part, il existe une seconde limite plus recevable juridiquement. En effet, la loi de promotion de l'unité nationale et de la réconciliation est susceptible d'apparaître comme ayant transformé l'objectif que lui fixait la Constitution lorsqu'elle en a défini les conditions d'application¹⁸⁰⁵. Par exemple, la Constitution n'imposait que deux exigences : l'infraction devait avoir été commise dans le passé, une condition que la loi d'application a détaillée en fixant une période stricte durant laquelle le crime devait avoir été perpétré et que cette infraction soit politique, une stipulation qui a été reprise par la loi. Un troisième critère a cependant été ajouté par cette dernière : l'obligation de faire des aveux détaillés. Cette troisième

¹⁸⁰² « *La constitutionnalisation et la parlementarisation de l'amnistie sud-africaine ne parviennent pas à dissimuler la domination de l'exécutif* » (LEFRANC Sandrine, *Politiques du pardon – Amnistie et transitions démocratiques – Une approche comparative*, thèse, *op. cit.*, p. 281).

¹⁸⁰³ Même s'il faudrait alors plutôt relever une certaine domination de l'ANC dans le résultat des négociations partisans, plutôt que celle plus restreinte de l'exécutif.

¹⁸⁰⁴ TUTU Desmond (Archevêque), « Pas d'amnistie sans vérité », *op. cit.*, pp. 44 à 63.

¹⁸⁰⁵ C'est ce que pense Dominique Darbon. Voir, *supra* : p. 138.

condition est vraisemblablement la plus révélatrice de l'originalité du système sud-africain. En ce sens, il aurait pu être contesté que ce soit la seule à ne pas être légitimée par la Constitution. Pour autant, cette loi a été déclarée conforme à la Constitution par la Cour constitutionnelle dans la mesure où la norme fondamentale laissait le soin au législateur de déterminer les modalités exactes d'attribution de l'amnistie¹⁸⁰⁶.

Par conséquent, ce processus était bien fondé constitutionnellement. Sa légitimité reposait également sur une autre de ses caractéristiques : les garanties d'indépendance accordées à la commission vérité et réconciliation.

2. L'application à la commission de règles juridiques comparables à celles encadrant les juridictions judiciaires

Bien que la commission vérité et réconciliation n'ait pas pour vocation de sanctionner les personnes se présentant devant elles, trois éléments ont permis de garantir son indépendance et sa conformité au droit constitutionnel sud-africain, d'une manière qui évoque plus celle s'appliquant aux juridictions judiciaires dans les Etats démocratiques que celle des autres commissions créées dans un contexte transitionnel. En premier lieu, comme nous l'avons expliqué, elle a été créée avec un mandat limité à deux ans et demi, par une norme législative et non par un acte de l'exécutif, ou des accords de paix par exemple. En outre, sa composition s'est élaborée sous le contrôle des trois pouvoirs constitutionnels, le Comité de l'amnistie¹⁸⁰⁷ ayant la particularité d'être constitué de dix-sept membres dont six juges¹⁸⁰⁸. Ces deux éléments empêchaient sa soumission à l'un des organes étatiques, une soumission inconciliable avec la faculté d'entendre de manière impartiale les aveux, spécialement d'anciens dirigeants politiques. En deuxième lieu, la commission devait respecter les principes fondamentaux de procédure lorsqu'elle entendait des personnes en audition publique. La procédure devait

¹⁸⁰⁶ AZAPO and others v. *The President of the Republic of South Africa*, 1996(8), BCLR, 1015 (CC) 1020, *op. cit.*

¹⁸⁰⁷ Les autres Comités étaient celui de la réparation et celui de la réhabilitation.

¹⁸⁰⁸ Initialement, elle se composait de deux membres de la commission et de trois juges. A partir de 1997, sa composition a été élargie.

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

notamment respecter les dispositions de la section 35 de la Constitution de 1996¹⁸⁰⁹. Cette seconde exigence rapprochait là encore le fonctionnement de la commission de celui d'un organe judiciaire. Enfin en troisième lieu, l'amnistie accordée par le Comité de l'amnistie ressemblait, sur de nombreux points, à une forme d'amnistie existant dans plusieurs systèmes constitutionnels : l'amnistie judiciaire, qui représente une délégation du pouvoir amnistiant au juge judiciaire le plus souvent par la fixation d'un seuil au delà duquel la clémence ne pourra pas être accordée par lui. Cela permet donc au pouvoir amnistiant de confier au juge la tâche de vérification du respect des conditions de l'amnistie par le bénéficiaire de la mesure. En Afrique du Sud, la section 21 de loi de promotion de l'unité nationale et de la réconciliation imposait aux membres du Comité de l'amnistie de s'assurer que les actes commis par les personnes comparissant devant lui étaient de nature politique¹⁸¹⁰ et que la période de leur réalisation correspondait bien à celle qu'elle avait définie¹⁸¹¹. Enfin, les aveux auxquels cette personne

¹⁸⁰⁹ *Du Preez and Another v. Truth and Reconciliation Commission* 1997 (4), BCLR 531 (A); *Niewoudt v. Truth and Reconciliation Commission* 1997 (2) SA10 (SECLD).

¹⁸¹⁰ Sandrine Lefranc détaille les critères permettant de qualifier une infraction de politique: « *Outre la nature politique des actes, il semble qu'un élément de planification collective et de hiérarchie, traduit par un critère d'appartenance (ou, pour le moins, un lien) à une organisation politique quelle qu'elle soit, fût nécessaire. Ces critères d'inclusion étaient plus précisément définis pour la deuxième «catégorie» d'actes, potentiellement plus large, ceux permettant l'octroi de l'amnistie. Trois types de critères étaient évoqués :*

- *un critère d'appartenance et de relation antagoniste qui exigeait que le coupable fasse partie d'une organisation reconnue comme partie prenante aux conflits*
- *un critère établissant la nature politique de l'acte, de l'omission ou de l'infraction qui correspond aux principes Norgaard et qui insistait notamment sur la « proportionnalité » entre l'acte et l'objectif*
- *et un critère négatif, qui stipulait que l'acte ne devait pas avoir été commis pour un gain personnel ou par malveillance.*

(...) *A la fois pointue et complexe, cette triple grille de lecture gagne en complexité et perd en précision à la lecture de la section 20(4) qui stipule que devaient être pris en considération les critères, pourtant moins exigeants, des lois de rémission du gouvernement de Klerk » (LEFRANC Sandrine, Politiques du pardon – Amnistie et transitions démocratiques – Une approche comparative, thèse, op. cit., p. 138). Il est possible de retrouver ces critères en anglais dans la section 20 de la loi de promotion de l'unité nationale et de la réconciliation.*

¹⁸¹¹ Les infractions devaient avoir été réalisées entre le 1^{er} mars 1960 et le 10 mai 1994.

s'était livrée devaient être suffisamment complets et précis pour être satisfaisants. Il faut ajouter que ce pouvoir de décision était aussi peu symbolique que peut l'être celui d'un juge chargé d'octroyer une amnistie au *quantum*. En effet, à la fin de son mandat, alors qu'elle avait accordé 1200 amnisties, la commission en avait refusé 5500 selon Gerhard Erasmus et Nadine Fourié¹⁸¹². Cette constatation légitime d'autant plus le travail du Comité de l'amnistie qu'elle le rapproche encore du fonctionnement des organes judiciaires. D'après certains auteurs,

« Ce rapprochement de type formel entre la commission et les tribunaux n'est pas innocent. Il a été mis en place pour pallier l'absence de rituel judiciaire proprement dit : on recrée, on reconstruit la scène traditionnelle d'une Cour de justice. En effet, les auditions ont lieu en public, et sont parfois même retransmises à la télévision¹⁸¹³ ».

Cette proximité entre la commission sud-africaine et un tribunal judiciaire ainsi que sa légitimité constitutionnelle peuvent laisser penser qu'elle représenterait la solution pour laisser une place à l'amnistie des dirigeants politiques devant pourtant être poursuivis selon le droit

¹⁸¹² ERASMUS Gerhard, FOURIE Nadine, « Le tribunal pénal international pour le Rwanda : Tous les tenants et aboutissants ont-ils été bien pesés ? Que révèle la comparaison avec la commission sud-africaine pour la vérité et la réconciliation ? », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 828, 31 décembre 1997, pp. 751 à 761. En décembre 1998, à la moitié de son mandat, sur 5111 cas examinés, la commission avait accordé, totalement ou partiellement seulement 240 amnisties (Source : DULAIT André, au nom de la commission des Affaires étrangères de la défense et des forces armées, *a Cour pénale internationale : quel nouvel équilibre entre souveraineté, sécurité et justice pénale internationale ?*, *op. cit.*).

¹⁸¹³ JOINET Louis (sous la direction de), *Lutter contre l'impunité, dix questions pour comprendre et agir*, *op. cit.*, pp. 64 à 66.

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

international en raison de leur implication dans la perpétration de crimes internationaux¹⁸¹⁴. Néanmoins, outre les objections théoriques que cette idée soulève, elle ne saurait être envisageable qu'à condition d'être reconnue par ce même droit international.

B. La difficile reconnaissance internationale de cette solution

Au regard de sa forte légitimité par rapport aux autres commissions vérité et réconciliation, la commission sud-africaine est susceptible de représenter une voie dans laquelle l'amnistie des dirigeants politiques responsables de crimes internationaux serait envisageable.

Pourtant, la loi de promotion de l'unité nationale et de la réconciliation n'excluait pas les crimes contre l'humanité ou tout autre crime assorti désormais d'une obligation de poursuivre en droit international. Il faut dire que jusqu'en 1995, l'Afrique du Sud avait veillé scrupuleusement à ne pas ratifier les conventions qui auraient pu servir de fondement à la condamnation de sa politique d'apartheid¹⁸¹⁵. Elle prévoyait simplement dans son chapitre 3-b-iii une procédure spécifique pour l'octroi de l'amnistie aux auteurs de graves violations des droits de l'homme¹⁸¹⁶. La solution adoptée par cet Etat semble donc contradictoire avec le droit

¹⁸¹⁴ Beaucoup constatent en effet que : « *les sud-africains auront entendu par son truchement des révélations ahurissantes (de la bouche, dans certains cas de responsables politiques de premier plan demandant à bénéficier de l'amnistie) quant aux actes du gouvernement précédent* » (ERASMUS Gerhard, FOURIE Nadine, « Le tribunal pénal international pour le Rwanda... », *op. cit.*, p. 755). Dans le même sens, selon Sophie Dulucq : « *dès lors, l'amnistie et le compromis, si douloureux et si injustes qu'ils puissent paraître aux victimes, ont été des moyens d'assurer un nouvel équilibre entre anciens rivaux, obligés de composer les uns avec les autres* » (DULUCQ Sophie, *Violences politiques et logiques épuratrices en Afrique; comment vider l'abcès ?*, *op. cit.*, p. 6).

¹⁸¹⁵ Elle a ainsi ratifié les instruments internationaux des Nations Unies créant des organes de surveillance (par exemple, les Pactes internationaux relatifs aux droits économiques sociaux et culturels, civils et politiques ou la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale) à partir de 1995 (On trouvera l'état de ratification de toutes ces conventions sur le site internet du haut commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, <http://www.unhchr.ch>).

¹⁸¹⁶ Voir : *supra*, pp. 534 et s.

international. Il est vrai que, si la source d'une future reconnaissance juridique et politique existe (1), celle-ci est pour le moment difficile (2).

1. La possibilité juridique d'une telle reconnaissance

La reconnaissance de l'amnistie accordée par les commissions vérité et réconciliation pour des crimes pourtant assortis d'une obligation de poursuivre paraît possible, si l'on se réfère au droit conventionnel mais aussi à la position de certaines institutions internationales lorsqu'elles interprètent les traités de droit pénal international. Ainsi, l'article 6(5) du protocole II aux conventions de Genève pourrait représenter la base de cette légitimation. Il a en effet été expliqué que cette disposition permettant l'adoption d'une amnistie dans certaines circonstances ne s'applique qu'aux conflits non internationaux, c'est à dire se déroulant sur le territoire d'une partie contractante entre les forces armées de celle-ci et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés exerçant un certain contrôle sur une partie dudit territoire¹⁸¹⁷. Cette situation peut correspondre à certaines formes de transitions démocratiques, lorsque l'opposition contrôle une partie du territoire et mène des actions armées afin de changer de régime politique. Dans ces cas là, l'article 6(5) pourra donc légitimer juridiquement le processus de justice transitionnelle choisi même s'il se conclut par l'octroi d'amnistie individuelles comme en Afrique du Sud.

Concernant les autres hypothèses de transition démocratique, le recours au modèle sud-africain de justice transitionnelle peut également être légitimé juridiquement si l'on se réfère à l'interprétation des organes de surveillance de l'application des instruments relatifs aux droits de l'homme. Par exemple, le Comité des droits de l'homme de l'ONU, dans ses dernières observations générales sur l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques

¹⁸¹⁷ Voir : *supra*, pp. 391 et s.

interdisant l'usage de la torture ainsi que les sanctions cruelles et dégradantes¹⁸¹⁸, considère que les amnisties sont généralement incompatibles avec l'obligation des Etats d'enquêter sur ces infractions et d'empêcher qu'elles soient à nouveau perpétrées dans le futur¹⁸¹⁹. Comme le fait remarquer le professeur Scharf, le Comité en utilisant le terme « généralement » laisse penser que certaines amnisties pourraient dans certaines conditions être admises. En outre, le fait qu'il ne fasse pas référence à l'obligation de poursuivre des Etats membres dans ce domaine mais simplement au droit à la vérité sur la réalisation de ce type de crimes ainsi qu'à leur prévention laisse « la porte ouverte » à des solutions alternatives telles que celles qui permettent d'enquêter, d'en identifier les auteurs et d'octroyer des réparations aux victimes, ce qui correspond à la solution sud-africaine. Cependant, il faut remarquer que ce même auteur insiste également sur le fait que les alternatives à la justice pénale admissibles doivent permettre d'épurer les postes de commandement en empêchant les responsables de tels crimes de les occuper¹⁸²⁰. Cela signifie que le modèle de justice transitionnelle sud-africain doit favoriser la responsabilité politique pour être acceptable. Or, en prenant l'exemple du très fort taux de

¹⁸¹⁸ En date de 1992. Les anciennes observations générales dataient de 1982. Elles ne mentionnaient ni l'amnistie ni l'obligation de poursuivre pour les actes de torture ainsi que les punitions cruelles et dégradantes (Voir : Human Rights Committee, « General Comment n° 07 : Torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (article 7) : 30/05/82, CCPR General Comment n° 7).

¹⁸¹⁹ Voir: *supra*, p. 526.

¹⁸²⁰ « *Although the Human Rights committee's pronouncement suggests a duty for the State to do something to give meaning to the rights enumerated in the Covenant, a careful reading of the Committee's comments reveals that the Committee never actually concluded that there was an obligation to prosecute attendant to the duty to ensure the rights provided in that Covenant (...). The Committee left the door open to alternatives measures, including dismissing the perpetrator from the military, canceling his government pension, banning him from public office, and/or requiring him to pay damages through administrative fines or civil proceedings. The Committee's 1992 General Comment is consistent with the interpretation. By stating that amnesties « are generally incompatible » the Committee implied that some amnesties – for example, those (as in Haiti) that are accompanied by investigations to these abuses and identify perpetrators, purging them from positions of authority, and providing victim compensation – would be acceptable* » (SCHARF Michael P., « Swapping amnesty for peace: was there a duty to prosecute international crimes in Haiti ? », *op. cit.*, p. 27).

divorce chez les personnes ayant comparu devant le Comité de l'amnistie en Afrique du Sud, le professeur Xavier Philippe¹⁸²¹ démontre l'importance des conséquences sociales d'une telle comparution. De même, aucun des plus hauts anciens dirigeants afrikaners n'a occupé une position comparable une fois le nouveau système constitutionnel mis en place. Il est donc possible d'affirmer que – du moins en Afrique du Sud – certains mécanismes de la responsabilité politique ont fonctionné et qu'en ce sens son modèle de justice transitionnelle pourrait être toléré par des organes de surveillance tels que le Comité des droits de l'homme.

Néanmoins, avec la création de la CPI, il est possible de se demander comment vont se concilier cette juridiction et la justice transitionnelle. C'est ce que fait le sénateur André Dulait, qui estime que la clef de la conciliation se trouve dans l'article 53 du Statut de la CPI :

« Plusieurs pays ont tenté, et certains y sont parvenus de passer d'un régime de dictature de violences politiques et d'absence de libertés fondamentales à une démocratie, en concluant une sorte de pacte préalable prévoyant de ne pas poursuivre les responsables de la dictature, en échange de leur retrait politique et de la mise en place, dans les meilleurs délais, d'un Etat de droit. (...) Pour préserver ce type de situations, le Statut comporte à l'article 53-2 c) une disposition qui ouvre au Procureur la faculté de ne pas ouvrir une enquête *« 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 »*. Cette disposition qui confie au Procureur une marge d'appréciation, plus politique que judiciaire, de l'opportunité de poursuivre devra être de nature à empêcher, à l'avenir, la mise en place de telles démarches qui sont des étapes indispensables vers la réconciliation¹⁸²² ».

Selon cette interprétation, le Procureur près de la CPI deviendrait le moteur de la conciliation entre la justice pénale internationale et la justice transitionnelle. Dès lors, la base juridique

¹⁸²¹ A l'occasion de la *Table ronde du 21 janvier 2005 sur la prescription, la grâce et l'amnistie*, Recherche : amnistie, grâce, prescription en Europe, UMR droit comparé, Mission « Droit et justice », 2005, à paraître *op. cit.*

¹⁸²² DULAIT André, au nom de la commission des Affaires étrangères de la défense et des forces armées, *la Cour pénale internationale : quel nouvel équilibre entre souveraineté, sécurité et justice pénale internationale ?*, *op. cit.*

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

existe pour la reconnaissance de cette dernière¹⁸²³, bien que restreinte, ce qui explique qu'une partie de la doctrine plaide pour que les amnisties issues de ce modèle soient reconnues par les Etats étrangers¹⁸²⁴ comme par les juridictions internationales¹⁸²⁵.

2. Une reconnaissance difficile surtout pour les dirigeants politiques

La reconnaissance de la solution sud-africaine de justice transitionnelle permettant *a priori* de concilier l'amnistie et l'obligation des Etats de poursuivre les auteurs de crimes internationaux

¹⁸²³ Nous verrons cependant que le Procureur pourrait ne pas reconnaître l'utilisation de la justice transitionnelle s'agissant des dirigeants politiques (Voir, *infra* : notamment p. 606).

¹⁸²⁴ Par exemple, selon le professeur Antonio Cassese: « *One might add that, in light of the current trends of the international community, one may find much merit in the distinction suggested, at least for minor defendants, by a distinguished judge and commentator, between amnesties granted as a result of a process of national reconciliation, and blanket amnesties. The legal entitlement of foreign States not to take into account an amnesty passed by the national State of the alleged perpetrator should apply to the second category. Instead, if the amnesty results from a specific individual decision of a Court or a Truth and Reconciliation Commission, the exigencies of justice could be held to be fulfilled, and foreign Courts should refrain from adjudicating those crimes* » (CASSESE Antonio, *International criminal law, op. cit.*, pp. 315-316).

¹⁸²⁵ Le professeur Xavier Philippe se demande ainsi s'il ne faudrait pas intégrer cette question expressément dans le Statut de la CPI lors de la prochaine révision en 2009 (*Table ronde du 21 janvier 2005 à l'UMR de droit comparé de Paris sur la prescription, la grâce et l'amnistie*, Recherche : amnistie, grâce, prescription en Europe, UMR droit comparé, Mission « Droit et justice », 2005, à paraître).

est source de difficultés politiques et philosophiques générales¹⁸²⁶. Mais s'agissant des dirigeants politiques, elle pose aussi des problèmes spécifiques d'abord en raison de sa contradiction avec le critère fonctionnel fondant l'obligation de poursuivre les dirigeants politiques responsables de crimes internationaux, ensuite parce qu'en Afrique du Sud, un certain nombre d'anciens gouvernants ont refusé de participer au processus transitionnel, ce qui l'a fragilisé.

En effet, il a été expliqué qu'une certaine conciliation juridique entre le critère fonctionnel de l'obligation de poursuivre les dirigeants politiques et le modèle sud-africain de commission vérité et réconciliation pouvait s'appuyer au sein de la CPI sur le Procureur, qui en vertu de l'article 53 de son Statut¹⁸²⁷ peut renoncer à mettre en œuvre des poursuites dans certaines conditions. Or, dans la présentation par ce dernier de sa future politique, il est affirmé à plusieurs reprises, en accord avec le critère fonctionnel déjà mentionné, que ses investigations se porteront en priorité sur les principaux responsables politiques des Etats¹⁸²⁸. Il semble donc que la conciliation est possible uniquement pour les exécutants en l'état actuel du droit international.

¹⁸²⁶ Selon l'avocate Gilberte Deboisvieux : « *On peut (...) se poser la question de savoir comment il est possible d'imposer une réconciliation à quelqu'un qui demande justice. Pour qu'il y ait réconciliation il faut être deux* » (DEBOISVIEUX Gilberte, « Impunité de fait, impunité de droit », revue *Volcans*, n° 22, 1995). De même, d'après André Dulait : « *Cette démarche ne saurait à l'évidence construire à l'oubli des souffrances endurées. Comme l'a rappelé le professeur Bettati devant votre commission [celle des affaires étrangères], il ne peut y avoir de réconciliation nationale durable sans justice, celle-ci étant la voie obligée pour établir, aux yeux de tous, la vérité sur une période douloureuse de l'histoire du pays et sur ceux qui en ont été les instigateurs* » (DULAIT André, au nom de la commission des Affaires étrangères de la défense et des forces armées, la Cour pénale internationale : quel nouvel équilibre entre souveraineté, sécurité et justice pénale internationale ?, *op. cit.*).

¹⁸²⁷ Voir: *supra*, p. 604.

¹⁸²⁸ Notamment lorsqu'il est expliqué qu' « *Il faudrait que le Bureau du Procureur concentre les efforts et ressources mises en œuvre pour l'enquête et les poursuites sur les personnes qui ont la plus grande responsabilité, comme les dirigeants de l'Etat ou de l'organisation présumée responsable de ces crimes* » (Communication relative à certaines questions de politique générale concernant le Bureau du Procureur, version remaniée du

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

Par ailleurs, les anciens gouvernants sud-africains ont été accusés de profiter du système mis en place en ne participant pas aux travaux de la commission, en ne livrant pas toute la vérité à leur disposition¹⁸²⁹ notamment en dissimulant ce qui ne pouvait pas être découvert sans leurs

projet discuté lors des auditions publiques du Bureau du Procureur les 17 et 18 juin 2003, ICC-OTP 2003, disponible sur le site internet de la CPI, <http://www.icc-cpi.int>, p. 8).

¹⁸²⁹ « Bien que pour obtenir le bénéfice de l'amnistie, la vérité dans sa totalité doit être avouée lors des demandes d'amnistie, on constate que les candidats n'hésitent pas à éluder leurs responsabilités pour ne pas avoir à en payer le prix, soit en essayant de faire passer des activités criminelles pour des activités politiques, comme le montrent nombre d'auditions réalisées par la commission, soit en masquant la vérité comme le firent Winnie Mandela ou Mrs Sisulu pour tenter de disculper la première des charges d'assassinat sur enfant qui pèse sur elle ; soit en refusant d'intervenir, à l'instar de l'ex-président P. W. Botha, (...) ou [en se retranchant] derrière la responsabilité politique qui doit être très soigneusement séparée des crimes commis. « Je ne savais pas que c'était si horrible » déclarera ainsi l'ancien président De Klerk ». Dans le même sens, « Three institutional factors contributed to the result that not all the truth emerged and that (...) national reconciliation was not achieved (...).[One of this factors is] the lack of participation by the leaders (...). The fact that most leaders did not come forward is explained, in part, by the failure to secure the convictions of high ranking perpetrators of human rights atrocities. The truth Commission process involved the exchange of information of particular human rights violations for indemnity against prosecution or amnesty. The success of this design rested entirely on providing perpetrators with an incentive to come forward (...). Little attention was, however, given to the dedicated criminal investigation and prosecution of political offenders, with most resources devoted to setting up the Truth Commission » (KLAAREN

aveux, ou encore en simulant leur ignorance des agissements de leurs subordonnés¹⁸³⁰. Dans cette dernière hypothèse, les anciens dirigeants politiques, y compris de l'ANC, s'appuyaient sur une interprétation de la loi de promotion de la vérité et de la réconciliation selon laquelle aucune disposition ne prévoyait que les supérieurs devaient évoquer les crimes commis par leurs subordonnés¹⁸³¹.

La première solution envisageable contre ce manque de participation des dirigeants politiques pourrait être de les exclure de ce processus, ce qui aurait l'avantage de satisfaire du même coup le respect du critère fonctionnel. Or, lorsqu'un Etat a recours à la justice transitionnelle, c'est généralement dans des circonstances marquées par l'absence d'alternative. Pour le professeur Philippe :

« Le choix se réduit à une alternative entre « ne rien faire » et « faire quelque chose d'incomplet ». Cette réponse peut paraître curieuse mais elle correspond à la réalité. Dans une situation post-crise, ou post-conflit, l'alternative ne repose pas comme on le croit trop souvent sur un choix entre la justice pénale et la justice transitionnelle mais entre la justice transitionnelle et l'amnistie générale, voire même l'inaction totale¹⁸³² ».

Ainsi, exclure les dirigeants politiques de la justice transitionnelle pourrait bloquer tout règlement de la crise. Peut-être pourrait-il donc être envisagé de refuser le bénéfice de toute amnistie à l'avenir aux seuls dirigeants ne participant pas aux travaux de la commission, ou

Jonathan, VARNEY Howard, « A second bite at the amnesty cherry? Constitutional and policy issues around legislation for a second amnesty », 2000, 117, *South African law journal*, pp. 573-574).

¹⁸³⁰ *Ibid*, pp. 576-581.

¹⁸³¹ Les professeurs Klaaren et Varney citent l'exemple du Commandant des opérations spéciales de l'ANC Aboobaker Ismail, qui a eu une telle attitude devant la commission : « *In his application and at his hearing, Ismail argued that it could never have been the intention of the Act to expose those who were in command structures to criminal and civil liability, in respect of actions committed by their subordinates, merely because the commanders were unable to identify these incidents* » (*Ibid*, p. 578).

¹⁸³² PHILIPPE Xavier, « La justice transitionnelle : les commissions vérité et réconciliation », *op. cit.*, p. 1.

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

faisant preuve d'une mauvaise volonté avérée¹⁸³³, par exemple en refusant de « reconnaître les faits ou de manifester leur repentir¹⁸³⁴ ». En effet, si l'on se réfère une nouvelle fois à l'exemple de l'Afrique du Sud, on remarque que certaines personnes s'étant vues exclure du bénéfice de l'amnistie par la commission vérité et réconciliation ont pu, une fois les travaux de cette dernière achevés, profiter d'une mesure de clémence à l'initiative du président Mbeki¹⁸³⁵. Si l'idée d'une amnistie générale a été expressément écartée en Afrique du Sud¹⁸³⁶, elle serait possible dans un autre Etat et serait alors susceptible de bénéficier à des dirigeants ayant refusé

¹⁸³³ Cela correspond à la huitième condition qui selon le professeur de droit sud-africain Jonathan Klaaren, s'inspirant en cela des travaux du professeur John Dugard, est nécessaire pour que la justice transitionnelle soit reconnue par le droit international. Ainsi, un modèle de commission vérité et réconciliation doit satisfaire huit conditions :

1. Elle doit être établie par le pouvoir législatif ou le pouvoir exécutif démocratiquement élu.
2. La commission doit être un organe représentatif et indépendant.
3. Son mandat doit être général et ne pas se limiter à certaines infractions par exemple.
4. Les auditions des victimes doivent être publiques.
5. Les responsables des graves violations des droits de l'homme doivent être nommés et pouvoir être confrontés à ceux qui les accusent.
6. La commission doit avoir les pouvoirs de recommander des réparations.
7. L'amnistie ne doit pas être accordée aux personnes refusant de coopérer avec elle (KLAAREN Jonathan, *Domestic Amnesty and International Jurisdiction*, Discussion paper for presentation at the ISRCL conference, School of Law, University of the Witwatersrand, South Africa, 15 November 2000, page 4).

¹⁸³⁴ C'est le principe 19 du Rapport final de Louis Joinet auprès de la sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités (Voir *supra*, p. 527).

¹⁸³⁵ D'après une dépêche de l'agence France presse du dimanche 19 mai 2002, « le gouvernement sud-africain exclut une amnistie générale des crimes politiques » : *Une mesure de grâce a été adoptée la semaine dernière par le président Thabo Mbeki de 33 ex-membres de mouvements anti-apartheid. (...) 11 des graciés avaient vu leur amnistie refusée par la commission vérité et réconciliation (TRC) et 7 autres, coupables de crimes politiques, n'avaient pas demandé leur amnistie à la TRC (...). La grâce annoncée le 13 mai, par Thabo Mbeki avait suscité chez certains des espoirs d'amnistie générale, d'autant plus que cette annonce avait été accompagnée d'une critique de l'action de la TRC par le ministre de la justice, Penuell Maduna ».*

¹⁸³⁶ *Ibid.*

de participer à l'émergence de la vérité¹⁸³⁷. Dans cette situation, il semblerait qu'une juridiction pénale internationale puisse intervenir pour instruire et permettre la sanction des auteurs d'infractions relevant de sa compétence.

Dès lors, l'amnistie des dirigeants politiques auteurs de crimes internationaux pourrait ne pas disparaître entièrement en droit international si la justice transitionnelle parfaitement incarnée par le modèle sud-africain était reconnue conventionnellement. Il faudrait seulement que les dirigeants politiques ne soient pas exclus de cette reconnaissance en raison de l'application du double critère fondant l'obligation de les poursuivre lorsqu'ils sont responsables de graves violations des droits de l'homme. Néanmoins, cette catégorie d'amnistie pourrait également subsister dans un autre contexte que celui de la justice transitionnelle. Son usage persisterait pour des raisons indépendantes de la situation politique interne d'un seul Etat.

¹⁸³⁷ D'autant plus qu'un certain nombre de commentateurs souligne qu'il est plus facile pour un dirigeant politique de pardonner à un autre dirigeant politique que pour une personne, victime d'un crime grave, n'ayant jamais exercé de telles fonctions. Par exemple, selon Daniel Moellendorf qui se fonde sur les propos de la mère d'une victime de la politique de l'apartheid : « *Mrs Kondile continued later (...)* : « It is easy for Nelson [Mandela] and Desmond [Tutu] to forgive... they live vindicate lives. In my life nothing , not a single thing has changed since my son was burnt by barbarians... nothing. Therefore, I cannot forgive ». *Mrs Kondile's suggestion that forgiveness and reconciliation without justice may be far easier for political elites than for ordinary citizens should be taken seriously* » (MOELLENDORF Darrel, « Amnesty, truth and justice : AZAPO », *South African Journal on Human Rights*, 1997, 13, p. 286).

SECTION 2 – LA FORTE PROBABILITÉ D’UNE SUBSISTANCE DE L’AMNISTIE INTERNATIONALE DES DIRIGEANTS POLITIQUES

Selon Sandrine Lefranc, les gouvernements « *n’ont que rarement les moyens d’une politique conforme aux conditions du droit international*¹⁸³⁸ ». Cette constatation est illustrée par les situations de transition démocratique lorsque les Etats choisissent le recours à une commission vérité et réconciliation plutôt qu’à la justice pénale traditionnelle, mais pas seulement. Les problèmes posés par le jugement de dirigeants politiques bénéficiaires d’une amnistie est aussi l’occasion de révéler les exigences politiques internationales.

Par exemple, pour reprendre les propos du président de la Fédération Internationale des Ligues des Droits de l’Homme (FIDH), Patrick Baudouin,

« En réalité, pour [Augusto] Pinochet comme pour Ely Ould Dah, au-delà du recours à tous les artifices du droit et de la procédure qui constituent autant de prétextes juridiques, certes parfois non négligeables, il est frappant de constater la similitude des arguments politiques des partisans d’un arrêt des poursuites : la détérioration des relations internationales, l’atteinte à la souveraineté de pays présumés seuls habilités à choisir entre pardon et punition, le danger d’un nouvel impérialisme judiciaire non exempt de sélectivité¹⁸³⁹ ».

Or, de même que l’amnistie représente en droit interne un instrument d’opportunité permettant d’atténuer la rigidité juridique¹⁸⁴⁰, elle pourrait avoir une fonction similaire en droit international. Il faudrait alors se demander jusqu’où la politique pourrait l’emporter sur le droit et si en particulier toutes les limitations actuelles et futures de cet instrument ne pourraient pas

¹⁸³⁸ LEFRANC Sandrine, *Politiques du pardon – Amnistie et transitions démocratiques – Une approche comparative*, thèse., *op. cit.*, p. 245.

¹⁸³⁹ BAUDOUIN Patrick, « Juridictions internationales et compétence universelle. Vers une justice sans frontières », *La nouvelle lettre de la FIDH*, n° 32 du 14 février 2000, p. 2.

¹⁸⁴⁰ Voir : *supra*, la première partie de cette thèse.

céder dans certaines circonstances devant des exigences politiques, d'autant plus lorsque ces limitations s'appliquent à l'amnistie des dirigeants politiques, ces derniers n'étant plus uniquement les bâtisseurs du droit international depuis qu'ils en sont les sujets.

La réponse à cette question dépend en premier lieu de la vérification de l'hypothèse selon laquelle une amnistie internationale encadrée des dirigeants politiques pourrait apparaître (I). Elle laisse en second lieu penser que, quoi qu'il en soit, il existera toujours, comme en droit interne, une amnistie internationale *de facto* pouvant bénéficier à des dirigeants politiques, ce qui nuance une nouvelle fois les limitations de cette catégorie de clémence, bien que l'amnistie puisse alors n'être que temporaire (II).

I. L'hypothèse de l'apparition d'une amnistie internationale encadrée excluant les dirigeants politiques auteurs de crimes internationaux

De même que l'amnistie – y compris lorsqu'elle bénéficie à des dirigeants politiques – a une certaine utilité en droit interne¹⁸⁴¹ et parce que cette institution existe, bien que sous des formes différentes, dans la plupart des systèmes constitutionnels¹⁸⁴², elle pourrait être nécessaire en droit international. Il en ressort alors l'hypothèse de l'apparition d'une amnistie internationale pouvant s'appliquer à des gouvernants (A). Néanmoins, cette amnistie devra nécessairement être encadrée, ce qui complique les conditions de son apparition (B).

A. Le besoin d'amnistie en droit international

Le besoin d'amnistie, y compris des dirigeants politiques, en droit international peut être illustré de deux manières. D'une part, l'attitude ambivalente de l'ONU est très révélatrice. On a déjà évoqué son action dans la lutte contre l'impunité, pour promouvoir l'obligation de poursuivre les principaux responsables des violations des droits de l'homme, mais dans sa fonction de maintien de la paix, elle encourage également parfois l'adoption d'une amnistie (A). D'autre

¹⁸⁴¹ Comme nous l'avons démontré dans la partie 1 de cette thèse (Voir, *supra* : pp. 75 à 373).

¹⁸⁴² Nous avons expliqué par exemple que le pouvoir amnistiant n'est pas toujours confié au même organe constitutionnel (*Ibid*).

part, certains sujets du droit international demandent régulièrement à des Etats d'adopter une amnistie dans des cas précis au nom du droit humanitaire, en attendant de faire évoluer leur législation (B).

1. L'attitude ambivalente de l'ONU et d'autres organisations gouvernementales face à l'amnistie

Le besoin d'amnistie en droit international est illustré par le comportement de l'ONU, qui est hostile à l'amnistie lorsqu'elle promeut la protection internationale des droits de l'homme, mais ne l'est pas dans sa fonction de maintien de la paix. Le fait que l'Organisation des Etats américains (OEA) et l'Organisation de l'Unité Africaine¹⁸⁴³ (OUA) aient souvent avalisé les mêmes accords renforce cette impression.

En vertu de l'article premier de la Charte des Nations Unies, parmi les buts de l'ONU, on retrouve celui de « *maintenir la paix et la sécurité internationales* » en réalisant notamment :

« Par des moyens pacifiques, conformément aux principes de la justice et du droit international, l'ajustement ou le règlement de différends ou de situations, de caractère international, susceptibles de mener à une rupture de la paix¹⁸⁴⁴ ».

On y trouve également, celui de :

« Réaliser la coopération internationale (...) en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous¹⁸⁴⁵ ».

Dans sa première fonction, l'ONU a supervisé la conclusion de deux sortes d'accords : les uns prévoyant expressément une amnistie, les autres tolérant voire légitimant une mesure de

¹⁸⁴³ Il devrait en être de même de l'Union Africaine (UA), l'organisation ayant succédé à l'OUA en 2002.

¹⁸⁴⁴ Charte des Nations Unies adoptée à San Francisco le vingt-six juin 1945, *op. cit.*, chapitre I, article premier, 1.

¹⁸⁴⁵ *Ibid*, article premier, 3.

clémence postérieure. Les accords de *Governors Island*¹⁸⁴⁶ mettant fin à la guerre civile haïtienne provoquée par le coup d'Etat de Raul Cedras¹⁸⁴⁷ relèvent de la première catégorie puisqu'ils accordaient aux militaires la possibilité d'être amnistiés pour les crimes commis en échange de leur abandon du pouvoir. Négociés sous l'influence du président américain mais également de l'OEA et en présence du représentant spécial de l'ONU Dante Caputo, ils ont été approuvés par le Conseil de sécurité¹⁸⁴⁸ agissant dans sa fonction de maintien de la paix¹⁸⁴⁹. Cette amnistie apparaît donc comme légitimée¹⁸⁵⁰ par l'ONU comme d'ailleurs par l'OEA. Quant aux accords de paix de Mexico¹⁸⁵¹ mettant fin à la guerre civile au Salvador, ils peuvent être rangés dans la deuxième catégorie de traités de paix, celle où l'ONU a semblé tolérer l'adoption d'une amnistie postérieure à ce qui avait été négocié sous son autorité. Pourtant, l'article 5 de cet accord intitulé « *Fin de l'impunité* » laissait penser que les coupables de crimes

¹⁸⁴⁶ Accords de *Governors islands*, accords entre le président de la République d'Haïti et le Commandant en chef des forces armées d'Haïti conclus le 3 juillet 1993, *op. cit.*

¹⁸⁴⁷ Voir, *supra* : note 795, p. 257.

¹⁸⁴⁸ « [Le Conseil de sécurité] *prenant note en l'approuvant de l'accord de Governors island entre le président de la République d'Haïti et le Commandant en chef des forces armées d'Haïti...* » (Résolution 861, 27 août 1993, S/RES/861 (1993)).

¹⁸⁴⁹ Selon la résolution *Acheson* de l'Assemblée générale de l'ONU par laquelle cette Assemblée se reconnaît le droit d'intervenir dans tout cas de menace contre la paix, de rupture de la paix ou d'agression s'il y a défaillance du Conseil de sécurité, il est expressément précisé qu'en agissant pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales, ce dernier « *s'acquitte de sa responsabilité principale* » (résolution 377 (V), 3 novembre 1950).

¹⁸⁵⁰ C'est ce que considère par exemple le professeur Scharf : « *Before supporting or endorsing such amnesties and thereby condoning acts of international barbarism, the United Nations, as an organization committed to furthering human rights, and the United States, as the twentieth century's last remaining superpower should more fully consider whether peace achieved in this manner is worth the long-term price. (...) And what of international law?* » (SCHARF Michael P., « *Swapping amnesty for peace: was there a duty to prosecute international crimes in Haiti ?* », *op. cit.*, pp. 39-40). Voir, aussi: CASSEL Douglass, « *Lessons from the America's guideline for international response to amnesties for atrocities* », *op. cit.*, pp. 226-227.

¹⁸⁵¹ *Mexico Peace agreements* (Salvador), Mexico City, *op. cit.*

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

les plus graves commis avant 1992 seraient jugés et sanctionnés¹⁸⁵². Néanmoins, comme le fait remarquer Carsten Stahn¹⁸⁵³, si le Secrétaire général de l'ONU a bien exprimé sa préoccupation lorsque la loi d'amnistie générale initiée par le président de la République salvadorienne a été adoptée en 1993, il ne l'a pas pour autant condamnée. C'est de ce point de vue qu'il semble avoir admis cette disposition de clémence. Le Secrétaire général a également un rôle important dans le maintien de la paix d'après l'article 99 de la Charte des Nations Unies puisqu'il peut :

« Attirer l'attention du Conseil de sécurité sur toute affaire qui, à son avis, pourrait mettre en danger le maintien de la paix et de la sécurité internationales¹⁸⁵⁴ ».

¹⁸⁵² « *The parties recognized the need to clarify and put an end to any indication of impunity on the part of the officers of the armed forces, particularly in cases where respect for human rights is jeopardized. To that end, the parties refer this issue to the Commission on the Truth for consideration and resolution. All of this shall be without prejudice to the principle, which the parties also recognize, that acts of this nature (...) must be the object of exemplary action by the law Courts so that the punishment prescribed by law is meted out to those found responsible* » (*Ibid*, article 5).

¹⁸⁵³ STAHN Carsten, « United Nations peace-building, amnesties and alternative forms of justice: A change in practice », *op. cit.*, p. 193. Selon Douglas Cassel : « *Had the United Nations Secretary-General been informed of the state of international law on amnesties, at least in the Americas, he could have denounced this amnesty as a violation of international law. (...) « It would have been better » he offered, « if the amnesty had been taking after a broad degree of national consensus had been created in favor of it ». No, it would not have been better. Under Inter-American law as expounded by late 1992, the 1993 amnesty law violated El Salvador's international legal obligations, a fact which not amount of public consultation could suffice to overcome* » (CASSEL Douglass, « Lessons from the America's guideline for international response to amnesties for atrocities », *op. cit.*, pp. 224-225).

¹⁸⁵⁴ Charte des Nations Unies adoptée à San Francisco le vingt-six juin 1945, *op. cit.*, chapitre XV, article 99.

Dès lors, les organes de l'ONU intervenant dans sa fonction de maintien de la paix ne s'opposent pas toujours à l'amnistie. Il s'avère même que dans certains cas – ces deux accords ont en commun d'intervenir dans une situation de transition démocratique – l'amnistie puisse avoir une certaine utilité en droit international, comme le montre également l'article 6(5) du protocole II aux conventions de Genève précité. Il faut d'ailleurs ajouter qu'il pourrait y avoir une évolution de l'attitude de l'ONU depuis la fin des années 90, prenant en compte l'instauration progressive en droit international de l'obligation de poursuivre les principaux responsables violations des droits de l'homme, lorsqu'elle approuve l'adoption d'une amnistie à l'occasion de la conclusion d'accords de paix. Par exemple, dans les négociations de paix au Guatemala, encouragées par l'ONU, qui se sont tenues entre 1994 et 1996, alors que l'on pouvait croire qu'une amnistie générale serait adoptée, la possibilité d'une clémence fut limitée aux crimes contre l'Etat, contre les institutions et l'administration ou aux crimes de droit commun directement, objectivement et intentionnellement liés à des crimes politiques, après l'intervention du Secrétaire général Boutros Boutros-Ghali¹⁸⁵⁵. Plus tard en 1999, les accords de cessez-le-feu de Lusaka concernant la République du Congo, négociés en présence d'un « envoyé spécial » nommé par le Secrétaire général de l'ONU mais aussi avec le soutien de l'OUA,¹⁸⁵⁶ prévoyaient une amnistie limitée :

« Les pays d'origine des membres des groupes armés s'engagent à prendre toutes les mesures nécessaires pour faciliter leur rapatriement. Ces mesures peuvent comprendre l'amnistie, dans les pays où cette mesure a été jugée avantageuse. Toutefois cette mesure ne s'appliquera pas dans le cas des suspects du crime de génocide¹⁸⁵⁷ ».

¹⁸⁵⁵ CASSEL Douglass, « Lessons from the America's guideline for international response to amnesties for atrocities », *op. cit.*, pp. 222-223.

¹⁸⁵⁶ Le préambule de l'accord évoque : « le mandat, contenu dans le Communiqué commun de Victoria Falls II, confié aux ministres de la défense et à d'autres fonctionnaires, d'élaborer, en étroite collaboration avec l'OUA et l'ONU, les modalités de mise en œuvre d'un cessez-le-feu immédiat et de créer un mécanisme pour assurer le suivi du respect des dispositions du cessez-le-feu » (accord de cessez-le-feu en République démocratique du Congo, conclu à Lusaka, 10 juillet 1999, S/1999/815).

¹⁸⁵⁷ *Ibid*, §22.

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

En conséquence, si le besoin d'amnistie était à nouveau cautionné par l'ONU dans cet accord¹⁸⁵⁸, il ne pouvait s'appliquer au crime de génocide. L'accord de paix signé à Lomé quelques jours plus tôt concernant la Sierra Leone allait même plus loin puisqu'il excluait également les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et autres violations graves des droits de l'homme¹⁸⁵⁹.

L'amnistie ne disparaît donc pas des accords conclus dans le cadre de la mission de maintien de la paix de l'ONU, même si elle est limitée. Il semble qu'elle reste nécessaire dans ce type de situations.

Or, la défiance de l'ONU envers l'amnistie lorsqu'elle agit dans sa deuxième fonction, c'est à dire en tant que gardienne des droits de l'homme, est parfaitement incarnée par les travaux de la commission des droits de l'homme dans la lutte contre l'impunité¹⁸⁶⁰. Dans ce cadre, toutes les mesures de clémence ont été dénoncées à plusieurs reprises comme contribuant à l'impunité des auteurs de violations des droits de l'homme¹⁸⁶¹.

¹⁸⁵⁸ Cet accord a été « *accueill[i] avec satisfaction* » par le Conseil de sécurité qui demandait « *à toutes les parties au conflit, en particulier aux mouvements de rebelles, de cesser les hostilités, d'appliquer intégralement et sans délai les dispositions de l'accord de cessez-le-feu, de coopérer pleinement avec l'OUA et l'ONU à l'application de l'accord* » lors de sa 4032^{ème} séance (résolution 1258 (1999), 6 août 1999, §§ 1 et 4).

¹⁸⁵⁹ Accord de paix signé à Lomé, 7 juillet 1999, S/1999/777, article IX. Nous avons d'ailleurs expliqué que le Statut de la Cour spéciale pour la Sierra Leone mise en place un an plus tard reprenait cette limitation de l'amnistie (voir, *supra* : p. 432). Là encore, l'ONU comme l'OUA ont été fortement impliquées dans les négociations. Le processus de paix a d'ailleurs été légitimé par le Conseil de sécurité dans plusieurs résolutions (Par exemple : résolution 1270 (1999), 22 octobre 1999, § 2 : « *Le Conseil de sécurité (...) invite les parties à respecter tous les engagements qu'elles ont pris en vertu de l'accord de paix pour faciliter le rétablissement de la paix, la stabilité, la réconciliation nationale et le développement en Sierra Leone* »).

¹⁸⁶⁰ Nous nous référons ici tout particulièrement aux différents rapports faits à cette commission déjà cités en introduction de cette thèse (voir : *supra*, note 206 p. 67).

¹⁸⁶¹ *Ibid.*

C'est en raison de ces deux postures de l'ONU qu'elle paraît avoir une attitude ambivalente face à l'amnistie, mais qu'elle illustre également le besoin d'amnistie en droit international, d'autant plus que l'OEA et l'OUA se sont souvent associées à sa démarche. La position d'autres organisations va dans le même sens.

2. La revendication de l'amnistie par d'autres organisations internationales

Des organisations internationales, qu'elles soient ou non gouvernementales, défendent également au cas par cas l'idée d'une amnistie, lorsqu'elles considèrent que le droit de l'Etat n'est pas conforme aux grands principes juridiques des régimes démocratiques, tout en l'associant habituellement à l'impunité. Il est évident que cela pourrait être illustré par l'Organisation *Amnesty international*¹⁸⁶², dont le nom évoque le besoin de clémence mais qui la dénonce régulièrement lorsqu'elle favorise, selon elle, le viol du droit humanitaire. Cependant, un autre exemple, celui de l'Union interparlementaire, est particulièrement significatif pour notre étude. En effet, cette Organisation créée pour favoriser les contacts entre les organes constitutionnels législatifs¹⁸⁶³, tout en promouvant la paix et le recours aux pratiques arbitrales dans la résolution des conflits, a revendiqué à plusieurs occasions une amnistie pour des dirigeants politiques.

Il en a été ainsi s'agissant de la République de Djibouti. En effet, le 26 décembre 1994 des accords-cadres de paix étaient signés entre le gouvernement et le Front pour la restauration de l'Unité et de la démocratie (FRUD). Ces accords prévoyaient notamment la démobilisation des

¹⁸⁶² Parmi les nombreux communiqués d'*Amnesty international*, voici celui qui a été diffusé au sujet de la possible amnistie générale en Afrique du Sud pour les personnes ne s'étant pas vu octroyer le bénéfice de la clémence par la commission vérité et réconciliation : « *L'organisation est préoccupée par le fait qu'une loi d'amnistie générale, ou une amnistie globale par défaut, pour le Kwazulu-Natak ou au niveau national, restent envisagées. Dans son rapport publié en octobre 1998, la commission vérité et réconciliation s'est fermement et à juste titre prononcée contre cette option afin d'éviter une culture de l'impunité et d'implanter l'Etat de droit* » (Amnesty international, *Afrique du Sud : Pas d'impunité pour les auteurs d'atteintes aux droits humains*, Index AI : AFR 53/10/99).

¹⁸⁶³ Elle regroupe plus de 130 Parlements nationaux.

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

forces armées ainsi que la réinsertion des démobilisés. Ils furent suivis quelques années plus tard d'une amnistie dont étaient exclus les quelques députés ayant décidé de s'opposer ouvertement au gouvernement durant la crise. Cela fit l'objet d'un des multiples rapports du Conseil¹⁸⁶⁴ sur cet Etat, juste avant que ne soient signés les accords de paix définitifs¹⁸⁶⁵ :

« [Le Conseil] ayant à l'esprit la position déjà exposée à ses 166^{ème} et 167^{ème} sessions (...) à savoir qu'il serait indiqué, vu l'esprit de réconciliation dont témoigne l'accord-cadre, que les anciens députés qui se sont bornés à critiquer verbalement les autorités bénéficient également de l'amnistie ; notant l'avis des autorités, selon lequel l'octroi d'une amnistie aux députés concernés ne s'imposait plus, car ils pourront se présenter aux élections législatives de décembre 2001, étant donné que la période de cinq ans de privation de leurs droits politiques aura expiré d'ici là, (...) réitère sa conviction qu'en tenant les propos jugés offensants, les anciens parlementaires concernés n'ont fait qu'exercer leur droit à la liberté d'expression, qui serait totalement dénué de sens s'il ne comprenait pas le droit de critiquer l'exécutif et de dénoncer les abus éventuels¹⁸⁶⁶ ».

¹⁸⁶⁴ Le Conseil est l'organe directeur plénier de l'Union interparlementaire. Il peut adopter des résolutions ainsi que des déclarations. Plus formellement, cet organe qui était désigné auparavant comme le Conseil interparlementaire est désormais appelé le Conseil directeur.

¹⁸⁶⁵ Ils furent signés toujours entre le gouvernement et le FRUD, le 12 mai 2001.

¹⁸⁶⁶ CAS n° DJI /09, DJI /10, DJI/11, La Havane 7 avril 2001. Un an plus tôt le Conseil avait justifié son intervention de la manière suivante : « *Il serait indiqué vu l'esprit de réconciliation dont témoigne l'accord-cadre, que les anciens députés, dont les attaques des autorités n'ont été que verbales, bénéficient également de l'amnistie.(...) l'accord-cadre résultant d'un dialogue engagé entre le Gouvernement et la rébellion, les cas tels que ceux des parlementaires concernés n'avaient pas été envisagés et que la loi d'amnistie adoptée par l'Assemblée nationale ne visait que ceux qui avaient pris part à la rébellion (...). Sachant qu'en son article III intitulé « de la démocratie », l'accord-cadre affirme qu'il n'y a pas de République viable sans démocratie, ni de démocratie sans équilibre des pouvoirs, sans la pluralité de l'opinion, sans la liberté d'en faire état, et le droit d'agir pour les faire valoir (...), le Conseil regrette que l'Assemblée nationale n'ait pris aucune mesure pour remédier à la situation et veiller à ce que les anciens parlementaires, qui ont exercé leur droit à la liberté d'expression en attaquant*

La pression exercée par cette Organisation ne se relâcha qu'une fois l'amnistie accordée à ces députés :

« Considérant que, selon la lettre du président de l'Assemblée nationale du 12 septembre 2001, le président de la République a proposé à l'Assemblée nationale d'adopter une mesure de clémence et que la commission permanente de l'Assemblée nationale a suivi cette proposition et a prononcé une amnistie qui s'étend aux anciens députés concernés(...). [Le Conseil] décide de clore ce dossier¹⁸⁶⁷ ».

Cet exemple illustre le fait que certaines organisations internationales peuvent parfois encourager l'adoption d'une amnistie de dirigeants politiques. L'amnistie est donc reconnue et parfois considérée comme utile par des sujets du droit international. Toutefois, si le besoin d'amnistie se vérifie en droit international, les Etats devraient déterminer les conditions de son octroi.

B. Le besoin de standards internationaux relatifs à l'amnistie

Si l'on se réfère aux critères matériel et fonctionnel de l'obligation de poursuivre les dirigeants politiques auteurs de crimes internationaux, l'amnistie ne devrait être admise en droit international que si elle exclut de son bénéfice les principaux responsables de violations graves des droits de l'homme, hormis peut-être lorsqu'elle résulte d'un processus de justice transitionnelle lui-même conditionné. La conséquence de l'admission d'une amnistie limitée est la nécessité pour le droit international d'encadrer sa soumission à la politique (1). Mais cela poserait de multiples problèmes (2). En particulier, quel organe serait fondé à contrôler la pertinence d'une telle disposition par rapport au droit international sans s'immiscer dans la politique interne d'un Etat lorsque la disposition en question s'applique à un dirigeant politique ?

verbalement une instance officielle, bénéficient au moins du même traitement que ceux qui ont pris les armes contre le gouvernement » (Conseil interparlementaire, CAS n° DJI /09, DJI /10, DJI/11, Djakarta 21 octobre 2000).

¹⁸⁶⁷ CAS n° DJI /09; DJI /10. DJI/11, septembre 2001.

1 Des standards devant prendre en compte l'environnement politique de l'amnistie

L'encadrement de l'amnistie en général et de l'amnistie des dirigeants politiques en particulier est envisageable depuis l'augmentation du nombre de conventions de droit pénal international. C'est ce que faisait remarquer le professeur Scharf à propos de la situation d'Haïti. Pour lui comme pour le professeur Anthony d'Amato, si aucune voix ne s'est élevée en 1994 pour dénoncer juridiquement l'amnistie adoptée par le président Aristide, c'est que cet Etat n'avait ratifié aucune convention instaurant une obligation de poursuivre les principaux auteurs de crimes internationaux et ayant pu s'appliquer à ce conflit très particulier. Il rappelait que c'était un conflit interne et qu'aucun acte qualifiable de génocide n'avait été commis. En revanche, si ce type de convention s'était appliqué en Haïti, l'amnistie inconditionnelle adoptée lui aurait été contraire selon ces auteurs¹⁸⁶⁸. L'exemple récent de l'Argentine le confirme. La Cour suprême de Buenos Aires a annulé les lois d'obéissance due et du point final, en raison notamment de la contradiction avec le droit international de ces lois d'amnisties *de facto*¹⁸⁶⁹.

¹⁸⁶⁸ « Professor Anthony D'Amato recently wrote that he knew of no « international lawyer who has objected » to the Haitian amnesty – for-peace deal. The reason public international law generalists have (until now) been silent is not that international law has nothing to say on the issue of amnesty for perpetrators of atrocities, but rather that it did not apply to the situation in Haiti. Had the atrocities in Haiti occurred during an international conflict, the Geneva Conventions would have required prosecution; had the violence been directed at ethnic, national, racial, or religious groups, the Genocide Convention would have required prosecution; and had Haiti been a party to the Torture Convention, it would have required prosecution. Any amnesty conferred would have constituted a violation of treaty law and would not be subject to challenge in a variety of domestic and international fora. Unfortunately, none of these Conventions applied to the Haitian situation, and therefore, they played no role in the decision to swap amnesty for peace. Nor would these Conventions apply to most of the other countries now wrestling with their repressive pasts that have concluded, or are considering, similar amnesty-for-peace deals » (SCHARF Michael P., « Swapping amnesty for peace: was there a duty to prosecute international crimes in Haiti ? », *op. cit.*, pp. 39-40).

¹⁸⁶⁹ Le professeur Motala dans sa critique de la décision de la Cour constitutionnelle sud-africaine AZAPO cite d'autres exemples de l'application du droit international par les Etats : « *The Constitutional Court correctly*

De ce fait, si le droit international semble avoir besoin de l'amnistie, celle-ci ne peut être qu'encadrée, d'autant plus lorsqu'elle s'applique à des dirigeants politiques dont on a vu qu'ils devaient souvent être poursuivis en priorité. Cependant, cet encadrement ne se fait actuellement qu'en vertu de critères objectifs : la réalisation d'un certain type de crimes et la fonction ou la qualité du criminel. Il est possible de se demander comment le droit international peut concrètement limiter sa propre soumission à la politique.

La prise en compte juridique de ce facteur politique pourrait se faire suivant deux directions. En premier lieu, dans le cas où la justice transitionnelle serait légitimée en droit international¹⁸⁷⁰ – ce qui est la clef de son efficacité¹⁸⁷¹ – l'importance du contexte politique justifiant l'amnistie serait reconnue. Il faudrait alors que les parties se prononcent sur les critères d'une éventuelle exclusion des dirigeants politiques de cette reconnaissance afin qu'ils puissent être jugés par une juridiction pénale internationale¹⁸⁷². La nature du régime politique de l'Etat amnistiant devrait par exemple être prise en compte. Selon certains auteurs, comme William Bourdon, il

*observed that many emerging democracies have passed amnesty laws. However it failed to explain that in most instances persons guilty of crimes against humanity are excluded from amnesty provisions. For example, amnesty laws in the German Democratic Republic, Romania and Hungary have provided amnesty for political offences but have excluded amnesty for crimes against humanity. Similarly, Colombia in its comprehensive Amnesty Act of 1982, excluded those guilty of crimes against humanity such as torture, forced disappearance, or executions. Mahomed refers to the 1984 law in Argentina but fails to explain that this Law excluded amnesty for those accused of « atrocious and aberrant acts » (MOTALA Ziyad, « The Constitutional Court's approach to international law and its method of interpretation international the « Amnesty decision »: Intellectual honesty or political expediency? », *op. cit.*, pp. 49-50).*

¹⁸⁷⁰ Par exemple, à l'occasion de la prochaine renégociation du Statut de la Cour pénale internationale.

¹⁸⁷¹ « *The benefits of amnesty in terms of national reconciliation and a mechanism for discovering the truth might be partially compromised by a persisting obligation to surrender or extradite an amnestied individual to criminal jurisdiction abroad. First, it may be politically difficult for a state to extradite an individual to whom it has just given amnesty. Secondly, prospective amnesty applicants may be reluctant to exchange the truth for national immunity if they are still open to, and may even by that action open themselves to, international prosecution* » (O'SHEA Andreas, *Amnesty for crime in international law and practice*, *op. cit.*, p. 310).

¹⁸⁷² Voir, *supra* : pp. 605 et s.

serait difficile pour un juge étranger ou le Procureur de la CPI en particulier, de ne pas tenir compte d'une amnistie adoptée selon les règles constitutionnelles d'un Etat démocratique :

« Il est possible (...) de considérer que, de plus en plus, les juges saisis d'une plainte visant des crimes universels, s'il leur est opposé la loi d'amnistie, devront d'abord analyser les conditions dans lesquelles la loi d'amnistie a été promulguée. S'il leur est opposé une loi d'amnistie promulguée dans un pays démocratique et votée aux termes d'un débat national, à l'occasion duquel, il leur sera difficile de ne pas considérer que l'action publique est éteinte dès lors que la décision effaçant le fait punissable est l'expression de façon indiscutable de la volonté populaire. Ce cas de figure ne s'est pas présenté, mais il se présentera un jour devant un juge et tout sera évidemment une question d'appréciation au cas par cas. C'est d'ailleurs le sens de l'article 53 du Statut de la Cour pénale internationale, qui prévoit que le Procureur, s'il a la faculté d'ouvrir une enquête peut décider de ne pas engager de poursuites s'il considère 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 ». Les rédacteurs du Statut de la Cour pénale internationale ont voulu laisser ainsi « carte blanche » au Procureur de prendre une décision évidemment tout à fait politique, c'est à dire une décision aux termes de laquelle il arbitrera entre l'exigence de paix et de réconciliation et l'exigence de justice et de vérité¹⁸⁷³ ».

En revanche, au regard de l'évolution actuelle du droit international comme de la politique du Procureur de la CPI¹⁸⁷⁴, il est douteux que ces critères puissent s'appliquer aux amnisties bénéficiant à des dirigeants soupçonnés d'être responsables de violations graves des droits de l'homme.

En second lieu, d'après Madeline Morris, le degré de responsabilité individuelle en droit international pourrait être déterminé en fonction des contraintes politiques et financières pesant sur l'Etat désirant adopter une amnistie, ainsi que par l'éventuel défaut de volonté de cet Etat. Cependant, selon le même auteur, seules les deux premières contraintes pourraient diminuer la part de responsabilité imputable au criminel. De plus, le droit international devrait également

¹⁸⁷³ BOURDON William, « Amnistie », *op. cit.*, p. 39.

¹⁸⁷⁴ Voir, *supra*, p. 621.

tout faire pour empêcher cette soumission à la politique en réduisant ces contraintes¹⁸⁷⁵, ce qui éviterait de devoir se prononcer sur la légitimité d'une amnistie. Là encore, la prise en compte de ces facteurs politiques ne s'appliquerait aux gouvernants que dans le cas où ils ne seraient pas soupçonnés d'avoir initié ou perpétré des crimes internationaux.

Mais cette prise en compte par le droit international de sa propre soumission à la politique semble difficile en raison de la nécessité de recueillir l'approbation d'un nombre important d'Etats. C'est ce qu'exprime Jean-François Roulot de la manière suivante :

« Certains Etats ont intérêt par principe à s'opposer à cette justice. En effet, le crime contre l'humanité est commis par des gouvernants dans l'exercice de leurs fonctions. Ces criminels-gouvernants ne signeront pas de convention pour définir le crime et se soumettre à la justice. De plus, ils feront tout diplomatiquement pour faire échouer les conférences ou les travaux concernant cette justice. Ce n'est qu'après un changement de régime politique lorsque de nouveaux gouvernants accèdent au pouvoir, que la participation de cet Etat à la justice internationale est envisageable. Toutefois cette participation risque d'être limitée par des considérations de réconciliation nationale. Ainsi les nouveaux gouvernants pourraient encore entraver les tentatives de répression dirigées contre les anciens (...). D'autres Etats se méfient de la justice internationale pénale. Certes les gouvernants ne sont pas des criminels, mais ils craignent que cette justice ne se retourne contre eux de manière imprévisible (...) En définitive, si les freins à une telle justice sont politiques, il appartient aux citoyens des différents Etats de faire valoir leurs droits. La justice internationale a pour fonction de protéger les citoyens contre les débordements criminels des gouvernants. Dès lors, les

¹⁸⁷⁵ « *Others factors determining the type and extent of accountability required would relate to the three chronic obstacles to accountability: political constraints, resources limitations, and lack of will. Political constraints and resource limitations may diminish the degree of accountability and redress that a state can realistically be required to achieve in a given context (for example, the number of defendants to be prosecuted may have to be smaller than the total number of perpetrators). However, a diminution in standards of accountability should be the very last resort, not the first response, to such obstacles. The first line of response should be the provision of international facilitation in overcoming those obstacles in order to achieve the greatest possible measure of accountability and redress. Such facilitation may also be useful in addressing a lack of will to achieve accountability, as discussed below* » (MORRIS Madeline H., « International guidelines against impunity: facilitating accountability », *op. cit.*, p. 34).

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

Etats peuvent-ils légitimement invoquer leur intérêt ou leur réticence pour ne pas participer à cette justice, et par suite écarter les garanties offertes à leurs citoyens¹⁸⁷⁶ ? »

Les modalités de cette reconnaissance ne constituent d'ailleurs pas l'unique problème. Il faudrait en effet aussi déterminer qui aurait alors l'énorme pouvoir de contrôler l'octroi de l'amnistie par les Etats, une détermination tellement difficile qu'elle est probablement irréaliste.

2. Le problème posé par l'application de ces standards

Pour formuler le principal problème posé par une éventuelle prise en compte du caractère d'opportunité de l'amnistie par le droit international, il est possible de reprendre le raisonnement du professeur Jean-François Kervegan¹⁸⁷⁷. Ce dernier faisait en effet remarquer que la première grande amnistie de la littérature était celle se trouvant à la fin de l'« Odyssée », et permettant d'empêcher une seconde guerre civile après le retour d'Ulysse. Or, la personne ayant adopté cette mesure de clémence est ... Zeus. La question que se posait Jean-François Kervegan était donc : qui peut assumer le rôle de Zeus en droit international ? Il faudrait ajouter une seconde question : jusqu'où pourrait aller le pouvoir amnistiant de Zeus ? Deux réponses peuvent être faites à ces interrogations. La première est que les Etats conservent un pouvoir amnistiant sous le contrôle de « Zeus ». La seconde qui n'est pas contradictoire avec la première serait que « Zeus » puisse adopter une véritable amnistie internationale s'appliquant à tous les Etats. Il faut alors envisager quelles sont les institutions qui pourraient assumer ce double rôle de contrôle mais aussi d'exercice du pouvoir amnistiant en droit international.

Nous avons déjà pu percevoir que le Procureur de la CPI avait la faculté de ne pas déférer à la Cour certaines affaires s'il « *conclut qu'il n'y a pas de base raisonnable pour poursuivre en vertu du (...) Statut*¹⁸⁷⁸ », en particulier :

¹⁸⁷⁶ ROULOT Jean-François, *Le crime contre l'humanité*, *op. cit.*

¹⁸⁷⁷ A l'occasion de la *Table ronde du 21 janvier 2005 à l'UMR de droit comparé de Paris sur la prescription, la grâce et l'amnistie*, Recherche : amnistie, grâce, prescription en Europe, UMR droit comparé, Mission « Droit et justice », 2005, à paraître.

¹⁸⁷⁸ Statut de Rome de la Cour pénale internationale, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002, *op. cit.*, article 53-1.

« 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 justice¹⁸⁷⁹ »,

ou

« Compte tenu de toutes les circonstances, y compris la gravité du crime, les intérêts des victimes, l'âge ou le handicap de l'auteur présumé et son rôle dans le crime allégué¹⁸⁸⁰ ».

Lorsque sa décision est fondée sur de telles considérations, il doit en informer la Chambre préliminaire. Néanmoins, le Procureur n'est pas le seul organe à pouvoir décider de l'opportunité de la clémence. En effet, en vertu de l'article 110 du même Statut, comme des Statuts des divers tribunaux pénaux internationaux, un condamné pourra bénéficier d'une commutation de peine en vertu des lois de l'Etat dans lequel il est emprisonné, à condition que le président de la Cour¹⁸⁸¹ – ou la Cour elle-même – décide de son opportunité. Selon Andreas O'Shea, cette faculté pourrait représenter une amnistie après condamnation¹⁸⁸², ce qui est discutable pénalement¹⁸⁸³. Pour autant, si l'on souscrit à cette opinion, la CPI ou les présidents de tribunaux pénaux internationaux peuvent avoir un certain pouvoir amnistiant en droit international. On rappellera tout de même que dans le cadre des juridictions pénales internationales, la priorité est accordée à la poursuite des principaux responsables des crimes

¹⁸⁷⁹ *Ibid*, article 53-1-c).

¹⁸⁸⁰ *Ibid*, article 53-2-c).

¹⁸⁸¹ S'agissant des TPI.

¹⁸⁸² « *The relevant articles refer to pardon rather than amnesty but it is possible to interpret the word pardon to include amnesty. The objections to amnesty for an international crime would presumably apply equally to pardon. However, the decision to give effect to a national pardon will follow the sentence of the tribunal and the state in which the person is imprisoned will not necessarily be the same state which affords that individual amnesty. Where this is the case the amnesty cannot be implemented* » (O'SHEA Andreas, *Amnesty for crime in international law and practice*, *op. cit.*, p. 118).

¹⁸⁸³ Selon le professeur Delmas-Marty lors de la *Table ronde du 21 janvier 2005 à l'UMR de droit comparé de Paris sur la prescription, la grâce et l'amnistie*, *op. cit.*, Recherche : amnistie, grâce, prescription en Europe, UMR droit comparé, Mission « Droit et justice », 2005, à paraître.

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

internationaux et que les dirigeants politiques auteurs de tels crimes devraient difficilement pouvoir prétendre à une telle mesure de clémence. En outre, cette idée s'oppose à un principe que l'on trouve dans tous les systèmes constitutionnels nationaux : le fait que l'amnistie ne soit attribuée par le pouvoir judiciaire que sur délégation du pouvoir amnistiant.

En revanche, il ne serait pas contraire à ce principe que l'organe qui assure la surveillance de l'octroi, ou l'attribution elle-même, d'une amnistie des dirigeants soit plus politique. Ainsi, nous avons expliqué que le Conseil de sécurité pouvait dans le cadre du Statut de la CPI décider de l'ouverture d'une enquête¹⁸⁸⁴. Ce pouvoir pourrait justifier le fait qu'il joue le rôle de « Zeus » en droit international. Cette hypothèse est envisagée mais rejetée par le professeur Pierre-Marie Dupuy pour les raisons suivantes :

« Cette logique a certes sa raison d'être et il ne faut pas forcément la flétrir, l'organe de la sécurité collective étant un organe politique. Mais elle va à l'encontre de l'objectif de la CPI qui est exprimé dans le préambule de son Statut : la commission des grands crimes internationaux ne doit en aucun cas échapper aux poursuites¹⁸⁸⁵ ».

Pourtant, il n'en renie pas la logique, bien que l'on puisse ajouter que cet organe souffre certainement de son manque de représentativité par rapport à l'Assemblée générale de l'ONU, dont on pourrait imaginer qu'elle revendique également ce rôle. Les dirigeants politiques seraient alors en mesure de bénéficier d'une amnistie pour des raisons politiques, sauf s'il était reconnu conventionnellement que les principaux responsables de la perpétration de certains crimes ne bénéficieraient jamais de ce type d'amnistie.

Enfin, il pourrait être envisagé de créer un organe *sui generis* chargé d'authentifier ou d'octroyer une amnistie en droit international, mais cette hypothèse souffre de son manque de réalisme en particulier parce qu'un tel organe serait difficilement légitime.

¹⁸⁸⁴ Voir : *supra*, p. 446.

¹⁸⁸⁵ DUPUY Pierre-Marie (entretien réalisé par Sylvie Poilleux et Cédric Klein), « la genèse de la CPI », *op. cit.*, p. 3.

En conclusion sur ce point, l'encadrement de l'amnistie par le droit international amènerait à donner un certain pouvoir amnistiant à des institutions ou organes internationaux. Cependant, cette amnistie perdrait son caractère d'opportunité à être trop encadrée et sans des conditions strictement définies, il paraît difficile de penser que les Etats puissent octroyer un pouvoir amnistiant, autre qu'une simple faculté de contrôle de l'amnistie, à un élément extra-étatique sans souveraineté propre. Cette solution conduirait d'ailleurs inévitablement à une très forte limitation de l'amnistie des dirigeants politiques. Plus réaliste semble la survivance d'une amnistie internationale *de facto* de ces derniers.

II. La plus probable hypothèse de la subsistance d'une amnistie internationale de facto des dirigeants politiques

« Arbitraire géopolitique (...) : selon que vous serez du Nord ou du Sud, puissants ou misérables, la justice internationale vous traitera différemment. Pourquoi une telle intransigeance à l'égard de Milosevic et une telle clémence à l'égard de Vladimir Poutine pour les horreurs commises en Tchétchénie ? N'ont-ils pas commis des crimes en tous points comparables, voire pires en ce qui concerne le Caucase ? Pourquoi avoir refusé d'instruire de manière impartiale la plainte contre d'éventuels crimes de guerre commis par les forces de l'OTAN lors des frappes aériennes contre la Serbie et le Monténégro ? Les deux TPI concernent des Etats déjà relativement faibles – l'ex-Yougoslavie et le Rwanda – que la guerre civile ou le génocide ont affaiblis davantage. Faire jouer les mécanismes de la compétence universelle à l'encontre des généraux chinois ou russes pour leurs exactions au Tibet ou en Tchétchénie présente plus de risques que d'accuser des rwandais (qui représentent une part importante des condamnations effectives à travers le monde). Plutôt que d'une justice de vainqueurs, c'est d'une justice de puissants qu'il conviendrait de parler¹⁸⁸⁶ ».

C'est cette différence de traitement dénoncée en particulier par le magistrat Antoine Garapon qui pourrait se convertir en une amnistie internationale *de facto*, qui s'apparenterait à l'amnistie de fait existant souvent en droit interne¹⁸⁸⁷ tout en s'en distinguant par son caractère temporaire, voire précaire. En effet, cette amnistie internationale de fait n'étant pas soumise au droit mais

¹⁸⁸⁶ GARAPON Antoine, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner ; pour une justice internationale*, op. cit., p. 79.

¹⁸⁸⁷ Sur l'auto-amnistie de fait, voir, *supra* : pp. 269 à 278.

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

à la politique, elle ne respectera pas le principe de sécurité juridique. Son bénéficiaire n'aura donc aucune garantie de sa durée, ce qui la rend conciliable avec la justice pénale internationale. Cette limite temporelle peut s'exprimer dans deux situations : celle de l'extradition (A) et celle des rapports diplomatiques multilatéraux (B).

A. Le caractère aléatoire de l'amnistie internationale de facto résultant de considérations politiques internes : le cas de l'extradition

Les priorités politiques internes ne s'exercent pas toujours en faveur de l'amnistie, bien au contraire. Ainsi, lorsque le général Pinochet a été arrêté en Angleterre, un mouvement avait déjà été initié pour favoriser le jugement de l'ancien dictateur dans son propre pays. Ce mouvement était imprégné par le discours du président chilien par lequel pour la première fois il fut demandé pardon aux victimes du régime de Pinochet et dont il profita pour protester publiquement contre la décision de la Cour suprême¹⁸⁸⁸ de continuer à appliquer l'amnistie¹⁸⁸⁹. Lorsque l'Espagne a demandé l'extradition d'Augusto Pinochet à l'Angleterre, l'action nationale des victimes s'est intensifiée.

Pour autant, des considérations politiques internes peuvent également justifier le soutien à une amnistie de fait protégeant un individu, et plus particulièrement un ancien dirigeant politique, de toute poursuite au niveau international comme par un Etat étranger. Depuis la généralisation des traités pénaux internationaux mettant en place une obligation universelle de poursuivre, la règle est de juger ou d'extrader les auteurs des crimes les plus graves¹⁸⁹⁰. En adoptant une amnistie, l'Etat requis pourrait empêcher à la fois le jugement et l'extradition d'une personne soupçonnée de tels crimes, et donner de fait une portée internationale à cette amnistie. Cette situation est prise en compte par des conventions multilatérales et bilatérales. Cela n'en laisse pas moins une certaine place à l'amnistie internationale de fait des dirigeants politiques dans

¹⁸⁸⁸ Corte Suprema de Chile, Aug. 24, 1990, *Insunza Bascunan, Ivan Sergio (recursi de inaplicabilidad)*, *op. cit.*, pp. 64 à 86.

¹⁸⁸⁹ Sur l'attitude de Patricio Aylwin face au décret-loi de 1978, voir : *supra*, pp. 199 et s.

¹⁸⁹⁰ Voir, *supra* : pp. 527-528.

les relations entre l'Etat requérant et l'Etat requis amnistiant (1). Il en va autrement s'agissant des rapports entre un Etat requérant et l'Etat requis lorsque le gouvernant est amnistié en droit ou de fait par un Etat tiers (2).

1. Une certaine place de l'amnistie dans les relations entre l'Etat requérant et l'Etat requis

Les traités multilatéraux instaurant une obligation de juger ou d'extrader sont de plus en plus nombreux et représentatifs. Nous avons ainsi déjà pu évoquer la convention sur la prévention et la punition du crime de génocide du 9 décembre 1948¹⁸⁹¹, celle de Genève relative à la protection des civils en temps de guerre de 1949¹⁸⁹² ou encore la convention contre la torture et les autres peines et traitements cruels inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984¹⁸⁹³. Leur conséquence est que les dispositions amnistiantes visant les crimes les plus graves peuvent être écartées pour accorder une extradition¹⁸⁹⁴. Si bien que pour être admise comme motif de refus d'extradition en vertu de la règle *non bis in idem* reconnue en droit international¹⁸⁹⁵, l'amnistie devra alors s'appliquer uniquement après condamnation.

¹⁸⁹¹ *Op. cit.*, articles 4 et 7.

¹⁸⁹² *Op. cit.*, article 148.

¹⁸⁹³ *Op. cit.*, articles 8-2, 9, 10 et 11.

¹⁸⁹⁴ C'est ce que le professeur Cassel conclut de l'étude de ces conventions : « *They [The United States and OAS] can deny the legal validity of amnesties for such purposes as extradition and political asylum* » (CASSEL Douglass, « Lessons from the America's guideline for international response to amnesties for atrocities », *op. cit.*, pp. 203-204).

¹⁸⁹⁵ « *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* » (Pacte international relatif aux droits civils et politiques, *op. cit.*, article 14-7).

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

La difficulté de l'application de cette règle est que, même lorsque l'amnistie intervient avant condamnation, l'Etat requis peut l'interpréter comme empêchant toute extradition. C'est ce que fait remarquer Andreas O'Shea à propos de la loi argentine de pacification nationale du 22 septembre 1983 abrogée en 1987. Son article 5 prévoyait que nul ne pourrait être interrogé, poursuivi ou cité à comparaître pour des soupçons de crimes ou de participation à des actes couverts par l'article 1 de cette même loi. Cette disposition paraissait clairement exclure la possibilité d'une extradition pour ces crimes. Au contraire, d'après Andreas O'Shea, l'amnistie sud-africaine ne pouvait être interprétée comme empêchant toute extradition de ses bénéficiaires. La section 233 de la Constitution sud-africaine relative au droit international précise en effet que les lois doivent être interprétées par les juridictions dans le sens se rapprochant le plus du droit international¹⁸⁹⁶ et que les crimes amnistiés relevaient de l'obligation de « poursuivre ou d'extrader ». Il sous-entend même que le pouvoir politique aurait excédé sa propre compétence en donnant à l'amnistie des effets extra-territoriaux¹⁸⁹⁷. Cependant, toujours d'après cet auteur, l'amnistie permettait de bénéficier de l'impossibilité d'extrader pour des infractions politiques dans la mesure où, on l'a expliqué, seuls les crimes de cette nature pouvaient permettre de bénéficier de la clémence, à la seule condition qu'ils ne constituent pas des violations graves des droits de l'homme¹⁸⁹⁸.

Par conséquent, excepté vraisemblablement s'agissant des crimes internationaux, l'interprétation des effets extra-territoriaux de l'amnistie – si l'on considère que l'obligation de

¹⁸⁹⁶ « *When interpreting any legislation, every Court must prefer any reasonable interpretation of the legislation that is consistent with international law over any alternative interpretation that is inconsistent with international law* » (Constitution of the Republic of South Africa as adopted on 8 May 1996 and amended on 11 October 1996 by the Constitutional Assembly, *op. cit.*, section 233: Application of international law).

¹⁸⁹⁷ « *The applicant for amnesty cannot reasonably expect the government to promise any more than it can give, which is immunity before its own Courts* » (O'SHEA Andreas, *Amnesty for crime in international law and practice*, p. 308).

¹⁸⁹⁸ *Ibid.*

les poursuivre est de *jus cogens*¹⁸⁹⁹ – dépend de l'Etat requis amnistiant. Il pourrait ainsi être envisagé que le pouvoir politique d'un Etat reconnaissant à l'amnistie la faculté de s'appliquer à l'extradition fasse bénéficier de ce type de mesure de clémence un ou plusieurs dirigeants politiques afin d'empêcher leur comparution devant la justice d'un autre Etat.

C'est pour empêcher cette situation, mais aussi tous les problèmes que peut poser l'extradition, qu'ont été adoptées de nombreuses conventions multilatérales ou bilatérales lui étant consacrées. En Europe l'amélioration de la coopération judiciaire entre les Etats membres s'est traduite par la ratification de la convention relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union Européenne¹⁹⁰⁰ qui s'est ajoutée au dispositif existant¹⁹⁰¹. En vertu de cette dernière, le caractère politique de l'infraction ne peut ainsi plus être la cause de refus d'une extradition¹⁹⁰². Néanmoins, s'agissant de l'amnistie, elle stipule dans son article 9 que :

« L'extradition n'est pas accordée pour une infraction couverte par l'amnistie dans l'Etat membre requis si celui-ci avait compétence pour poursuivre l'infraction selon sa propre loi pénale¹⁹⁰³ ».

¹⁸⁹⁹ Voir : *supra*, pp. 561 à 567.

¹⁹⁰⁰ Acte du Conseil du 27 septembre 1996, *J.O.C.E.*, n° C. 313 du 23 octobre 1996. Pour un commentaire de cette convention, voir : CARTOU Louis, « A propos de la convention relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne », *L.P.A.*, 10 janvier 1997, n° 5, pp. 9 à 11.

¹⁹⁰¹ La convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957, la convention européenne pour la répression du terrorisme du 27 janvier 1977 (*J.O.* du 22 décembre 1987, p. 14954), la convention du 19 juin 1990 d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, le traité Benelux d'extradition et d'entraide judiciaire, la convention relative à la procédure simplifiée d'extradition établie par l'acte du Conseil du 10 mars 1995 (*J.O.C.E.* du 30 mars 1995) « de laquelle la présente convention est complémentaire », selon le professeur Cartou (*Ibid*).

¹⁹⁰² « Aucune infraction ne peut être considérée par l'Etat membre requis comme une infraction politique, un fait connexe à une telle infraction ou une infraction inspirée par des motifs politiques » (convention relative à l'extradition entre les Etats membres de l'UE, *op. cit.*, article 5).

¹⁹⁰³ *Ibid*, article 9.

Dès lors l'amnistie se voit effectivement octroyer des effets extra-territoriaux par cette convention dans la mesure où elle s'applique à des faits relevant de la compétence de l'Etat requis. Cela va dans le sens d'une consécration de la souveraineté et du caractère d'opportunité de l'amnistie puisque seul l'Etat compétent peut adopter une telle mesure de clémence. Cependant, dans le cas où plusieurs Etats membres auraient compétence en vertu d'un lien avec l'infraction amnistiée, l'Etat sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé des faits dispose de la prérogative amnistiante, même s'il faut préciser qu'en vertu du droit international il ne pourra s'en servir pour déroger à l'obligation de poursuivre un dirigeant politique responsable de crimes internationaux¹⁹⁰⁴.

L'amnistie peut donc à travers le refus d'extradition de l'Etat requis acquérir un effet extraterritorial susceptible de bénéficier à des dirigeants politiques auteurs de crimes non assortis d'une obligation de poursuivre en droit international. Mais sa place est encore plus grande lorsque l'amnistie est adoptée par un Etat tiers par rapport à la demande d'extradition.

2. Une place moindre de l'amnistie internationale de facto issue d'un Etat tiers à l'extradition

L'amnistie adoptée par un Etat qui n'est ni le requérant¹⁹⁰⁵ ni l'Etat requis ne devrait avoir aucune portée dans cette relation bilatérale. L'exemple de l'affaire Pinochet est une nouvelle fois révélateur.

Lorsque l'Espagne demanda son extradition au Royaume-Uni¹⁹⁰⁶, jamais le fait qu'il ait bénéficié d'une amnistie dans son Etat d'origine, le Chili, ne fut pris en considération par les

¹⁹⁰⁴ Voir : *supra*, pp. 450 à 458.

¹⁹⁰⁵ Il paraît de toute manière logique qu'un Etat requérant ne demande pas l'extradition d'un individu amnistié conformément à ses propres règles constitutionnelles.

¹⁹⁰⁶ Sur les circonstances de la demande d'extradition de l'Espagne au Royaume-Uni, voir : WILSON Richard J., « Prosecuting Pinochet: international crimes in Spanish domestic law », *op. cit.*, p. 933.

autorités politiques ni par la Chambre des lords¹⁹⁰⁷. Comme le fait remarquer là encore Andreas O'Shea à ce propos, le droit pénal anglais ne contient aucun principe permettant d'accorder des effets extra-territoriaux à l'amnistie d'un Etat tiers. En revanche, la procédure civile imposerait de la prendre en considération dans le cas où une *municipal Court* aurait à se prononcer sur la responsabilité civile d'une personne en bénéficiant¹⁹⁰⁸. Néanmoins, cette dernière ne pourrait pas être un dirigeant politique étranger en exercice selon le principe d'immunité de juridiction.

En pratique la seule portée qu'aurait l'amnistie adoptée par un Etat tiers dans le cadre d'une demande d'extradition serait politique, ce qui rend assez aléatoire le fait qu'elle puisse se transformer en une amnistie internationale *de facto* en raison de ses éventuels effets extra-territoriaux. Elle pourrait ainsi influencer la part d'opportunité constituant la décision d'extrader ou non une personne¹⁹⁰⁹. Si on ajoute cette amnistie à l'obstacle à l'extradition que représente l'immunité d'un dirigeant politique¹⁹¹⁰, elle-même issue de l'Etat dans lequel il exerce ses fonctions, il apparaît que l'amnistie peut avoir un certain poids lorsqu'elle provient de l'Etat d'origine du dirigeant.

Il existe un autre cas dans lequel une amnistie internationale *de facto* des dirigeants politiques peut être retrouvée : celui dans lequel un dirigeant politique n'est pas poursuivi pour d'autres raisons que diplomatiques. Elle se caractérise néanmoins par son caractère provisoire.

B. Le caractère provisoire des amnisties de facto mises en place pour des exigences exclusivement diplomatiques

¹⁹⁰⁷ Toutes ces décisions sont reproduites en anglais dans BRODY Reed, RATNER Michael, *The Pinochet papers*, *op. cit.*

¹⁹⁰⁸ O'SHEA Andreas, *Amnesty for crime in international law and practice*, *op. cit.*, pp. 311-312.

¹⁹⁰⁹ Andreas O'Shea dresse la liste des facteurs politiques susceptibles d'influencer l'attitude d'un Etat face à une amnistie étrangère (O'SHEA Andreas, *Amnesty for crime in international law and practice*, pp. 98-99).

¹⁹¹⁰ S'agissant des réponses apportées par les règles de compétence universelle à ces difficultés, voir : *supra*, pp. 463 et s.

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

Lorsque des considérations politiques internationales empêchent la poursuite d'un dirigeant politique – qu'il soit ou non encore en exercice – elles paraissent avoir les effets d'une amnistie. C'est ce qui conduit parfois à les qualifier d'amnistie de fait, et même d'amnistie internationale de fait, dès lors qu'elles pourraient conduire à éviter toute action pénale contre leur bénéficiaire quel que soit l'Etat désirant l'exercer. Toutefois, ces amnisties n'ont évidemment aucune valeur juridique lorsqu'elles contreviennent au droit positif international (1). Leurs conséquences pourront donc être aisément rejetées, politiquement comme juridiquement, surtout si la justice pénale internationale continue à se développer (2). C'est pour ces deux raisons qu'elle est extrêmement précaire.

1. Une amnistie internationale *de facto* à la valeur juridique toujours discutable

Exceptés les obstacles politiques traditionnels empêchant le jugement des dirigeants politiques vainqueurs¹⁹¹¹, il pourrait y avoir quatre cas d'impossibilité temporaire d'exercer des poursuites pénales contre un dirigeant politique pour des raisons politiques, qualifiables alors d'amnistie internationale *de facto*. Les deux premiers seraient non conventionnels. Ainsi, dans un article du *Courrier des Balkans*, le journaliste Mirko Klarin évoquait une « étrange « amnistie » américaine » :

« En ne se rendant pas à Zagreb, [l'ambassadeur américain pour les crimes de guerre] Pierre-Richard Prosper a montré que Washington n'était pas particulièrement intéressé à ce que soient jugés les généraux croates Ante Gotovina et Janko Bobetko, recherchés par le tribunal de La Haye pour des crimes commis contre des civils serbes. Permettre aux tribunaux locaux de juger les accusés qui ne seraient pas traduits devant

¹⁹¹¹ Le professeur Jacques Robert rappelle d'ailleurs que dans le passé, on ne jugeait pas les dirigeants vainqueurs. Au contraire il explique que l'on retrouve toujours des statues et monuments à leur gloire dans leurs Etats respectifs : « *Les rois, les empereurs vaincus étaient eux condamnés – pas juridiquement – à l'exil (...). Ce n'est finalement qu'au XXème siècle où les guerres devinrent mondiales (...) que l'on prit conscience que quelques hommes avaient d'effroyables responsabilités dans les holocaustes perpétrés et qu'il conviendrait tout de même qu'ils soient jugés un jour pour le sang versé. Après le temps – diablement trop long – de l'impunité, venait celui de la justice internationale* » (ROBERT Jacques, « Les grands criminels », *op. cit.*, p. 1214).

le TPI se heurte à un problème de taille : ces tribunaux se sont révélés incapables de juger les crimes de guerre locaux. Que 19 des 23 accusés en fuite, recherchés par le TPI obtiennent une amnistie effective des USA pose problème, d'autant plus que cela concerne des personnes qui pourraient être accusées de crimes de guerre sur le territoire de l'ancienne Yougoslavie. (...) On connaît déjà les noms de certaines personnes soupçonnées, parce qu'elles faisaient partie de certaines accusations en tant que participants à des entreprises criminelles.(...) Certains sont célèbres comme par exemple les anciens présidents monténégrins de la fédération yougoslave, Borislav Jovic et Momir Bulatovic, le dirigeant du Parti Radical serbe (...). Que se passerait-il si l'un d'entre eux était accusé maintenant ? Est-ce que « l'amnistie » américaine s'applique aussi à Seselj et Bulatovic au cas où le tribunal lancerait des mandats d'arrêts contre eux¹⁹¹² ? »

Comme nous l'avons expliqué, le TPIY devant achever prochainement sa mission, il apparaît que seuls les principaux responsables des crimes les plus graves comparâtront devant lui et que leurs subordonnés seront jugés devant les tribunaux locaux. Pourtant, ce journaliste sous-entend que certains d'entre eux, dont d'anciens dirigeants politiques, pourraient échapper à toute poursuite pénale, ce qui deviendrait une amnistie de fait. Il montre également qu'une telle situation serait précaire pour les bénéficiaires d'une éventuelle clémence politique internationale. Cependant, dès lors qu'une telle possibilité n'est absolument pas envisagée conventionnellement et que certains crimes dont sont soupçonnés ces personnes sont imprescriptibles en droit international, il paraît peu probable qu'une telle décision, bien que certains la qualifient « d'amnistie de fait », puisse avoir une quelconque valeur juridique.

Il en est de même d'une hypothèse surgie quelques mois avant la seconde guerre du Golfe en janvier 2003. La presse là aussi, faisait référence à une « *sorte d'amnistie internationale* » qui aurait pu être accordée au président irakien Saddam Hussein¹⁹¹³. Elle aurait alors pris la forme, « *un peu à la manière d'un bannissement antique*¹⁹¹⁴ », d'un exil imposé à l'ancien dictateur en

¹⁹¹² KLARIN Mirko, TPI : L'étrange « amnistie » américaine, *Le Courrier des Balkans*, publié dans la presse le 24 janvier 2003, mis en ligne le 2 février 2003, traduit par Pierre Derens, <http://www.balkans.eu.org>.

¹⁹¹³ Voir, *supra* : note 184, p. 59.

¹⁹¹⁴ Nous reprenons ici les termes employés par le journaliste Dominique Bromberger dans sa chronique du 20 janvier 2003 de 8h17 sur la radio « France inter », dans laquelle il analysait cette possibilité évoquée alors par de nombreuses sources américaines comme le journal : *The New York Times*.

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

échange d'une « amnistie¹⁹¹⁵ ». La suite des événements en Irak a démontré la faible plausibilité d'une telle hypothèse. Elle aurait pu cependant être envisageable politiquement pour éviter d'autres guerres à l'avenir. Or juridiquement, même si elle s'était traduite par l'adoption d'une amnistie respectant les règles constitutionnelles de l'Etat susceptible d'accueillir Saddam Hussein, elle aurait été contraire au droit international, son bénéficiaire étant précisément qualifiable de « *principal responsable présumé de graves violations des droits de l'homme* ». Cette qualification ne rendait vraisemblablement pas encore ses crimes inamnistiabiles¹⁹¹⁶, mais permettait de considérer une disposition amnistiante sans valeur par les Etats étrangers et les juridictions internationales. Si une amnistie internationale de fait avait été promise par les autorités américaines et leurs alliés à Saddam Hussein, elle aurait donc eu également une faible portée juridique.

Il existe deux autres situations pouvant être qualifiées d'amnisties internationales de fait, dans lesquelles la mesure de clémence supposée se trouve dans un traité. Il pourrait en être ainsi de conventions internationales instaurant une obligation de poursuivre, à laquelle on ne donnerait aucun effet juridique. Par exemple, le traité de Sèvres de 1920, qui disposait dans son article 230¹⁹¹⁷ que le gouvernement turc devait remettre aux alliés toutes les personnes susceptibles

¹⁹¹⁵ *Ibid.*

¹⁹¹⁶ Ce qui signifierait qu'aucune disposition amnistiante ne pourrait être adoptée et que l'Etat dans lequel serait mise en place une mesure de clémence de ce type engagerait sa responsabilité. Une catégorie d'infractions inamnistiabiles, quand bien même elles auraient été réalisées sous la responsabilité de dirigeants politiques, serait toutefois en devenir (voir : *supra*, pp. 537 à 551).

¹⁹¹⁷ « *The Turkish Government undertakes to hand over to the Allied Powers the persons whose surrender may be required by the latter as being responsible for the massacres committed during the continuance of the state of war on territory which form part of the Turkish Empire on August 1, 1914.*

d'avoir participé aux massacres commis sur le territoire, n'ayant jamais été ratifié, il forma la base de la « déclaration d'amnistie¹⁹¹⁸ » de 1923 qui bénéficiait à ces mêmes personnes. Pour Naomi Roht-Arriaza, cette première convention pouvait déjà être considérée comme une amnistie internationale de fait¹⁹¹⁹. Mais le traité de Sèvres, comme cette déclaration conventionnelle d'amnistie, ont été adoptés avant le développement du droit pénal international. Si bien qu'actuellement une telle clause ne devrait pouvoir bénéficier qu'aux personnes considérées comme n'étant pas les principales responsables de graves violations des droits de l'homme. Les crimes de guerre et contre l'humanité constituant désormais de telles violations, la liste des infractions susceptibles d'être amnistiées dans un accord de paix multilatéral, excepté si la justice transitionnelle était reconnue en droit international, devrait s'être réduite.

La seule possibilité conventionnelle d'une amnistie internationale de tels crimes est discutable. Elle se traduirait par une disposition se trouvant au cœur d'un instrument instaurant une obligation de poursuivre, sous forme de réserve par exemple, et exemptant certaines catégories de personnes de l'application des dispositions de ce traité. Cette possibilité se retrouve par exemple dans la volonté de certains Etats de ne pas exposer leurs citoyens, quelles que soient leurs fonctions¹⁹²⁰, à des poursuites internationales, comme par exemple celle des Etats-Unis de faire échapper leurs troupes à toute poursuite par la CPI¹⁹²¹. Néanmoins, dans la mesure où

The Allied Powers reserve to themselves the right to designate the tribunal which shall try the persons so accused, and the Turkish government undertakes to recognise such tribunal (...) » (The treaty of peace between the allied and associated powers and Turkey signed at Sèvres, August 10, 1920, article 230, alinéas 1 et 2).

¹⁹¹⁸ Cette déclaration d'amnistie a été adoptée le même jour que le traité de paix avec la Turquie signé à Lausanne le 24 juillet 1923 (Il est disponible en anglais dans *Treaties of Peace, 1919-1923, Vol II, New-York : Carnegie Endowment for international Peace, 1924*).

¹⁹¹⁹ ROHT-ARRIAZA Naomi, « Overview », in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed), *Impunity and human rights in international law and practice, op. cit.*, p. 73.

¹⁹²⁰ ROULOT Jean-François, *Le crime contre l'humanité, op. cit.*, pp. 416-417.

¹⁹²¹ Par exemple, « *Les dix-neuf alliés des Etats-Unis dont les forces sont impliquées en Afghanistan ont conclu un accord en janvier avec le gouvernement intérimaire afghan pour que leurs troupes ne puissent pas être poursuivies*

Les obstacles à la prohibition de cette amnistie

une telle clause pourrait s'opposer à des obligations de *jus cogens*, elle ne s'appliquerait pas davantage que d'autres formes d'amnistie internationale *de facto* à des dirigeants politiques soupçonnés d'être les principaux responsables de violations des droits de l'homme.

Par conséquent, la portée juridique de ces amnisties internationales de fait est très discutable dès lors qu'elles sont des instruments exclusivement politiques. C'est en cela que leurs effets sont aisément contournables.

2. Une amnistie aux effets contournables

Le premier moyen de contourner les effets de ce type de mesure est évidemment de se tourner vers la justice pénale internationale. Cela est d'autant plus possible qu'en dépit de l'impossible recours international individuel pour les victimes, elles ont une place croissante dans la construction de ce système juridique à vocation universelle¹⁹²² ; de même que les ONG dont les rapports dénonçant des violations des droits de l'homme peuvent servir la justice pénale internationale. Si le droit pénal international reste l'apanage des Etats et si les considérations politiques sont encore extrêmement importantes pour son bon fonctionnement, il est possible de penser qu'il devrait conduire à réduire l'amnistie internationale *de facto*¹⁹²³. Pour Marguerite Feitlowitz, l'affaire Pinochet aurait pu servir de détonateur à ce mouvement :

« Les poursuites engagées contre Augusto Pinochet à Madrid et à Londres marquent un tournant pour le droit international humanitaire. Les certitudes, depuis longtemps acquises, concernant la souveraineté, l'impunité et la juridiction ont été

devant la future C.P.I. a révélé hier le Washington post » (M.S., « Afghanistan : les européens exemptés de CPI », *Libération*, vendredi 21 juin 2002, p. 10).

¹⁹²² Elles peuvent ainsi soumettre des observations sur la recevabilité d'une affaire à la CPI et participer au procès (Statut de Rome de la CPI, *op. cit.*, article 68 : protection et participation au procès des victimes et témoins).

¹⁹²³ « *However, it seems clear that where states are considering – or have granted – amnesty to the perpetrators of international crimes, the international tribunal has important advantages as an option. It has the potential to remove the effectiveness of an amnesty decision on the international plane and operates outside the political constraints of the state granting amnesty and other states who fear offending that state* » (O'SHEA Andreas, *Amnesty for crime in international law and practice, op. cit.*, p. 104).

redistribuées en une nouvelle donne qui promet de rendre le monde moins accueillant pour les despotes, au pouvoir ou à la retraite¹⁹²⁴ ».

Le bilan final du TPIY pour l'ex-Yougoslavie devrait en théorie être révélateur de cette diminution du nombre d'amnisties internationales de fait de dirigeants politiques en tant que principaux responsables de violations des droits de l'homme. Cependant, le fait que tous n'aient pas encore comparu devant lui et le contraste avec le tribunal mis en place pour juger les seuls anciens hauts responsables du régime irakien nuancent les possibilités de voir comparaître tout autant les vainqueurs que les vaincus, les dirigeants politiques en exercice que les dirigeants politiques déçus. Le facteur politique devrait donc simplement diminuer après sa prise en compte par le droit, mais ne pourra pas disparaître, ce qui montre à nouveau, le besoin de l'amnistie en droit international tout comme en droit interne.

Or précisément, d'autres moyens juridiques, internes cette fois, permettent de contourner les effets d'une amnistie internationale de fait. Le jugement par contumace est ainsi possible dans beaucoup d'Etats européens et pourrait s'appliquer à un ancien dirigeant politique amnistié, dans la mesure où il ne jouirait plus d'aucune immunité et que l'amnistie dont il bénéficierait ne serait pas valable devant les juridictions étrangères. Pierre Truche s'est prononcé en faveur de cette solution pour les raisons suivantes :

« L'Ethiopie ne pourra pas juger le colonel Mengistu qui a organisé les crimes contre l'humanité parce que le Zimbabwe, où il s'est réfugié, refuse de le livrer. L'un des défauts à mon sens et au sens de la commission que je présidais lorsque nous avons travaillé sur ce problème avant la saisine du Conseil de sécurité, c'est qu'il faudrait pouvoir juger des responsables par contumace, en leur absence, ce qui s'était fait à Nuremberg. Les pays anglo-saxons s'y sont opposés, en invoquant les droits de l'homme des personnes poursuivies qui ne pourront pas se défendre. C'est un argument qui à mon avis n'est pas recevable parce que chaque fois qu'il y a une condamnation par contumace, et c'est admis par la Cour européenne des droits de l'homme, on refait entièrement le procès lorsque la personne est arrêtée¹⁹²⁵ ».

¹⁹²⁴ FEITLOWITZ Marguerite, « L'affaire Pinochet : succès, échecs et leçons », *op. cit.*, p. 337.

¹⁹²⁵ TRUCHE Pierre, « Genèse du crime contre l'humanité », in Musée-mémorial des enfants d'Izieu, *Le crime contre l'humanité : origine, état et avenir du droit*, p. 27.

Il est également envisageable de mettre en jeu leur responsabilité civile par exemple par le biais de l'*Alien Tort Claims Acts*¹⁹²⁶ américain pour les victimes étrangères de violations des droits de l'homme et plus précisément de « violation de la loi des nations ou d'un traité auquel sont parties les Etats-Unis ». Norme, datant du dix-huitième siècle, celle-ci a été réhabilitée depuis les années quatre-vingts. Elle a notamment été utilisée par les familles des victimes d'Amérique latine afin d'obtenir des dommages et intérêts de la part des généraux amnistiés¹⁹²⁷. Il est enfin possible de penser qu'une sorte de responsabilité politique internationale apparaisse. Elle mettrait en cause la possibilité pour les dirigeants politiques amnistiés d'échapper à toute punition, quelle que soit la gravité des infractions qu'ils pourraient avoir commises. Le fait amnistié deviendrait ainsi une faute politique susceptible de sanction politique parmi lesquelles se trouverait l'éviction définitive de toute fonction gouvernementale.

En conclusion, s'il existe une certaine amnistie internationale *de facto*, accordée pour des raisons politiques et pouvant bénéficier à des dirigeants politiques, elle n'en est pas moins un instrument non juridique, temporaire, soumise malgré tout à la justice pénale internationale. Elle ne peut donc pas avoir les mêmes effets qu'une amnistie des gouvernants adoptée conformément aux règles constitutionnelles d'un Etat et au droit international.

¹⁹²⁶ L'*Alien Torts Claims Act* américain (28 U.S.C. § 1350 (1994)). Il a été complété par le *Torture victim prevention Act* en 1991 (Voir : RENAUDIE Virgile, « Les USA pays des droits de l'homme ? Un instrument universel de protection des droits de l'homme méconnu : le US Alien Claim Act », *Revue internationale de droit comparé*, 3-2004).

¹⁹²⁷ Voir : WILSON Richard J., « Prosecuting Pinochet: international crimes in Spanish domestic law », *op. cit.*, p. 945. Plus généralement sur les possibilités offertes par cette norme aux victimes, voir : MORRIS Madeline H., « International guidelines against impunity: facilitating accountability », *op. cit.*, p. 32.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Le 21 juin 2005, le général argentin Guillermo Suarez Mason décédait à l'âge de 81 ans dans une prison de Buenos Aires où il était détenu depuis 2004. Quelques jours auparavant, l'ancien dictateur chilien Augusto Pinochet avait été victime d'un nouveau malaise sérieux. Il existe des points communs entre ces deux hommes. Tous deux ont bénéficié d'une amnistie pour des crimes graves commis sous leur autorité alors qu'ils exerçaient des fonctions dirigeantes¹⁹²⁸. De plus, ces amnisties ont fait l'objet d'un important contentieux constitutionnel dans leur Etat d'origine mais également dans d'autres Etats puisque leur extradition était requise par plusieurs pays¹⁹²⁹. Ces événements de juin 2005, emblématiques de l'impunité de certains dirigeants politiques suscitent deux questions.

La première de ces questions a été exprimée par Nora Cortinas, l'une des mères de la place de mai, qui réagissait à la mort de Guillermo Suarez Mason. Pour celle qui n'a jamais retrouvé son enfant disparu, le décès de Mason avant que toute la vérité n'ait été faite sur ses crimes, prouve que « *La justice arrive toujours trop tard en Argentine*¹⁹³⁰ ». Ce type de constatation conduit à faire de l'amnistie l'un des obstacles à la justice, un instrument accentuant les violations des droits de l'homme et donc à s'interroger sur son utilité (1). La seconde question se veut plus

¹⁹²⁸ Le général Guillermo Suarez Mason était l'ancien chef du premier corps d'armée pour la région de Buenos Aires. Surnommé le « boucher d'El Olimpo », un camp de détention clandestin, il était accusé d'avoir commandité ou réalisé 254 cas de disparitions forcées et de tortures ainsi que de nombreux enlèvements d'enfants d'opposants politiques.

¹⁹²⁹ L'Allemagne, l'Italie et l'Espagne demandaient l'extradition de Guillermo Suarez Mason. L'Espagne avait également demandé celle d'Augusto Pinochet, tandis que d'autres Etats s'engagent dans la direction d'un procès par contumace, si l'ancien dictateur ne décède pas avant que la phase de jugement ne soit commencée.

¹⁹³⁰ Citée dans le journal : *Le Monde*, vendredi 24 juin 2005, Carnet, p. 31.

optimiste, même si elle se fonde sur le constat que d'autres crimes internationaux sont actuellement – et seront encore – commis dans de nombreux Etats sous la responsabilité de dirigeants politiques. Elle amène à se demander si, avec la disparition physique de dirigeants politiques amnistiés dont les cas suscitent beaucoup de controverses politiques et juridiques, l'occasion n'est pas arrivée d'avoir un débat « à froid » sur l'amnistie, en dehors de toute crise constitutionnelle ou diplomatique, comme le réclamaient le philosophe français Alain Etchegoyen¹⁹³¹ ou le Professeur américain Brian C. Kalt¹⁹³². Il permettra de comprendre le cadre juridique particulier de l'amnistie des dirigeants politiques (2). Or, l'étude en droit constitutionnel comparé et en droit international de cette catégorie d'amnistie, permet de répondre à ces deux problèmes. Elle permet aussi de révéler qu'elle ne va pas et ne doit pas disparaître (3).

1. En premier lieu, l'amnistie des dirigeants politiques est utile à leur régime de responsabilité, quel que soit le système juridique envisagé¹⁹³³. Comme toute mesure de clémence, elle assouplit les règles de droit en vigueur et les adapte à des cas particuliers non envisagés par la norme générale ou aux exigences de la politique pénale. En droit international, elle représente un instrument de pacification et de réconciliation nationale ou multinationale. En droit constitutionnel interne, elle permet, par exemple, de légitimer un durcissement de la législation.

Certes, lorsque l'amnistie s'applique à des dirigeants politiques, les problèmes juridiques qu'elle suscite sont exacerbés : la victime privée du droit d'agir en justice, apparaît également lésée par le pouvoir politique ; un dirigeant ne peut défendre son innocence lorsqu'il est amnistié par le titulaire du pouvoir de clémence avant condamnation, alors que la reconnaissance de cette innocence peut être importante lorsque l'on assume des fonctions

¹⁹³¹ Nous évoquons son appel à un « débat à froid » en dehors de toute crise suscitée par l'amnistie en ouverture d'introduction générale, voir, *supra* : note 1, p. 9.

¹⁹³² Voir, *supra* : note 2, p. 9.

¹⁹³³ L'amnistie est ainsi en désuétude au Royaume-Uni, mais elle continue pourtant à exister.

Conclusion générale

gouvernantes pour ne pas voir engager sa responsabilité politique. Les réponses à ce type de difficultés sont les mêmes que pour toute amnistie, quel qu'en soit le bénéficiaire. En particulier, la victime n'a pas droit à l'action pénale mais seulement à des réparations, le dirigeant politique amnistié avant condamnation n'est pas formellement reconnu coupable par l'octroi de l'amnistie, d'autant plus que les faits ne sont plus qualifiables d'infractions pénales. L'étude de multiples cas d'amnistie de dirigeants politiques montre d'ailleurs que le mécanisme d'oubli s'étendrait également aux fautes politiques, constituées par le délit ou le crime pénal, sauf lorsque l'amnistie est individuelle comme dans les Etats au système juridique inspiré de la *common law*.

Néanmoins, l'amnistie des dirigeants politiques entraîne également des difficultés qui lui sont propres, s'agissant de la hiérarchie des normes ainsi que de l'équilibre constitutionnel. En effet, par l'amnistie, celui qui exerce une fonction constitutionnelle peut s'exonérer des règles de responsabilité définies par la Constitution, même si ce n'est que pour une infraction et une période déterminées, alors que seul le pouvoir constituant devrait pouvoir le faire. De même, les mécanismes de responsabilité font partie des *checks and balances* nécessaires à l'équilibre institutionnel dans un régime politique dont l'organisation repose sur la séparation des pouvoirs. L'auto-amnistie – qui est l'une des formes d'amnistie de dirigeants politiques – en permettant au titulaire d'une fonction constitutionnelle de s'exonérer des règles de responsabilité, lui permettrait par là-même de se libérer de sa soumission à un frein ou à un contrepoids à la disposition de l'autre pouvoir.

Pourtant, l'amnistie des dirigeants politiques est souvent autorisée par les constitutions. L'article 244 de la Constitution salvadorienne est l'un des seuls à limiter expressément l'amnistie des fonctionnaires – au sens large – publics, civils ou militaires, qui auraient notamment violé ses dispositions, en excluant qu'ils puissent bénéficier d'une amnistie au cours de l'exercice du même mandat présidentiel que celui durant lequel les violations ont été commises. Les autres normes fondamentales n'empêchent généralement pas l'octroi de l'amnistie aux dirigeants politiques. Cette dernière fait donc partie de l'équilibre constitutionnel

et permet même souvent de le préserver grâce à son caractère limité et d'opportunité, contrairement à l'utilisation par les dirigeants politiques d'autres techniques à des fins immunisantes dans le but de s'octroyer structurellement une protection pénale plus importante.

2. En second lieu, l'utilité de l'amnistie des dirigeants politiques n'empêche pas un mouvement en défaveur de deux de ses formes.

La première de ces formes est son utilisation abusive. Elle est parfaitement incarnée par l'auto-amnistie indirecte, lorsque des collaborateurs d'un dirigeant sont amnistiés par lui, afin d'empêcher l'engagement de sa propre responsabilité ou lorsque l'amnistie est utilisée tellement largement qu'elle se transforme en immunité à vie. Il existe des contestations régulières de ces amnisties devant les juridictions comme un mouvement contre une digue prête à se fissurer. Pour éviter ce type d'abus, il serait possible de penser qu'il conviendrait, de délimiter un cadre juridique national prenant en compte la spécificité de l'amnistie des dirigeants politiques, dans la lignée des régimes spécifiques relatifs à leur responsabilité. Les nombreuses interactions entre le droit interne et le droit international dans ce domaine pourraient être mises à profit. Il reste que c'est la pratique des Etats et l'intolérance croissante pour certaines infractions en raison de la nécessaire moralisation de la vie politique qui conduiront à les empêcher.

La seconde forme d'amnistie des dirigeants politiques remise en cause est son utilisation au profit de responsables de violations graves des droits de l'homme. De rares droits nationaux intègrent le fait que les amnisties bénéficiant à des dirigeants politiques auteurs, commanditaires directs ou indirects de crimes internationaux, ne sont en règle générale pas valides, en raison de la particulière gravité des infractions commises mais aussi de leurs fonctions. Toutefois, on peut estimer que leur refus se construira plutôt jurisprudentiellement, par des cours suprêmes nationales appelées à se prononcer dans les prochaines années,

Conclusion générale

notamment en Amérique Latine. Les juges devront alors tenir compte du contexte, de la généralité de l'amnistie tout autant que de la gravité des infractions commises, afin de respecter la nature discrétionnaire de cette mesure de clémence.

En effet, la raison d'être de l'amnistie est son caractère d'opportunité. En dépit de la limitation de son admissibilité pour les principaux responsables de crimes graves en droit international, il faudra donc lui laisser la possibilité d'exister dans un cadre juridique quelle que soit la gravité de l'infraction commise. Le modèle sud-africain de justice transitionnelle, les succès et les échecs de ce type de justice pourraient servir de référence en la matière, parce que « *le pardon reste nécessaire pour la dignité humaine [et car] il faut penser le passé en terme d'avenir*¹⁹³⁴ ». Des critères de reconnaissance de la clémence peuvent être définis en cette circonstance, même si cela pose le problème de l'éventuelle définition ainsi que de la légitimité d'une autorité supérieure chargée de leur respect.

3. Ainsi, le droit international ne fera pas disparaître l'amnistie des dirigeants politiques du droit constitutionnel interne. Cela se justifie. D'une part, dans les régimes constitutionnels démocratiques, elle est utilisée aussi ponctuellement qu'une autre amnistie. D'autre part, dans le cadre de transitions démocratiques, elle offre une alternative aux épurations massives ou à la justice expéditive – particulièrement fatales aux anciens gouvernants – qui conduisent souvent à différer le rétablissement de l'équilibre constitutionnel ou l'émergence de la vérité¹⁹³⁵.

¹⁹³⁴ PHILIPPE Xavier, *Table ronde du 21 janvier 2005 à l'UMR de droit comparé de Paris sur la prescription, la grâce et l'amnistie*, *op. cit.*, Recherche : amnistie, grâce, prescription en Europe, UMR droit comparé, Mission « Droit et justice », 2005, *op. cit.*, à paraître.

¹⁹³⁵ « *Amnesty is a practice that has its roots in the early history of mankind. From time immemorial successor regimes have sought to secure peace through the pardoning of their enemies. The sole alternative, until present times, was brutal punishment without trial. Consequently, human rights advocates pleaded for amnesty for political prisoners, even for those from fallen regimes* » (DUGARD John, « Dealing with crimes of a past regime. Is amnesty still an option? », *op. cit.*, p. 1002).

Toutefois, il est possible de lui appliquer la dernière phrase des mémoires de Nelson Mandela, dans lesquelles transparaissent les implications du pardon accordé aux responsables d'une politique meurtrière :

« J'ai découvert ce secret : après avoir gravi une haute colline, tout ce que l'on découvre, c'est qu'il reste beaucoup d'autres collines à gravir. Je me suis arrêté un instant pour me reposer, pour contempler l'admirable paysage qui m'entoure, pour regarder derrière moi la longue route que j'ai parcourue. Mais je ne peux me reposer qu'un instant ; avec la liberté, viennent les responsabilités¹⁹³⁶ ».

L'amnistie représente donc la faculté d'atténuer la responsabilité de gouvernants, mais elle engage également la responsabilité de ceux qui l'utilisent. C'est la leçon qu'avait retenue Jimmy Carter du *pardon* octroyé à Richard Nixon par Gerald Ford : « *Le pardon peut autant vous blesser qu'il peut vous aider*¹⁹³⁷ ». Le cadre juridique de l'amnistie des dirigeants politiques doit donc être appréhendé avec cette ambivalence qui lui est spécifique et qui amène à conclure que la source de sa gestion incontestée se trouve dans la clarification du régime de responsabilité de ces dirigeants.

¹⁹³⁶ MANDELA Nelson, *Un long chemin vers la liberté*, *op. cit.*, p. 645.

¹⁹³⁷ « *Carter has learned from the Nixon pardon that pardon could either hurt or help you* » (KEITH ALLEN Michael, *Pardon You, Pardon me. Controversial usage of the presidential pardoning power : from Carter to Clinton*, *op. cit.*, p. 17).

ANNEXES

1. DISPOSITIONS NORMATIVES ; p. 648

- ANNEXE I* The treaty of peace between the allied and associated powers and Turkey signed at Sèvres, August 10, 1920, extraits (anglais) ; p. 648
- ANNEXE II* Déclaration de Moscou, 1943, extraits (anglais) ; p. 649
- ANNEXE III* Loi n° 10 du Conseil de contrôle, adoptée le 20 décembre 1945, Journal officiel du Conseil de contrôle pour l'Allemagne, 1946, n° 3, extraits (anglais) ; p. 651
- ANNEXE IV* **ETATS-UNIS:** President Gerald R. Ford's Proclamation 4311, Granting a pardon to Richard Nixon, September 8, 1974, Gerald R. Ford Library and Museum (anglais) ; p. 652
- ANNEXE V* **CHILI :** Decreto Ley n° 2 191, 18 de abril de 1978 (Ley de amnistía) , Diario oficial, n° 30.042, Apr.19, 1978, extraits (espagnol) ; p. 653
- ANNEXE VI* **ARGENTINE :** Loi n° 23.040 du 27 décembre 1983, Boletín Oficial 29/12/83, extraits (espagnol) ; p. 654
- ANNEXE VII* **ARGENTINE :** Loi n° 23 521 du 4 juin 1987, « loi de l'obéissance due », Anales de legislación de jurisprudencia, n° 335, extraits (espagnol) ; p. 655
- ANNEXE VIII* **ETATS-UNIS :** President Georges Bush's Proclamation 6518 (*Iran-Contra pardons*), Federal Register 57 n° 252 (24 December 1992) 992 (anglais) ; p. 656
- ANNEXE IX* **AFRIQUE DU SUD :** Promotion of National Unity and Reconciliation Act, 1995, office of the President, N° 1111, extraits (anglais) ; p. 660

ANNEXE X Statut de la CPI adopté le 17 juillet 1998, articles 5 à 8 ; p. 671

ANNEXE XI Statut de la CPI adopté le 17 juillet 1998, articles 27 et 28 ; p. 676

ANNEXE XII RUSSIE: President's decree of december 31, 1999, n 1763 On guarantees to a president of the russian federation having relinquished his duties, and to his family members, extraits, (anglais, traduction non officielle) ; p. 677

ANNEXE XIII ITALIE: Decreto-legge, disposizioni urgenti in vista dell'introduzione dell'euro, in materia di tassazione dei redditi di natura finanziaria, di emersione di attività detenute all'estero, di cartolarizzazione e di altre operazioni finanziarie, 25 settembre 2001, extraits (italien) ; p. 679

ANNEXE XIV BELGIQUE : Loi modifiant la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire 23 avril 2003, extraits ; p. 681

ANNEXE XV BELGIQUE : Loi relative aux violations graves du droit international humanitaire 5 août 2003, extraits ; p. 682

ANNEXE XVI CAMBODGE : Loi relative à la création de Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens pour juger les crimes qui ont été commis durant la période du Kampuchea démocratique promulguée par le roi du Cambodge le 10 août 2001, après son adoption par l'Assemblée nationale le 2 janvier 2001 et par le Sénat le 15 janvier 2001, extraits (anglais, traduction non officielle) ; p. 683

2. JURISPRUDENCE ; p. 685

ANNEXE XVII AFRIQUE DU SUD : Constitutional Court Of South Africa The Azanian Peoples Organization (Azapo) First Applicant; Nontsikelelo Margaret Biko Second Applicant; Churchill Mhleli Mxenge Third Applicant; Chris Ribeiro Fourth Applicant v. The President Of The Republic Of South Africa and others,

Annexes

Case Cct 17/96, Heard On: 30 May 1996 - Decided On: 25 July 1996, extraits (anglais) ; p. 685

ANNEXE XVIII AFRIQUE DU SUD : Constitutional Court of South Africa President of the Republic of South Africa & others v Hugo [1997] ICHRL 38 (18 April 1997) ; p. 694

ANNEXE XIX ESPAGNE/CHILI : Chambre criminelle de l'Audiencia Nacional, formation plénière, arrêts confirmatifs 84/98 et 173/98, des 5 et 6 novembre 1998, sala de lo penal, pleno rollo de apelación 84/98, 173/98, section primera, juzgado central de instrucción número seis, extraits (espagnol) ; p. 694

ANNEXE XX ARGENTINE : Juez porteño Rodolfo Canicoba Corral, inconstitucionalidad de los indultos a Juan Bautista Sasiañ, José Montes, Andrés Ferrero, Adolfo Sigwald, Jorge Carlos Olivera Rovere y Carlos Guillermo Suárez Mason, 19 de marzo de 2004, extraits (espagnol) ; p. 697

ANNEXE XXI CHILI : Cour suprême du Chili, 18 nov. 2004, Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda et Marcelo Luis Manuel Moren Brito, Krassnoff Martchenko y otr., Rol. n° 517-2004, extraits (espagnol) ; p. 707

ANNEXE XXII ARGENTINE : Cour suprême d'Argentine, Buenos Aires, décision du 14 juin 2005, recurso de hecho, S. 1767, XXXVIII, extraits (espagnol) ; p. 715

1. DISPOSITIONS NORMATIVES

ANNEXE I

The treaty of peace between the allied and associated powers and turkey signed at Sèvres august 10, 1920

THE BRITISH EMPIRE, FRANCE, ITALY AND JAPAN,

These Powers being described in the present Treaty as the Principal Allied Powers;

ARMENIA, BELGIUM, GREECE, THE HEDJAZ, POLAND, PORTUGAL, ROUMANIA,
THE SERB-CROAT-SLOVENE STATE AND CZECHO-SLOVAKIA,

These Powers constituting, with the Principal Powers mentioned above, the Allied Powers, of
the one part;

AND TURKEY,

of the other part;

Whereas on the request of the Imperial Ottoman Government an Armistice was granted to
Turkey on October 30, 1918, by the Principal Allied Powers in order that a Treaty of Peace
might be concluded, and

Whereas the Allied Powers are equally desirous that the war in which certain among them were
successively involved, directly or indirectly, against Turkey, and which originated in the
declaration of war against Serbia on July 28, 1914, by the former Imperial and Royal Austro-
Hungarian Government, and in the hostilities opened by Turkey against the Allied Powers on
October 29, 1914, and conducted by Germany in alliance with Turkey, should be replaced by a
firm, just and durable Peace,

(...)

From the coming into force of the present Treaty the state of war will terminate.

From that moment and subject to the provisions of the present Treaty, official relations will
exist between the Allied Powers and Turkey.

(...)

PART VII: PENALTIES.

ARTICLE 226.

The Turkish Government recognises the right of the Allied Powers to bring before military
tribunals persons accused of having committed acts in violation of the laws and customs of war.
Such persons shall, if found guilty, be sentenced to punishments laid down by law. This
provision will apply notwithstanding any proceedings or prosecution before a tribunal in
Turkey. or in the territory of her allies.

The Turkish Government shall hand over to the Allied Powers or to such one of them as shall
so request all persons accused of having committed an act in violation of the laws and customs
of war, who are specified either by name or by the rank, office or employment which they held
under the Turkish authorities.

ARTICLE 227.

Persons guilty of criminal acts against the nationals of one of the Allied Powers shall be brought
before the military tribunals of that Power.

Annexes

Persons guilty of criminal acts against the nationals of more than one of the Allied Powers shall be brought before military tribunals composed of members of the military tribunals of the Powers concerned.

In every case the accused shall be entitled to name his own counsel.

ARTICLE 228.

The Turkish Government undertakes to furnish all documents and information of every kind, the production of which may be considered necessary to ensure the full knowledge of the incriminating acts, the prosecution of offenders and the just appreciation of responsibility.

ARTICLE 229.

The provisions of Articles 226 to 228 apply similarly to the Governments of the States to which territory belonging to the former Turkish Empire has been or may be assigned, in so far as concerns persons accused of having committed acts contrary to the laws and customs of war who are in the territory or at the disposal of such States.

If the persons in question have acquired the nationality of one of the said States, the Government of such State undertakes to take, at the request of the Power concerned and in agreement with it, or upon the joint request of all the Allied Powers, all the measures necessary to ensure the prosecution and punishment of such persons.

ARTICLE 230.

The Turkish Government undertakes to hand over to the Allied Powers the persons whose surrender may be required by the latter as being responsible for the massacres committed during the continuance of the state of war on territory which formed part of the Turkish Empire on August 1, 1914.

The Allied Powers reserve to themselves the right to designate the tribunal which shall try the persons so accused, and the Turkish Government undertakes to recognise such tribunal.

In the event of the League of Nations having created in sufficient time a tribunal competent to deal with the said massacres, the Allied Powers reserve to themselves the right to bring the accused persons mentioned above before such tribunal, and the Turkish Government undertakes equally to recognise such tribunal.

The provisions of Article 228 apply to the cases dealt with in this Article.

ANNEXE II

Moscow Conference October, 1943, Joint four-nation declaration

The governments of the United States of America, United Kingdom, the Soviet Union, and China;

United in their determination, in accordance with the declaration by the United Nations of January, 1942, and subsequent declarations, to continue hostilities against those Axis powers with which they respectively are at war until such powers have laid down their arms on the basis of unconditional surrender; Conscious of their responsibility to secure the liberation of themselves and the peoples allied with them from the menace of aggression; Recognizing the

necessity of insuring a rapid and orderly transition from war to peace and of establishing and maintaining international peace and security with the least diversion of the world's human and economic resources for armaments; Jointly declare:

(...)

DECLARATION REGARDING ITALY

(...)

7. Fascist chiefs and army generals known or suspected to be war criminals shall be arrested and handed over to justice.

(...)

STATEMENT ON ATROCITIES

Signed by President Roosevelt, Prime Minister Churchill and Premier Stalin.

The United Kingdom, the United States and the Soviet Union have received from many quarters evidence of atrocities, massacres and cold-blooded mass executions which are being perpetrated by Hitlerite forces in many of the countries they have overrun and from which they are now being steadily expelled. The brutalities of Nazi domination are no new thing, and all peoples or territories in their grip have suffered from the worst form of government by terror. What is new is that many of the territories are now being redeemed by the advancing armies of the advancing armies of the liberating powers, and that in their desperation the recoiling Hitlerites and Huns are redoubling their ruthless cruelties. This is now evidenced with particular clearness by monstrous crimes on the territory of the Soviet Union which is being liberated from Hitlerites, and on French and Italian territory.

Accordingly, the aforesaid three Allied powers, speaking in the interest of the thirty-two United Nations, hereby solemnly declare and give full warning of their declaration as follows:

At the time of granting of any armistice to any government which may be set up in Germany, those German officers and men and members of the Nazi party who have been responsible for or have taken a consenting part in the above atrocities, massacres and executions will be sent back to the countries in which their abominable deeds were done in order that they may be judged and punished according to the laws of these liberated countries and of free governments which will be erected therein. Lists will be compiled in all possible detail from all these countries having regard especially to invaded parts of the Soviet Union, to Poland and Czechoslovakia, to Yugoslavia and Greece including Crete and other islands, to Norway, Denmark, Netherlands, Belgium, Luxembourg, France and Italy.

Annexes

Thus, Germans who take part in wholesale shooting of Polish officers or in the execution of French, Dutch, Belgian or Norwegian hostages of Cretan peasants, or who have shared in slaughters inflicted on the people of Poland or in territories of the Soviet Union which are now being swept clear of the enemy, will know they will be brought back to the scene of their crimes and judged on the spot by the peoples whom they have outraged.

Let those who have hitherto not imbued their hands with innocent blood beware lest they join the ranks of the guilty, for most assuredly the three Allied powers will pursue them to the uttermost ends of the earth and will deliver them to their accusers in order that justice may be done.

The above declaration is without prejudice to the case of German criminals whose offenses have no particular geographical localization and who will be punished by joint decision of the government of the Allies.

ANNEXE III

**Control Council Law No. 10
Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace
and Against Humanity
Berlin, 20 December 1945.**

(...)

Article II

1. Each of the following acts is recognized as a crime:

- (a) Crimes against Peace. Initiation of invasions of other countries and wars of aggression in violation of international laws and treaties, including but not limited to planning, preparation, initiation or waging a war of aggression, or a war of violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing.
- (b) War Crimes. Atrocities or offenses against persons or property constituting violations of the laws or customs of war, including but not limited to, murder, ill treatment or deportation to slave labour or for any other purpose, of civilian population from occupied territory, murder or ill treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity.
- (c) Crimes against Humanity. Atrocities and offenses, including but not limited to murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, rape, or other inhumane acts committed against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds whether or not in violation of the domestic laws of the country where perpetrated.
- (d) Membership in categories of a criminal group or organization declared criminal by the International Military Tribunal.

2. Any person without regard to nationality or the capacity in which he acted, is deemed to have committed a crime as defined in paragraph 1 of this Article, if he was (a) a principal or (b) was an accessory to the commission of any such crime or ordered or abetted the same or (c) took a consenting part therein or (d) was connected with plans or enterprises involving its commission or (e) was a member of any organization or group connected with the commission of any such crime or (f) with reference to paragraph 1 (a) if he held a high political, civil or military (including General Staff) position in Germany or in one of its Allies, co-belligerents or satellites or held high position in the financial, industrial or economic life of any such country.

3. Any persons found guilty of any of the crimes above mentioned may upon conviction be punished as shall be determined by the tribunal to be just. Such punishment may consist of one or more of the following:

- (a) Death.
- (b) Imprisonment for life or a term of years, with or without hard labor.
- (c) Fine, and imprisonment with or without hard labour, in lieu thereof.
- (d) Forfeiture of property.
- (e) Restitution of property wrongfully acquired.
- (f) Deprivation of some or all civil rights.

Any property declared to be forfeited or the restitution of which is ordered by the Tribunal shall be delivered to the Control Council for Germany, which shall decide on its disposal.

4.

(a) The official position of any person, whether as Head of State or as a responsible official in a Government Department, does not free him from responsibility for a crime or entitle him to mitigation of punishment.

(b) The fact that any person acted pursuant to the order of his Government or of a superior does not free him from responsibility for a crime, but may be considered in mitigation.

5. In any trial or prosecution for a crime herein referred to, the accused shall not be entitled to the benefits of any statute of limitation in respect to the period from 30 January 1933 to 1 July 1945, nor shall any immunity, pardon or amnesty granted under the Nazi regime be admitted as a bar to trial or punishment.

(...)

ANNEXE IV

ETATS-UNIS

Pardon octroyé à Richard Nixon par Gerald Ford

By the President of the United States of America a Proclamation

Richard Nixon became the thirty-seventh President of the United States on January 20, 1969 and was reelected in 1972 for a second term by the electors of forty-nine of the fifty states. His term in office continued until his resignation on August 9, 1974.

Pursuant to resolutions of the House of Representatives, its Committee on the Judiciary conducted an inquiry and investigation on the impeachment of the President extending over

Annexes

more than eight months. The hearings of the Committee and its deliberations, which received wide national publicity over television, radio, and in printed media, resulted in votes adverse to Richard Nixon on recommended Articles of Impeachment.

As a result of certain acts or omissions occurring before his resignation from the Office of President, Richard Nixon has become liable to possible indictment and trial for offenses against the United States. Whether or not he shall be so prosecuted depends on findings of the appropriate grand jury and on the discretion of the authorized prosecutor. Should an indictment ensue, the accused shall then be entitled to a fair trial by an impartial jury, as guaranteed to every individual by the Constitution.

It is believed that a trial of Richard Nixon, if it became necessary, could not fairly begin until a year or more has elapsed. In the meantime, the tranquility to which this nation has been restored by the events of recent weeks could be irreparably lost by the prospects of bringing to trial a former President of the United States. The prospects of such trial will cause prolonged and divisive debate over the propriety of exposing to further punishment and degradation a man who has already paid the unprecedented penalty of relinquishing the highest elective office of the United States.

Now, THEREFORE, I, GERALD R. FORD, President of the United States, pursuant to the pardon power conferred upon me by Article II, Section 2, of the Constitution, have granted and by these presents do grant a full, free, and absolute pardon unto Richard Nixon for all offenses against the United States which he, Richard Nixon, has committed or may have committed or taken part in during the period from January 20, 1969 through August 9, 1974.

IN WITNESS WHEREOF, I have hereunto set my hand this eighth day of September, in the year of our Lord nineteen hundred and seventy-four, and of the Independence of the United States of America the one hundred and ninety-ninth.

GERALD R. FORD

ANNEXE V

CHILI

Decreto-Ley de Amnistía Chilena. N°2.191.

Santiago, 18 de Abril de 1978.

Vistos: lo dispuesto en los decretos leyes N.os 1 y 128, de 1973, y 527, de 1974, y Considerando:

1°- La tranquilidad general, la paz y el orden de que disfruta actualmente todo el país, en términos tales, que la conmoción interna ha sido superada, haciendo posible poner fin al Estado de Sitio y al toque de queda en todo el territorio nacional;

2°- El imperativo ético que ordena llevar a cabo todos los esfuerzos conducentes a fortalecer los vínculos que unen a la nación chilena, dejando atrás odiosidades hoy carentes de sentido, y fomentando todas las iniciativas que consoliden la reunificación de los chilenos;

3°- La necesidad de una férrea unidad nacional que respalde el avance hacia la nueva institucionalidad que debe regir los destinos de Chile.

La Junta de Gobierno ha acordado dictar el siguiente Decreto ley :

Artículo 1°- Concédese amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas.

Artículo 2°- Amnistíase, asimismo, a las personas que a la fecha de vigencia del presente decreto ley se encuentren condenadas por tribunales militares, con posterioridad al 11 de septiembre de 1973.

Artículo 3°- No quedarán comprendidas en la amnistía a que se refiere el artículo 1°, las personas respecto de las cuales hubiere acción penal vigente en su contra por los delitos de parricidio, infanticidio, robo con fuerza en las cosas, o con violencia o intimidación en las personas, elaboración o tráfico de estupefacientes, sustracción de menores de edad, corrupción de menores, incendios y otros estragos; violación, estupro, incesto, manejo en estado de ebriedad, malversación de caudales o efectos públicos, fraudes y exacciones ilegales, estafas y otros engaños, abusos deshonestos, delitos contemplados en el decreto ley número 280, de 1974, y sus posteriores modificaciones; cohecho, fraude y contrabando aduanero y delitos previstos en el Código Tributario.

Artículo 4°- Tampoco serán favorecidas con la aplicación del artículo 1°, las personas que aparecieren responsables, sea en calidad de autores, cómplices o encubridores, de los hechos que se investigan en proceso rol N° 192-78 del Juzgado Militar de Santiago, Fiscalía Ad Hoc.

Artículo 5°- Las personas favorecidas por el presente decreto ley, que se encuentren fuera del territorio de la República, deberán someterse a lo dispuesto en el artículo 3° del decreto ley N° 81, de 1973, para reingresar al país.

Regístrese en la Contraloría General de la República, publíquese en el Diario Oficial e insértese en la Recopilación Oficial de dicha Contraloría.

AUGUSTO PINOCHET UGARTE, General de Ejercito, Presidente de la República.- JOSE T. MERINO CASTRO, Almirante, Comandante en Jefe de la Armada.- GUSTAVO LEIGH GUZMAN, General del Aire, Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea.- CESAR MENDOZA DURAN, General, Director General de Carabineros.- Sergio Fernández Fernández, Ministro del Interior.- Mónica Madariaga Gutiérrez, Ministro de Justicia. Lo que transcribo a Ud. para su conocimiento.- Saluda a Ud.- Enrique Montero Marx, Subsecretario del Interior.

ANNEXE VI

ARGENTINE

Ley 23.040

Derogación de la « Autoamnistía »

(Sancionada el 22/12/83; promulgada el 27/12/83; publicada en el Boletín Oficial el 29/12/83)

Art. 1 - Derógase por inconstitucional y declárase insanablemente nula ley de facto 22.924.

Art. 2 - La ley de facto 22.924 carece de todo efecto jurídico para el juzgamiento de las responsabilidades penal, civil, administrativa y militar emergentes de los hechos que ella

Annexes

pretende cubrir, siendo en particular inaplicable a ella el principio de la ley penal más benigna establecido en el art. 2 del Código Penal .

Lo dispuesto en el párrafo anterior no se altera por la existencia de decisiones judiciales firmes que hayan aplicado la ley de facto 22.924.

Art. 3 - La persona que hubiera recuperado su libertad por aplicación de la ley de facto 22.924 deberá presentarse ante el tribunal de radicación de la causa dentro del quinto (5) día de la vigencia de la presente ley. En caso contrario, será declarada rebelde y se dispondrá su captura, sin necesidad de citación previa.

Si se tratare de un civil sometido a la jurisdicción militar, la presentación a que se refiere el párrafo anterior podrá hacerse efectiva simultáneamente con la impugnación dirigida contra ese enjuiciamiento, y en el tribunal donde esta impugnación se radique.

Art. 4 - En los casos expuestos en el art. 3, la eximición de prisión y la excarcelación serán precedentes sin necesidad de que concurren los requisitos establecidos en el art. 379 del Código de Procedimientos en Materia Penal, a menos que existan motivos para presumir que el imputado intentará eludir la acción de la justicia.

El tribunal interviniente, si hace lugar a la libertad bajo caución, podrá imponer al imputado, además de las obligaciones a que se refiere el art. 386 del Código de Procedimientos en Materia Penal, la de presentarse periódicamente al tribunal, o a la dependencia policial más próxima a su domicilio real.

La resolución que haga lugar a la libertad bajo caución, y la que imponga la obligación mencionada en el párrafo precedente, no serán apelables. La que deniegue la libertad bajo caución será apelable en relación en el plazo de tres (3) días.

(...)

ANNEXE VII

ARGENTINE

Ley 23.521

Obediencia Debida

(Sancionada el 4/6/87; promulgada el 8/6/87; publicada en el Boletín Oficial el 9/6/87)

Art. 1 - Se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el art. 10, punto 1 de la ley 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida.

La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resuelve judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de las ordenes.

En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de ordenes, sin

facultad o posibilidad de inspeccion, oposicion o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad.

Art. 2 - La presunción establecida en el artículo anterior no será aplicable respecto de los delitos de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extorsiva de inmuebles.

Art. 3 - La presente ley se aplicará de oficio. Dentro de los cinco (5) días de su entrada en vigencia, en todas las causas pendientes, cualquiera sea su estado procesal, el tribunal ante el que se encontraran radicadas sin más trámite dictará, respecto del personal comprendido en el art. 1, primer párrafo, la providencia a que se refiere el art. 252 bis del Código de Justicia Militar o dejará sin efecto la citación a prestar declaración indagatoria, según correspondiere.

El silencio del tribunal durante el plazo indicado, o en el previsto en el segundo párrafo del art. 1 producirá los efectos contemplados en el párrafo precedente, con el alcance de cosa juzgada. Si en la causa no se hubiere acreditado el grado o función que poseía a la fecha de los hechos la persona llamada a prestar declaración indagatoria, el plazo transcurrirá desde la presentación del certificado o informe expedido por autoridad competente que lo acredite.

Art. 4 - Sin perjuicio de lo dispuesto por la ley 23.492, en las causas respecto de las cuales no hubiera transcurrido el plazo previsto en el art. 1 de la misma, no podrá disponerse la citación a prestar declaración indagatoria de las personas mencionadas en el art. 1, primer párrafo de la presente ley.

Art. 5 - Respecto de las decisiones sobre la aplicación de esta ley, procederá recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el que podrá interponerse dentro de los cinco (5) días de su notificación. Si la decisión fuere tácita, el plazo transcurrirá desde que esta se tuviere por pronunciada conforme con lo dispuesto en esta ley.

(...)

ANNEXE VIII

ETATS UNIS

Pardon de Georges H. Bush au Secrétaire à la défense Caspar Wienberger et autres dans l'affaire de l'Irangate, 1992

Annexes

*Proclamation 6518
Grant of Executive Clemency
December 24, 1992*

By the President of the United States of America

A Proclamation,

Today I am exercising my power under the Constitution to pardon former Secretary of Defense Caspar Weinberger and others for their conduct related to the Iran Contra affair.

For more than 6 years now, the American people have invested enormous resources into what has become the most thoroughly investigated matter of its kind in our history. During that time, the last American hostage has come home to freedom, worldwide terrorism has declined, the people of Nicaragua have elected a democratic government, and the Cold War has ended in victory for the American people and the cause of freedom we championed.

In the mid 1980's however, the outcome of these struggles was far from clear. Some of the best and most dedicated of our countrymen were called upon to step forward. Secretary Weinberger was among the foremost.

Caspar Weinberger is a true American patriot. He has rendered long extraordinary service to our country. He served for 4 years in the Army during World War II where his bravery earned him a Bronze Star. He gave up a lucrative career in private life to accept a series of public positions in the late 1960's and 1970's, including Chairman of the Federal Trade Commission, Director of the Office of Management and Budget, and Secretary of health, Education, and Welfare. Caspar Weinberger served in all these position with distinction and was admired as a public servant above reproach.

He saves his best for last. As Secretary of Defense throughout most of the Reagan Presidency, Caspar Weinberger was one of the principal architects of the downfall of the Berlin Wall and the Soviet Union. He directed the military renaissance in this country that led to the breakup of the communist bloc and a new birth of freedom and democracy. Upon his resignation in 1987, Caspar Weinberger was awarded the highest civilian medal our Nation can bestow on one of its citizens, the Presidential Medal of Freedom.

Secretary Weinberger's legacy will endure beyond the ending of the Cold War. The military readiness of this

L'amnistie des dirigeants politiques

Nation that he in large measure created could not have been better displayed than it was 2 years ago in the Persian Gulf and today in Somalia.

As Secretary Weinberger's pardon request noted, it is a bitter irony that on the day the first charges against Secretary Weinberger were filed, Russian President Boris Yeltsin arrived in the United States to celebrate the end of the Cold War. I am pardoning him not just out of compassion or to spare a 75-year-old patriot the torment of lengthy and costly legal proceedings, but to make it possible for him to receive the honor he deserves for his extraordinary service to our country.

Moreover, on a somewhat more personal note, I cannot ignore the debilitating illnesses faced by Caspar Weinberger and his wife. When he resigned as Secretary of Defense, it was because of his wife's cancer. In the years since he left public service, her condition has not improved. IN addition, since that time, he also has become ill. Nevertheless, Caspar Weinberger has been a pillar of strength for his wife; this pardon will enable him to be by her side undistracted by the ordeal of a costly and arduous trial.

I have also decided to pardon five other individuals for their conduct related to the Iran Contra affair: Elliott Abrams, Duane Clarridge, Alan Fiers, Clair George, and Robert McFarlane. First, the common denominator of their motivation—whether their actions were right or wrong—was patriotism. Second, they did not profit or seek to profit from their conduct. Third, each has a record of long and distinguished service to this country. And finally, all five have already paid a price—in depleted savings, lost careers, anguished families—grossly disproportionate to any misdeeds or errors of judgment they may have committed.

The prosecutions of the individuals I am pardoning represent what I believe is a profoundly troubling development in the political and legal climate of our country: the criminalization of policy differences. These differences should be addressed in the political arena, without the Damocles sword of criminality hanging over the heads of some of the combatants. The proper target is the President, not his subordinates; the proper forum is the voting booth, not the courtroom.

In recent years, the use of criminal processes in policy disputes has become all too common. It is my hope that the action I am taking today will begin to restore

Annexes

these disputes to the battleground where they properly belong.

In addition, the actions of the men I am pardoning took place within the larger Cold War struggle. At home, we had a long, sometimes heated debate about how that struggle should be waged. Now the Cold War is over. When earlier wars have ended, Presidents have historically used the power to pardon to put bitterness behind us and look to the future. This healing tradition reaches at least from James Madison's pardon of Lafitte's pirates after the War of 1812, to Andrew Johnson's pardon of soldiers who had fought for the Confederacy, to Harry Truman's and Jimmy Carter's pardons of those who violated the Selective Service laws in World War II and Vietnam.

In many cases, the offenses pardoned by these Presidents were at least as serious as those I am pardoning today. The actions of those pardoned and the decisions to pardon them raised important issues of conscience, the rule of law, and the relationship under our Constitution between the government and the governed. Notwithstanding the seriousness of these issues and the passions they aroused, my predecessors acted because it was time for the country to move on. Today I do the same.

Some may argue that this decision will prevent full disclosure of some new key fact to the American people. That is not true. This matter has been investigated exhaustively. The Tower Board, the Joint Congressional Committee charged with investigating the Iran-Contra affair, and the Independent Counsel have looked into every aspect of this matter. The Tower Board interviewed more than 80 people and reviewed thousands of documents. The Joint Congressional Committee interviewed more than 500 people and reviewed more than 300,000 pages of material. Lengthy committee hearings were held and broadcast on national television to millions of Americans. And as I have noted, the Independent Counsel investigation has gone on for more than 6 years, and it has cost more than \$31 million.

Moreover, the Independent Counsel stated last September that he had completed the active phase of his investigation. He will have the opportunity to place his full assessment of the facts in the public record when he submits his final report. While no impartial person has seriously suggested that my own role in this matter is legally questionable, I have further requested that the

L'amnistie des dirigeants politiques

Independent Counsel provide me with at copy of my sworn testimony to his office, which I am prepared to release immediately. And I understand Secretary Weinberger has requested the release of all his notes pertaining to the Iran-Contra matter.

For more than 30 years in public service, I have tried to follow three precepts: honor, decency, and fairness. I know, from all those years of service, that the American people believe in fairness and fair play. In granting these pardons today, I am doing what I believe honor, decency, and fairness require.

NOW, THEREFORE, I, GEORGE BUSH, President of the United States of America, pursuant to my powers under Article II, Section 2 of the Constitution, do hereby grant a full, complete, and unconditional pardon to Elliot Abrams, Duane R. Clarridge, Alan Fiers, Clair George, Robert C. McFarlane, and Caspar W. Weinberger for all offenses charged or prosecuted by Independent Counsel Lawrence E. Walsh or other member of his office, or committed by these individuals and within jurisdiction of that office.

IN WITNESS WHEREOF, I have hereunto set my hand this twenty-fourth day of December, in the year of our Lord nineteen hundred and ninety-two and of the Independence of the United States of America the two hundred and seventeenth.

ANNEXE IX

AFRIQUE DU SUD

Office Of The President No. 1111.

26 July 1995

No. 34 Of 1995:

Promotion Of National Unity And Reconciliation Act, 1995

To provide for the investigation and the establishment of as complete a picture as possible of the nature, causes and extent of gross violations of human rights committed during the period from 1 March 1960 to the cut-off date contemplated in the Constitution, within or outside the Republic, emanating from the conflicts of the past, and the fate or whereabouts of the victims of such violations; the granting of amnesty to persons who make full disclosure of all the relevant facts relating to acts associated with a political objective committed in the course of the conflicts of the past during the said period;

affording victims an opportunity to relate the violations they suffered; the taking of measures aimed at the granting of reparation to, and the rehabilitation and the restoration of the human and civil dignity of, victims of violations of human rights; reporting to the Nation about such violations and victims; the making of recommendations aimed at the prevention of the commission of gross violations of human rights; and for the said purposes to provide for the establishment of a Truth and Reconciliation Commission, a Committee on Human Rights Violations, a Committee on Amnesty and a Committee on Reparation and Rehabilitation; and to confer certain powers on, assign certain functions to and impose certain duties upon that Commission and those Committees; and to provide for matters connected therewith.

SINCE the Constitution of the Republic of South Africa, 1993 (Act No. 200 of 1993), provides a historic bridge between the past of a deeply divided society characterized by strife, conflict, untold suffering and injustice, and a future founded on the recognition of human rights, democracy and peaceful co-existence for all South Africans, irrespective of colour, race, class, belief or sex;

AND SINCE it is deemed necessary to establish the truth in relation to past events as well as the motives for and circumstances in which gross violations of human rights have occurred, and to make the findings known in order to prevent a repetition of such acts in future;

AND SINCE the Constitution states that the pursuit of national unity, the well-being of all South African citizens and peace require reconciliation between the people of South Africa and the reconstruction of society;

AND SINCE the Constitution states that there is a need for understanding but not for vengeance, a need for reparation but not for retaliation, a need for ubuntu but not for victimization;

AND SINCE the Constitution states that in order to advance such reconciliation and reconstruction amnesty shall be granted in respect of acts, omissions and offences associated with political objectives committed in the course of the conflicts of the past;

AND SINCE the Constitution provides that Parliament shall under the Constitution adopt a law which determines a firm cut-off date, which shall be a date after 8 October 1990 and before the cut-off date envisaged in the Constitution, and providing for the mechanisms, criteria and procedures, including tribunals, if any, through which such amnesty shall be dealt with;

(...)

CHAPTER 1: Interpretation and application

Definitions

1. (1) In this Act, unless the context otherwise indicates- (i) “act associated with a political objective” has the meaning ascribed thereto in section 20(2) and (3); (ii) (ii) “article” includes any evidence, book, document, file, object, writing, recording or transcribed computer printout produced by any mechanical or electronic device or any device by means of which information is recorded, stored or transcribed; (xix) (iii) “Commission” means the Truth and Reconciliation Commission established by section 2; (ix) (iv) “commissioner” means a member of the Commission appointed in terms of section 7(2)(a); (viii) (v) “committee” means the Committee on Human Rights Violations, the Committee on Amnesty or the Committee on Reparation and Rehabilitation, as the case may be; (vii) (vi) “Constitution” means the

Constitution of the Republic of South Africa, 1993 (Act No. 200 of 1993); (iv) (vii) “cut-off date” means the latest date allowed as the cut-off date in terms of the Constitution as set out under the heading “National Unity and Reconciliation”; (i) (viii) “former state” means any state or territory which was established by an Act of Parliament or by proclamation in terms of such an Act prior to the commencement of the Constitution and the territory of which now forms part of the Republic; (xvii) (ix) “gross violation of human rights” means the violation of human rights through- (a) the killing, abduction, torture or severe ill-treatment of any person; or (b) any attempt, conspiracy, incitement, instigation, command or procurement to commit an act referred to in paragraph (a), which emanated from conflicts of the past and which was committed during the period 1 March 1960 to the cut-off date within or outside the Republic, and the commission of which was advised, planned, directed, commanded or ordered, by any person acting with a political motive; (v) (x) “joint committee” means a joint committee of the Houses of Parliament appointed in accordance with the Standing Orders of Parliament for the purpose of considering matters referred to it in terms of this Act; (iii) (xi) “Minister” means the Minister of Justice; (x) (xii) “prescribe” means prescribe by regulation made under section 40; (xviii) (xiii) “President” means the President of the Republic; (xi) (xiv) “reparation” includes any form of compensation, ex gratia payment, restitution, rehabilitation or recognition; (vi) (xv) “Republic” means the Republic of South Africa referred to in section 1(2) of the Constitution; (xii) (xvi) “security forces” includes any full-time or part-time- (a) member or agent of the South African Defence Force, the South African Police, the National Intelligence Service, the Bureau of State Security, the Department of Correctional Services, or any of their organs; (b) member or agent of a defence force, police force, intelligence agency or prison service of any former state, or any of their organs; (xvi) (xvii) “State” means the State of the Republic; (xiv) (xviii) “subcommittee” means any subcommittee established by the Commission in terms of section 5(c); (xv) (xix) “victims” includes- (a) persons who, individually or together with one or more persons, suffered harm in the form of physical or mental injury, emotional suffering, pecuniary loss or a substantial impairment of human rights- (i) as a result of a gross violation of human rights; or (ii) as a result of an act associated with a political objective for which amnesty has been granted; (b) persons who, individually or together with one or more persons, suffered harm in the form of physical or mental injury, emotional suffering, pecuniary loss or a substantial impairment of human rights, as a result of such person intervening to assist persons contemplated in paragraph (a) who were in distress or to prevent victimization of such persons; and (c) such relatives or dependants of victims as may be prescribed.

(xiii)
(2) For the purposes of sections 10(1), (2) and (3) and II and Chapters 6 and 7 “Commission” shall be construed as including a reference to “committee” or subcommittee”, as the case may be, and “Chairperson”, “Vice-Chairperson” or “comissioner” shall be construed as including a reference to the chairperson, vice-chairperson or a member of a committee or subcommittee, as the case may be.

CHAPTER 2: Truth and Reconciliation Commission

Establishment and seat of Truth and Reconciliation Commission

Annexes

2. (1) There is hereby established a juristic person to be known as the Truth and Reconciliation Commission.

(2) The seat of the Commission shall be determined by the President.

Objectives of Commission

3. (1) The objectives of the Commission shall be to promote national unity and reconciliation in a spirit of understanding which transcends the conflicts and divisions of the past by-

(a) establishing as complete a picture as possible of the causes, nature and extent of the gross violations of human rights which were committed during the period from 1 March 1960 to the cut-off date, including the antecedents, circumstances, factors and context of such violations, as well as the perspectives of the victims and the motives and perspectives of the persons responsible for the commission of the violations, by conducting investigations and holding hearings;

(b) facilitating the granting of amnesty to persons who make full disclosure of all the relevant facts relating to acts associated with a political objective and comply with the requirements of this Act;

(c) establishing and making known the fate or whereabouts of victims and by restoring the human and civil dignity of such victims by granting them an opportunity to relate their own accounts of the violations of which they are the victims, and by recommending reparation measures in respect of them;

(d) compiling a report providing as comprehensive an account as possible of the activities and findings of the Commission contemplated in paragraphs (a), (b) and (c), and which contains recommendations of measures to prevent the future violations of human rights.

(2) The provisions of subsection (1) shall not be interpreted as limiting the power of the Commission to investigate or make recommendations concerning any matter with a view to promoting or achieving national unity and reconciliation within the context of this Act.

(3) In order to achieve the objectives of the Commission-

(a) the Committee on Human Rights Violations, as contemplated in Chapter 3, shall deal, among other things, with matters pertaining to investigations of gross violations of human rights;

(b) the Committee on Amnesty, as contemplated in Chapter 4, shall deal with matters relating to amnesty;

(c) the Committee on Reparation and Rehabilitation, as contemplated in Chapter 5, shall deal with matters referred to it relating to reparations;

(d) the investigating unit referred to in section 5(d) shall perform the investigations contemplated in section 28(4)(a); and

(e) the subcommittees shall exercise, perform and carry out the powers, functions and duties conferred upon, assigned to or imposed upon them by the Commission.

Functions of Commission

4. The functions of the Commission shall be to achieve its objectives, and to that end the Commission shall-

(a) facilitate, and where necessary initiate or coordinate, inquiries into-

- (i) gross violations of human rights, including violations which were part of a systematic pattern of abuse;
- (ii) the nature, causes and extent of gross violations of human rights, including the antecedents, circumstances, factors, context, motives and perspectives which led to such violations;
- (iii) the identity of all persons, authorities, institutions and organisations involved in such violations;
- (iv) the question whether such violations were the result of deliberate planning on the part of the State or a former state or any of their organs, or of any political organisation, liberation movement or other group or individual; and (v) accountability, political or otherwise, for any such violation;
- (b) facilitate, and initiate or coordinate, the gathering of information and the receiving of evidence from any person, including persons claiming to be victims of such violations or the representatives of such victims, which establish the identity of victims of such violations, their fate or present whereabouts and the nature and extent of the harm suffered by such victims;
- (c) facilitate and promote the granting of amnesty in respect of acts associated with political objectives, by receiving from persons desiring to make a full disclosure of all the relevant facts relating to such acts, applications for the granting of amnesty in respect of such acts, and transmitting such applications to the Committee on Amnesty for its decision, and by publishing decisions granting amnesty, in the Gazette;
- (d) determine what articles have been destroyed by any person in order to conceal violations of human rights or acts associated with a political objective;
- (e) prepare a comprehensive report which sets out its activities and findings, based on factual and objective information and evidence collected or received by it or placed at its disposal;
- (f) make recommendations to the President with regard to-
 - (i) the policy which should be followed or measures which should be taken with regard to the granting of reparation to victims or the taking of other measures aimed at rehabilitating and restoring the human and civil dignity of victims;
 - (ii) measures which should be taken to grant urgent interim reparation to victims;
- (g) make recommendations to the Minister with regard to the development of a limited witness protection programme for the purposes of this Act;
- (h) make recommendations to the President with regard to the creation of institutions conducive to a stable and fair society and the institutional, administrative and legislative measures which should be taken or introduced in order to prevent the commission of violations of human rights.

Powers of Commission

5. In order to achieve its objectives and to perform its functions the Commission shall have the power to-

- (a) determine the seat, if any, of every committee;
- (b) establish such offices as it may deem necessary for the performance of its functions;
- (c) establish subcommittees to exercise, carry out or perform any of the powers, duties and functions assigned to them by the Commission;
- (d) conduct any investigation or hold any hearing it may deem necessary and establish the investigating unit referred to in section 28;

Annexes

- (e) refer specific or general matters to, give guidance and instructions to, or review the decisions of, any committee or subcommittee or the investigating unit with regard to the exercise of its powers, the performance of its functions and the carrying out of its duties, the working procedures which should be followed and the divisions which should be set up by any committee in order to deal effectively with the work of the committee: Provided that no decision, or the process of arriving at such a decision, of the Committee on Amnesty regarding any application for amnesty shall be reviewed by the Commission;
- direct any committee or subcommittee to make information which it has in its possession available to any other committee or subcommittee;
- (g) direct the submission of and receive reports or interim reports from any committee or subcommittee;
- (h) have the administrative and incidental work connected with the exercise of its powers, the execution of its duties or the performance of its functions carried out by persons-
 - (i) employed or appointed by it;
 - (ii) seconded to its service by any department of State at the request of the Commission and after consultation with the Public Service Commission;
 - (iii) appointed by it for the performance of specified tasks;
- (i) in consultation with the Minister and through diplomatic channels, obtain permission from the relevant authority of a foreign country to receive evidence or gather information in that country;
- (j) enter into an agreement with any person, including any department of State, in terms of which the Commission will be authorized to make use of any of the facilities, equipment or personnel belonging to or under the control or in the employment of such person or department;
- (k) recommend to the President that steps be taken to obtain an order declaring a person to be dead;
- (l) hold meetings at any place within or outside the Republic;
- (m) on its own initiative or at the request of any interested person inquire or investigate into any matter, including the disappearance of any person or group of persons.

Certain powers shall be exercised in consultation with Minister

6. Subject to the provisions of section 45, any power referred to in section 5(a), (b) and (c), and, if it is to be exercised outside the Republic, any power referred to in sections 5(d) and (1), 10(1) and 29(1), shall be exercised in consultation with the Minister.

Constitution of Commission

7. (1) The Commission shall consist of not fewer than 11 and not more than 17 commissioners, as may be determined by the President in consultation with the Cabinet.
- (2) (a) The President shall appoint the commissioners in consultation with the Cabinet.
- (b) The commissioners shall be fit and proper persons who are impartial and who do not have a high political profile: Provided that not more than two persons who are not South African citizens may be appointed as commissioners.
- (3) The President shall make the appointment of the commissioners known by proclamation in the Gazette.

(4) The President shall designate one of the commissioners as the Chairperson, and another as the Vice-Chairperson, of the Commission.

(5) A commissioner appointed in terms of subsection (2)(a) shall, subject to the provisions of subsections (6) and (7), hold office for the duration of the Commission.

(6) A commissioner may at any time resign as commissioner by tendering his or her resignation in writing to the President.

(7) The President may remove a commissioner from office on the grounds of misbehaviour, incapacity or incompetence, as determined by the joint committee and upon receipt of an address from the National Assembly and an address from the Senate.

(8) If any commissioner tenders his or her resignation under subsection (6), or is removed from office under subsection (7), or dies, the President in consultation with the Cabinet, may fill the vacancy by appointing a person for the unexpired portion of the term of office of his or her predecessor or may allow the seat vacated as a result of a resignation, removal from office or death to remain vacant.

(...)

CHAPTER 4: Amnesty mechanisms and procedures

Committee on Amnesty

16. There is hereby established a committee to be known as the Committee on Amnesty, which shall in this Chapter be referred to as the Committee.

Constitution of Committee

17. (1) The Committee shall consist of a Chairperson, a Vice-Chairperson and three other members who are fit and proper persons, appropriately qualified, South African citizens and broadly representative of the South African community.

(2) The President shall appoint the Chairperson, the Vice-Chairperson, one other person and, after consultation with the Commission, two commissioners as members of the Committee.

(3) The Chairperson of the Committee shall be-

(a) a judge as defined in section 1(1) of the Judges' Remuneration and Conditions of Employment Act, 1989 (Act No. 88 of 1989); or (b) a judge who has been discharged from active service in terms of section 3 of the said Act.

(4) Any vacancies in the Committee shall be filled in accordance with this section.

Applications for granting of amnesty

18. (1) Any person who wishes to apply for amnesty in respect of any act, omission or offence on the grounds that it is an act associated with a political objective, shall within 12 months from the date of the proclamation referred to in section 7(3), or such extended period as may be prescribed, submit such an application to the Commission in the prescribed form.

(2) The Committee shall give priority to applications of persons in custody and shall prescribe measures in respect of such applications after consultation with the Minister and the Minister of Correctional Services.

Committee shall consider applications for amnesty

19. (1) Upon receipt of any application for amnesty, the Committee may return the application to the applicant and give such directions in respect of the completion and submission of the application as may be necessary or request the applicant to provide such further particulars as it may deem necessary.

Annexes

(2) The Committee shall investigate the application and make such enquiries as it may deem necessary: Provided that the provisions of section 30(2) shall, with the necessary changes, apply in respect of such investigation.

(3) After such investigation, the Committee may-

(a) (i) inform the applicant that the application, judged on the particulars or further particulars contained in the application or provided by the applicant or revealed as a result of enquiries made by the Committee, if any, does not relate to an act associated with a political objective; (ii) afford the applicant the opportunity to make a further submission; and (iii) decide whether the application, judged on the particulars referred to in subparagraph (i), and in such further submission, relates to such an act associated with a political objective, and if it is satisfied that the application does not relate to such an act, in the absence of the applicant and without holding a hearing refuse the application and inform the applicant accordingly; or (b) if it is satisfied that-

(i) the requirements mentioned in section 20(i) have been complied with;

(ii) there is no need for a hearing; and (iii) the act, omission or offence to which the application relates, does not constitute a gross violation of human rights, in the absence of the applicant and without holding a hearing, grant amnesty and inform the applicant accordingly.

(4) If an application has not been dealt with in terms of subsection (3), the Committee shall conduct a hearing as contemplated in Chapter 6 and shall, subject to the provisions of section 33-

(a) in the prescribed manner, notify the applicant and any victim or person implicated, or having an interest in the application, of the place where and the time when the application will be heard and considered;

(b) inform the persons referred to in paragraph (a) of their right to be present at the hearing and to testify, adduce evidence and submit any article to be taken into consideration;

(c) deal with the application in terms of section 20 or 21 by granting or refusing amnesty.

(5) (a) The Committee shall, for the purpose of considering and deciding upon an application referred to in subsection (1), have the same powers as those conferred upon the Commission in section 5(l) and (m) and Chapters 6 and 7.

(b) Notwithstanding the provisions of section 18(1), the Committee may consider jointly the individual applications in respect of any particular act, omission or offence to which such applications relate.

(6) If the act or omission which is the subject of an application under section 18 constitutes the ground of any claim in civil proceedings instituted against the person who submitted that application, the court hearing that claim may at the request of such person, if it is satisfied that the other parties to such proceedings have been informed of the request and afforded the opportunity to address the court or to make further submissions in this regard, suspend those proceedings pending the consideration and disposal of the application.

(7) If the person who submitted an application under section 18 is charged with any offence constituted by the act or omission to which the application relates, or is standing trial upon a charge of having committed such an offence, the Committee may request the appropriate

authority to postpone the proceedings pending the consideration and disposal of the application for amnesty.

(8) (a) Subject to the provisions of section 33, the applications, documentation in connection therewith, further information and evidence obtained before and during an investigation by the Commission, the deliberations conducted in order to come to a decision or to conduct a hearing contemplated in section 33, shall be confidential.

(b) Subject to the provisions of section 33, the confidentiality referred to in paragraph (a) shall lapse when the Commission decides to release such information or when the hearing commences.

Granting of amnesty and effect thereof

20. (1) If the Committee, after considering an application for amnesty, is satisfied that-

(a) the application complies with the requirements of this Act;

(b) the act, omission or offence to which the application relates is an act associated with a political objective committed in the course of the conflicts of the past in accordance with the provisions of subsections (2) and (3); and

(c) the applicant has made a full disclosure of all relevant facts, it shall grant amnesty in respect of that act, omission or offence.

(2) In this Act, unless the context otherwise indicates, "act associated with a political objective" means any act or omission which constitutes an offence or delict which, according to the criteria in subsection

(3), is associated with a political objective, and which was advised, planned, directed, commanded, ordered or committed within or outside the Republic during the period 1 March 1960 to the cut-off date, by-

(a) any member or supporter of a publicly known political organisation or liberation movement on behalf of or in support of such organisation or movement, bona fide in furtherance of a political struggle waged by such organisation or movement against the State or any former state or another publicly known political organisation or liberation movement;

(b) any employee of the State or any former state or any member of the security forces of the State or any former state in the course and scope of his or her duties and within the scope of his or her express or implied authority directed against a publicly known political organisation or liberation movement engaged in a political struggle against the State or a former state or against any members or supporters of such organisation or movement, and which was committed bona fide with the object of countering or otherwise resisting the said struggle;

(c) any employee of the State or any former state or any member of the security forces of the State or any former state in the course and scope of his or her duties and within the scope of his or her express or implied authority directed-(i) in the case of the State, against any former state; or (ii) in the case of a former state, against the State or any other former state, whilst engaged in a political struggle against each other or against any employee of the State or such former state, as the case may be, and which was committed bona fide with the object of countering or otherwise resisting the said struggle;

(d) any employee or member of a publicly known political organisation or liberation movement in the course and scope of his or her duties and within the scope of his or her express or implied authority directed against the State or any former state or any publicly known political organisation or liberation movement engaged in a political struggle against that political organisation or liberation movement or against members of the security forces of the State or any former state or members or supporters of such publicly known political organisation or liberation movement, and which was committed bona fide in furtherance of the said struggle;

(e) any person in the performance of a coup d'état to take over the government of any former state, or in any attempt thereto;

(f) any person referred to in paragraphs (a), (b), (c) and (d), who on reasonable grounds believed that he or she was acting in the course and scope of his or her duties and within the scope of his or her express or implied authority;

(g) any person who associated himself or herself with any act or omission committed for the purposes referred to in paragraphs (a), (b), (c), (d), (e) and (f).

(3) Whether a particular act, omission or offence contemplated in subsection (2) is an act associated with a political objective, shall be decided with reference to the following criteria:

(a) The motive of the person who committed the act, omission or offence;

(b) the context in which the act, omission or offence took place, and in particular whether the act, omission or offence was committed in the course of or as part of a political uprising, disturbance or event, or in reaction thereto;

(c) the legal and factual nature of the act, omission or offence, including the gravity of the act, omission or offence;

(d) the object or objective of the act, omission or offence, and in particular whether the act, omission or offence was primarily directed at a political opponent or State property or personnel or against private property or individuals;

(e) whether the act, omission or offence was committed in the execution of an order of, or on behalf of, or with the approval of, the organisation, institution, liberation movement or body of which the person who committed the act was a member, an agent or a supporter; and

(f) the relationship between the act, omission or offence and the political objective pursued, and in particular the directness and proximity of the relationship and the proportionality of the act, omission or offence to the objective pursued, but does not include any act, omission or offence committed by any person referred to in subsection (2) who acted-(i) for personal gain: Provided that an act, omission or offence by any person who acted and received money or anything of value as an informer of the State or a former state, political organisation or liberation movement, shall not be excluded only on the grounds of that person having received money or anything of value for his or her information; or (ii) out of personal malice, ill-will or spite, directed against the victim of the acts committed.

(4) In applying the criteria contemplated in subsection (3), the Committee shall take into account the criteria applied in the Acts repealed by section 48.

(5) The Commission shall inform the person concerned and, if possible, any victim, of the decision of the Committee to grant amnesty to such person in respect of a specified act, omission or offence and the Committee shall submit to the Commission a record of the proceedings, which may, subject to the provisions of this Act, be used by the Commission.

(6) The Committee shall forthwith by proclamation in the Gazette make known the full names of any person to whom amnesty has been granted, together with sufficient information to identify the act, omission or offence in respect of which amnesty has been granted.

(7) (a) No person who has been granted amnesty in respect of an act, omission or offence shall be criminally or civilly liable in respect of such act, omission or offence and no body or organisation or the State shall be liable, and no person shall be vicariously liable, for any such act, omission or offence.

(b) Where amnesty is granted to any person in respect of any act, omission or offence, such amnesty shall have no influence upon the criminal liability of any other person contingent upon the liability of the first-mentioned person.

(c) No person, organisation or state shall be civilly or vicariously liable for an act, omission or offence committed between 1 March 1960 and the cut-off date by a person who is deceased, unless amnesty could not have been granted in terms of this Act in respect of such an act, omission or offence.

(8) If any person-

(a) has been charged with and is standing trial in respect of an offence constituted by the act or omission in respect of which amnesty is granted in terms of this section; or (b) has been convicted of, and is awaiting the passing of sentence in respect of, or is in custody for the purpose of serving a sentence imposed in respect of, an offence constituted by the act or omission in respect of which amnesty is so granted, the criminal proceedings shall forthwith upon publication of the proclamation referred to in subsection

(6) become void or the sentence so imposed shall upon such publication lapse and the person so in custody shall forthwith be released.

(9) If any person has been granted amnesty in respect of any act or omission which formed the ground of a civil judgment which was delivered at any time before the granting of the amnesty, the publication of the proclamation in terms of subsection (6) shall not affect the operation of the judgment in so far as it applies to that person.

(10) Where any person has been convicted of any offence constituted by an act or omission associated with a political objective in respect of which amnesty has been granted in terms of this Act, any entry or record of the conviction shall be deemed to be expunged from all official documents or records and the conviction shall for all purposes, including the application of any Act of Parliament or any other law, be deemed not to have taken place:

Provided that the Committee may recommend to the authority concerned the taking of such measures as it may deem necessary for the protection of the safety of the public.

Refusal of amnesty and effect thereof

21. (1) If the Committee has refused any application for amnesty, it shall as soon as practicable notify-

(a) the person who applied for amnesty;

(b) any person who is in relation to the act, omission or offence concerned, a victim; and

Annexes

(c) the Commission, in writing of its decision and the reasons for its refusal.

(2) (a) If any criminal or civil proceedings were suspended pending a decision on an application for amnesty, and such application is refused, the court concerned shall be notified accordingly.

(b) No adverse inference shall be drawn by the court concerned from the fact that the proceedings which were suspended pending a decision on an application for amnesty, are subsequently resumed.

Referrals to Committee on Reparation and Rehabilitation

22. (1) Where amnesty is granted to any person in respect of any act, omission or offence and the Committee is of the opinion that a person is a victim in relation to that act, omission or offence, it shall refer the matter to the Committee on Reparation and Rehabilitation for its consideration in terms of section 26.

(2) Where amnesty is refused by the Committee and if it is of the opinion that-

(a) the act, omission or offence concerned constitutes a gross violation of human rights; and

(b) a person is a victim in the matter, it shall refer the matter to the Committee on Reparation and Rehabilitation for consideration in terms of section 26.

(...)

CHAPTER 7:General provisions

Independence of Commission

36. (1) The Commission, its commissioners and every member of its staff shall function without political or other bias or interference and shall, unless this Act expressly otherwise provides, be independent and separate from any party, government, administration, or any other functionary or body directly or indirectly representing the interests of any such entity.

(...)

48. (1) The Indemnity Act, 1990 (Act No. 35 of 1990), the Indemnity Amendment Act, 1992 (Act No. 124 of 1992), and the Further Indemnity Act, 1992 (Act No. 151 of 1992), are hereby repealed.

(2) Any indemnity granted under the provisions of the Indemnity Act, 1990, the Indemnity Amendment Act, 1992, or the Further Indemnity Act, 1992, shall remain in force notwithstanding the repeal of those Acts.

(3) Any temporary immunity or indemnity granted under an Act repealed in terms of subsection (1) shall remain in force for a period of 12 months after the date referred to in section 7(3) notwithstanding the repeal of that Act.

(...)

ANNEXE X

Statut de la CPI, articles 5 à 8

Article 5 : crimes relevant de la compétence de la Cour

1. La compétence de la Cour est limitée aux crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale. En vertu du présent Statut, la Cour a compétence à l'égard des crimes suivants :

- a) Le crime de génocide ;
- b) Les crimes contre l'humanité ;
- c) Les crimes de guerre ;
- d) Le crime d'agression.

2. La Cour exercera sa compétence à l'égard du crime d'agression quand une disposition aura été adoptée conformément aux articles 121 et 123, qui définira ce crime et fixera les conditions de l'exercice de la compétence de la Cour à son égard. Cette disposition devra être compatible avec les dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies.

Article 6 : Crime de génocide

Aux fins du présent Statut, on entend par crime de génocide l'un quelconque des actes ci-après commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel :

- a) Meurtre de membres du groupe ;
- b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe ;
- c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle
- d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe
- e) Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe.

Article 7 : Crimes contre l'humanité

1. Aux fins du présent Statut, on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque :

- a) Meurtre ;
- b) Extermination ;
- c) Réduction en esclavage ;
- d) Déportation ou transfert forcé de population ;
- e) Emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international ;
- f) Torture ;
- g) Viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable ;
- h) Persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour ;
- i) Disparitions forcées de personnes ;
- j) Crime d'apartheid ;

- k) Autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale.

2. Aux fins du paragraphe 1 :

- a) Par « attaque lancée contre une population civile », on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ;
- b) Par « extermination », on entend notamment le fait d'imposer intentionnellement des conditions de vie, telles que la privation d'accès à la nourriture et aux médicaments, calculées pour entraîner la destruction d'une partie de la population ;
- c) Par « réduction en esclavage », on entend le fait d'exercer sur une personne l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété, y compris dans le cadre de la traite des être humains, en particulier des femmes et des enfants ;
- d) Par « déportation ou transfert forcé de population », on entend le fait de déplacer de force des personnes, en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs, de la région où elles se trouvent légalement, sans motifs admis en droit international ;
- e) Par « torture », on entend le fait d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle ; l'acception de ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légales, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles ;
- f) Par « grossesse forcée », on entend la détention illégale d'une femme mise enceinte de force, dans l'intention de modifier la composition ethnique d'une population ou de commettre d'autres violations graves du droit international. Cette définition ne peut en aucune manière s'interpréter comme ayant une incidence sur les lois nationales relatives à la grossesse ;
- g) Par « persécution », on entend le déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l'identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet ;
- h) Par « crime d'apartheid », on entend des actes inhumains analogues à ceux que vise le paragraphe 1, commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime
- i) i) Par « disparitions forcées de personnes », on entend les cas où des personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées par un État ou une organisation politique ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de cet État ou de cette organisation, qui refuse ensuite d'admettre que ces personnes sont privées de liberté ou de révéler le sort qui leur est réservé ou l'endroit où elles se trouvent, dans l'intention de les soustraire à la protection de la loi pendant une période prolongée.

3. Aux fins du présent Statut, le terme « sexe » s'entend de l'un et l'autre sexes, masculin et féminin, suivant le contexte de la société. Il n'implique aucun autre sens.

Article 8 : Crimes de guerre

1. La Cour a compétence à l'égard des crimes de guerre, en particulier lorsque ces crimes s'inscrivent dans le cadre d'un plan ou d'une politique ou lorsqu'ils font partie d'une série de crimes analogues commis sur une grande échelle.

2. Aux fins du Statut, on entend par « crimes de guerre » :

a) Les infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949, à savoir l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'ils visent des personnes ou des biens protégés par les dispositions des Conventions de Genève :

i) L'homicide intentionnel ;

ii) La torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques ;

iii) Le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter gravement atteinte à l'intégrité physique ou à la santé ;

iv) La destruction et l'appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire ;

v) Le fait de contraindre un prisonnier de guerre ou une personne protégée à servir dans les forces d'une puissance ennemie ;

vi) Le fait de priver intentionnellement un prisonnier de guerre ou toute autre personne protégée de son droit d'être jugé régulièrement et impartialement ;

vii) La déportation ou le transfert illégal ou la détention illégale ;

viii) La prise d'otages ;

b) Les autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux dans le cadre établi du droit international, à savoir, l'un quelconque des actes ci-après :

i) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre la population civile en tant que telle ou contre des civils qui ne participent pas directement part aux hostilités ;

ii) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre des biens de caractère civil, c'est-à-dire des biens qui ne sont pas des objectifs militaires ;

iii) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre le personnel, les installations, le matériel, les unités ou les véhicules employés dans le cadre d'une mission d'aide humanitaire ou de maintien de la paix conformément à la Charte des Nations Unies, pour autant qu'ils aient droit à la protection que le droit international des conflits armés garantit aux civils et aux biens de caractère civil ;

iv) Le fait de diriger intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil ou des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu ;

v) Le fait d'attaquer ou de bombarder, par quelque moyen que ce soit, des villes, villages, habitations ou bâtiments qui ne sont pas défendus et qui ne sont pas des objectifs militaires ; vi)

Le fait de tuer ou de blesser un combattant qui, ayant déposé les armes ou n'ayant plus de moyens de se défendre, s'est rendu à discrétion ;

Annexes

- vii) Le fait d'utiliser indûment le pavillon parlementaire, le drapeau ou les insignes militaires et l'uniforme de l'ennemi ou de l'Organisation des Nations Unies, ainsi que les signes distinctifs prévus par les Conventions de Genève, et, ce faisant, de causer la perte de vies humaines ou des blessures graves ;
- viii) Le transfert, direct ou indirect, par une puissance occupante d'une partie de sa population civile, dans le territoire qu'elle occupe, ou la déportation ou le transfert à l'intérieur ou hors du territoire occupé de la totalité ou d'une partie de la population de ce territoire ;
- ix) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre des bâtiments consacrés à la religion, à l'enseignement, à l'art, à la science ou à l'action caritative, des monuments historiques, des hôpitaux et des lieux où des malades ou des blessés sont rassemblés, à condition qu'ils ne soient pas des objectifs militaires ;
- x) Le fait de soumettre des personnes d'une partie adverse tombées en son pouvoir à des mutilations ou à des expériences médicales ou scientifiques quelles qu'elles soient qui ne sont ni motivées par un traitement médical, dentaire ou hospitalier, ni effectuées dans l'intérêt de ces personnes, et qui entraînent la mort de celles-ci ou mettent sérieusement en danger leur santé ;
- xi) Le fait de tuer ou de blesser par trahison des individus appartenant à la nation ou à l'armée ennemie ;
- xii) Le fait de déclarer qu'il ne sera pas fait de quartier ;
- xiii) Le fait de détruire ou de saisir les biens de l'ennemi, sauf dans les cas où ces destructions ou saisies seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre ;
- xiv) Le fait de déclarer éteints, suspendus ou non recevables en justice les droits et actions des nationaux de la partie adverse ;
- xv) Le fait pour un belligérant de contraindre les nationaux de la partie adverse à prendre part aux opérations de guerre dirigées contre leur pays, même s'ils étaient au service de ce belligérant avant le commencement de la guerre ;
- xvi) Le pillage d'une ville ou d'une localité, même prise d'assaut ;
- xvii) Le fait d'employer du poison ou des armes empoisonnées ;
- xviii) Le fait d'employer des gaz asphyxiants, toxiques ou similaires, ainsi que tous liquides, matières ou procédés analogues ;
- xix) Le fait d'utiliser des balles qui s'épanouissent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain, telles que des balles dont l'enveloppe dure ne recouvre pas entièrement le centre ou est percée d'entailles ;
- xx) Le fait d'employer les armes, projectiles, matières et méthodes de guerre de nature à causer des maux superflus ou des souffrances inutiles ou à frapper sans discrimination en violation du droit international des conflits armés, à condition que ces armes, projectiles, matières et méthodes de guerre fassent l'objet d'une interdiction générale et qu'ils soient inscrits dans une annexe au présent Statut, par voie d'amendement adopté selon les dispositions des articles 121 et 123 ;
- xxi) Les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants ;

- xxii) Le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, telle que définie à l'article 7, paragraphe 2, alinéa f), la stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle constituant une infraction grave aux Conventions de Genève ;
 - xxiii) Le fait d'utiliser la présence d'un civil ou d'une autre personne protégée pour éviter que certains points, zones ou forces militaires ne soient la cible d'opérations militaires ;
 - xxiv) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre les bâtiments, le matériel, les unités et les moyens de transport sanitaires, et le personnel utilisant, conformément au droit international, les signes distinctifs prévus par les Conventions de Genève ;
 - xxv) Le fait d'affamer délibérément des civils comme méthode de guerre, en les privant de biens indispensables à leur survie, y compris en empêchant intentionnellement l'envoi des secours prévus par les Conventions de Genève ;
 - xxvi) Le fait de procéder à la conscription ou à l'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans dans les forces armées nationales ou de les faire participer activement à des hostilités ;
- c) En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international, les violations graves de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949, à savoir l'un quelconque des actes ci-après commis à l'encontre de personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention ou par toute autre cause :
- i) Les atteintes à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels et la torture ;
 - ii) Les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants ;
 - iii) Les prises d'otages ;
 - iv) Les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires généralement reconnues comme indispensables ;
- d) L'alinéa c) du paragraphe 2 s'applique aux conflits armés ne présentant pas un caractère international et ne s'applique donc pas aux situations de troubles et tensions internes telles que les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence ou les actes de nature similaire ;
- e) Les autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés ne présentant pas un caractère international, dans le cadre établi du droit international, à savoir l'un quelconque des actes ci-après :
- i) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre la population civile en tant que telle ou contre des personnes civiles qui ne participent pas directement aux hostilités ;
 - ii) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre les bâtiments, le matériel, les unités et les moyens de transport sanitaires, et le personnel utilisant, conformément au droit international, les signes distinctifs des Conventions de Genève ;
 - iii) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre le personnel, les installations, le matériel, les unités ou les véhicules employés dans le cadre d'une mission d'aide humanitaire ou de maintien de la paix conformément à la Charte des Nations Unies, pour autant qu'ils aient droit à la protection que le droit international des conflits armés garantit aux civils et aux biens de caractère civil ;

Annexes

- iv) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre des bâtiments consacrés à la religion, à l'enseignement, à l'art, à la science ou à l'action caritative, des monuments historiques, des hôpitaux et des lieux où des malades et des blessés sont rassemblés, pour autant que ces bâtiments ne soient pas des objectifs militaires ;
 - v) Le pillage d'une ville ou d'une localité, même prise d'assaut ;
 - vi) Le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, telle que définie à l'article 7, paragraphe 2, alinéa f), la stérilisation forcée, ou toute autre forme de violence sexuelle constituant une violation grave de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève ;
 - vii) Le fait de procéder à la conscription ou à l'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans dans les forces armées ou dans des groupes armés ou de les faire participer activement à des hostilités ;
 - viii) Le fait d'ordonner le déplacement de la population civile pour des raisons ayant trait au conflit, sauf dans les cas où la sécurité des civils ou des impératifs militaires l'exigent ;
 - ix) Le fait de tuer ou de blesser par trahison un adversaire combattant ;
 - x) Le fait de déclarer qu'il ne sera pas fait de quartier ;
 - xi) Le fait de soumettre des personnes d'une autre partie au conflit tombées en son pouvoir à des mutilations ou à des expériences médicales ou scientifiques quelles qu'elles soient qui ne sont ni motivées par un traitement médical, dentaire ou hospitalier, ni effectuées dans l'intérêt de ces personnes, et qui entraînent la mort de celles-ci ou mettent sérieusement en danger leur santé ;
 - xii) Le fait de détruire ou de saisir les biens d'un adversaire, sauf si ces destructions ou saisies sont impérieusement commandées par les nécessités du conflit ;
- f) L'alinéa e) du paragraphe 2 s'applique aux conflits armés ne présentant pas un caractère international et ne s'applique donc pas aux situations de troubles et tensions internes telles que les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence ou les actes de nature similaire. Il s'applique aux conflits armés qui opposent de manière prolongée sur le territoire d'un État les autorités du gouvernement de cet État et des groupes armés organisés ou des groupes armés organisés entre eux.
3. Rien dans le paragraphe 2, alinéas c) et e), n'affecte la responsabilité d'un gouvernement de maintenir ou rétablir l'ordre public dans l'État ou de défendre l'unité et l'intégrité territoriale de l'État par tous les moyens légitimes.

ANNEXE XI

Statut de la CPI : articles 27 et 28

Article 27 : Défaut de pertinence de la qualité officielle

1. Le présent Statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle. En particulier, la qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un État,

n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent Statut, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine.

2. Les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne.

Article 28 : Responsabilité des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques

Outre les autres motifs de responsabilité pénale au regard du présent Statut pour des crimes relevant de la compétence de la Cour :

a) Un chef militaire ou une personne faisant effectivement fonction de chef militaire est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par des forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs, ou sous son autorité et son contrôle effectifs, selon le cas, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces forces dans les cas où :

i) Ce chef militaire ou cette personne savait, ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir, que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes ; et

ii) Ce chef militaire ou cette personne n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites ;

b) En ce qui concerne les relations entre supérieur hiérarchique et subordonnés non décrites au paragraphe a), le supérieur hiérarchique est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces subordonnés dans les cas où :

i) Le supérieur hiérarchique savait que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement ;

ii) Ces crimes étaient liés à des activités relevant de sa responsabilité et de son contrôle effectifs ; et

iii) Le supérieur hiérarchique n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites.

ANNEXE XII

RUSSIE

President's decree of december 31, 1999, n 1763

**On guarantees to a president of the russian federation having relinquished his duties,
and to his family members**

In order to ensure legal, social and other guarantees to a President of Russian Federation who relinquished his duties and to members of his family, until a corresponding federal law comes in force, I hereby decree the following:

1. It is resolved that the following legal, social and other guarantees are to be provided to a President of Russian Federation who relinquishes his duties either because of the expiration of

his term in office or ahead of time in case of his resignation or a continuous inability to perform his duties (heretofore designated as a President of Russian Federation having relinquished his duties), and to his family members:

- a) A President of Russian Federation having relinquished his duties [PRFHRHD - translator's abbreviation] is entitled to a lifetime monthly pension in the amount of 75 percent of a monthly compensation of a President of Russian Federation, independently of his age. In the case that a President of Russian Federation having relinquished his duties is elected or appointed to a government office of Russian Federation or of a Russian Federation unit or to a government service, the disbursement of the aforementioned pension is suspended for the period of his functioning in this office;
- b) A PRF HRHD is provided with a lifetime government security protection in the places of his permanent or temporary presence in the full amount as stipulated by the Federal Law "On the State Security Protection", including provision of special communication and transportation services. Government security protection is also provided to his family members residing with a PRF HRHD or accompanying him in the place of his presence;
- c) A PRF HRHD and family members residing with him are entitled to the medical services that were provided to them on the day on which the President relinquished his duties;
- d) The life and health of a PRF HRHD are subject to mandatory government insurance at the federal budget expense, in the amount that is equal to the yearly compensation of a President of Russian Federation;
- e) A PRF HRHD is endowed with immunity. A PRF HRHD cannot be arraigned in a criminal court or held liable for administrative violation, cannot be detained, arrested, subjected to search, interrogation or personal inspection. The immunity of a PRF HRHD also pertains to housing and office premises that he occupies, means of transportation that he uses, means of communication, documents and luggage that belong to him, as well as his correspondence;
- f) A PRF HRHD is to be provided with one of government mansions for his lifetime use;
- g) A PRF HRHD is entitled to free use of halls designated for official persons and delegations in airports and air terminals, train terminals and stations, maritime stations and river stations;
- h) A PRF HRHD is entitled to free use of government communication service and other types of communication services available for government institutions, bodies of local self-government and organizations on the territory of the Russian Federation, and he is entitled to priority access to communication services. All types of postal and telegraphic transfers issued by a PRF HRHD, are to be transferred, registered and delivered as government mail;
- i) A PRF HRHD is entitled to maintain a staff of assistants at the expense of the federal budget. Assistants to PRF HRHD are answerable only to him for the performance of

their duties. The total monthly compensation fund for assistants to PRF HRHD is established as follows: for the first 30 months after the President ceased to perform his duties, in the amount equal or less than twice the amount of the monthly compensation to the President of the Russian Federation; for the subsequent period, equal or less than 1,5 times the amount of the monthly compensation to the President of the Russian Federation. Within the limits of the aforementioned compensation fund, a PRF HRHD is free to set by himself the salary rates of his assistants, as well as the order and the size of bonus payments. For the deployment of his assistants' staff, a PRF HRHD is provided with a separate office space, furnished and equipped with office equipment (including personal computers, connected both to the general network and to all available legal databases and government information systems, copying and duplicating equipment, and fax machine), means of communication, including government communication services;

- j) After a death of a person who had served as President, every member of his family is assigned monthly pension in the amount of six minimal retirement pension, established by federal law by the day of his death. The categories of family members entitled to this pension and the schedule of its disbursement are to be defined pursuant to Articles 50 and 51 of the Russian Federation Law "On Government Pensions in the Russian Federation";
- k) Persons indicated in the subsection "j" of this section are entitled to the use of government vehicle and to medical services that they had been provided, for five years after the death of the person who had served as President of Russian Federation.

2. It is established that along with the guarantees stipulated in this Decree, a PRF HRHD and his family members may be provided with other guarantees on the basis of federal laws.

3. It is established that the financing of expenses provisioned in this Decree is to come from the funds of the federal budget. The expenses of government institutions, bodies of local self-government and organizations in connection with the provision of social guarantees to a PRF HRHD are to be compensated at the expense of the federal budget pursuant to the rules established by the Government of the Russian Federation.

4. The Government of the Russian Federation must ensure the financing of expenses pertaining to the implementation of this Decree within the limit of funds allocated in the federal budget for the financing of the Administration of the President of Russian Federation.

5. This Decree comes in force on the day of its official publication.

Acting President of the Russian Federation

V.PUTIN

ANNEXE XIII

ITALIE

Decreto-legge, disposizioni urgenti in vista dell'introduzione dell'euro, in materia di tassazione dei redditi di natura finanziaria, di emersione di attività detenute all'estero, di cartolarizzazione e di altre operazioni finanziarie, 25 settembre 2001

Art. 12.Rimpatrio

1. Nel periodo tra il 1 novembre 2001 e il 28 febbraio 2002 gli interessati fiscalmente residenti in Italia che rimpatriano, attraverso gli intermediari, denaro e altre attività finanziarie comunque detenute alla data di entrata in vigore del presente decreto fuori del territorio dello Stato, senza l'osservanza delle disposizioni di cui al decreto-legge n. 167 del 1990, possono conseguire gli effetti indicati nell'articolo 14 con il versamento di una somma pari al 2,5 per cento dell'importo dichiarato delle attività finanziarie medesime, che non è deducibile, né compensabile, ai fini di alcuna imposta, tassa o contributo. Le attività così rimpatriate possono essere destinate a qualunque finalità'.

2. In luogo del versamento della somma di cui al comma 1, nel periodo di tempo di cui al medesimo comma, gli interessati possono sottoscrivere, per un importo pari al 12 per cento dell'ammontare delle attività finanziarie rimpatriate, titoli di Stato di cui all'articolo 18, comma 2, con tasso di interesse tale da rendere equivalente alla somma dovuta il differenziale tra il valore nominale e la quotazione di mercato.

(...)

Art. 14.Effetti del rimpatrio

1. Salvo quanto stabilito dal comma 7, il rimpatrio delle attività finanziarie effettuato ai sensi dell'articolo 12 e nel rispetto delle modalità di cui all'articolo 13:

a) preclude nei confronti del dichiarante e dei soggetti solidalmente obbligati, ogni accertamento tributario e contributivo per i periodi d'imposta per i quali non è ancora decorso il termine per l'azione di accertamento alla data di entrata in vigore del presente decreto, limitatamente agli imponibili rappresentati dalle somme o dalle altre attività costituite all'estero e oggetto di rimpatrio;

b) estingue le sanzioni amministrative, tributarie e previdenziali e quelle previste dall'articolo 5 del decreto-legge n.167 del 1990, relativamente alla disponibilità delle attività finanziarie dichiarate;

c) esclude la punibilità per i reati di cui agli articoli 4 e 5 del decreto legislativo n. 74 del 2000, nonché i reati di cui al decreto-legge n. 429 del 1982, ad eccezione di quelli previsti dall'articolo 4, lettere d) e f), del predetto decreto n. 429, relativamente alla disponibilità delle attività finanziarie dichiarate.

2. Fermi rimanendo gli obblighi in materia di antiriciclaggio indicati all'articolo 17 e quelli di rilevazione e comunicazione previsti dagli articoli 1, commi 1 e 2, e 3-ter del decreto-legge n.167 del 1990, gli intermediari non effettuano le comunicazioni all'amministrazione finanziaria previste dall'articolo 1, comma 3, del decreto-legge n. 167 del 1990. Gli intermediari non devono comunicare all'amministrazione finanziaria, ai fini degli accertamenti tributari, dati e notizie concernenti le dichiarazioni riservate, ivi compresi quelli riguardanti la somma e i titoli di cui all'articolo 12, commi 1 e 2.

3. Per quanto riguarda la non comunicazione all'amministrazione finanziaria disposta dal comma 2, qualora non sia rispettata la limitazione ai dati e notizie indicati nel comma 2, gli intermediari devono comunicare alla medesima amministrazione i dati e le notizie relativi alle dichiarazioni riservate, nonché quelli eccedenti i medesimi.

4. Gli intermediari sono obbligati, ai sensi delle vigenti disposizioni di legge, a fornire i dati e le notizie relativi alle dichiarazioni riservate ove siano richiesti in relazione all'acquisizione delle fonti di prova e della prova nel corso dei procedimenti e dei processi penali, nonché in relazione agli accertamenti per le finalità di prevenzione e per l'applicazione di misure di prevenzione di natura patrimoniale previste da specifiche disposizioni di legge ovvero per l'attività di contrasto del riciclaggio.

5. Relativamente alle attività finanziarie oggetto di rimpatrio, gli interessati non sono tenuti ad effettuare le dichiarazioni previste dagli articoli 2 e 4 del decreto-legge n. 167 del 1990 per il periodo d'imposta in corso alla data di presentazione della dichiarazione riservata, nonché per quello precedente, ove la dichiarazione medesima sia presentata nel periodo dal 1 gennaio al 28 febbraio 2002. Restano fermi gli obblighi di dichiarazione all'Ufficio italiano dei cambi previsti dall'articolo 3 del predetto decreto-legge n. 167.

6. In caso di accertamento, gli interessati possono opporre agli organi competenti gli effetti preclusivi e estintivi di cui al comma 1 con invito a controllare la congruità della somma di cui all'articolo 12, comma 1, in relazione all'ammontare delle attività indicato nella dichiarazione riservata, ovvero l'effettività della sottoscrizione dei titoli di cui all'articolo 12, comma 2. Previa adesione dell'interessato, le basi imponibili fiscali e contributive determinate dalle amministrazioni competenti sono definite fino a concorrenza degli importi dichiarati.

7. Il rimpatrio delle attività non produce gli effetti di cui al presente articolo quando, alla data di presentazione della dichiarazione riservata, una delle violazioni delle norme indicate al comma 1 è stata già constatata o comunque sono già iniziati accessi, ispezioni e verifiche o altre attività di accertamento tributario e contributivo di cui gli interessati hanno avuto formale conoscenza. Il rimpatrio non produce gli effetti estintivi di cui al comma 1, lettera c), quando per gli illeciti penali ivi indicati è già stato avviato il procedimento penale.

8. Gli interessati possono comunicare agli intermediari cui è presentata la dichiarazione riservata i redditi derivanti dalle attività finanziarie rimpatriate, percepiti dopo la data di entrata in vigore del presente decreto e prima della presentazione della dichiarazione medesima, fornendo contestualmente la provvista corrispondente alle imposte dovute, che sarebbero state applicate dagli intermediari qualora le attività finanziarie fossero già state depositate presso gli stessi. Nei confronti degli intermediari si applica l'articolo 13, comma 4. (...)

ANNEXE XIV

BELGIQUE

Loi modifiant la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire

23 avril 2003

(...)

Art. 5. L'article 7 [de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire, modifié par la loi du 10 février 1999] est remplacé par la disposition suivante :

« Art. 7. § 1^{er}. Sous réserve d'un dessaisissement prononcé dans un des cas prévus aux paragraphes suivants, les juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions

prévues à la présente loi, indépendamment du lieu où celles-ci auront été commises et même si l'auteur présumé ne se trouve pas en Belgique.

L'action publique ne pourra toutefois être engagée que sur réquisition du procureur fédéral lorsque :

1° l'infraction n'a pas été commise sur le territoire du Royaume;

2° l'auteur présumé n'est pas belge;

3° l'auteur présumé ne se trouve pas sur le territoire du Royaume et

4° la victime n'est pas belge ou ne réside pas en Belgique depuis au moins trois ans.

Saisi d'une plainte en application de l'alinéa 2, le procureur fédéral requiert du juge d'instruction qu'il instruisse cette plainte, sauf si :

1° la plainte est manifestement non fondée ou

2° les faits relevés dans la plainte ne correspondent pas à une qualification de la présente loi;
ou

3° une action publique recevable ne peut résulter de cette plainte, ou

4° des circonstances concrètes de l'affaire, il ressort que, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et dans le respect des obligations internationales de la Belgique, cette affaire devrait être portée soit devant les juridictions internationales, soit devant la juridiction du lieu où les faits ont été commis, soit devant la juridiction de l'Etat dont l'auteur est ressortissant ou celle du lieu où il peut être trouvé, et pour autant que cette juridiction est compétente, indépendante, impartiale et équitable.

Toute décision de refus est notifiée à la partie plaignante dans un délai d'un mois. La partie plaignante peut introduire un recours contre la décision dans les quinze jours de la notification devant la chambre des mises en accusation par une déclaration faite au greffe de la cour d'appel et inscrite dans un registre ouvert à cet effet. La chambre des mises en accusation statue dans les quinze jours du dépôt de la déclaration. Elle entend, en audience publique, si elle en décide ainsi à la demande d'une des parties, le procureur fédéral et les parties à la procédure en leurs observations.

En cas de refus fondé sur le point 4 de l'alinéa 3, le Ministre de la Justice informe les autorités visées par cette décision de la décision et des faits concernés.

Est seul recevable à exercer une action civile devant la juridiction répressive du chef d'une infraction visée par la présente loi, celui qui peut se prétendre personnellement lésé par l'infraction, objet de l'action publique.

§ 2. En application de l'article 14 du Statut de Rome du 17 juillet 1998, le ministre de la Justice peut porter à la connaissance de la Cour pénale internationale les faits dont les autorités judiciaires sont saisies, par décision délibérée en Conseil des Ministres. Cette information ne peut concerner des faits commis sur le territoire belge, des faits commis par un Belge ou des faits commis à l'encontre d'un Belge, sauf lorsque ces faits sont connexes ou identiques à des faits dont la Cour est déjà saisie et pour lesquels une décision positive de recevabilité a déjà été rendue sur base de l'article 18 du Statut.

Une fois que le procureur de la Cour aura procédé à la notification prévue à l'article 18, § 1^{er}, du Statut, au sujet des faits que le ministre de la Justice a portés à la connaissance de la Cour,

la Cour de cassation, sur réquisition du procureur général, prononce le dessaisissement de la juridiction belge saisie des mêmes faits.

Lorsque la Cour pénale internationale, à la demande du Ministre de la Justice, fait savoir, après dessaisissement de la juridiction belge, que le procureur de la Cour a décidé de ne pas établir d'acte d'accusation, que la Cour ne l'a pas confirmé, que celle-ci s'est déclarée incompétente ou a déclaré l'affaire irrecevable, les juridictions belges sont à nouveau compétentes. Dans ce cas, l'action publique ne peut être engagée que sur réquisition du ministère public, constitution de partie civile ou confirmation par son auteur de la constitution de partie civile antérieure à la dénonciation ou seulement sur réquisition du procureur fédéral dans le cas visé au paragraphe 1^{er}, alinéa 2.§ 3.

Sauf application du paragraphe 2, le Ministre de la Justice peut, par décision délibérée en Conseil des Ministres, porter les faits allégués à la connaissance de l'Etat sur le territoire duquel l'infraction a été commise et, sauf si les faits ont été commis sur le territoire du Royaume, de l'Etat de la nationalité de l'auteur présumé ou de l'Etat sur le territoire duquel l'auteur présumé se trouve.

Lorsque la juridiction d'un de ces Etats décide d'exercer sa compétence, la Cour de cassation, sur réquisition du procureur général, prononce le dessaisissement de la juridiction belge saisie du même fait, après avoir vérifié qu'il n'y a pas erreur sur la personne, sauf si la procédure suivie par la juridiction de cet Etat ne respecte manifestement pas le droit des parties à un procès équitable.

§ 4. Sauf application du paragraphe 2 et pour autant que la victime ne soit pas belge ou que les faits n'aient pas été commis sur le territoire du Royaume, et lorsque l'auteur présumé est ressortissant d'un Etat dont la législation incrimine les violations graves du droit humanitaire telles qu'énumérées aux articles 1^{er}, 1^{er}bis et 1^{er}ter et garantit aux parties le droit à un procès équitable, le Ministre de la Justice peut, après décision délibérée en Conseil des Ministres, porter les faits allégués à la connaissance de cet Etat.

Une fois que les faits ont été portés à la connaissance de l'Etat tiers, la Cour de cassation, sur réquisition du procureur général, prononce le dessaisissement de la juridiction belge saisie du même fait, après avoir vérifié qu'il n'y a pas erreur sur la personne.

Si les faits visés au précédent alinéa sont pendants auprès d'un juge d'instruction avant la promulgation de la présente loi, la décision visée à l'alinéa premier est prise sur avis de la chambre des mises en accusation rendu endéans les quinze jours. Le procureur fédéral fera rapport sur base des critères énumérés au § 1^{er}, alinéa 3, 1^o à 4^o. La chambre des mises en accusation entend, en audience publique, si elle en décide ainsi à la demande d'une des parties, les remarques du procureur fédéral et des parties à la procédure. »

(...)

ANNEXE XV

BELGIQUE

Loi relative aux violations graves du droit international humanitaire 5 août 2003

CHAPITRE III. - Modifications de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale

Art. 13. Il est inséré dans le chapitre I^{er}, du titre préliminaire du Code de procédure pénale, un article 1^{er}bis, rédigé comme suit :

« Art. 1^{er}bis. § 1^{er}. Conformément au droit international, les poursuites sont exclues à l'égard
- des chefs d'Etat, chefs de gouvernement et ministres des Affaires étrangères étrangers, pendant la période où ils exercent leur fonction, ainsi que des autres personnes dont l'immunité est reconnue par le droit international;
- des personnes qui disposent d'une immunité, totale ou partielle, fondée sur un traité qui lie la Belgique.

§ 2. Conformément au droit international, nul acte de contrainte relatif à l'exercice de l'action publique ne peut être posé pendant la durée de leur séjour, à l'encontre de toute personne ayant été officiellement invitée à séjourner sur le territoire du Royaume par les autorités belges ou par une organisation internationale établie en Belgique et avec laquelle la Belgique a conclu un accord de siège ».

ANNEXE XVI

CAMBODGE

Law on the establishment of extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the prosecution of crimes committed during the period of democratic Kampuchea with inclusion of amendments as promulgated on 27 October 2004 (NS/RKM/1004/006)

Unofficial translation by the Council of Jurists and the Secretariat of the Task Force. Revised 23 Nov 2004

CHAPTER II: COMPETENCE

Article 2 new

Extraordinary Chambers shall be established in the existing court structure, namely the trial court and the supreme court to bring to trial senior leaders of Democratic Kampuchea and those who were most responsible for the crimes and serious violations of Cambodian laws related to crimes, international humanitarian law and custom, and international conventions recognized by Cambodia, that were committed during the period from 17 April 1975 to 6 January 1979.

Senior leaders of Democratic Kampuchea and those who were most responsible for the above acts are hereinafter designated as "Suspects".

Article 3 new

The Extraordinary Chambers shall have the power to bring to trial all Suspects who committed any of these crimes set forth in the 1956 Penal Code, and which were committed during the period from 17 April 1975 to 6 January 1979:

- Homicide (Article 501, 503, 504, 505, 506, 507 and 508)
- Torture (Article 500)
- Religious Persecution (Articles 209 and 210)

The statute of limitations set forth in the 1956 Penal Code shall be extended for an additional 30 years for the crimes enumerated above, which are within the jurisdiction of the Extraordinary Chambers.

(...)

Article 4

The Extraordinary Chambers shall have the power to bring to trial all Suspects who committed the crimes of genocide as defined in the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 1948, and which were committed during the period from 17 April 1975 to 6 January 1979.

The acts of genocide, which have no statute of limitations, mean any acts committed with the intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group.

(...)

Article 5

The Extraordinary Chambers shall have the power to bring to trial all Suspects who committed crimes against humanity during the period 17 April 1975 to 6 January 1979.

Crimes against humanity, which have no statute of limitations, are any acts committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, on national, political, ethnical, racial or religious grounds.

(...)

Article 6

The Extraordinary Chambers shall have the power to bring to trial all Suspects who committed or ordered the commission of grave breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949.

(...)

Article 7

The Extraordinary Chambers shall have the power to bring to trial all Suspects most responsible for the destruction of cultural property during armed conflict pursuant to the 1954 Hague Convention for Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, and which were committed during the period from 17 April 1975 to 6 January 1979.

Article 8

The Extraordinary Chambers shall have the power to bring to trial all Suspects most responsible for crimes against internationally protected persons pursuant to the Vienna Convention of 1961 on Diplomatic Relations, and which were committed during the period from 17 April 1975 to 6 January 1979.

CHAPTER III: COMPOSITION OF THE EXTRAORDINARY CHAMBERS

Article 9 new

The Trial Chamber shall be an Extraordinary Chamber composed of five professional judges, of whom three are Cambodian judges with one as president, and two foreign judges; and before which the Co-Prosecutors shall present their cases. The president shall appoint one or more clerks of the court to participate.

The Supreme Court Chamber, which shall serve as both appellate chamber and final instance, shall be an Extraordinary Chamber composed of seven judges, of whom four are Cambodian judges with one as president, and three foreign judges; and before which the Co-Prosecutors

Annexes

shall present their cases. The president shall appoint one or more clerks of the court to participate.

(...)

CHAPTER VIII: INDIVIDUAL RESPONSIBILITY

Article 29

Any Suspect who planned, instigated, ordered, aided and abetted, or committed the crimes referred to in article 3 new, 4, 5, 6, 7 and 8 of this law shall be individually responsible for the crime.

The position or rank of any Suspect shall not relieve such person of criminal responsibility or mitigate punishment.

The fact that any of the acts referred to in Articles 3 new, 4, 5, 6, 7 and 8 of this law were committed by a subordinate does not relieve the superior of personal criminal responsibility if the superior had effective command and control or authority and control over the subordinate, and the superior knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators.

The fact that a Suspect acted pursuant to an order of the Government of Democratic Kampuchea or of a superior shall not relieve the Suspect of individual criminal responsibility.

(...)

CHAPTER XII: AMNESTY AND PARDONS

Article 40 new

The Royal Government of Cambodia shall not request an amnesty or pardon for any persons who may be investigated for or convicted of crimes referred to in Articles 3, 4, 5, 6, 7 and 8 of this law. The scope of any amnesty or pardon that may have been granted prior to the enactment of this Law is a matter to be decided by the Extraordinary Chambers.

2. JURISPRUDENCE

ANNEXE XVII

AFRIQUE DU SUD

Constitutional Court Of South Africa

**The Azanian Peoples Organization (Azapo) First Applicant; Nontsikelelo Margaret Biko Second Applicant; Churchill Mhleli Mxenge Third Applicant; Chris Ribeiro Fourth Applicant v. The President Of The Republic Of South Africa and others,
Case Cct 17/96.**

Heard On: 30 May 1996 - Decided On: 25 July 1996

MAHOMED DP:

[1] For decades South African history has been dominated by a deep conflict between a minority which reserved for itself all control over the political instruments of the state and a majority

who sought to resist that domination. Fundamental human rights became a major casualty of this conflict as the resistance of those punished by their denial was met by laws designed to counter the effectiveness of such resistance. The conflict deepened with the increased sophistication of the economy, the rapid acceleration of knowledge and education and the ever increasing hostility of an international community steadily outraged by the inconsistency which had become manifest between its own articulated ideals after the Second World War and the official practices which had become institutionalised in South Africa through laws enacted to give them sanction and teeth by a Parliament elected only by a privileged minority. The result was a debilitating war of internal political dissension and confrontation, massive expressions of labour militancy, perennial student unrest, punishing international economic isolation, widespread dislocation in crucial areas of national endeavour, accelerated levels of armed conflict and a dangerous combination of anxiety, frustration and anger among expanding proportions of the populace. The legitimacy of law itself was deeply wounded as the country haemorrhaged dangerously in the face of this tragic conflict which had begun to traumatise the entire nation.

[2] During the eighties it became manifest to all that our country with all its natural wealth, physical beauty and human resources was on a disaster course unless that conflict was reversed. It was this realisation which mercifully rescued us in the early nineties as those who controlled the levers of state power began to negotiate a different future with those who had been imprisoned, silenced, or driven into exile in consequence of their resistance to that control and its consequences. Those negotiations resulted in an interim Constitution committed to a transition towards a more just, defensible and democratic political order based on the protection of fundamental human rights. It was wisely appreciated by those involved in the preceding negotiations that the task of building such a new democratic order was a very difficult task because of the previous history and the deep emotions and indefensible inequities it had generated; and that this could not be achieved without a firm and generous commitment to reconciliation and national unity. It was realised that much of the unjust consequences of the past could not ever be fully reversed. It might be necessary in crucial areas to close the book on that past.

[3] This fundamental philosophy is eloquently expressed in the epilogue to the Constitution (...)

With this Constitution and these commitments we, the people of South Africa, open a new chapter in the history of our country.

Pursuant to the provisions of the epilogue, Parliament enacted during 1995 what is colloquially referred to as the Truth and Reconciliation Act. Its proper name is the Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34 of 1995 ("the Act"). (...)

[7] What is clear from s 20(7), read with s 20(8), (9) and (10), is that once a person has been granted amnesty in respect of an act, omission or offence

(a) the offender can no longer be held "criminally liable" for such offence and no prosecution in respect thereof can be maintained against him or her;

(b) such an offender can also no longer be held civilly liable personally for any damages sustained by the victim and no such civil proceedings can successfully be pursued against him or her;

(c) if the wrongdoer is an employee of the state, the state is equally discharged from any civil liability in respect of any act or omission of such an employee, even if the relevant act or omission was effected during the course and within the scope of his or her employment; and (d) other bodies, organisations or persons are also exempt from any liability for any of the acts or omissions of a wrongdoer which would ordinarily have arisen in consequence of their vicarious liability for such acts or omissions.

[8] The applicants sought in this court to attack the constitutionality of s 20(7) on the grounds that its consequences are not authorised by the Constitution. They aver that various agents of the state, acting within the scope and in the course of their employment, have unlawfully murdered and maimed leading activists during the conflict against the racial policies of the previous administration and that the applicants have a clear right to insist that such wrongdoers should properly be prosecuted and punished, that they should be ordered by the ordinary courts of the land to pay adequate civil compensation to the victims or dependants of the victims and further to require the state to make good to such victims or dependants the serious losses which they have suffered in consequence of the criminal and delictual acts of the employees of the state. In support of that attack Mr *Soggot* SC, who appeared for the applicants together with Mr *Khoza*, contended that s 20(7) was inconsistent with s 22 of the Constitution which provides that

“[e]very person shall have the right to have justiciable disputes settled by a court of law or, where appropriate, another independent or impartial forum.”

He submitted that the Amnesty Committee was neither “a court of law” nor an “independent or impartial forum” and that in any event the Committee was not authorised to settle “justiciable disputes”. All it was simply required to decide was whether *amnesty* should be granted in respect of a particular act, omission or offence.

[9] The effect of an amnesty undoubtedly impacts upon very fundamental rights. All persons are entitled to the protection of the law against unlawful invasions of their right to life, their right to respect for and protection of dignity and their right not to be subject to torture of any kind. When those rights are invaded those aggrieved by such invasion have the right to obtain redress in the ordinary courts of law and those guilty of perpetrating such violations are answerable before such courts, both civilly and criminally. An amnesty to the wrongdoer effectively obliterates such rights.

[10] There would therefore be very considerable force in the submission that s 20(7) of the Act constitutes a violation of s 22 of the Constitution, if there was nothing in the Constitution itself which permitted or authorised such violation. The crucial issue, therefore, which needs to be determined, is whether the Constitution, indeed, permits such a course. Section 33(2) of the Constitution provides that

(...)

[14] The Constitutional Principles have no effect on the *status* of the epilogue. That status is determined by s 232(4) of the Constitution which provides as follows:

“In interpreting this Constitution a provision in any Schedule, including the provision under the heading ‘*National Unity and Reconciliation*’, to this Constitution shall not by reason only of the fact that it is contained in a Schedule, have a lesser status than any other provision of this Constitution which is not contained in a Schedule, and such provision shall for all purposes be deemed to form part of the substance of this Constitution.”

The epilogue, therefore, has no lesser status than any other part of the Constitution. As far as s 22 is concerned it therefore would have the same effect as a provision within s 22 itself which enacted that:

“Nothing contained in this subsection shall preclude Parliament from adopting a law providing for amnesty to be granted in respect of acts, omissions and offences associated with political objectives committed during a defined period and providing for the mechanisms, criteria and procedures, including tribunals, if any, through which such amnesty shall be dealt with at any time after the law has been passed.”

What is clear is that Parliament not only has the authority in terms of the epilogue to make a law providing for amnesty to be granted in respect of the acts, omissions and offences falling within the category defined therein but that it is in fact obliged to do so. This follows from the wording in the material part of the epilogue which is that “Parliament under this Constitution *shall* adopt a law” providing, *inter alia*, for the “mechanisms, criteria and procedures ... through which ... amnesty shall be dealt with”.

[15] It was contended that even if this is the proper interpretation of the status of the epilogue and even if the principle of “amnesty” is authorised by the Constitution, it does not authorise, in particular, the far-reaching amnesty which s 20(7) allows. In his heads of argument on behalf of the applicants, Mr *Soggot* conceded that the wording of the epilogue provides

“... a clear indication that the Constitution contemplates the grant of amnesty in respect of offences associated with political objectives and committed in the course of the conflicts of the past, including offences involving gross violations of human rights.”

At the commencement of oral argument Mr *Soggot* informed us, however, that he had been instructed by his clients to withdraw this concession and he therefore did not abandon the submission that s 20(7) was unconstitutional in all respects and that Parliament had no constitutional power to authorise the Amnesty Committee to indemnify any wrongdoer either against criminal or civil liability arising from the perpetration of acts falling within the categories described in the legislation.

Amnesty in respect of criminal liability

(...)

[17] Every decent human being must feel grave discomfort in living with a consequence which might allow the perpetrators of evil acts to walk the streets of this land with impunity, protected in their freedom by an amnesty immune from constitutional attack, but the circumstances in

support of this course require carefully to be appreciated. Most of the acts of brutality and torture which have taken place have occurred during an era in which neither the laws which permitted the incarceration of persons or the investigation of crimes, nor the methods and the culture which informed such investigations, were easily open to public investigation, verification and correction. Much of what transpired in this shameful period is shrouded in secrecy and not easily capable of objective demonstration and proof. Loved ones have disappeared, sometimes mysteriously and most of them no longer survive to tell their tales. Others have had their freedom invaded, their dignity assaulted or their reputations tarnished by grossly unfair imputations hurled in the fire and the cross-fire of a deep and wounding conflict. The wicked and the innocent have often both been victims. Secrecy and authoritarianism have concealed the truth in little crevices of obscurity in our history. Records are not easily accessible, witnesses are often unknown, dead, unavailable or unwilling. All that often effectively remains is the truth of wounded memories of loved ones sharing instinctive suspicions, deep and traumatising to the survivors but otherwise incapable of translating themselves into objective and corroborative evidence which could survive the rigours of the law. The Act seeks to address this massive problem by encouraging these survivors and the dependants of the tortured and the wounded, the maimed and the dead to unburden their grief publicly, to receive the collective recognition of a new nation that they were wronged, and crucially, to help them to discover what did in truth happen to their loved ones, where and under what circumstances it did happen, and who was responsible. That truth, which the victims of repression seek so desperately to know is, in the circumstances, much more likely to be forthcoming if those responsible for such monstrous misdeeds are encouraged to disclose the whole truth with the incentive that they will not receive the punishment which they undoubtedly deserve if they do. Without that incentive there is nothing to encourage such persons to make the disclosures and to reveal the truth which persons in the positions of the applicants so desperately desire. With that incentive, what might unfold are objectives fundamental to the ethos of a new constitutional order. The families of those unlawfully tortured, maimed or traumatised become more empowered to discover the truth, the perpetrators become exposed to opportunities to obtain relief from the burden of a guilt or an anxiety they might be living with for many long years, the country begins the long and necessary process of healing the wounds of the past, transforming anger and grief into a mature understanding and creating the emotional and structural climate essential for the “reconciliation and reconstruction” which informs the very difficult and sometimes painful objectives of the amnesty articulated in the epilogue.

[18] The alternative to the grant of immunity from criminal prosecution of offenders is to keep intact the abstract right to such a prosecution for particular persons without the evidence to sustain the prosecution successfully, to continue to keep the dependants of such victims in many cases substantially ignorant about what precisely happened to their loved ones, to leave their yearning for the truth effectively unassuaged, to perpetuate their legitimate sense of resentment and grief and correspondingly to allow the culprits of such deeds to remain perhaps physically

free but inhibited in their capacity to become active, full and creative members of the new order by a menacing combination of confused fear, guilt, uncertainty and sometimes even trepidation. Both the victims and the culprits who walk on the "historic bridge" described by the epilogue will hobble more than walk to the future with heavy and dragged steps delaying and impeding a rapid and enthusiastic transition to the new society at the end of the bridge, which is the vision which informs the epilogue.

(...)

[20] Is s 20(7), to the extent to which it immunises wrongdoers from criminal prosecution, nevertheless objectionable on the grounds that amnesty might be provided in circumstances where the victims, or the dependants of the victims, have not had the compensatory benefit of discovering the truth at last or in circumstances where those whose misdeeds are so obscenely excessive as to justify punishment, even if they were perpetrated with a political objective during the course of conflict in the past? Some answers to such difficulties are provided in the subsections of s 20. The Amnesty Committee may grant amnesty in respect of the relevant offence only if the perpetrator of the misdeed makes a full disclosure of all relevant facts.[20] If the offender does not, and in consequence thereof the victim or his or her family is not able to discover the truth, the application for amnesty will fail. Moreover, it will not suffice for the offender merely to say that his or her act was associated with a political objective. That issue must independently be determined by the Amnesty Committee pursuant to the criteria set out in s 20(3), including the relationship between the offence committed and the political objective pursued and the directness and proximity of the relationship and the proportionality of the offence to the objective pursued.

(...)

[22] South Africa is not alone in being confronted with a historical situation which required amnesty for criminal acts to be accorded for the purposes of facilitating the transition to, and consolidation of, an overtaking democratic order. Chile, Argentina and El Salvador are among the countries which have in modern times been confronted with a similar need. Although the mechanisms adopted to facilitate that process have differed from country to country and from time to time, the principle that amnesty should, in appropriate circumstances, be accorded to violators of human rights in order to facilitate the consolidation of new democracies was accepted in all these countries and truth commissions were also established in such countries (...).

[24] What emerges from the experience of these and other countries that have ended periods of authoritarian and abusive rule, is that there is no single or uniform international practice in relation to amnesty. Decisions of states in transition, taken with a view to assisting such transition, are quite different from acts of a state covering up its own crimes by granting itself immunity. In the former case, it is not a question of the governmental agents responsible for the violations indemnifying themselves, but rather, one of a constitutional compact being entered into by all sides, with former victims being well-represented, as part of an ongoing process to develop constitutional democracy and prevent a repetition of the abuses.

[25] Mr *Soggot* contended on behalf of the applicants that the state was obliged by international law to prosecute those responsible for gross human rights violations and that the provisions of

s 20(7) which authorised amnesty for such offenders constituted a breach of international law. We were referred in this regard to the provisions of article 49 of the first Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, article 50 of the second Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, article 129 of the third Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War and article 146 of the fourth Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. The wording of all these articles is exactly the same and provides as follows:

“The High Contracting Parties undertake to enact any legislation necessary to provide effective penal sanctions for persons committing, or ordering to be committed, any of the grave breaches ...”

defined in the instruments so as to include, *inter alia*, wilful killing, torture or inhuman treatment and wilfully causing great suffering or serious injury to body or health. They add that each High Contracting Party shall be under an obligation to search for persons alleged to have committed such grave breaches and shall bring such persons, regardless of their nationality, before its own courts.

[26] The issue which falls to be determined in this Court is whether s 20(7) of the Act is inconsistent with the Constitution. If it is, the enquiry as to whether or not international law prescribes a different duty is irrelevant to that determination. International law and the contents of international treaties to which South Africa might or might not be a party at any particular time are, in my view, relevant only in the interpretation of the Constitution itself, on the grounds that the lawmakers of the Constitution should not lightly be presumed to authorise any law which might constitute a breach of the obligations of the state in terms of international law. International conventions and treaties do not become part of the municipal law of our country, enforceable at the instance of private individuals in our courts, until and unless they are incorporated into the municipal law by legislative enactment.

[27] These observations are supported by the direct provisions of the Constitution itself referring to international law and international agreements. Section 231(3) of the Constitution makes it clear that when Parliament agrees to the ratification of or accession to an international agreement such agreement becomes part of the law of the country only if Parliament expressly so provides and the agreement is not inconsistent with the Constitution. Section 231(1) provides in express terms that

“[a]ll rights and obligations under international agreements which immediately before the commencement of this Constitution were vested in or binding on the Republic within the meaning of the previous Constitution, shall be vested in or binding on the Republic under this Constitution, unless provided otherwise by an Act of Parliament.”

It is clear from this section that an Act of Parliament can override any contrary rights or obligations under international agreements entered into before the commencement of the Constitution. The same temper is evident in s 231(4) of the Constitution which provides that

“[t]he rules of customary international law binding on the Republic, shall unless inconsistent with this Constitution or an Act of Parliament, form part of the law of the Republic.”

Section 35(1) of the Constitution is also perfectly consistent with these conclusions. It reads as follows:

“In interpreting the provisions of this Chapter a court of law shall promote the values which underlie an open and democratic society based on freedom and equality and shall, where applicable, have regard to public international law applicable to the protection of the rights entrenched in this Chapter, and may have regard to comparable foreign case law.”

The court is directed only to “have regard” to public international law if it is applicable to the protection of the rights entrenched in the chapter.

[28] The exact terms of the relevant rules of public international law contained in the Geneva Conventions relied upon on behalf of the applicants would therefore be irrelevant if, on a proper interpretation of the Constitution, s 20(7) of the Act is indeed authorised by the Constitution, but the content of these Conventions in any event do not assist the case of the applicants.

[29] In the first place it is doubtful whether the Geneva Conventions of 1949 read with the relevant Protocols thereto apply at all to the situation in which this country found itself during the years of the conflict to which I have referred.

[30] Secondly, whatever be the proper ambit and technical meaning of these Conventions and Protocols, the international literature in any event clearly appreciates the distinction between the position of perpetrators of acts of violence in the course of war (or other conflicts between states or armed conflicts between liberation movements seeking self-determination against colonial and alien domination of their countries), on the one hand, and their position in respect of violent acts perpetrated during other conflicts which take place within the territory of a sovereign state in consequence of a struggle between the armed forces of that state and other dissident armed forces operating under responsible command, within such a state on the other. In respect of the latter category, there is no obligation on the part of a contracting state to ensure the prosecution of those who might have performed acts of violence or other acts which would ordinarily be characterised as serious invasions of human rights. On the contrary, article 6(5) of Protocol II to the Geneva Conventions of 1949 provides that

“[a]t the end of hostilities, the authorities in power shall endeavour to grant the broadest possible amnesty to persons who participated in the armed conflict, or those deprived of their liberty for reasons related to the armed conflict, whether they are interned or detained.”

[31] The need for this distinction is obvious. It is one thing to allow the officers of a hostile power which has invaded a foreign state to remain unpunished for gross violations of human rights perpetrated against others during the course of such conflict. It is another thing to compel such punishment in circumstances where such violations have substantially occurred in consequence of conflict between different formations within the same state in respect of the permissible political direction which that state should take with regard to the structures of the state and the parameters of its political policies and where it becomes necessary after the

cessation of such conflict for the society traumatised by such a conflict to reconstruct itself. The erstwhile adversaries of such a conflict inhabit the same sovereign territory. They have to live with each other and work with each other and the state concerned is best equipped to determine what measures may be most conducive for the facilitation of such reconciliation and reconstruction. That is a difficult exercise which the nation within such a state has to perform by having regard to its own peculiar history, its complexities, even its contradictions and its emotional and institutional traditions. What role punishment should play in respect of erstwhile acts of criminality in such a situation is part of the complexity. Some aspects of this difficulty are covered by Judge Marvin Frankel in a book he authored with Ellen Saideman.

“The call to punish human rights criminals can present complex and agonising problems that have no single or simple solution. While the debate over the Nuremberg trials still goes on, that episode - trials of war criminals of a defeated nation - was simplicity itself as compared to the subtle and dangerous issues that can divide a country when it undertakes to punish its own violators.

A nation divided during a repressive regime does not emerge suddenly united when the time of repression has passed. The human rights criminals are fellow citizens, living alongside everyone else, and they may be very powerful and dangerous. If the army and the police have been the agencies of terror, the soldiers and the cops aren't going to turn overnight into paragons of respect for human rights. Their numbers and their expert management of deadly weapons remain significant facts of life. ... The soldiers and police may be biding their time, waiting and conspiring to return to power. They may be seeking to keep or win sympathisers in the population at large. If they are treated too harshly - or if the net of punishment is cast too widely - there may be a backlash that plays into their hands. But their victims cannot simply forgive and forget.

These problems are not abstract generalities. They describe tough realities in more than a dozen countries. If, as we hope, more nations are freed from regimes of terror, similar problems will continue to arise.

Since the situations vary, the nature of the problems varies from place to place.”

The agonies of a nation seeking to reconcile the tensions between justice for those wronged during conflict, on the one hand, and the consolidation of the transition to a nascent democracy, on the other, has also been appreciated by other international commentators.

It is substantially for these reasons that amnesty clauses are not infrequent in international agreements concluded even after a war between different states.

“Amnesty clauses are frequently found in peace treaties and signify the will of the parties to apply the principle of tabula rasa to past offences, generally political delicts such as treason, sedition and rebellion, but also to war crimes. As a sovereign act of oblivion, amnesty may be granted to all persons guilty of such offences or only to certain categories of offenders.”

[32] Considered in this context, I am not persuaded that there is anything in the Act and more particularly in the impugned s 20(7) thereof, which can properly be said to be a breach of the obligations of this country in terms of the instruments of public international law relied on by

Mr Soggot. The amnesty contemplated is not a blanket amnesty against criminal prosecution for all and sundry, granted automatically as a uniform act of compulsory statutory amnesia. It is specifically authorised for the purposes of effecting a constructive transition towards a democratic order. It is available only where there is a full disclosure of all facts to the Amnesty Committee and where it is clear that the particular transgression was perpetrated during the prescribed period and with a political objective committed in the course of the conflicts of the past. That objective has to be evaluated having regard to the careful criteria listed in s 20(3) of the Act, including the very important relationship which the act perpetrated bears in proportion to the object pursued.

(...)

Conclusion

[50] In the result, I am satisfied that the epilogue to the Constitution authorised and contemplated an “amnesty” in its most comprehensive and generous meaning so as to enhance and optimise the prospects of facilitating the constitutional journey from the shame of the past to the promise of the future. Parliament was, therefore, entitled to enact the Act in the terms which it did. This involved more choices apart from the choices I have previously identified. They could have chosen to insist that a comprehensive amnesty manifestly involved an inequality of sacrifice between the victims and the perpetrators of invasions into the fundamental rights of such victims and their families, and that, for this reason, the terms of the amnesty should leave intact the claims which some of these victims might have been able to pursue against those responsible for authorising, permitting or colluding in such acts, or they could have decided that this course would impede the pace, effectiveness and objectives of the transition with consequences substantially prejudicial for the people of a country facing, for the first time, the real prospect of enjoying, in the future, some of the human rights so unfairly denied to the generations which preceded them. They were entitled to choose the second course. They could conceivably have chosen to differentiate between the wrongful acts committed in defence of the old order and those committed in the resistance of it, or they could have chosen a comprehensive form of amnesty which did not make this distinction. Again they were entitled to make the latter choice. The choice of alternatives legitimately fell within the judgment of the lawmakers. The exercise of that choice does not, in my view, impact on its constitutionality. It follows from these reasons that s 20(7) of the Act is authorised by the Constitution itself and it is unnecessary to consider the relevance and effect of s 33(1) of the Constitution.

Order

[51] In the result, the attack on the constitutionality of s 20(7) of the Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34 of 1995 must fail. That was the only attack which was pursued on behalf of the applicants in this Court. It accordingly follows that the application must be, and is, refused.

Chaskalson P, Ackermann, Kriegler, Langa, Madala, Mokgoro, O'Regan and Sachs JJ concur in the judgment of Mahomed DP.

Annexes

ANNEXE XVIII

AFRIQUE DU SUD

President of the Republic of South Africa & others v Hugo [1997] ICHRL 38 (18 April 1997)

Held that (Didcott J and Kriegler J dissenting):

There has been a distinct movement in modern constitutional states recognising some powers of review of what are or were prerogative powers of the head of state. Therefore, the exercise of presidential power is subject to constitutional rights. Whilst the President has the power to pardon and reprieve prisoners under s 82(1)(k) of the interim Constitution, no prisoner has a right to be pardoned, reprieved or to have a sentence remitted. Nonetheless, it is implicit that the President's power under s 82(1)(k) is exercised in good faith. Where the power to pardon is granted wholesale to a category or categories of prisoners discrimination is inherent. As the President intended to further the best interests of children by granting remission of their mothers sentences, it is clear that the Act, prima facie, discriminates on one of the grounds listed in s 8(2) of the Constitution. Discrimination on the ground that mothers bear an unequal share of the burden of child rearing in society compared to fathers is not ordinarily fair. In the circumstances it must be accepted that it would have been very difficult, if not impossible, to release fathers on the same basis as mothers, and would have led to considerable public outcry. The Act deprived fathers with minor children of an early release to which they had no entitlement and, although constituting a disadvantage, it cannot be said that it fundamentally impaired their rights of dignity or sense of self worth. H, therefore, has no justified complaint under s 8(2) (...).

Mokgoro J

Denying men the opportunity to be released from prison in order to resume rearing their children entirely on stereotypical assumptions concerning men's aptitude and role in child rearing is an infringement upon their equality and dignity. Nonetheless, the Act, which constitutes unfair discrimination, pursues the legitimate aim that young children are looked after and is justified under s 33(1) of the interim Constitution (...).

O'Regan J

The effect of the discriminatory act was not to cause substantial harm and therefore the discrimination against fathers of young children was not unfair (...).

ANNEXE XIX

ESPAGNE/CHILI

Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional confirmando la jurisdicción de España para conocer de los crímenes de genocidio y terrorismo cometidos durante la dictadura chilena.

Madrid, 5 de noviembre de 1998.

(...)

TERCERO. Aplicabilidad actual del artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial como norma procesal ahora vigente.

El artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en cuanto proclama la jurisdicción de España para el conocimiento de determinados hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los delitos que enumera- no se aplica retroactivamente cuando la jurisdicción proclamada se ejerce en el tiempo de la vigencia de la norma -tal sucede en este caso-, con independencia de cuál fue el tiempo de los hechos que se enjuician. El citado artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es norma de punición, sino procesal. No tipifica o pena ninguna acción u omisión y se limita a proclamar la jurisdicción de España para el enjuiciamiento de delitos definidos y sancionados en otras Leyes. La norma procesal en cuestión ni es sancionadora desfavorable ni es restrictiva de derechos individuales, por lo que su aplicación a efectos de enjuiciamiento penal de hechos anteriores a su vigencia no contraviene el artículo 9, apartado tres, de la Constitución Española. La consecuencia jurídica restrictiva de derechos derivada de la comisión de un delito de genocidio -la pena- trae causa de la norma penal que castiga el genocidio, no de la norma procesal que atribuye jurisdicción a España para castigar el delito. El principio de legalidad (artículo 25 de la Constitución Española) impone que los hechos sean delito -conforme a las Leyes españolas, según el artículo 23, apartado cuatro, tan mencionado- cuando su ocurrencia, que la pena que pueda ser impuesta venga ya determinada por ley anterior a la perpetración del crimen, pero no que la norma de jurisdicción y de procedimiento sea preexistente al hecho enjuiciable. La jurisdicción es presupuesto del proceso, no del delito.

Así es que no es preciso acudir, para sentar la jurisdicción de España para enjuiciar un delito de genocidio cometido en el extranjero por nacionales o extranjeros en los años 1973 y siguientes hasta la vigencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a lo dispuesto en el artículo 336 de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 -derogada por la Orgánica del Poder Judicial de 1985-, que pasó a atribuir jurisdicción a los órganos judiciales españoles para juzgar a españoles o extranjeros que fuera del territorio de la nación hubiesen cometido delito de genocidio desde que este delito se incluye en el Código Penal a la sazón vigente por Ley 47/71, de 15 de noviembre, en el título de los delitos contra la seguridad exterior del Estado, sin que ninguna relevancia jurídica para la atribución jurisdiccional tenga que el fundamento de la persecución ultraterritorial de los restantes delitos contra la seguridad exterior del Estado se hallase en el principio real o de protección.

Lo expuesto en este apartado es transcripción del apartado tercero de los fundamentos jurídicos del auto del Pleno de fecha de ayer dictado en el recurso de apelación rollo 84/98 de la Sección Tercera, antes citado, con sólo modificación de una referencia temporal ajustada al caso examinado en esta resolución.

(...)

SÉPTIMO. Sobre los delitos de tortura. El cuarto motivo del recurso.

Otra vez se sigue el auto de fecha de ayer tan aludido.

Las torturas denunciadas formarían parte del delito de mayor entidad de genocidio o terrorismo. Por ello resulta estéril examinar si el delito de tortura es, en nuestro derecho, delito de persecución universal por la vía del artículo 23, apartado cuatro, letra g, de la Ley Orgánica del

Poder Judicial, puesto en relación con el artículo 5 de la Convención de 10 de diciembre de 1984 contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Si España tiene jurisdicción para la persecución del genocidio en el extranjero, la investigación y enjuiciamiento tendrá necesariamente que alcanzar a delitos de tortura integrados en el genocidio. Y no sólo en el caso de víctimas de nacionalidad española, conforme podría resultar del artículo 5, apartado uno, letra c, de la Convención citada, que no constituye una obligación ineludible para los Estados firmantes. España tendría jurisdicción propia como derivada de un tratado internacional en el caso del apartado dos del artículo 5 de la Convención mencionada, pero, como se ha dicho, la cuestión es irrelevante jurídicamente a los efectos de la apelación y del sumario.

OCTAVO. Cosa juzgada y litis pendencia.

Alegó el Ministerio Fiscal litis pendencia y cosa juzgada en su solicitud de conclusión del sumario de 20 de marzo de este año (folio 5.531 de las actuaciones), lo que reiteró en el recurso de reforma previo a este de apelación que se resuelve y también en el acto de la vista del pasado día 29 de octubre. Las razones invocadas son haberse ya juzgado en Chile hechos por los que se sigue esta causa y existencia de procedimientos penales por esos mismos hechos, siguiéndose ante la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile actuaciones incoadas a virtud de dos querrelas por delitos de homicidios múltiples y secuestros contra el ex presidente de Chile Augusto Pinochet Ugarte.

Se está, pues, aduciendo falta de jurisdicción por falta del requisito de la letra c del apartado dos del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (« que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero o, en este último caso, no haya cumplido la condena »).

Ha citado expresamente el Ministerio Fiscal los casos de la desaparición de Antonio Llido Mengual (sacerdote español detenido por agentes de seguridad en Santiago en octubre de 1974 y recluido en un centro de detención, desconociéndose la suerte corrida desde entonces), de la desaparición de Michelle Peña (detenida en Santiago por agentes de la DINA en junio de 1975, siendo llevada a un centro de detención, sin que desde entonces se hayan tenido noticias de ella, desconociéndose el destino que pudo haber tenido el hijo que esperaba, pues se hallaba embarazada cuando su detención) y de la muerte de Carmelo Soria Espinoza (español acogido a la normativa de doble nacional con Chile, detenido en Santiago el 15 de julio de 1976 por agentes de la DINA y hallado muerto al día siguiente) como delitos sobre los que se ha pronunciado la justicia chilena.

En los tres casos se decretó por los Tribunales de Chile el sobreseimiento definitivo de las causas, por aplicación del Decreto-Ley 2.191 de 1978 de la Junta de Gobierno de la República por el que se amnistiaba a responsables de hechos delictivos (salvo excepciones expresas) perpetrados durante la vigencia de la situación de estado de sitio comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encontrasen sujetos a proceso o condenados. Constan las resoluciones judiciales a los folios 5.743 y siguientes, 5.752, 5.753 y 5.756 y siguientes del sumario.

También consta en el sumario, a los folios 5.783 y siguientes, que la causa seguida por la muerte del sacerdote español Juan Alsina Hurtos (detenido el 19 de septiembre de 1973 por una patrulla militar del Regimiento Yungay de San Felipe y ejecutado por sus aprehensores en el puente Bulnes sobre el río Mapocho el mismo día) fue sobreseída definitivamente en cuanto a las dos personas inculpadas por aplicación del mismo Decreto-Ley.

Han de tenerse por imprejuizados los delitos a que se ha hecho referencia. Con independencia de que el Decreto-Ley 2.191 de 1978 pueda considerarse contrario al ius cogens internacional, dicho Decreto-Ley no debe tenerse por verdadero indulto conforme a la normativa española aplicable en este proceso y es calificable de norma despenalizadora por razones de conveniencia política, de modo que su aplicación no se incardina en el caso del imputado absuelto o indultado en el extranjero (letra c del apartado dos del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), sino en el caso de conducta no punible -a virtud de norma despenalizadora posterior- en el país de ejecución del delito (letra a del mismo apartado dos del artículo 23 de la Ley citada), lo que ninguna virtualidad tiene en los casos de extraterritorialidad de la jurisdicción de España por aplicación de los principios de protección y de persecución universal, visto lo dispuesto en el apartado cinco del tan repetido artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Los cuatro casos mencionados -entre otros muchos semejantes- no pueden considerarse juzgados o indultados en Chile y justifican el sostenimiento de la jurisdicción que se combate.

(...)

Últimas consideraciones.

En conclusión, los órganos judiciales españoles están investidos de jurisdicción para el conocimiento de los hechos objeto del presente procedimiento.

El artículo 2, apartado uno, de la Carta de las Naciones Unidas (« La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros ») no es norma jurídica que permitiese neutralizar la proclamación jurisdiccional del artículo 23, apartado cuatro, tantas veces aludido en esta resolución.

Cuando los órganos judiciales españoles aplican dicho último precepto no invaden ni se inmiscuyen en la soberanía del Estado donde se cometió el delito, sino que hacen ejercicio de la propia soberanía española en relación con delitos internacionales.

España tiene jurisdicción para conocer de los hechos, derivada del principio de persecución universal de determinados delitos -categoría de Derecho internacional- acogida por nuestra legislación interna. Tiene también un interés legítimo en el ejercicio de esa jurisdicción, al ser más de cincuenta los españoles muertos o desaparecidos en Chile, víctimas de la represión denunciada en los autos.

Por todo lo expuesto,

El pleno de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional acuerda desestimar el recurso y confirmar la atribución de la jurisdicción de España para el conocimiento de los hechos objeto del procedimiento.

Contra este auto no cabe recurso alguno.

ARGENTINE

El 19 de marzo de 2004, el juez porteño Rodolfo Canicoba Corral decretó la inconstitucionalidad de los indultos a Juan Bautista Sasiañ, José Montes, Andrés Ferrero, Adolfo Sigwald, Jorge Carlos Olivera Rovere y Carlos Guillermo Suárez Mason, y resolvió retrotraer sus situaciones procesales al momento de dictarse esas normas de impunidad.

Buenos Aires, 19 de marzo de 2004.

Y CONSIDERANDO

Introducción.

Se inicia el presente incidente de inconstitucionalidad de los indultos dispuestos mediante los decretos nros. 1002/89 y 2746/90 con motivo de las presentaciones efectuadas por parte de los Sres. Fiscales Federales, doctores Eduardo Freiler y Federico Delgado, con fecha 3 de marzo próximo pasado, y por parte del doctor Ramón Torres Molina, en ejercicio del patrocinio letrado de la querellante Enriqueta Barnes de Carlotto, con fecha 4 de marzo de 2004.(...)

Los decretos nros. 1002/89 y 2746/90: la consagración de la impunidad plena por la vía del indulto a los procesados residuales.

La respuesta jurisdiccional a las múltiples violaciones a los derechos humanos ocurridas durante el gobierno de facto de 1976/1983 quedó severamente dañada con los instrumentos de impunidad que brindaran las leyes 23.492 y 23.521, concretamente en lo que atañe al esclarecimiento y adjudicación de responsabilidad penal a los involucrados.

Ahora bien, el sobrante de imputados no alcanzados por los beneficios de dichas leyes - esencialmente los cuadros superiores ubicados debajo de los Comandantes- recibiría un nuevo instrumento de indemnidad: el indulto presidencial.

Mediante el decreto 1002/89 el entonces Presidente de la Nación, doctor Carlos S. Menem, indultó -en aplicación del art. 86 inc. 6° de la Constitución Nacional - a los procesados General de División ® Juan Bautista SASIAÑ, General de División ® José MONTES, General de División ® Andrés FERRERO, General de Brigada ® Adolfo SIGWALD y General de Brigada ® Jorge Carlos OLIVERA ROVERE, en relación a estas actuaciones que se registraban con el nro. 450 caratuladas « SUÁREZ MASON, Carlos Guillermo y otros s/homicidio y privación ilegal de la libertad ».

Los fundamentos esgrimidos para sustentar tal potestad fueron la supuesta necesidad de adoptar medidas que generaran las condiciones propicias para alcanzar la concordia, el mutuo perdón, la reconciliación, la pacificación y la unión nacional, superando los pasados hechos luctuosos, los enfrentamientos, los desencuentros y los factores de perturbación social.

En relación a la calidad de « procesados » de los beneficiarios del indulto, el decreto se ocupó de dejar sentada la postura según la cual cuando un poder constitucional era conferido expresamente en términos generales no podía ser restringido, por lo cual no era imprescindible contar con una sentencia ejecutoriada para hacer viable el indulto, bastando la existencia de causa abierta.

Por su parte, por medio del decreto 2746/90 también se hizo uso de la facultad dispuesta constitucionalmente en el art. 86 inc. 6°, indultándose a Carlos Guillermo SUÁREZ MASON respecto de la presente causa.

Cerrar etapas cruentas y dolorosas de la vida argentina, proscribir para siempre la ley del odio y de la violencia absurda contribuyendo con ello a una verdadera reconciliación y pacificación nacional, son enunciados como motivantes del dictado del acto, sin perjuicio de la remisión a los fundamentos expuestos en el decreto 1002/89.

Así pues, el Estado Argentino extinguía los enjuiciamientos pendientes por graves violaciones a derechos humanos, renunciaba a la verdad, a la comprobación de los hechos, identificación de sus autores y frustraba definitivamente el derecho a una investigación judicial imparcial y exhaustiva. En definitiva, el terrorismo de Estado más cruel que se conociera en la historia argentina encontró en la impunidad su mejor aliado.-

El indulto como prerrogativa constitucional.

El ex-art. 86 inc. 6 de la C.N. (hoy 99 inc. 5) establece: « El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: ... inc. 6) Puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados » .

El indulto: facultad discrecional del Poder Ejecutivo aunque no exenta del control de constitucionalidad por parte de los jueces.

El indulto implica el perdón de una pena impuesta por un delito sujeto a la jurisdicción federal y con exclusión de los casos de juicio político. Es un acto netamente político y no implica el ejercicio de poder jurisdiccional.

Por su propia naturaleza, el indulto extingue la pena aunque no priva de efectos un fallo condenatorio a los fines de la reincidencia, reparaciones y demás indemnizaciones, costas o accesorias como ser una inhabilitación.

El indulto constituye indiscutiblemente una facultad constitucional del Poder Ejecutivo, aunque de excepción, en virtud de implicar una incursión de un órgano político en una ámbito de competencia que, en principio, le está vedado: en sentido amplio, la administración de justicia y, concretamente, los efectos que habrán de tener las resoluciones y sentencias judiciales. Es también no controvertido que nuestra Constitución ha otorgado al Presidente la prerrogativa de indultar previo informe judicial y no así la de amnistiar que ha sido expresamente reservada al Congreso Nacional.

El acto administrativo que dispone un indulto es de aquellos actos tradicionalmente considerados « políticos no judiciales » pero esto -a mi entender- implica que es un acto eminentemente discrecional en cuanto a su otorgamiento o denegación, aunque no excluye de manera absoluta el contralor de constitucionalidad.

En efecto, hay circunstancias que rodean la decisión de un indulto que pueden conducir a la invalidación por inconstitucionalidad, por ejemplo: la ausencia del informe del tribunal actuante; que recaiga sobre juicios de carácter civil y no sobre penas por delitos; que no se trate de delitos sujetos a jurisdicción federal; que se intente aplicar a casos de acusación por la Cámara de Diputados; que se intente indultar delitos previstos por expresa decisión y voluntad constituyente (la compraventa de personas, otorgamiento de facultades extraordinarias o la suma del poder público, la traición contra la Nación y las nuevas previsiones del art. 36: actos

de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático, la usurpación de funciones constitucionales y la comisión de grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento).

Otra circunstancia que hubo de generar el examen de constitucionalidad de indultos en la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema ha sido el espinoso tema de la procedencia del perdón respecto de procesados o si ello se encontraba limitado a los condenados.

(...)

La jurisprudencia frente a los decretos de indulto

La postura mayoritaria y tradicional en el país fue la tesis restringida negatoria de la posibilidad del ejercicio de la facultad de indulto durante el proceso y antes de la condena. La excepción a esa posición la registraba el antecedente expresamente mencionado en el decreto 1002/89: el caso « IBAÑEZ » del año 1922 (CSJN Fallos 136:258).

La primera causa en que la Corte Suprema tuvo que intervenir con motivo del decreto 1002/89 fue en aquella originada en la Cámara Federal de San Martín que había aplicado el indulto y sobreseído en consecuencia en los autos « RIVEROS, Santiago Omar y otros s/pivación ilegal de la libertad, tormentos, homicidios... » (CSJN - Fallos 313:1392 - Rta: 11-12-90).

En dicho caso, se conforma la mayoría del tribunal resolviendo la cuestión vinculada a la constitucionalidad de un modo formal, declarando mal concedido el recurso interpuesto contra la decisión del tribunal que hacía aplicación del indulto. Sin embargo, los doctores Santiago Petracchi y Julio Oyhanarte avalan en sus disidencias la tesis amplia que permitiría indultar procesados.

Esa disidencia es hecha propia por la mayoría en los autos « AQUINO, Mercedes s/denuncia - planteo de inconstitucionalidad del decreto 1002/89 ». En dicha ocasión el doctor Fayt formuló su propio voto y presentaron disidencias los doctores Ricardo Levene (h) y Augusto Belluscio. (CSJN - Fallos 315:2421).

En esta oportunidad no hubo forma de evitar ingresar el fondo del asunto en la medida que el tribunal inferior -Cámara Federal de Bahía Blanca- había declarado la inconstitucionalidad de los indultos a procesados.

En estos autos en concreto, la antigua causa 450, con fecha 13 de noviembre de 1989, los camaristas doctores Juan Carlos Rodríguez Basavilvaso, Juan Fégoli, Jorge Casanovas y Gustavo Mitchel, sostienen la imposibilidad de declaración de la inconstitucionalidad de oficio del decreto 1002/89, mientras que los doctores Mario Gustavo Costa y Horacio Cattani en una pieza de notable factura promueven la declaración de inconstitucionalidad y prosecución del trámite de las actuaciones.

Frente a las impugnaciones de particulares damnificados, la Cámara Federal concedió el remedio del recurso extraordinario que la Corte Suprema declaró mal concedido con fecha 11-12-90 en aplicación de la doctrina del caso « Riveros ».

Por último, cabe mencionar que la Cámara Federal posteriormente también hace lugar a la excepción de indulto de Guillermo Suárez Mason a raíz del decreto 2746/90 que lo beneficiara, con similar disidencia de los doctores Costa y Cattani.

Puede apreciarse, entónces, que en autos no se ha ingresado a un estudio de fondo vinculado a la constitucionalidad de los decretos 1002/89 y 2746/90 como al que ahora me veo llamado a realizar por el concreto planteo del Fiscal y las querellas.

Adelanto desde ya, que habré de analizar dos grupos de objeciones: algunas provenientes del derecho interno (que fueran parcialmente materia de discusión en lo atinente a la viabilidad del indulto a procesados a lo que agregaremos el no debatido argumento vinculado al art. 29 de la C.N.) y otros reparos de derecho internacional que aportan nuevos enfoques de análisis.-

(...)

Indultar a una persona no condenada implica suponer dos extremos de manera arbitraria: 1) se supone la culpabilidad del indultado sin tener facultades para establecer esa culpabilidad y 2) se supone lo inequitativo para un caso individual de un resultado condenatorio que aun no existe.

« El Poder Ejecutivo tiene el derecho de indultar penas, pero no tiene el de impedir la imposición de ellas, ni el de suprimir la acción de la justicia, desde que no está investido de la potestad de borrar la infracción, es decir, de quitar a los hechos delictuosos la calificación que les ha dado la ley. En ejercicio de la facultad de indultar su misión comienza cuando hay una pena definitivamente impuesta que pueda ser materia de perdón; esto es, cuando la justicia ha llenado su función de juzgar. Es recién en ese momento que el Poder Ejecutivo se asocia en cierto modo al Poder Judicial para completar su obra en el sentido de la equidad. La intervención del Poder Ejecutivo antes de la sentencia, resulta incompatible con la acción independiente y a la vez armónica de los Poderes del Estado; y es muy difícil admitir que los mismos constituyentes que declaraban que >En ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas=, hayan entendido acordarle el medio de suprimir las acciones judiciales y de anular procesos en tramitación por medio de un indulto prematuro que importa sobreseimiento ». (Minoría en causa Ibañez, José y Sengiale, Amadeo - 1922 - Fallos 136:244).

En definitiva, el indulto a un procesado arrebató al imputado de la jurisdicción reservada al Poder Judicial y, simultáneamente, clausura un juicio penal de un modo no previsto por quien tiene reservado la facultad de establecer las formas de conclusión del proceso -el Poder Legislativo-.

b) El avasallamiento de la división de poderes por el ingreso ilegítimo sobre las competencias reservadas al Poder Legislativo.

El Poder Legislativo puede dictar leyes que desincriminen conductas, modificar los términos de prescripción o conceder amnistías generales. Este último instrumento es el que le permite al Congreso extinguir la acción y la pena por graves requerimientos de interés público, para el restablecimiento de la calma o la concordia social.

La amnistía, si bien presenta límites, es una facultad mucho más amplia que el indulto e implica el olvido o perdón « general » en virtud de recaer en muchos sujetos respecto de los que extingue la acción y la pena, reputándolos inocentes borrando la criminalidad del hecho. La amnistía no exige la individualización de los sujetos que beneficiará sino los hechos sobre los cuales habrá de recaer el olvido.

El indulto no ha sido concebido como una medida de carácter general sino que es particular, se refiere a determinadas personas y tiende a reducir o moderar, en casos especiales, el excesivo

rigorismo de la ley. Implica el ejercicio de un derecho de gracia para impedir la injusta aplicación de una ley al caso concreto. Es la respuesta de equidad ante un desequilibrio generado por la aplicación de una norma general y abstracta que en el caso concreto se traduce en una situación injusta.

El decreto 1002/89 se presenta en discordancia con las características que debe presentar un acto de indulto, presenta fundamentos de absoluta generalidad sin referirse a situaciones inequitativas concretas, tiene un alcance propio de una amnistía -facultad ajena al poder administrador- y se refiere -en todos los casos- exclusivamente a procesados. El decreto en cuestión alcanzaba a 32 causas judiciales donde estaban procesados más de 50 militares de alta graduación.

En este último orden, debe mencionarse que una postura amplia de la facultad de indultar considerando que podría abarcar a procesados, intenta encontrar fundamento sosteniendo que la palabra « pena » prevista en el art. 86 inc. 6° (hoy art. 99 inc. 5°) comprende la pena conminada y no exclusivamente la impuesta por sentencia firme. Sin embargo, ello implicaría otorgar al Poder Ejecutivo la facultad de extinguir acciones penales y consecuentemente ingresar en el campo de facultades concedida a otro Poder, el Legislativo.

»La facultad de abolir procesos y de extinguir acciones penales es de la esencia del poder de conceder amnistías, y este poder ha sido dado al Congreso como consecuencia necesaria del principio de la división de los poderes del gobierno, pues implicando su ejercicio la descalificación de los hechos delictuosos comprendidos en ella, e importando este efecto una derogación parcial de la ley respectiva, no podía confiarse sino al poder público encargado de sancionar o de derogar las leyes. Sin esa descalificación que sólo puede operarse por sanción legislativa no es concebible que exista el poder de detener y anular las causas pendientes o de extinguir las acciones penales.. El Poder Ejecutivo tiene el derecho de indultar penas, pero no tiene el de impedir la imposición de ellas, ni el de suprimir la acción de la justicia, desde que no está investido de la potestad de borrar la infracción, es decir, de quitar a los hechos delictuosos la calificación que les ha dado la ley. » (Postura minoritaria causa Ibañez, José y Sengiale, Amadeo - 1922 - Fallos 136:244).

En definitiva, si frente a procesados nos encontramos, entiendo que el único que podría sustraer al encausado del proceso es el Poder Legislativo por medio de una amnistía que, ciertamente, deberá presentarse con carácter general y no particular.

c) La violación del derecho de acceso a la jurisdicción por parte de las víctimas.

Es absolutamente claro y cierto que los decretos de indulto en análisis han venido a terminar de consagrar el mecanismo de impunidad. Pero lo paradójico es que, siendo el objeto de esta causa una pesquisa donde lo tristemente preponderante han sido las privaciones de la libertad, se complete el esquema de privación arrebatando lo poco que quedaba a las víctimas: se las priva, ya no sólo de la libertad, sino de la posibilidad de conocer qué pasó, cómo pasó y quién es el responsable.

Los decretos de indulto cerraron arbitrariamente la posibilidad jurídica de continuar los juicios criminales destinados a comprobar los delitos denunciados, identificar a sus autores, cómplices y encubridores; e imponerles sanciones penales correspondientes. Las víctimas directas del

terrorismo de Estado, sus familiares, demás damnificados por las violaciones de derechos humanos y la sociedad toda vieron frustrado su derecho a un recurso, a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclareciera los hechos, desconociendo que la garantía de la defensa en juicio no está establecida sólo en beneficio del encartado sino siendo también garantía para la víctima y la comunidad en su conjunto, que tiene en el funcionamiento regular de la administración de justicia uno de sus pilares.

La cita que sigue me exime de explicar cómo repercutió el indulto y las consecuencias que tuviera esta nueva privación de acceso a la justicia que menoscabara los derechos de las víctimas:

« En una causa en la que se aplica el procedimiento del Código de Justicia Militar los particulares damnificados carecen de la potestad de deducir el recurso extraordinario contra la resolución de la cámara que rechazó los planteos de nulidad e inconstitucionalidad del decreto 1002/89, e hizo lugar a la excepción del indulto. » (CSJN - Magistrados: Levene, Cavagna Martínez, Belluscio, Barra, Nazareno. S/Voto: Petracchi, Oyhanarte. Abstención: Fayt, Moliné O'Connor. R. 109. XXIII. Riveros, Santiago Omar y otros s/ privación ilegal de la libertad, tormentos, homicidios, etc. 11/12/90 T. 313 , P. 1392)

d) La destrucción de la presunción de inocencia del propio beneficiario del indulto y los problemas colaterales.

« Todo ciudadano sometido a un proceso criminal tiene el derecho inviolable de exigir (en un Estado de Derecho) que recaiga a su respecto una sentencia judicial que le condene o absuelva y ese derecho legítimo lo tiene, en grado excelso y superlativo, la persona que se sabe inocente y a quién se le deniega el derecho de discutir y probar su inocencia ... ya que el indulto no borra el delito y eterniza la sospecha » (Jorge Frias Caballero - Revista Jurídica Argentina La Ley 1992?C? pág. 38)

No habré de extenderme en este punto más allá de lo sostenido en los autos « Yrigoyen, Hipólito » donde se destacó claramente que se coloca en una situación agravante al imputado, si el indulto pudiera expedirse antes de la condena, por cuanto todo hombre lleva la presunción de su inocencia mientras no sea declarado culpable y como para haber perdón, lógicamente se presupone la existencia de un delincuente, quien fuera indultado en tales circunstancias, llevaría consigo las manchas del delito.

En efecto, « no es cierto que siempre quedarían en sus manos los medios para restablecer la verdad o levantar la imputación. La verdad solamente puede surgir de la controversia provocada en el proceso abierto donde el acusador y el acusado discuten libremente, desde sus respectivas posiciones, hasta llegar a la dilucidación completa de la conducta del acusado. En la generalidad de los casos la imputación corresponde al Ministerio Fiscal. Perdonado el procesado no tendría éste a quién demandar para levantar la imputación calumniosa de que hubiese sido víctima, pues jamás hallaría el contendor responsable y autorizado, y quedaría pesando sobre su nombre el proceso que se le formó » (cfr. Fallos 165:199) .

En definitiva, entre otros vicios, el indulto anticipado anticipa como cierta una responsabilidad penal no acreditada de la manera que corresponde para derribar la presunción de inocencia y en casos como el de autos contribuyó a extender la sospecha sobre toda la institución militar y sus integrantes sin excepción.

Finalmente, entre las secuelas colaterales que trae el indulto a procesados deben destacarse las señaladas por los doctores Mario Costa y Horacio Cattani en su ya mentada disidencia, que aquí no serán profundizadas sino meramente enumeradas: las condiciones en que queda colocado el indultado frente a la reincidencia; la situación de la reparación civil que eventualmente se intentara por el damnificado en el mismo proceso penal; y el destino de los efectos secuestrados como instrumentos del delito.-

El indulto frente a la existencia y consolidación de un derecho penal internacional.

Es prácticamente indiscutida la existencia de un orden normativo supranacional, un orden normativo de la comunidad internacional o derecho penal internacional que tiende a la protección de los derechos más esenciales y básicos de la persona humana, traduciéndose en principios y reglas de derecho asumidos, en su mayoría, como principios imperativos, válidos para todos los hombres y naciones de la comunidad internacional.

La referencia a un derecho penal internacional inmediatamente remite al concepto de « ius cogens », como norma imperativa del derecho internacional general, esto es, aceptada y reconocida por la comunidad internacional y que, por tanto, no admite acuerdos en contrario (art. 53 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ?ley 19.865?).

En este contexto, obtienen el carácter de ius cogens ciertas prohibiciones de determinadas conductas -constitutivas del objeto procesal de autos- consideradas de suma gravedad y a las que se llama crímenes de lesa humanidad, contra el derecho de gentes o crímenes de derecho internacional. Sobre las mismas existe consenso internacional sobre la invalidez de amnistía, indulto o todo valladar que impida su juzgamiento y persecución judicial.

El carácter de « ius cogens » o el de obligaciones « erga omnes » que se les reconoce a las consecuencias jurídicas que se derivan de la realización de alguna de aquellas conductas consideradas crímenes contra el derecho de gentes implica que afectan por igual a toda la humanidad y por lo tanto, su carácter criminal no queda librado a la voluntad de un Estado o más Estados particulares, sino que es definido en un ámbito en el que las voluntades estatales individuales se integran con otras para afirmar principios y reglas que en ciertos casos regirán para un Estado aun contra su voluntad.

Por lo tanto, la universalidad prima sobre la particularidad de los Estados en beneficio de la humanidad toda que, en su conjunto, afirma su carácter criminal, aún cuando el derecho doméstico del Estado o Estados donde tuvieron lugar los crímenes de lesa humanidad no los considere tipificados penalmente, dicte amnistías, indultos, perdones y no persiga su castigo.

Los instrumentos internacionales han recogido esta tendencia a la preservación universal. Así, entre otros varios: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el IIIer. Convenio de Ginebra de 1949 y el Ier. Protocolo Adicional, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma en 1950, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968.

Otra consecuencia fundamental del reconocimiento de un derecho penal internacional repercute en el tema de la competencia concreta para el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad. Esto nos introduce en el tema de la jurisdicción universal que implica, primordialmente, que el

derecho de gentes adjudica competencia a todos los Estados para el juzgamiento de los crímenes cometidos en contra de la humanidad. La jurisdicción que se impone es aquella concurrente o complementaria con la jurisdicción de los tribunales nacionales.

El interés por el enjuiciamiento y la aplicación de sanciones penales a los responsables de esos crímenes no puede quedar -exclusivamente en cabeza del Estado en cuyo territorio ocurrieron los hechos por cuanto toda la humanidad y los Estados tienen un interés equivalente en el enjuiciamiento y sanción de dichos responsables.

La jurisdicción universal comienza a imponerse como una jurisdicción subsidiaria que el derecho penal internacional instrumenta para asegurar que no queden impunes hechos aberrantes a la esencia humana.

El objetivo final es asegurar que la sanción sea efectivamente satisfecha aunque primordialmente corresponde reconocer prioridad en el enjuiciamiento y sanción al Estado donde los hechos acontecieron. Ahora, esta prioridad jurisdiccional no implica que el Estado sancionador actúe por un mero interés propio sino que lo hará en miras a la satisfacción de un interés superior al suyo individual, el del todo, el del conjunto de la comunidad internacional. Es de esta forma como un indulto presidencial puede estar repercutiendo más allá de las fronteras y sobre los intereses de juicio y castigo de la comunidad internacional toda.

Ahora bien, la existencia de un orden universal tampoco debe ser vista como un invento de la modernidad sino que responde a un proceso evolutivo de tal tendencia. En todo caso, el verdadero triunfo será instaurar los instrumentos para hacer efectivo el verdadero reconocimiento de aquello que filósofos cosmológicos como Anaximandro de Mileto (600 a.C.) describían ya como la existencia de un universo que se presenta como una polis en grande, como una comunidad sometida a una ley ordenadora. (Cfr. « Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado » ? Ed. Revista de Occidente. Madrid).

En definitiva, el *ius gentium* no expresa otra cosa que las exigencias primordiales y comunes a todos los pueblos, como revelación más directa de la razón universal. El derecho de gentes no es otra cosa ?en palabras de Del Vecchio?que « el derecho común a todos los pueblos » y desencadenado en una visión tendiente a la represión y castigo de crímenes de lesa humanidad, podría expresarse en un estatuto jurídico común que como mínimo comprendería estos principios: « ...el deber de procesar o extraditar, la imprescriptibilidad, la exclusión de toda impunidad, comprendida la de los jefes de Estado, la improcedencia del argumento de la 'obediencia debida' (salvo como circunstancia atenuante), la aplicación universal de estas obligaciones en tiempo de paz y en tiempo de guerra, su no derogación bajo los 'estados de excepción' y la jurisdicción universal » (cfr, M. Cherif Bassiouni « Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes », citado en causa n° 8686 Juzgado Federal n° 4 autos « Simón, Julio; Del Cerro, Juan Antonio s/sustracción de menores de 10 años » ya citado - NDP año 2000 B pag. 527 y sig).

Los hechos investigados en autos constituyen graves violaciones a los derechos humanos provenientes del terrorismo de Estado y son delitos de lesa humanidad excluidos de la posibilidad de indulto.

Los hechos investigados en las presentes actuaciones constituyen graves violaciones a los derechos humanos cometidas desde el aparato del Estado, revisten el carácter de delitos de lesa humanidad y, por ende, resultan imprescriptibles e inindultables.

El crimen de lesa humanidad, acorde a su contenido y naturaleza es un crimen de derecho internacional, por lo cual las condiciones de su responsabilidad son establecidas por normativas internacionales con independencia de lo que pueda establecerse en el derecho interno de los Estados, los cuales, se encuentran en la obligación de juzgar y castigar a los responsables de tales aberrantes crímenes.

Así, en el ámbito del derecho internacional se considera que, entre otros actos, la tortura, las ejecuciones sumarias, extra judiciales o arbitrarias y las desapariciones forzadas constituyen la categoría de « graves violaciones a los derechos humanos ».

La obligación de todo Estado de castigar y juzgar los crímenes de lesa humanidad surge del derecho de gentes o *ius cogens*, el cual se integra por un conjunto de principios y normas que resultan esenciales en la vida organizada de la humanidad.

Uno de los principios que rigen a los crímenes contra el derecho de gentes desde la consolidación del derecho penal internacional, es el que instituye la criminalización de ciertas conductas, que se consideran de gravedad para la humanidad, y no depende de que sean punibles según la ley penal del lugar donde ocurrieron.

El derecho de gentes establece entonces que la responsabilidad penal individual puede surgir de normas imperativas para la comunidad internacional y que establecen obligaciones directas no sólo para los Estados sino también para los individuos, para evitar, así, la impunidad de esos hechos de extrema gravedad, a menudo realizados desde el poder estatal.

La jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos es coincidente en esta materia. En los casos « Bleier Lewhoff y Valiño de Bleier c/ Uruguay », « Pedro Pablo Camargo c/. Colombia » ha reiteradamente calificado, entre otros actos, la tortura, la ejecución extrajudicial y la desaparición forzada como graves violaciones de los derechos humanos. Dicho concepto ha sido, también ratificado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas merced el documento elaborado el 3 de agosto de 1994 en Burundí.

Asimismo, en esta misma línea es importante recurrir -una vez más- al caso « Barrios Altos », donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó sentado importantes conclusiones frente a graves violaciones a los derechos humanos cometidas por funcionarios del aparato estatal. Recuérdese que la República del Perú había aprobado una ley de amnistía a favor de los integrantes de las fuerzas de seguridad y civiles que fueran objeto de esas denuncias, investigaciones, procedimientos o condenas, o que estuvieran cumpliendo sentencia en prisión, por violaciones de derechos humanos.

Llegado el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la pertinente sentencia, el tribunal dijo: « ... Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ...La Corte, conforme a lo alegado por la Convención y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de

amnistías adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un Juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1. de la Convención; y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso... »

(...)

La imposibilidad de indulto e imprescriptibilidad fundada en la conmoción a los principios más elementales de la humanidad y la ausencia de fundamento jurídico y ético para detener el poder punitivo frente a tales conductas.-

La gravedad de las conductas que integran los llamados crímenes contra el derecho de gentes, la lesión que ellos suponen a toda la humanidad en su conjunto y el interés de la comunidad internacional en la persecución penal de esos crímenes, no son compatibles con la existencia de un perdón soberano, una amnesia legislativa, ni un momento a partir del cual el autor de un crimen semejante pudiera estar a salvo de tener que responder penalmente por un acto que conmueve los principios más elementales de humanidad.

La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de la Organización de las Naciones Unidas -sancionada el 26 de noviembre de 1968 (Resolución 2391), ratificada por la República Argentina mediante la ley 24.584 de fecha 1° de noviembre de 1985- estableció que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido. (cfr. Art. 1 de dicha Convención).

Esta Convención ha adquirido rango constitucional con la sanción de la ley 25.778 y -si bien volveremos sobre el tema más adelante- no es menor la expresión « cualquiera sea la fecha » ya que si el objeto era regular hacia el futuro -lo habitual- no era necesaria esa aclaración por lo que debe pensarse que se estipula una excepción.

El Preámbulo de la citada Convención asentó « ...que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes » y, en consecuencia, se reconoce que es necesario y oportuno sostener el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal.

La Convención además de amparar el principio de la imprescriptibilidad compromete a los Estados a adoptar todos los procedimientos constitucionales, legislativos o de otra índole que fueran necesarios para que la prescripción de la acción penal o de la pena no se aplique a los crímenes de guerra o de lesa humanidad o sea abolida (cfr. Art. IV).(...)

Conclusiones finales.-

Reproduzco en lo pertinente y a manera de conclusión, algunas reflexiones finales ya expuestas. El gobierno de facto que arrebató el poder en el período comprendido entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983, se atribuyó la suma del poder público, se arrogó facultades extraordinarias y en el ejercicio de estos poderes ilegales e ilegítimos, ensayó un terrorismo de Estado sin antecedentes que se manifestó en una práctica sistemática de graves violaciones a los derechos humanos.

Frente a esa realidad, nuestra historia nos demuestra que, en lugar de haberse brindado una respuesta jurisdiccional a tal usurpación del poder y ejercicio violatorio de principios humanos elementales, el Estado sólo supo, pudo o quiso darle leyes de amnistía e impunidad o indultos clausurando la vía judicial.

Ahora bien, los indultos dispuestos por los decretos nros. 1002/89 y 2746/90 al igual que las Leyes 23.492 -de Punto Final- y la 23.521 -de Obediencia Debida- han constituido -más allá de vulnerar normativa interna- una violación a las obligaciones internacionales del Estado argentino, concretamente a sus obligaciones de investigar las graves violaciones a los derechos humanos, procesar, sancionar a los responsables de tales actos y garantizar el derecho a un recurso efectivo a las víctimas de esos graves crímenes y sus familiares.

Asimismo, los indultos han generado decisiones judiciales que consolidaron la consagración de la impunidad en el país y acentuaron como única certeza a estos años oscuros, la falta de sanción y persecución de los responsables de hechos aberrantes.

Al inicio de esta resolución dijimos que el terrorismo de Estado era la forma más grave de terrorismo conocida. Ante el hecho delictivo más grave, debió surgir el castigo más ejemplar. Por el contrario, se consolidó una construcción de impunidad de excepción y la solución judicial que desenmarañe el laberinto de impunidad también será de excepción.

En este panorama, éste magistrado en tanto integrante de uno de los Poderes del Estado, tiene la obligación de realizar con los instrumentos al alcance, habiéndosele habilitado el control de constitucionalidad por planteo de parte y en el marco de su competencia, todo cuanto sea posible a efectos de poner fin a la violación de los deberes internacionales del Estado circunstancia que, en el caso concreto, me conduce a la declaración de inconstitucionalidad de los decretos mencionados en lo atinente a estas actuaciones, desconociéndole efectos jurídicos a resoluciones judiciales dictadas en consecuencia que, por estar fundadas en normas inválidas, no pueden otorgar efectos válidos.-

En definitiva, de conformidad al planteo formulado por los Sres. Fiscales, doctores Eduardo Freiler y Federico Delgado, cuanto por la querella que representa el doctor Ramón Torres Molina y demás querellas adherentes,

RESUELVO:

I) DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD de los decretos de indulto nros. 1002/89 y 2746/90 en todo cuanto fuera objeto de aplicación en la presente causa. (Artículos 16, 18, 29, 31, 75 inc. 22 (ex-67 inc.19), 99 inc. 5 (ex-86 inc. 6), 109 (ex-art. 95), 116 (ex-100) y 118 (ex102) todos ellos de la Constitución Nacional)

(...)

ANNEXE XXI

CHILI

Corte suprema de Chile, Nov. 18, 2004, Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda et Marcelo Luis Manuel Moren Brito, Krassnoff Martchenko y otr.

VISTOS:

En estos autos N° 2182-98, rol de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia dictada por el Ministro de Fuero don Alejandro Solís Muñoz el catorce de abril de dos mil tres, que se lee de fs. 1464 a 1521, se castigó a Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda y Marcelo Luis Manuel Moren Brito a quince años de presidio mayor en su grado medio cada uno y a las accesorias respectivas; y a Miguel Krassnoff Martchenko, a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, así como las accesorias correspondientes, por su responsabilidad de co-autores del secuestro calificado en la persona de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, a contar desde el once de enero de mil novecientos setenta y cinco. También fueron sancionados Fernando Eduardo Laureani Maturana y Gerardo Ernesto Godoy García a sufrir cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo cada uno y las accesorias pertinentes, como cómplices del referido secuestro, siendo todos condenados al pago de las costas del proceso y sin otorgárseles ninguno de los beneficios de la ley 18.216, rechazándose además la acción civil de indemnización de perjuicios dirigida en su contra, sin costas.

(...)

CONSIDERANDO:

(...)

DÉCIMO SEXTO: Que otra causal de casación, Krassnoff la apoya en los numerales 2° y 3° del artículo 546 del Código de instrucción criminal, puesto que el veredicto en estudio hizo una calificación inexacta del ilícito y determinó la pena conforme a dicho criterio y además ha valorado desacertadamente el injusto, estimando como delito un hecho que la ley penal no considera como tal, incurriendo en falsa aplicación de las normas, disponiendo la concurrencia de una legislación inexistente y declarando que el hecho se inserta en un tipo penal que nuestro ordenamiento no contempla.

Sigue insistiendo el recurrente que el dictamen atacado quebranta los artículos 6° y 7° de nuestra carta fundamental, pues las autoridades judiciales han actuado fuera de los casos previstos por aquella, arrogándose una facultad que no les corresponde, al aplicar un derecho falso e inexistente con inclusión de leyes o tratados no aprobados ni vigentes, atentando contra el artículo 19, N°s 2°, 3° y 7°, de la Constitución, relativos a la igualdad ante la ley, las reglas del debido proceso y el derecho a la libertad personal y seguridad individual y sus artículos 21, 50, N° 1°, 62, 63, 65, 66, 67, 68 y 69, atinentes a la aprobación y rechazo de los Tratados Internacionales presentados por el Presidente la República para su aprobación o no, y la forma como se aprueban, amén de las disposiciones acerca de la formación de la ley; como igualmente han desconocido los artículos 1° al 9° del Código punitivo, la normativa del Título I del Código Civil que regula la teoría de la Ley y los cánones sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, especialmente en materia penal.

Entre los considerandos septuagésimo séptimo al nonagésimo nono del fallo objetado se detalla latamente la inteligencia que tendría en la legislación patria el conjunto de tratados internacionales que allí se revisan, la mayor parte de los cuales, aduce la defensa de Krassnoff, carecen de vigor en nuestro país o simplemente ni siquiera poseen ese carácter y muchos de los preceptos invocados se integraron con posterioridad a los hechos sub lite. Ilustra su crítica con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, suscrita recién en mil novecientos noventa y cuatro y que actualmente está en tramitación en el Congreso Nacional, lo que claramente constituye aplicación de derecho inexistente, conculcando así todo nuestro

orden constitucional, ya que se ha tipificado equivocadamente el delito de secuestro procurando presentarlo como equivalente al de desaparición forzada de personas previsto en dicha Convención, con el único objeto de proceder a denegar la aplicación de la amnistía y la prescripción.

A partir del basamento trigésimo tercero hasta el centésimo cuadragésimo cuarto y especialmente octogésimo quinto del veredicto en revisión se hace aplicación de la mencionada Convención a la cual se le concede carácter de obligatoria, pese a que en nuestro país es inexistente debido a que no ha sido revisada por nuestro Parlamento, ni ha pasado por el Tribunal Constitucional, negándose aplicación a la amnistía y a la prescripción, que sí son instituciones vigentes en nuestro ordenamiento. Además, dichos sentenciadores recurrieron a lo que denominaron la “maciza doctrina” de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, que habría formulado los principios reconocidos en el estatuto del Tribunal de Nüremberg y en los juicios iniciados por éste, los cuales aplica al caso en comento, misma situación que se da respecto de la llamada resolución N° 808, de febrero de mil novecientos noventa y tres, que se lee en los fundamentos octogésimo nono y siguientes, que creó un Tribunal Internacional para juzgar los crímenes de guerra cometidos en el territorio de la ex – Yugoslavia, resolución que sería aplicable en nuestra nación por encontrarse ese tribunal basado en el capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas.

A mayor ilustración indica, el recurrente Krassnoff, que desde los motivos nonagésimo segundo hasta el centésimo séptimo, los dirimientes ocupan como fuente del derecho aplicable en lo dispositivo del fallo, el Estatuto Penal Internacional, el cual declara en funciones, en circunstancia que en nuestra Patria no ha entrado a regir por haber sido objeto de un severo reproche del Tribunal Constitucional en orden a una modificación previa a nuestra carta magna, pero ello no fue impedimento para que en el fallo en estudio se aplicara derechamente, arrogándose así los jueces del grado prerrogativas que la Constitución jamás les ha otorgado, máxime cuando pretenden que por el solo hecho de ser nuestro país suscriptor del Estatuto de la Corte Penal Internacional, ésta deba aplicarse sin reparar que no se encuentra vigente en nuestro ordenamiento si se respetan las disposiciones existentes en otro Tratado Internacional, denominado la Convención de Viena de mil novecientos sesenta y nueve, sobre el Derecho de los Tratados. También, en su reflexión centésimo primera, bajo el pretexto de normas inexistentes, formulan una sanción moral respecto de los condenados, que estima inaceptable, pues descansa en una ideología puramente política, ajena por completo a la jurisdicción, excediendo el marco legal para caer en una ilicitud procesal constitucional.

Otra inexactitud que reclama la defensa de Krassnoff, consiste en la desestimación de su alegación acerca de la calificación del injusto de autos, lo que trae como colofón la imposición de una sanción improcedente, pues los sentenciadores han encasillado el hecho en análisis en el artículo 141, incisos 1° y 4°, del Código sancionatorio, como secuestro calificado y regula la pena de acuerdo con dicho tipo, cuando a la época de la desaparición de Sandoval Rodríguez, su defendido era funcionario público y se desempeñaba en el Ejército de Chile; por lo que, tratándose de un funcionario que obra en carácter de tal con abuso de su cargo y de modo ilegal, se configura el tipo de detención ilegítima, descrito en el artículo 148 del mismo ordenamiento

punitivo, con una penalidad diferente al secuestro, que requiere la participación como autor de un funcionario público, quien, en caso de detener a una persona por más de treinta días, arriesga un castigo de reclusión menor y suspensión del empleo en su grado máximo, sanción que debió aplicarse y no la del artículo 141 de la referida compilación, lo que constituye un manifiesto vicio que invalida el fallo.

Concluye la defensa de Krassnoff que la resolución censurada debió declarar la inocencia de su defendido, por no existir prueba alguna sobre su participación culpable en el ilícito que se le imputa; o, en subsidio, en el improbable evento de comprobarse su participación, debió reconocérsele el beneficio de la amnistía, por concurrir en la especie todos y cada de los supuestos necesarios para su aceptación, mismas consideraciones que se hacen extensivas a la prescripción. Agrega que tampoco se calificaron las circunstancias correctamente, ya que fueron adecuadas por los sentenciadores del grado a un tipo penal diferente del que debió tratarse.

Por lo demás, continúa Krassnoff, el dictamen ha incurrido en dos gravísimas contravenciones, a saber, la infracción de las normas regulatorias de la prueba y de la apreciación de la misma; y la aplicación, a sabiendas, de un derecho falso e inexistente en nuestro país, única forma de soslayar la aplicación del derecho patrio vigente al momento en que dicen haberse perpetrado el ilícito, lo que ha traído como desenlace una sentencia injusta e ilegal, por lo que pide que el presente recurso se acoja, a fin de evitar los efectos perversos derivados de la violación de la ley denunciada y la aplicación de un falso e inexistente derecho, siendo este arbitrio la única forma de enmendar con arreglo a la ley el veredicto en discusión, el cual provoca un inevitable perjuicio a su defendido, al haber sido condenado a una altísima pena privativa de libertad, por lo que debe ser anulado y dictada una resolución de reemplazo acorde a nuestro ordenamiento en vigor y a las argumentaciones efectuadas.

(...)

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que el último capítulo de casación de Krassnoff denuncia conculcado el N° 5° del artículo 546 del Código procesal criminal, en relación a la omisión de las reglas de extinción de la responsabilidad penal contempladas en el Decreto Ley N° 2191 de mil novecientos setenta y ocho, sobre amnistía y las de la prescripción de la acción penal consagradas en los artículos 93 y siguientes del Código del ramo.

Además de reiterar que su defendido es completamente inocente de los cargos que se le inculcan, su asistencia letrada reprocha a los sentenciadores del grado haber dejado de acoger la excepción que oportunamente fue opuesta y consistente en la excusa legal absolutoria del referido D.L. 2191 y de la prescripción de la acción penal alegadas, procediendo con abuso de derecho al no asignar valor a los reseñados textos legales.

La defensa de Krassnoff explica que el D.L. 2191 se halla plenamente vigente y que en su artículo 1° se establecieron con precisión cuales eran las personas favorecidas, de cuyo análisis, adaptado al caso en concreto, resulta inamovible que el delito de secuestro tipificado en el inciso 3° del artículo 141 del Código punitivo, vigente a la data de la perpetración del ilícito que se averigua, queda comprendido dentro de aquél, además que el mismo se habría cometido entre los días siete y veintiuno de enero de mil novecientos setenta y cinco, lo cual significa que estaba dentro del lapso que cubre la ley de amnistía, que corre desde el once de septiembre de mil novecientos setenta y tres hasta el diez de marzo de mil novecientos setenta y ocho, con

mayor razón cuando se considera que al diecinueve de abril de mil novecientos setenta y ocho ni siquiera estaba sometido a proceso, pues ello recién aconteció el diez de junio de dos mil dos, según se lee a fs. 656, y por ende, veintisiete años después de la fecha fijada como comisión del delito.

De acuerdo con lo dispuesto en el número tercero del artículo 93 del Código criminal, la amnistía extingue la responsabilidad penal y su colofón jurídico consiste exactamente en poner fin a la pena y sus efectos; y para que opere es indispensable que se encuentren acreditados el hecho punible, la responsabilidad criminal atribuida a los procesados y los presupuestos de procedencia de aplicación y cumplimiento de la ley de amnistía, la que en la sentencia impugnada ha sido ignorada por los sentenciadores de la instancia, con desconocimiento de ley y bajo pretensiones inaceptables, como meros pretextos ideológicos fundados en una interpretación libre y arbitraria de un derecho internacional donde se han incluido, con abuso, ciertas reglas sin vigencia actual en Chile y de tenerla, no podrían aplicarse, debido a que ello afecta gravemente el axioma de irretroactividad de la ley penal, consistente en que ningún delito puede ser reprimido con otra sanción que la señalada por una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, omitiéndose en el actual caso el adagio que indica que si se ha cometido un delito y antes de la sentencia de término se promulgan otras leyes que eximan el hecho indagado de toda pena o le asignen una menos rigurosa, debe ajustarse el juzgamiento a este nuevo precepto, tal como lo estatuyen los incisos 1° y 2° del artículo 18 del Código sancionatorio, agravando dicha situación lo preceptuado en el artículo 456 bis del Código Penal (sic), que ordena que nadie podrá ser condenado sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y en él le ha correspondido al enjuiciado una participación culpable y penada por la ley.

Afirma el recurrente que si se consideran las circunstancias de mil novecientos setenta y cinco, de acuerdo a las normas de derecho imperantes al momento de la perpetración del delito pesquisado, el país se hallaba en estado de sitio y la Constitución Política suspendida, por lo que se encontraba alterado gravemente el estado de derecho sin siquiera poder determinar con certeza el verdadero estatuto jurídico aplicable en ese instante, situación que se extendió hasta el año mil novecientos ochenta. En atención a lo anterior resulta indispensable recurrir al cúmulo de máximas legales ya invocadas y que en este caso han sido gravemente atropelladas por los sentenciadores, olvidando los hechos y circunstancias en medio de los cuales el ilícito de autos pudo haberse llevado a cabo, dado que la ley de amnistía se inspiró precisamente en la necesidad de conceder solución legal a un problema extraordinario que se produjo, entre muchos otros, en circunstancias que la sociedad se desenvolvía excepcionalmente en un completo régimen de extra legalidad.

Expone que los sentenciadores de la instancia, igualmente dejaron de aplicar en este caso la normativa atinente a la prescripción de la acción penal consagrada perentoriamente y con carácter de derecho público en los artículos 93 y siguientes del Código criminal, incurriendo así en contravención de ley y procuraron establecer que, con arreglo a la aplicación de ciertos tratados internacionales que invocan, casi todos ellos de data posterior al delito y uno incluso que aún no se ha incorporado a la legislación chilena, el hecho de marras constituye delito, lo

que envuelve una errada y falsa calificación, ya que sería equivalente al denominado tipo de “desaparición forzada de personas”, que se cataloga como de *lesa humanidad* y como tal, sería imprescriptible. También discurren acerca de una figura delictiva que nuestro Código Penal no contempla, como aquella del secuestro permanente, que por ser tal y presentar características de extensión indefinida en el tiempo, no permitiría jamás determinar el momento exacto desde el cual debe iniciarse el cómputo de la prescripción alegada.

Entonces los juzgadores del fondo se han negado a cursar la prescripción contenida en nuestro ordenamiento, pretextando meras interpretaciones ideológicas a las cuales se refieren la mayor parte de las reflexiones del veredicto atacado para llegar a la conclusión que veintinueve años más tarde de la verificación del hecho juzgado o veintisiete años después del mismo ilícito, si se considera la fecha del procesamiento, que fue en el año dos mil dos, el plazo de prescripción ordinaria no se habría cumplido y acorde con el mismo discurso, jamás se cumplirá, así transcurran cincuenta, cien o más años, colocando en la más severa duda el sentido y naturaleza jurídica de la prescripción, que no tiene otro designio más importante que el de conceder protección jurídica a la certeza y estabilidad de los derechos de las personas, siendo una piedra angular de nuestro estado de derecho y de la sociedad.

Al negarse su aplicación, se ha privado ilegítimamente a los justiciables y a la sociedad toda de la estabilidad jurídica en que se apoya la certeza de los derechos, someténdolos a una situación permanentemente sísmica respecto a nuestra institucionalidad, ya que ha introducido la más grave falla estructural en el subsuelo del Estado de derecho patrio. Así también, advierte las contradicciones de la misma sentencia, al declarar, por una parte y conforme a ciertos fundamentos de hecho relativos al ilícito que establecen, la prescripción de la acción civil; pero simultáneamente y con los mismos antecedentes, la imprescriptibilidad de la acción criminal, ignorando el antiguo apotegma “que a una misma razón debe existir siempre una misma disposición”, porque, o bien la acción penal no está prescrita y por ende tampoco lo está la responsabilidad criminal que con ella puede perseguirse y como corolario lógico, tampoco la acción de reparación de daños, o están prescritas todas, cuestión en la cual yerran los falladores de segundo grado, debido a que en un mismo acto declaran la imprescriptibilidad de la acción punitiva, que sirve de fuente primaria a la acción reparatoria subsecuente y la prescripción de esta última, dejando de manifiesto la arbitrariedad en que incurren.

(...)

TRIGÉSIMO CUARTO: Que, además, conviene tener en cuenta que luego del once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, en que las Fuerzas Armadas destituyeron al gobierno y asumieron el poder, mediante el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo se dictó por la Junta de Gobierno, el doce de septiembre de ese año, el Decreto Ley N° 5, que en su artículo primero declaró, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio impuesto por conmoción interna (situación que regía al diecinueve de julio de mil novecientos setenta y cuatro), debía entenderse como “estado o tiempo de guerra” para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el Código referido y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación. Este estado se mantuvo hasta el once de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, en que se dictó el Decreto Ley N° 641, que declaró a nuestra nación en Estado de Sitio, en Grado de Defensa Interna, conforme al Decreto Ley N° 640, del día anterior, debido a que las condiciones en ese

momento en el país constituían un “ caso de conmoción interior provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas que se encuentren organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad”, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6º, letra b), de dicho cuerpo jurídico, lo que se tradujo en el “ funcionamiento los Tribunales Militares en tiempo de guerra a que se refiere el Título III del Libro I del Código de Justicia Militar, con la jurisdicción militar de ese tiempo y se aplicará el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II de dicho Código y la penalidad especialmente prevista para tiempo de guerra.”, situación que se mantuvo por seis meses luego de la dictación del referido Decreto Ley 641, es decir, hasta el once de marzo de mil novecientos setenta y cinco y fue en este período cuando se detuvo a Sandoval Rodríguez.

Pues bien, a la data de los acontecimientos en análisis, indudablemente se encontraban vigentes, como hoy, los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, ratificado por Chile y publicados en el Diario Oficial del diecisiete al veinte de abril de mil novecientos cincuenta y uno, que en su artículo 3º (Convenio Relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra) obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter de internacional ocurrido en su territorio, que es justamente la situación de Chile durante el período comprendido entre el doce de septiembre de mil novecientos setenta y tres y el once de marzo de mil novecientos setenta y cinco, al trato humanitario incluso de contendientes que hayan abandonado sus armas, sin distinción alguna de carácter desfavorable, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar, entre otros: a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, y b) los atentados a la dignidad personal. Asimismo, ese Instrumento Internacional consigna en su artículo 146 el compromiso de sus suscriptores para tomar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves definidas en el Convenio; como también se obligan los Estados a buscar a tales personas, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios Tribunales, y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo. Precisa que en toda circunstancia, los inculcados gozarán de las garantías de un justo procedimiento y de libre defensa que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra de doce de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, relativo al trato de los prisioneros de guerra. Y en el artículo 147 describe lo que se entiende por infracciones graves, a saber entre ellas el homicidio intencional, torturas o tratos inhumanos, atentar gravemente a la integridad física o la salud, las deportaciones y traslados ilegales y la detención ilegítima;

(...)

TRIGÉSIMO SEXTO: Que estando este Tribunal en concordancia con el de segundo grado, estima que es menester precisar que, si bien la noción del delito permanente es de origen doctrinario pues no se consigna expresamente en algún precepto de nuestra legislación positiva, la verdad es que la elaboración de la clasificación de los hechos punibles, sólo en algunos casos de excepción, como los artículos 1º, 2º, 3º, 7º y 369 del Código Penal, 11, 18, 77, N° 1º, y 263 del Código de Procedimiento Penal y 165 del Código Orgánico de Tribunales, reconocen una mención específica en la ley, pero la gran mayoría se asienta más bien en las distintas pautas

que se deducen del propio Código Penal, tales como el bien jurídico protegido o la estructura dada a los correspondientes tipos de la parte especial. Es así como la distinción entre delitos instantáneos y permanentes, se afina en el hecho de que el bien jurídico protegido por estos últimos admite una lesión prolongada en el tiempo y que la acción descrita por el tipo tiende precisamente a generar ese quebrantamiento progresivo.

Si el delito queda consumado en un solo instante, esto es, si el proceso ejecutivo que culmina al completarse todas las exigencias del tipo delictivo se cierra en un momento determinado y único, nos encontramos en presencia de un delito instantáneo. Nótese que no se atiende a la duración de los preparativos o de los actos conducentes a la plena realización del hecho, sino solamente al instante en que éste queda completo. Y entonces, un homicidio que se perpetra suministrando gradualmente sucesivas dosis de veneno a la víctima, es un delito instantáneo, porque a pesar de que haya demorado la ejecución, quedó consumado en el instante en que aquella falleció. También el hurto es un delito instantáneo, no obstante que los actos para realizarlo hayan sido varios y demorosos, porque hay un momento en que el autor se apropia de la cosa y él marca la época de la consumación. Para decidir si la consumación de un delito queda perfeccionada en un solo momento, hay que atender a la descripción típica que la ley nos proporciona de él, principalmente según el verbo indicador de la acción que esa descripción contiene, pues si esa acción es enterada en un instante determinado ha de tenerse el delito por instantáneo.

Los delitos permanentes son, en cambio, aquellos en que el momento consumativo perdura en el tiempo. En ellos se produce también un instante en que la conducta típica está completa, pero entonces se origina un estado o situación susceptibles de ser prolongados en el tiempo, que constituyen subsistencia de esa conducta. **“Tal es el caso del secuestro; el agente encierra a su víctima y su conducta típica queda completa con ello, pero el encierro empieza a durar y puede durar más o menos según la voluntad del hechor.** Esta mantención o subsistencia de la conducta típica plena, puede darse solamente en ciertos tipos que emplean un verbo denotativo de una conducta susceptible de duración. Así ocurre en nuestro Código Penal con los artículos 135, 141, 142, 217, 219, 224, N° 5, 225 N° 5 y 457, entre otros. Obsérvese como varios de ellos **colocan la expresión “continuar” antes de la forma verbal indicativa de la acción típica, la que se usa en gerundio.**” (Eduardo Novoa Monreal, “Curso de de Derecho Penal Chileno”, Editorial Jurídica de Chile, 1960, Pág. 259 a 261).

Esta misma división es recogida por Labatut y Cousiño, quienes se muestran contestes en cuanto a que es lo que debe entenderse por delito permanente y cual es la importancia de su distinción (Gustavo Labatut G.: “Derecho Penal, parte general”, Editorial Jurídica de Chile, 1995, pág. 165; y Luis Cousiño Mac-Iver, “Derecho Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, 1975, tomo I, págs. 316 a 319).

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que entre las particularidades prácticas importantes que presentan los delitos permanentes resalta aquella en que la prescripción de la acción penal no empieza a correr sino una vez que ha concluido la duración de su estado consumativo. Así lo admite unánimemente la doctrina, como la del precitado profesor Novoa, quien expresa que “En suma, la característica diferencial entre los delitos instantáneos y permanentes está en que los primeros quedan terminados cuando alcanzan la plenitud de los requisitos propios de la consumación, al paso que los segundos inician en ese momento una duración en el tiempo más o menos

prolongada, en la cual la violación jurídica subsiste por la voluntad del sujeto activo"... "La gran importancia de esta clasificación queda demostrada por diversas particularidades que presentan los delitos permanentes, entre las que destaca:

(...)

También la jurisprudencia ha reconocido esta categoría de delitos permanentes como "aquellos en que la acción consumativa crea un estado delictuoso que se prolonga en el tiempo mientras subsiste la lesión del bien afectado, como ocurre en los delitos comunes de raptó, detención ilegal y abandono de familia (sic), que se caracterizan por una voluntad criminal duradera y en que la prescripción de la acción penal comienza a correr desde la cesación del estado delictuoso" (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo VLII, 1960, segunda parte, sección cuarta, págs. 166 y 167, considerando 6°)

(...)

TRIGÉSIMO NONO: Que la prescripción en general, tanto relativa a la de la acción penal como de la pena, como ya se adelantó, es un instituto que opera, en el caso del delito en comento, una vez que éste ha terminado, conforme lo reseñado por la doctrina ya citada y que también ha refrendado la jurisprudencia cuando afirma "en caso de ser delito permanente, la prescripción comienza a correr al cesar la prolongación de la consumación delictiva" (Revista de Derecho y Jurisprudencia, pág. 167, recién mencionada en el basamento trigésimo séptimo)

Entonces tampoco cabe aplicar la prescripción de la acción penal alegada, desde el momento que no aparece comprobado en autos que el injusto haya cesado de cometerse, sea por haberse dejado en libertad a la víctima, sea por existir señales positivas y ciertas del sitio donde se encuentran sus restos y de la data de su muerte, en caso de haber ocurrido ésta, por lo que se rechazará el recurso intentado en este sentido.

Y, por consiguiente, no han incurrido en error de derechos los jueces recurridos al no acceder a los requerimientos de las defensas de los convictos para que se les reconozca la procedencia de la amnistía y de la prescripción de la acción penal alegadas en sus descargos.

(...)

Por todas estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 6° y 7° del Código Civil, 141 del Código Penal; artículos 6° y 334 del Código de Justicia Militar, 535, 541, N°s 9° y 10°, 546, N°s 2°, 3°, 5° y 7°, y 547 del Código de Procedimiento Penal, 767 del de Procedimiento Civil y lo establecido en los Decretos Leyes, N° 5° de 1973, N° 521 de 1974, N° 640 y N° 641 de 1974, se decide que SE RECHAZAN los recursos de casación en la forma y en el fondo criminales intentados por Miguel Krassnoff Martchenko, representado por el abogado Sr. Gustavo Promis Baeza, en lo principal de sus libelo de fs. 1898 a 1955; la casación en el fondo interpuesta por el Sr. Juan Carlos Manns Giglio, en asistencia de Fernando Laureani Maturana y Juan Manuel Contreras Sepúlveda, en sus presentaciones de fs. 1956 a 1971 y 1972 a 1992; las casaciones en la forma y fondo alegadas por el Sr. Luis Fernando Bravo Ibarra, mandatario de Gerardo Godoy García, que se lee de fs. 1993 a 2006; la casación en el fondo del Sr. Francisco Javier Piffaut Passicot, patrocinante de Marcelo Moren Brito, de fs. 2007 a 2013; y la casación en el fondo civil deducida por el Sr. Nelson Caucoto Pereira, apoderado de la demandante civil doña Pabla Segura Soto, que se encuentra de fs. 2014 a 2017, en contra de

la sentencia de cinco de enero de dos mil cuatro, escrita de fs. 1841 a 1891, complementada el ocho de enero del mismo año, que se lee de fs. 1892 a 1895, la que en consecuencia, no es nula. Redacción del Ministro Sr. Jaime Rodríguez Espoz.

Regístrese y devuélvase.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema.

ANNEXE XXII

ARGENTINE

Corte suprema, Buenos Aires, 14 de junio de 2005.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. —causa N° 17.768

Considerando:

12) Que en cuanto a la pretensión del imputado de ampararse bajo la llamada “ley de obediencia debida”, corresponde señalar que al dictar dicha ley (23.521), el Congreso Nacional resolvió convalidar la decisión política del Poder Ejecutivo de declarar la impunidad del personal militar en las condiciones del art. 1° de dicha ley, por los delitos cometidos “desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 26 de septiembre de 1983 en las operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir el terrorismo” (art. 10, inc. 1, ley 23.049). Con el objetivo señalado, la ley mencionada se sustentó en la creación de una presunción, de conformidad con la cual, se debía considerar “de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad” (art. 1°, ley 23.521, *in fine*).

13) Que la ley mencionada presentaba falencias serias en cuanto a su formulación, las cuales fueron señaladas al examinar su compatibilidad con la Constitución Nacional en el precedente de Fallos: 310:1162 (conf. voto del juez Petracchi). Como se indicó en esa oportunidad, la ley 23.521 presentaba la particularidad de que no establecía regla alguna aplicable a hechos futuros y, de este modo, no cumplía con el requisito de generalidad propio de la función legislativa, infringiendo, por lo tanto, el principio de división de poderes. Asimismo, tal como se destacó en ese momento, no es posible admitir que las reglas de obediencia militar puedan ser utilizadas para eximir de responsabilidad cuando el contenido ilícito de las órdenes es manifiesto, tal como ocurre en los casos de las órdenes que implican la comisión de actos atroces o aberrantes, pues ello resulta contrario a la Constitución Nacional.

No obstante, a pesar de las deficiencias de la técnica legislativa utilizada, la *ratio legis* era evidente: amnistiar los graves hechos delictivos cometidos durante el anterior régimen militar, en el entendimiento de que, frente al grave conflicto de intereses que la sociedad argentina enfrentaba en ese momento, la amnistía aparecía como la única vía posible para preservar la paz social. La conservación de la armonía sociopolítica era valorada por el legislador como un bien jurídico sustancialmente más valioso que la continuación de la persecución penal de los beneficiarios de la ley. Dicha ley fue juzgada, en consecuencia, como el resultado de una

ponderación acerca de los graves intereses en juego, privativa del poder político, y como tal fue admitida por este Tribunal.

(...)

15) Que, en efecto, a partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994, el Estado argentino ha asumido frente al derecho internacional y en especial, frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional, que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades del derecho interno de condonar u omitir la persecución de hechos como los del *sub lite*.

16) Que si bien es cierto que el art. 75, inc. 20 de la Constitución Nacional mantiene la potestad del Poder Legislativo para dictar *amnistías generales*, tal facultad ha sufrido importantes limitaciones en cuanto a sus alcances. En principio, las leyes de amnistía han sido utilizadas históricamente como instrumentos de pacificación social, con la finalidad declarada de resolver los conflictos remanentes de luchas civiles armadas luego de su finalización. En una dirección análoga, las leyes 23.492 y 23.521 intentaron dejar atrás los enfrentamientos entre “civiles y militares”. Sin embargo, en la medida en que, como toda amnistía, se orientan al “olvido” de graves violaciones a los derechos humanos, ellas se oponen a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y resultan, por lo tanto, constitucionalmente intolerables (arg. art. 75, inc. 22, Constitución Nacional).

17) Que, tal como ha sido reconocido por esta Corte en diferentes oportunidades, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conf. Fallos: 326:2805, voto del juez Petracchi, y sus citas).

18) Que ya en su primer caso de competencia contenciosa, “Velázquez Rodríguez”¹⁹³⁸, la Corte Interamericana dejó establecido que incumbe a los Estados partes no sólo un deber de respeto de los derechos humanos, sino también un *deber de garantía*, de conformidad con el cual, “en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención, cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad

¹⁹³⁸CIDH, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C N° 4

internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”¹⁹³⁹.

19) Que si bien el fallo citado reconoció con claridad el deber del Estado de articular el aparato gubernamental en todas sus estructuras del ejercicio del poder público de tal manera que sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos, lo cual incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención, lo cierto es que las derivaciones *concretas* de dicho deber se han ido determinando en forma paulatina a lo largo del desarrollo de la evolución jurisprudencial del tribunal internacional mencionado, hasta llegar, en el momento actual, a una proscripción severa de todos aquellos institutos jurídicos de derecho interno que puedan tener por efecto que el Estado incumpla su deber internacional de perseguir, juzgar y sancionar las violaciones graves a los derechos humanos.

20) Que en el caso particular del Estado argentino, las leyes de punto final, obediencia debida y los subsiguientes indultos fueron examinados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 28/92¹⁹⁴⁰. En esa oportunidad, la Comisión sostuvo que el hecho de que los juicios criminales por violaciones de los derechos humanos —desapariciones, ejecuciones sumarias, torturas, secuestros— cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas hayan sido cancelados, impedidos o dificultados por las leyes 23.492 (de punto final), 23.521 (de obediencia debida) y por el decreto 1002/89, resulta violatorio de los derechos garantizados por la Convención, y entendió que tales disposiciones son incompatibles con el art. 18 (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los arts. 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, recomendó al gobierno argentino “la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar”¹⁹⁴¹.

(...)

30) Que la inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía y prescripción, así como el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que tiendan a impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos fue reiterada con posterioridad y configura un aspecto central de la jurisprudencia de la Corte Interamericana¹⁹⁴²,

¹⁹³⁹Loc. cit. § 172

¹⁹⁴⁰ "Consuelo Herrera v. Argentina", casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, informe N° 28, del 2 de octubre de 1992

¹⁹⁴¹ Loc. cit., puntos resolutivos 1 y 3, respectivamente.

¹⁹⁴² Cf. CIDH, caso "19 Comerciantes", sentencia del 5 de julio de 2004, Serie C N° 109, (§§ 175, 262 y sgtes.); caso "Hermanos Gómez Paquiyaurí", sentencia del 8 de julio de 2004, Serie C N° 110, (§§ 232 y sgtes.); caso "Tibí", sentencia del 7 de septiembre de 2004 Serie C N° 114, (§ 259 y sus citas); caso "Masacre Plan de Sánchez", sentencia del 19 de noviembre de 2004 Serie C N° 116, (§§ 95 y sgtes., esp. § 99); caso "Hermanas Serrano Cruz", sentencia

cuyos alcances para casos como el presente no pueden ser soslayados. Por lo demás, su concreta relevancia en el derecho interno frente a supuestos similares ya ha sido reconocida por este Tribunal en Fallos: 326:2805 (“Videla, Jorge Rafael”), voto del juez Petracchi; 326:4797 (“Astiz, Alfredo Ignacio”), voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni) y, en especial, en la causa A.533.XXXVIII. “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros —causa n° 259—”, resuelta el 24 de agosto de 2004, voto del juez Petracchi, en el que se admitió la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, ingresada a nuestro ordenamiento jurídico *ex post facto*.

31) Que, desde ese punto de vista, a fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la supresión de las leyes de punto final y de obediencia debida resulta impostergable y ha de producirse de tal forma que no pueda derivarse de ellas obstáculo normativo alguno para la persecución de hechos como los que constituyen el objeto de la presente causa. Esto significa que quienes resultaron beneficiarios de tales leyes no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada. Pues, de acuerdo con lo establecido por la Corte Interamericana en los casos citados, tales principios no pueden convertirse en el impedimento para la anulación de las leyes mencionadas ni para la prosecución de las causas que fenecieron en razón de ellas, ni la de toda otra que hubiera debido iniciarse y no lo haya sido nunca. En otras palabras, la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de “irretroactividad” de la ley penal sea invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves a los derechos humanos.

32) Que análogas consideraciones son las que han llevado al Congreso Nacional a dictar la ley 25.779, por medio de la cual el Poder Legislativo declara insanablemente nulas las leyes en cuestión. El debate parlamentario de dicha ley coincidió con el reconocimiento de jerarquía constitucional a la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad” y revela, sin lugar a dudas, la intención legislativa de suprimir todos los efectos de las leyes anuladas. Así, en la Cámara de Diputados se evaluó, expresamente, la circunstancia de que la derogación de las leyes dispuesta en el art. 2, de la ley 24.952 no hubiera producido el efecto deseado, en razón de que no dejó claramente establecida la inaplicabilidad del principio de la ley penal más benigna¹⁹⁴³. Asimismo, la discusión legislativa permite inferir que el sentido principal que se pretendió dar a la declaración de nulidad de las leyes fue, justamente, el de intentar dar cumplimiento a los tratados constitucionales en materia de derechos humanos por medio de la eliminación de todo aquello que pudiera aparecer como un obstáculo para que la justicia argentina investigue debidamente los hechos alcanzados por dichas leyes¹⁹⁴⁴ y, de

del 1° de marzo de 2005 Serie C N° 120, (§§ 168 y sgtes., esp. §172); caso "Huilca Tecse", sentencia del 3 de marzo de 2005, Serie C N° 121, (§§ 105 y sgtes., esp. § 108).

¹⁹⁴³ Cf. Cámara de Diputados, 4° sesión ordinaria, 12 de agosto de 2003, pág. 22 y sgtes.

¹⁹⁴⁴ Cf. Cámara de Diputados, 4° sesión ordinaria, 12 de agosto de 2003, i.a. págs. 31, 50, 52.

este modo, subsanar la infracción al derecho internacional que ellas continúan representando¹⁹⁴⁵. Se trató, fundamentalmente, de facilitar el cumplimiento del deber estatal de reparar, haciéndolo de la forma más amplia posible, de conformidad con los compromisos asumidos con rango constitucional ante la comunidad internacional.

33) Que los alcances de dicha obligación, por otra parte, han sido recientemente examinados por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, según el cual “cuando funcionarios públicos o agentes del Estado han cometido violaciones de los derechos del Pacto (...) los Estados Partes no pueden eximir a los autores de su responsabilidad personal como ha ocurrido con determinadas amnistías...”¹⁹⁴⁶.

En el mismo sentido, y en lo que atañe concretamente a nuestro país, las observaciones finales de dicho Comité sobre este tema dirigidas a la Argentina¹⁹⁴⁷ establecen la inadmisibilidad de la situación creada por las leyes 23.492 y 23.521 también frente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la insuficiencia de la mera derogación de tales normas: “Las violaciones graves de los derechos civiles y políticos durante el gobierno militar deben ser perseguibles durante todo el tiempo necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores”¹⁹⁴⁸. Anteriormente, el mismo organismo ya había expresado lo siguiente: “El Comité nota que los compromisos hechos por el Estado Parte con respecto a su pasado autoritario reciente, especialmente la ley de obediencia debida y la ley de punto final y el indulto presidencial de altos oficiales militares, son inconsistentes con los requisitos del Pacto [PIDCP]”¹⁹⁴⁹. Asimismo, manifestó en esa ocasión la preocupación sobre ambas leyes “pues privan a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos durante el período del gobierno autoritario de un recurso efectivo en violación a los artículos 2 (2,3) y 9 (5) del Pacto [PIDCP]. El Comité ve con preocupación que las amnistías e indultos han impedido las investigaciones sobre denuncias de crímenes cometidos por las fuerzas armadas y agentes de los servicios de seguridad nacional incluso en casos donde existen suficientes pruebas sobre las

¹⁹⁴⁵ Cf. versión taquigráfica provisional, Cámara de Senadores, 11 sesión ordinaria, 20 y 21 de agosto de 2003, i. a., págs. 3, 36, 39 y sgtes. En esta dirección, también se citaron en apoyo de la decisión las conclusiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, formulada en el informe 28/92, *supra* cit.

¹⁹⁴⁶ Observación General N° 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80° período de sesiones (2004), §§ 17 y sgtes.

¹⁹⁴⁷ Sesión 1893, del 1° de noviembre de 2000. Tales observaciones también fueron tomadas en consideración en el debate en la Cámara de Senadores i.a. págs. 42 y 47.

¹⁹⁴⁸ Loc. cit., § 9.

¹⁹⁴⁹ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Comentario sobre Argentina adoptados durante su sesión 53, el 5 de abril de 1995, § 3.

violaciones a los derechos humanos tales como la desaparición y detención extrajudicial de personas, incluyendo niños”¹⁹⁵⁰.

34) Que, sin perjuicio de lo indicado precedentemente, considerada la ley 25.779 desde una perspectiva estrictamente formalista, podría ser tachada de inconstitucional, en la medida en que, al **declarar** la nulidad insanable de una ley, viola la división de poderes, al usurpar las facultades del Poder Judicial, que es el único órgano constitucionalmente facultado para declarar nulas las leyes o cualquier acto normativo con eficacia jurídica.

Sin embargo, corresponde atender a la propia naturaleza de lo que la ley dispone, así como a la circunstancia de que ella, necesariamente, habrá de ser aplicada —o, en su caso, rechazada— por los propios jueces ante quienes tramitan las investigaciones de los hechos en particular. Desde este punto de vista, se advierte que la supuesta “usurpación de funciones” tiene un alcance muy corto, ya que, en todo caso, se reduce a adelantar cuál es la solución que el Congreso considera que corresponde dar al caso, pero en modo alguno priva a los jueces de la decisión final sobre el punto.

Por otro lado, de acuerdo con lo que ya se ha dicho, queda claro que el contenido mismo de lo declarado por la ley 25.779 coincide con lo que los jueces deben declarar con relación a las leyes referidas. Diferente sería la cuestión, si la nulidad declarada por la ley fuera contraria a derecho. Pero, en la medida en que las leyes deben ser efectivamente anuladas, declarar la inconstitucionalidad de dicha norma para luego resolver en el caso tal como ella lo establece constituiría un formalismo vacío. Por lo demás, de ese modo se perdería de vista que el sentido de la ley no es otro que el de formular una **declaración** del Congreso sobre el tema y que, de hecho, la “ley” sólo es apta para producir un efecto político simbólico. Su efecto vinculante para los jueces sólo deriva, en rigor, de que la doctrina que ella consagra es la correcta: la nulidad insanable de las leyes 23.492 y 23.521.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se resuelve:

- 1.- Hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario según el alcance indicado en los considerandos; declarar la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, y confirmar las resoluciones apeladas.
- 2.- Declarar la validez de la ley 25.779.
- 3.- Declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521 y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina.
- 4.- Imponer las costas al recurrente (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - CARLOS S. FAYT (en disidencia)- ANTONIO BOGGIANO (según su voto)- JUAN CARLOS MAQUEDA (según su voto)- E. RAUL ZAFFARONI (según su voto)-

¹⁹⁵⁰ Loc. cit., § 10.

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (según su voto)- RICARDO LUIS LORENZETTI (según su voto)- CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).

SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

25) Que el juez Bacqué, votó en disidencia en dicha causa al declarar la inconstitucionalidad de la ley de obediencia debida. En lo que respecta al art. 1° de la ley 23.521 consideró que establecer sin admitir prueba en contrario que las personas mencionadas en ella actuaron en un estado de coerción y en la imposibilidad de inspeccionar las órdenes recibidas, vedaba a los jueces de la Constitución toda posibilidad de acreditar si las circunstancias fácticas mencionadas por la ley (estado de coerción e imposibilidad de revisar órdenes) existían, conculcando el principio de división de poderes pues, el Congreso carecía de facultades, dentro de nuestro sistema institucional, para imponer a los jueces una interpretación determinada de los hechos sometidos a su conocimiento en una “causa” o “controversia” preexistente a la ley en cuestión, ya que de otra forma el Poder Legislativo se estaría arrogando la facultad de resolver definitivamente respecto de las “causas” o “controversias” mencionadas. Por ello, entendió difícil encontrar una violación más evidente de principios fundamentales que la ley 23.521, toda vez que en cualquier disposición que inhabilite al Poder Judicial para cumplir con su obligación constitucional de juzgar significa, además de un desconocimiento de la garantía individual de ocurrir ante los tribunales, una manifiesta invasión en las prerrogativas exclusivas del Poder Judicial.

Fue concluyente en señalar que el art. 1° de la ley 23.521 era contrario también a la garantía del debido proceso que asegura la defensa en juicio de la persona y de los derechos, a través del dictado de una resolución judicial (arts. 1°, 94, 95 y 100, en su anterior redacción, de la Constitución Nacional).

Señaló que aún en la hipótesis que la disposición examinada fuera considerada como una ley de amnistía, ningún efecto tenía para borrar su invalidez respecto a delitos como la tortura. Recordó que una larga tradición histórica y jurisprudencial ha considerado que la finalidad primordial de la amnistía alcanza sólo a los delitos políticos, en consecuencia quedaban excluidos de sus beneficios los delitos de características atroces.

Señaló que el deber de obedecer a un superior no es extensible a hechos de ilegalidad manifiesta y menos aún a conductas aberrantes. Recordó que ya el derecho romano excluía de toda excusa a la obediencia debida frente a hechos atroces, y que son muchos los textos, cuya redacción definitiva proviene del período post-clásico o Justiniano, que limitaban la obediencia debida a los delitos *quae non habent atrocitatem facinoris*, lo cual podía traducirse, en el sentido de hechos que carezcan de la atrocidad correspondiente al delito grave (con cita de Digesto, Ley 43, Libro 24, Título II, pr. 7; Digesto, Libro 44, Título 7, pr. 20. Digesto, Libro 50, Título 17, pr. 157, entre otros). Recuerda que a partir de tales fuentes los glosadores y post glosadores — Baldo, Accursio, Bártolo, Odofredo— negaron a los delitos gravísimos el deber de obediencia por parte de los subordinados. Por otra parte tales soluciones no sólo alcanzaban a la obediencia doméstica del siervo y del *filius familiae*, sino que se extendían a la obediencia a los magistrados.

Respecto a las órdenes impartidas en la esfera de la función, recuerda a Odofredo para quien, existía la obligación de obedecer el mandato ilegítimo, excepto que el hecho ordenado fuera

atroz. De este modo la atrocidad del hecho aparecía como indicador del conocimiento de ilicitud que, entonces, no puede ignorar el subordinado.

Así, por ese camino se llega a la opinión de Gandino, en el cual ya no se menciona el carácter atroz del hecho, sino si el mandato, está abiertamente contra la ley o es dudoso. Por su parte Grocio, siguiendo la tradición de la filosofía clásica, estima que si existiendo duda no resulta, empero, posible la abstención de todo actuar, es preciso inclinarse por lo que aparezca como el mal menor, y en el caso de la guerra, la desobediencia constituye el mal menor frente al homicidio, sobre todo de un gran número de inocentes.

En cuanto al derecho canónico —parafrasea a San Agustín— aun en el campo militar, es obligatorio desobedecer a las órdenes contrarias a la ley divina. En sentido coincidente la Constitución *Gaudiun et spes* del Concilio Vaticano II, n° 79, luego de afirmar la obligatoriedad del derecho natural de gentes y sus principios fundamentales, señala que los actos que se oponen deliberadamente a tales principios, y las órdenes que mandan tales actos, son criminales, y la obediencia ciega no puede excusar a quienes las acatan (con cita de “Documentos de Vaticano II”, B.A.C. Madrid. MCMLXXII, pág. 282).

Señala que los lineamientos de la ecolástica cristiana y de la tradición jurídica formada a su amparo, han sido prolongados en el derecho penal liberal, acentuando el nivel de la propia responsabilidad en la obediencia, inclusive la militar, declarando punibles los delitos cometidos por el mandato superior, siempre que la ilegitimidad de éste fuera por completo manifiesta, criterio seguido por las constituciones de fines del siglo XIX, y principios que se mantienen vigentes hasta la era contemporánea (considerando 34).

Agregó que el art. 18 de la Constitución Nacional al establecer que: “...*Quedan abolidos para siempre...toda especie de tormento y los azotes...*”, constituía una valla infranqueable para la validez de la ley bajo examen pues “...este mandato constitucional forma parte de las convicciones éticas fundamentales de toda comunidad civilizada, que no puede permitir la impunidad de conductas atroces y aberrantes, como lo es la tortura”.

(...)

27) Que, en cuanto a la ley 23.492, conocida como de Punto Final, no hay dudas que debe ser considerada una ley de amnistía encubierta, no sólo por el fin para “consolidación de la paz social y reconciliación nacional” invocado por el P.E.N. para sancionarla, sino por cuanto por otras características la alejan claramente del instituto de prescripción y la asimilan a una amnistía.

En efecto, la extinción de la acción penal prevista en la ley 23.492 estaba condicionada a que algo no ocurriera dentro de cierto plazo (el procesamiento en un caso, la citación a indagatoria en otro), si tal circunstancia ocurría, el hecho quedaba regido por el mismo sistema normativo que habría tenido si la ley no hubiera sido sancionada. Pero si se cumplía la condición negativa de no ser procesado o citado a prestar declaración indagatoria durante el plazo de 60 días, la acción penal quedaba extinguida. De esta manera la ley quedó limitada para hechos del pasado no aplicable a casos futuros, lo que la pone dentro del ámbito de la amnistía.

28) Que, por otra parte, el exiguo plazo de prescripción, más que reflejar la pérdida del interés social por el paso del tiempo —objetivo fundamental de la prescripción—, o la imposibilidad

material de coleccionar pruebas, tendió a impedir la persecución de delitos respecto de los cuales no había disminuido el interés social, sino que, por el contrario se había acrecentado.

Además el plazo de sesenta días, irrazonablemente se apartó del principio de proporcionalidad que rige al instituto de la prescripción, en cuanto a que corresponde mayor plazo cuanto más grave es el delito (art. 62 Código Penal). Alejándose del criterio de otros países, que ante hechos similares —cometidos por el aparato estatal— tendieron a ampliarlos para hacer materialmente asequible la investigación (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso K. - H.W vs. Alemania, parágrafo. 111, sentencia del 22 de marzo de 2001).

29) Que, además, las leyes 23.492 y 23.521, por otra parte, desconocieron todo rol a las víctimas y a sus familiares de acudir a los tribunales a solicitar el esclarecimiento y sanción penal de los responsables. Eso los obligó a conformarse con caminos alternativos, como buscar el reconocimiento de derecho “a la verdad”, a la identificación de cadáveres, indemnizaciones, pero se les desconoció toda legitimidad para reclamar judicialmente sanciones penales a los responsables, pese a ser los afectados directos.

(...)

SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE GENTES, LA ACEPTACIÓN DEL *IUS COGENS* Y LAS OBLIGACIONES QUE DE ÉL EMERGEN

44) Que, por otro lado, el derecho de gentes se encuentra sujeto a una evolución que condujo a un doble proceso de reconocimiento expreso y de determinación de diversos derechos inherentes a la dignidad humana que deben ser tutelados de acuerdo con el progreso de las relaciones entre los estados. Desde esta perspectiva se advierte que los crímenes del derecho de gentes se han modificado en número y en sus características a través de un paulatino proceso de precisión que se ha configurado por decisiones de tribunales nacionales, por tratados internacionales, por el derecho consuetudinario, por las opiniones de los juristas más relevantes y por el reconocimiento de un conjunto de normas imperativas para los gobernantes de todas las naciones; aspectos todos ellos que esta Corte no puede desconocer en el actual estado de desarrollo de la comunidad internacional.

45) Que, por consiguiente, la consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existía —al momento en que se produjeron los hechos investigados en la presente causa— un sistema de protección de derechos que resultaba obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente —dentro de este proceso evolutivo— como *ius cogens*. Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa. Estas normas del *ius cogens* se basan en la común concepción —desarrollada sobre todo en la segunda mitad del siglo XX— en el sentido de que existen conductas que no pueden considerarse aceptables por las naciones civilizadas.

(...)

SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAUL ZAFFARONI

Considerando:

19) Que pretender que el Congreso Nacional tiene la potestad de anular cualquier ley penal importaría cancelar la retroactividad de la ley penal más benigna, acabar con su ultra actividad y, por consiguiente, desconocer la irretroactividad de la ley penal más gravosa. No sería menos riesgoso el desconocimiento de la cosa juzgada cuando, habiendo mediado procesos que, siguiendo su curso normal, hubiesen terminado en absolucón, éstos fuesen revisables en función de las leyes penales pretendidamente anuladas. Por ende, en un análisis literal y descontextualizado de la ley 25.779, ésta no sería constitucionalmente admisible, aunque coincidiera en el caso con lo que en derecho corresponde resolver a esta Corte.

20) Que no es válido el argumento que quiere legitimar la ley 25.779 invocando el antecedente de la ley 23.040 de diciembre de 1983, referida al acto de poder número 22.924 de septiembre de ese mismo año, conocido como “ley de autoamnistía”. En realidad, esa llamada “ley” ni siquiera era una “ley de facto”, porque no podría considerarse tal una forma legal con contenido ilícito, dado que no era más que una tentativa de encubrimiento entre integrantes de un mismo régimen de poder e incluso de una misma corporación y del personal que había actuado sometido a sus órdenes. Cualquiera sea la teoría que se sostenga respecto de la validez de los llamados “decretos-leyes” o “leyes de facto” antes de la introducción del art. 36 vigente desde 1994, lo cierto es que éstos requieren un mínimo de contenido jurídico, que no podía tenerlo un acto de encubrimiento de unos integrantes de un régimen de facto respecto de otros o de algunos respecto de sí mismos. En rigor, la ley 23.040 era innecesaria, pues hubiese sido absurdo que los jueces tuviesen en cuenta una tentativa de delito de encubrimiento con mera forma de acto legislativo “de facto”, para obstaculizar el avance de la acción penal. Con ello no hubiesen hecho más que agotar el resultado de una conducta típica de encubrimiento.

21) Que la inhabilidad general del Congreso Nacional para anular leyes penales sancionadas por él mismo está ampliamente reconocida en el propio debate legislativo de la ley 25.779. Ninguno de los argumentos sostenidos para defender en el caso esta potestad del Congreso ha pretendido que éste se encuentra habilitado para anular cualquier ley y menos cualquier ley penal en cualquier circunstancia. Por el contrario, todos los argumentos a favor de la constitucionalidad de la ley 25.779 han discurrido sobre la base de que se trata de una circunstancia extremadamente excepcional. De todas maneras, esta excepcionalidad debe ser seriamente analizada, pues es sabido que los desarrollos antiliberales y antidemocráticos siempre invocan cuestiones de excepción y, además, lo que comienza aceptándose como extraordinario, para desgracia de la República y de las libertades públicas, fácilmente suele devenir ordinario.

1.- Hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario según el alcance indicado en los considerandos; declarar la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, y confirmar las resoluciones apeladas.

2.- Declarar la validez de la ley 25.779.

3.- Declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521 y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones

llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina.

4.- Imponer las costas al recurrente (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase. E. RAUL ZAFFARONI.

SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

(...)

El Honorable Congreso de la Nación tiene facultades para dictar leyes de amnistía (art. 75 inc. 20 Constitución Nacional). Pero una ley que clausura no sólo las penalidades sino la propia investigación y condena, priva de toda satisfacción moral a una comunidad aún profundamente dolida por los tremendos horrores sucedidos en esos años.

Nuestros constituyentes originarios quisieron terminar de una vez y para siempre con la tortura del opositor político, no sólo para transformar las conductas del presente que les tocó vivir, sino para que el futuro se basara en el debate de ideas y no en la supresión física del opositor. Lamentablemente no hemos cumplido ese deseo, pero lo incumpliríamos aún más si los delitos fueran objeto de amnistía, ya que no serían eliminados para siempre como manda el art. 18 de la Constitución Nacional.

Es necesario señalar, entonces, lo dicho sobre que aún las leyes de amnistía tienen un límite moral, y está dado por la imposibilidad de amnistiar delitos de lesa humanidad, conforme se ha dicho, porque si se pretende forzar a “lvidar” y a perdonar los agravios proferidos a los significados profundos de la concepción humana, si los delitos atroces quedan impunes, la sociedad no tiene un futuro promisorio porque sus bases morales estarán contaminadas.

24) La ley 23.521, al invadir esferas propias del poder judicial y al consagrar una eximente basada en la obediencia de órdenes reconocibles como ilegales es inconstitucional. La mencionada ley dispone (art. 1) que “se presume, sin admitir prueba en contrario, que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el art. 10, punto 1 de la ley 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida. La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resuelve judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de órdenes”.

PRINCIPALES RÉFÉRENCES JURISPRUDENTIELLES

JURISPRUDENCE NATIONALE

Angleterre

Chambre des lords

- *Decision by the appellate Committee of the House of Lords, Judgment, Regina v. Bartle and the Commissioner of police for the metropolis and others ex parte Pinochet, Regina v. Evans and the Commissioner of police for the metropolis and others ex parte Pinochet*, nov. 25, 1998, on appeal from a divisional Court of the Queen's bench division, [1998] 3 W.L.R. 1456
- *Judgment Regina v. Bartle and the Commissioner of police for the metropolis and others ex parte Pinochet, Regina v. Evans and another and the Commissioner of police for the metropolis and others ex parte Pinochet*, Mar. 24, 1999, on appeal from a divisional Court of the Queen's Bench Division, [1999] 2 W.L.R. 827

Afrique du Sud

Cour constitutionnelle

- Case CCT 23/96, *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, , heard on : 1-5 and 8-11 July 1996, decided on : 6 September 1996
- *AZAPO and others v. The President of the Republic of South Africa*, 1996(8), BCLR, 1015 (CC) 1020, Mahomed J.
- *President of the Republic of South Africa & others v Hugo* 1997 ICHRL 38 (18 April 1997)
- *Du Preez and others v. Truth and Reconciliation Commission* 1997 (4) BCLR 531(A)
- *Niewoudt v. Truth and Reconciliation Commission* 1997 (2) SA10 (SECLD)
- *Stopforth v. Minister of Justice and Others ; Veenendaal v. Minister of Justice and Others*, 2000 (1) SA 113 (SCA)

Argentine

Cour suprême

- Cour suprême d'Argentine, Buenos Aires, décision du 30 décembre 1986. En espagnol : Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, *Revista de jurisprudencia Argentina*, n° 5513, Abr. 29, 1978 et *Revista La Ley*, Volume 1987-A, pp.531-597 ; En anglais : « Conviction of former commanders affirmed on different grounds of criminal responsibility and dissenting opinion » (Supreme Court of Argentina, Buenos Aires),

Human Rights Law Journal, vol. 8, n° 2-4 (1987), pp.433-440, Case reported and translated by Henry Dahl and Alejandro M. Garro

- Cour suprême d'Argentine, Buenos Aires, décision du 22 juin 1987. En espagnol : Causa n° 547 incoada en virtud del Decreto n° 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional ; En anglais : « Constitutionality of the law of « due obedience » and dissenting opinion » (Supreme Court of Argentina, Buenos Aires), *Human Rights Law Journal*, vol.8, n° 2-4 (1987), pp. 441 à 470. Translated by Henry Dahl and Alejandro M. Garro
- Cour suprême d'Argentine, Buenos Aires, décision du 14 juin 2005, recurso de hecho, S. 1767, XXXVIII

Cours d'appel

- Chambre nationale criminelle et correctionnelle d'appel de la capitale fédérale, 9 décembre 1985. En anglais : « Conviction of former military commanders » (federal criminal and correctional Court of appeals, Buenos Aires), *Human Rights Law Journal*, vol. 8, n° 2-4 (1987), pp. 368 à 424, translated by Henry Dahl and Alejandro M. Garro

Autres juridictions

- Juez porteño Rodolfo Canicoba Corral, inconstitucionalidad de los indultos a Juan Bautista Sasiañ, José Montes, Andrés Ferrero, Adolfo Sigwald, Jorge Carlos Olivera Rovere y Carlos Guillermo Suárez Mason, 19 de marzo de 2004.

Belgique

- Cour de cassation, 12 février 2003 ; section française, 2^{ème} Chambre, n° JC032C1_1, 9 pages (*Ariel Sharon, Amos Yaron*), note Du Jardin, <http://www.cass.be>

Bolivie

- Cour suprême de Bolivie, *Sentencia Pronunciada en los juicios de Responsabilidad Seguidos por el Ministerio Público y Coadjuvantes contra Luis Garcia Meza y sus Colaboradores*, 21 avril 1993, Sucre, Bolivie, disponible sur <http://www.derechos.org> (espagnol)

Chili

- Cour suprême du Chili (Corte Suprema de Chile), 18 nov. 2004, *Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda et Marcelo Luis Manuel Moren Brito, Krassnoff Martchenko y otr.*, Rol. n° 517-2004
- Cour suprême du Chili, 24 août 1990, *Insunza Bascunan, Ivan Sergio (recursi de inaplicabilidad)*, revista de derecho y jurisprudencia y gaceta de los tribunales, t. LXXXVII, n° 2, mai-août 1990, pp. 64-86
- Cour suprême du Chili, 30 mai 1995, *In Re Letelier*, Chambre 4, Rol. n°. 30.174-9
- Cour suprême du Chili, 23 mai 1995, *Soria*, Rol. n°. 31.083

Espagne

- Chambre criminelle de l'*Audiencia Nacional*, formation plénière, arrêts confirmatifs 84/98 et 173/98, des 5 et 6 novembre 1998, sala de lo penal, pleno rollo de apelación 84/98, 173/98, section primera, juzgado central de instrucción número seis

Etats-Unis

Cour Suprême

- *U.S. v. Wilson*, 32 US (7 Pet.) 150 (1833)
- *Ex parte Garland*, 71 US 333 (1866)

Principales références jurisprudentielles

- *United States v. Klein*, 80 U.S.(13 Wall.) 128, 147 (1871)
- *Knote v. United States*, 95 U.S. 149 (1877)
- *Boyd v. United States*, 142 U.S. 450 (1892)
- *Burdick v. United States*, 236 U.S. 79 (1915)
- *Ex parte Grossman*, 267 U.S. 87 (1925)
- *Biddle v. Perovich*, 274 U.S. 480 (1926)
- *Schick v. Reed*, 419 U.S. 256 (1974)
- *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, n. 50 (1976)
- *United States v. Palestine Liberation Org*, 695 F. Supp. 1456 (SDNY,1988)
- *Ohio Adult Parol Auth. V. Woodard*, 523 US 272, 280 (1998)

Autres Cours

- *Yelvington v. Presidential Pardon and Parole Attorneys*, 211 F. 2d 642 (D.C. Cir. 1954)
- *Murphy v. Ford*, 390 F. Supp.1272 (U.S. District Court, W. District of Michigan,1975)
- *Forti v. Suarez-Mason*, 672 F. Supp. 1531, 1550 (U.S District Court : N.D. Cal.1988)
- *U.S. v. Noonan*, 906 F.2d 952 (3rd Circ.1990)

France

Conseil constitutionnel

- Décision n° 80-119 L du 2 décembre 1980, *Nature juridique de diverses dispositions figurant au Code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale.*
- Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*
- Décision n° 89-258 D.C. du 8 juillet 1989, *Loi portant amnistie*
- Décision n° 89-271 DC du 11 janvier 1990, *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification des activités politiques*
- Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, *Traité portant Statut de la Cour pénale internationale*

Conseil d'Etat

- CE, Ass. 12 avril 2002, *Papon*

Cour de cassation

- Cass. crim, 20 décembre 1985, *Barbie*, n° de pourvoi 85-95166, Gazette du Palais 8 mai 1986, Rapport Le Gunehec, conclusions Dontenwille ; Dalloz 30 octobre 1986, n° 36, note Fernand Chapar
- Cass. crim. 29 novembre 1988, Dalloz 1991, ch., pp. 231 et s.
- Cass., crim, 1^{er} avril 1993, *Sobansky Wladyslav* (Affaire Georges Boudarel), n° de pourvoi : 92-82273, Bulletin criminel 1993, n° 143, p. 351
- Cass. crim. 23 janvier 1997, *Papon*, n° de pourvoi : 96-84822, Bulletin criminel 1997, n° 32, p. 86
- Cass. crim. 30 mai 2000, n° de pourvoi 99-84024, Bulletin criminel 2000 n° 204, p. 600
- Cass. crim. 13 mai 2001, *Kadhafi*, disponible sur <http://www.legifrance.gouv.fr>
- Cass. crim. 23 octobre 2002, *Ely Ould Dah*, n° 6228, disponible sur <http://www.legifrance.gouv.fr>

- Cass. crim. 17 juin 2003, n° de pourvoi 02-80719 (*Affaire des crimes contre l'humanité en Algérie après les révélations du général Aussaresses*), Bulletin criminel 2003, n° 122, p. 465
- Cass. crim., 13 oct. 2004, n° 03-81.763, *Bernard B. et autres*, disponible sur <http://www.legifrance.gouv.fr>

Hongrie

- Cour constitutionnelle, jugement du 5 mars 1992 (à propos du projet de loi *Zetenyi*), 1992 /11 ABH. points III, IV, V.

Italie

- Cour d'assises de Rome (Corte di assise di Roma), *Sentenza di condanna del generale Carlos Guillermo Suarez Mason, del generale santiago Omar Riveros e altri per i crimini contro i cittadini italiani nella repubblica argentina*, 6 décembre 2000, N. 1402/93 R.G.G.I.P., N. 40/2000 del Registro Inserz.sentenze
- Corte costituzionale della Repubblica italiana (Cour constitutionnelle de la République italienne), *giudizio sull'ammissibilità di referendum*, N 25, Sentenza 13, 20 gennaio 2004, presidente: Zagrebelsky, relatore: Bile, decisione del 13/01/2004, deposito del 20/01/2004, publication in G.U. : 24/01/2004, disponible sur <http://www.cortecostituzionale.it>
- Corte costituzionale della Repubblica italiana (Cour constitutionnelle de la République italienne), *guidizio di legittimità costituzionale in via incidentale*, N. 24, Sentenza 13, 20 gennaio 2004, presidente: Chieppa, relatore: Amirante, Udienza pubblicata del 09/12/2003, decisione del 13/01/2004, deposito del 20/01/2004, publication in G.U: 24/01/2004

Salvador

- Cour suprême de justice du Salvador, *Decision on the Amnesty Law*, Proceedings n° 10-93 (May 20, 1993). En anglais: KRITZ Neil J. editor, *Transitional justice, How emerging democracies reckon with former regimes*, Foreword by Nelson Mandela, Volume III, Laws, rulings, and reports, Washington D.C., United States institutes of Peace Press, 1995, pp.549 à 555

JURISPRUDENCE REGIONALE

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, série A, n° 103, p. 26, § 41
- CEDH, *Abdülsamet Yaman c. Turquie*, 2 novembre 2004, n° 32446/96, § 55

Commission interaméricaine des droits de l'homme

- Inter-American Commission on Human Rights, Report n° 26/92, *Masacre Las Hojas v. El Salvador*, OAS, /Ser. L/V/II.83 Doc. 14, 1983, paragraphe 83 (Salvador)
- Inter-American Commission on Human Rights, Report n° 41/97, case 10.491, *Estiles Ruíz Dávila*, Peru, February 19, 1998, OAS/SER./L/V/II.98, doc 6 rev., 13 april 1998 (Pérou)

Cour interaméricaine des droits de l'homme

- CIDH, *Velazquez Rodriguez contre Honduras*, 29 juillet 1988, RGDIP, 1990, pp.454 à 465

Principales références jurisprudentielles

- CIDH, *Barrios Altos, Chumbipuma Aguirre et autres contre Pérou*, 14 mars 2001, fond, Série C, 75, §§ 41 et 51
- CIDH, *Barrios Altos, Chumbipuma Aguirre et autres contre Pérou*, 3 septembre 2001, interprétation de la sentence, série C, 83, §§ 18 et 44

Cour de justice des communautés européennes

- CJCE, *Silvio Berlusconi et a.*, 3 mai 2005, C 387/02.

JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

Jurisprudence relative à la seconde guerre mondiale

Conseil de contrôle interallié

- *Etats-Unis contre Ohlendorf et autres*, Procès du Conseil de contrôle IV, dossier n° 9, 1947, p. 49
- *Etats-Unis contre Von Weizsäcker et autres*, Procès du Conseil de contrôle XIII, dossier n° 11, 1948, p. 112

Cour permanente de justice internationale

- CPJI, *Affaire Wimbledon*, série A/B n° 5, p. 25

Cour internationale de justice

- CIJ, *Affaire du droit d'asile et droit de passage en territoire indien*, Rec. 1950, p. 277 ; Rec 1960, p.40 ; également sur <http://www.icj-cij.org>
- CIJ, Avis consultatif, *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 28 mai 1951, Rec. 1951, p.496
- CIJ, *Affaire du Plateau continental de la mer du nord*, fond, arrêt du 20 février 1969, <http://www.icj-cij.org>
- CIJ, 14 février 2002, *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000, République démocratique du Congo c. Belgique*, Rôle général n° 121

Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie

- TPIY, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, *Procureur contre Dusko Tadic, alias « Dule »*, §§ 140 et 141, <http://www.un.org/icty>
- TPIY, ch. de 1^{ère} instance, jugement du 29 novembre 1996, *Procureur contre Erdemovic*, §§21, 57et s, <http://www.un.org>
- TPIY, ch. de 1^{ère} instance, jugement relatif à la sentence, 14 juillet 1997, *Procureur c/ Dusko Tadic alias « Dule »*, Tadic IT-94-1, §8, <http://www.un.org>
- TPIY, ch. de 1^{ère} instance, jugement du 10 décembre 1998, *Procureur contre Furundzija*, IT-95-17/1-T, <http://www.un.org>
- TPIY, ch. d'appel, jugement du 15 juillet 1999, *Procureur contre Du [Ko Tadi]*, IT-94-1-A, <http://un.org>
- TPIY, ch. d'appel, jugement du 20 février 2001, *Procureur contre Mucic et consorts (« camp de Celebici »)*, IT-96-21,§731, <http://www.un.org>

L'amnistie des dirigeants politiques

- TPIY, ch. de 1^{ère} instance, 22 février 2001, *Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic*, IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, §436 et s.
- TPIY, ch. de 1^{ère} instance I, jugement du 31 juillet 2001, *Procureur contre Todovic*, IT-95-9/1, §60, <http://www.un.org>
- TPIY, ch. de 1^{ère} instance, *Procureur contre Miroslav Kvočka et autres*, IT-98-30/1-T, <http://www.un.org>
- TPYI, ch. de 1^{ère} instance, jugement du 13 novembre 2001, *Procureur contre Sikirica et autres*, IT-95-8, §§138-139, <http://www.un.org>
- TPIY, ch. de 1^{ère} instance II, jugement portant condamnation 30 mars 2004, *Procureur contre Deronjic*, affaire IT-02-61
- TPIY, ch. d'appel, 29 juillet 2004, *Procureur contre Tihomir Blaskic*, affaire IT-95-14-A.

L'amnistie des dirigeants politiques

PRINCIPALES RÉFÉRENCES NORMATIVES

DROIT INTERNE

Afrique du Sud

- Promotion of National Unity and Reconciliation Act, 1995, office of the President, N° 1111, 48 p., <http://www.doj.gov.za/trc/legal/act9534.htm>

Allemagne

Conseil de contrôle pour l'Allemagne

- Loi n° 10 du Conseil de contrôle, adoptée le 20 décembre 1945, Journal officiel du Conseil de contrôle pour l'Allemagne, 1946, n° 3, pp. 50 à 56

Angleterre

- *Act of settlement*, 12 & 13 W. III. c. 2

Argentine

- Loi n° 22.924 du 22 septembre 1983 de pacification nationale. En anglais : « Argentina Amnesty Law », Law n° 22.294 (September 22, 1983), in KRITZ Neil J. editor, *Transitional justice, How emerging democracies reckon with former regimes*, Foreword by Nelson Mandela, Volume III, Laws, rulings, and reports: Prosecution and amnesty, Washington D.C., United States institutes of Peace Press, 1995, pp. 477 à 479
- Loi n° 23.040 du 27 décembre 1983. En anglais : « Argentina: amnesty nullification, Law n° 23.040 (décember 27, 1983), in KRITZ Neil J. editor, *Transitional justice, How emerging democracies reckon with former regimes*, Foreword by Nelson Mandela, Volume III, Laws, rulings, and reports: Prosecution and amnesty, Washington D.C., United States institutes of Peace Press, 1995, p. 480
- Loi n° 23 492, du 23 décembre 1986, dite « loi du point final » ; En espagnol : *Anales de legislación de Jurisprudencia*, Argentina n° 324 ; En anglais : « Law of « full stop » », Argentine legislation, in *Human Rights Law Journal*, vol. 8, n° 2-4 (1987), p. 476, Translated by Alejandro M. Garro and Henry Dahl.
- Loi n° 23 521 du 4 juin 1987, dite « loi de l'obéissance due » ; En espagnol : *Anales de legislación de jurisprudencia*, Argentina n° 335 ; En anglais : « Law of due obedience » », Argentine legislation, in *Human Rights Law Journal*, vol. 8, n° 2-4 (1987), p. 477
- Décret présidentiel 1002/89 du 6 octobre 1989. En anglais in KRITZ Neil J. editor, *Transitional justice, How emerging democracies reckon with former regimes*, Foreword by Nelson Mandela, vol. III, Laws, rulings, and reports, Washington D.C., United States institutes of Peace Press, 1995, pp. 528 à 531

- Décret présidentiel 2741/90 du 29 décembre 1990. Traduit en Anglais in KRITZ Neil J. editor, *Transitional justice, How emerging democracies reckon with former regimes*, Foreword by Nelson Mandela, vol. III, Laws, rulings, and reports, Washington D.C., United States institutes of Peace Press, 1995, pp.531-532

Belgique

- Loi du 23 avril 2003 modifiant la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire et l'article 144ter du Code judiciaire
- Loi du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire

Cambodge

- Loi relative à la création de Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens pour juger les crimes qui ont été commis durant la période du Kampuchea démocratique promulguée par le roi du Cambodge le 10 août 2001, après son adoption par l'Assemblée nationale le 2 janvier 2001 et par le Sénat le 15 janvier 2001, disponible en anglais telle qu'amendée le 27 octobre 2004, sur : <http://www.ridi.org/boyle> (traduction non officielle de David Boyle)

Chili

- Decreto Ley n° 2 191, 18 de abril de 1978 (Ley de amnistía) , Diario oficial, n° 30.042, Apr.19, 1978

Etats-Unis

- President Gerald R. Ford's Proclamation 4311, Granting a pardon to Richard Nixon, September 8, 1974, Gerald R. Ford Library and Museum, <http://128.83.78.237/library/speeches/740061.htm>
- President Georges Bush's Proclamation 6518 (*Iran-Contra pardons*), Federal Register 57 n° 252 (24 December 1992).

France

- Loi n° 53-681 du 6 août 1953 portant amnistie, J.O., 7 août 1953, p. 6942
- Loi du 26 décembre 1964 relative à l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité en droit français (article 213-5 du Code pénal)
- Loi n° 81-736 du 04 août 1981 portant amnistie, disponible sur <http://www.legifrance.org>
- Loi n° 89-473 du 10 juillet 1989 portant amnistie, disponible sur <http://www.legifrance.org>
- Loi n° 90-33 du 10 janvier 1990 portant amnistie, disponible sur <http://www.legifrance.org>
- Loi n° 90-55 du 15 janvier 1990 relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques, disponible sur <http://www.legifrance.org>
- Loi n° 88-828 du 20 juillet 1988 portant amnistie, disponible sur <http://www.legifrance.org>
- Loi n° 95-884 du 03 août 1995 portant amnistie, disponible sur <http://www.legifrance.org>

Haïti

- Loi relative à l'amnistie, Le moniteur, Journal Officiel de la République d'Haiti, 10 octobre 1994
- Décret du président de la République Jean-Bertrand Aristide portant amnistie, Le moniteur, Journal Officiel de la République d'Haiti, 10 octobre 1994

Italie

Principales références normatives

- Legge 20 giugno 2003, n. 140, disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato, Gazzetta Ufficiale n. 142 del 21 giugno 2003, <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/031401.htm>.
- Decreto-legge 25 settembre 2001, n. 350, disposizioni urgenti in vista dell'introduzione dell'euro, in materia di tassazione dei redditi di natura finanziaria, di emersione di attività detenute all'estero, di cartolarizzazione e di altre operazioni finanziarie Gazzetta Ufficiale, serie generale, n. 224 del 26 settembre 2001; coordinato con la legge di conversione 23 novembre 2001, n. 409, Gazzetta Ufficiale, n. 274 del 24 novembre 2001

Madagascar

- Loi n° 99-033 portant amnistie adoptée par l'Assemblée nationale le 23 décembre 1999, J.O., 24 décembre 1999

Pérou

- Decreto del Presidente de la República, *2 junio de 2001, publicado el lunes 4 de junio de 2001* en El Peruano, por la creación de la comisión de la verdad en el Peru, <http://www.geocities.com/alertanet2/ds-comisionverdad.htm>

Russie

- President's decree of december 31, 1999, n°1763, *On guarantees to a president of the russian federation having relinquished his duties, and to his family members*

Uruguay

- Ley n°15.737, du 8 mars 1985. En anglais in KRITZ Neil J. editor, *Transitional justice, How emerging democracies reckon with former regimes*, Foreword by Nelson Mandela, Volume III, Laws, rulings, and reports: Prosecution and amnesty, Washington D.C., United States institutes of Peace Press, 1995, p. 808
- Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (Ley n° 15.848, 1986). En anglais in KRITZ Neil J. editor, *Transitional justice, How emerging democracies reckon with former regimes*, Foreword by Nelson Mandela, Volume III, Laws, rulings, and reports: Prosecution and amnesty, Washington D.C., United States institutes of Peace Press, 1995, pp.598 à 604

DROIT INTERNATIONAL

Accords de paix

- The treaty of peace between the allied and associated powers and Turkey signed at Sèvres, August 10, 1920, 433 articles
- Mexico Peace agreements (Salvador), Mexico City, April 27 1991, April 1, 1993 (S/25500 (anglais))
- Accords de *Governors islands* (Haïti), accords entre le président de la République d'Haïti et le Commandant en chef des forces armées d'Haïti conclus le 3 juillet 1993, reproduits en annexe du rapport du Secrétaire général de l'ONU en date du 12 juillet 1993 (S/26063)
- Accord de paix signé à Lomé (Sierra Leone), 7 juillet 1999, S/1999/777, article IX

- Accord de cessez-le-feu en République démocratique du Congo, conclu à Lusaka, 10 juillet 1999, S/1999/815

Conventions internationales relatives aux droits de l'homme¹⁹⁵¹

- Convention relative à l'esclavage du 25 septembre 1926 entrée en vigueur le 9 mars 1927 telle qu'amendée le 7 septembre 1953
- 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
- Charte des Nations Unies adoptée à San Francisco le 26 juin 1945
- 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, conformément aux dispositions de l'article XIII
- Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU, 10 décembre 1948
- 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, réunies à Genève du 21 avril au 12 août 1949, entrée en vigueur le 21 octobre 1951
- Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps 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, réunie à Genève du 21 avril au 12 août 1949, entrée en vigueur le 21 octobre 1950
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 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, entré en vigueur le 23 mars 1976, conformément aux dispositions de l'article 49
- 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 de l'ONU le 26 novembre 1968, entrée en vigueur le 11 novembre 1970
- Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, adoptée et ouverte à la signature et à la ratification par l'Assemblée générale de l'ONU dans sa résolution 3068 (XXVIII) du 30 novembre 1973, entrée en vigueur le 18 juillet 1976
- 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, résolution 3074 (XXVIII) de l'Assemblée générale de l'ONU, en date du 3 décembre 1973
- Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, résolution 3452 (XXX) de l'Assemblée générale de l'ONU en date du 9 décembre 1975

¹⁹⁵¹ Sauf indication contraire, ces conventions sont disponibles sur le site internet du haut commissariat aux droits de l'homme (ONU), <http://www.ohchr.org/french/law>.

Principales références normatives

- Protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (protocole I), adopté le 8 juin 1977 par la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit humanitaire applicable dans les conflits armés, entrée en vigueur le 7 décembre 1978, conformément aux dispositions de l'article 95
- Protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (protocole II), 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 1979 conformément aux dispositions de son article 23
- 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 de l'ONU dans sa résolution 39/46 du 10 décembre 1984 entrée en vigueur le 26 juin 1987.
- Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU dans sa résolution 45/158 du 18 décembre 1990
- Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 18 décembre 1992, dans sa résolution 47/133, sur le rapport de la troisième commission (A/47/678/Add.2)
- Protocole additionnel à la convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, adopté par l'Assemblée Générale de l'ONU le 15 novembre 2000, disponible sur le site du Sénat français, <http://www.senat.fr>

Conventions régionales relatives aux droits de l'homme

- Convention américaine relative aux droits de l'homme, adoptée à San José (Costa Rica), le 22 novembre 1969, à la conférence spécialisée interaméricaine sur les Droits de l'homme, disponible en français sur <http://www.cidh.org>
- Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre signée à Strasbourg le 25 janvier 1974, entrée en vigueur le 27 juin 2003 en Belgique, aux Pays-Bas et en Roumanie, disponible en français sur le site internet du Conseil de l'Europe, <http://conventions.coe.int>
- Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, adoptée le 9 décembre 1985, lors de la quinzième session de l'Assemblée générale de la commission interaméricaine des droits de l'homme, disponible en français sur <http://www.cidh.org>
- Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, adoptée le 9 juin 1994, entrée en vigueur le 29 mars 1994, disponible en français sur <http://www.cidh.org>
- Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée par la dix-huitième Conférence des chefs d'Etats et de gouvernement, OUA, Nairobi/ Kenya, 27 juin 1981, entrée en vigueur le 21 octobre 1986, disponible sur le site internet de l'UA, <http://www.africa-union.org>

Résolutions

- Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies du 13 février 1946, reproduite dans FRANCILLON Jacques, « Crimes de Guerre, crimes contre l'humanité : textes internationaux », *Jurisclasseur, Droit pénal international*, fasc. 410, p. 1
- Résolution de la commission des droits de l'homme relative à la question de l'impunité des auteurs de violations des droits de l'homme, 34^{ème} séance, 1993/37, adoptée sans vote, 26 août 1993
- Question of arbitrary detention, Commission on Human rights resolution, 1996/28, adopted without a vote, 51st meeting, 19 April 1996
- Résolution de la commission des droits de l'homme relative à la question de l'impunité des auteurs de violations des droits économiques, sociaux et culturels, 27^{ème} séance, 1998/13, 20 août 1998
- Résolution de la commission des droits de l'homme relative à la situation des droits de l'homme en Sierra Leone, adoptée sans vote, 57^{ème} séance, 20 avril 2001, haut commissariat aux droits de l'homme
- Résolution de la commission des droits de l'homme relative à l'impunité, 2002/79, 56^{ème} séance, 25 avril 2002, adoptée sans vote, E/2002/23-E/CN.4/2002/200, haut commissariat aux droits de l'homme
- Résolution de la commission des droits de l'homme relative au rôle de la compétence universelle ou extraterritoriale dans l'action préventive contre l'impunité, 2002/24, 27^{ème} séance, 18 août 2002, adoptée sans vote, haut commissariat aux droits de l'homme
- Résolutions sur les droits de l'homme des parlementaires adoptées sans vote par la 167^{ème} session du Conseil interparlementaire, cas n° DJI /09- *Ahmed Boulaleh Barreh*; DJI /10- *Ali Mahamade Houmed*, DJI/11- *Moumin Bahdon Farah*, 21 octobre 2000, Union interparlementaire, Genève
- Résolutions sur les droits de l'homme des parlementaires adoptées sans vote par la 168^{ème} session du Conseil interparlementaire, cas n° DJI /09- *Ahmed Boulaleh Barreh*; DJI /10- *Ali Mahamade Houmed*, DJI/11- *Moumin Bahdon Farah*, 7 avril 2001, Union interparlementaire, Genève
- Résolutions sur les droits de l'homme des parlementaires adoptées sans vote par la 167^{ème} session du Conseil interparlementaire, cas n° DJI /09- *Ahmed Boulaleh Barreh*; DJI /10- *Ali Mahamade Houmed*, DJI/11- *Moumin Bahdon Farah*, septembre 2001, Union interparlementaire, Genève
- Résolution du Conseil de sécurité de l'ONU, 392 (1976), du 19 juin 1976, article 3 (Afrique du Sud)
- Résolution du Conseil de sécurité de l'ONU, 473 (1980), du 13 juin 1980, article 3 (Afrique du Sud)
- Résolution du Conseil de sécurité de l'ONU, 558 (1984), du 13 décembre 1984, article 1 (Afrique du Sud)
- Résolution du Conseil de sécurité de l'ONU, 861 (1993), 27 août 1993, (Haïti)

Principales références normatives

- Résolution du Conseil de sécurité de l'ONU, 1258 (1999), 6 août 1999, (République Démocratique du Congo)
- Résolution du Conseil de sécurité de l'ONU, 1270 (1999), 22 octobre 1999, (Sierra Leone)
- Résolution du Conseil de sécurité de l'ONU, 1315 (2000) adoptée par le Conseil de sécurité à sa 4186^e séance, le 14 août 2000(Sierra Leone)

Statuts et règlement de procédure et de preuve des juridictions internationales

- Accord entre le gouvernement provisoire de la République française et les gouvernements des Etats-Unis d'Amérique, du Royaume-Uni de Grande Bretagne et de l'Irlande du Nord et de l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques concernant la poursuite des grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe signé à Londres, le 8 août 1945, Recueil des traités, 1951, vol. 82, n° 251, pp. 280 à 301
- Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie adopté le 23 mai 1993 par la résolution 827 du Conseil de Sécurité, tel qu'amendé à plusieurs reprises dont le 19 mai 2003 par la résolution 1481, disponible sur le site internet du TPIY, <http://www.un.org/icty/>
- Règlement de procédure et de preuve du TPIY adopté le 11 février 1994, disponible sur <http://www.un.org/icty>
- Statut du Tribunal international pour le Rwanda, créé par le Conseil de sécurité agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies dans sa résolution 955 adoptée le 8 novembre 1994, disponible sur le site internet du TPIR : <http://www.ictr.org>
- Règlement de procédure et de preuve du TPIR adopté le 29 juin 1995, disponible sur <http://www.ictr.org>
- Statut de Rome de la Cour pénale internationale, adopté le 17 juillet 1998, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002, Cote : A/CONF.183/9
- Statut de la Cour spéciale pour la Sierra Leone, établi par un accord entre l'ONU et le gouvernement de la Sierra Leone en vertu de la résolution 1315(2000) du 14 août 2000, disponible en anglais sur le site internet de la Cour : <http://www.sc-sl.org/scsl-statute.html>
- Règlement de procédure et de preuve de la CPI, adopté le 9 septembre 2002 entré en vigueur le même jour, documents officiels ICC-ASP/1/3, disponible dans le Journal officiel de la CPI, première année : <http://www.icc-cpi.int>
- Accord entre les Nations Unies et le Royaume du Cambodge relatif aux poursuites en vertu de la loi cambodgienne des crimes commis durant la période du Kampuchea démocratique, résolution adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU, 57/228, 27 février 2003, 57^{ème} session, point 109 b de l'ordre du jour
- Statut du Tribunal spécial irakien, adopté le 10 décembre 2003, disponible sur : <http://www.trial-ch.org/fr/> (anglais)

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, MANUELS, DICTIONNAIRES ET LEXIQUES

Dictionnaires

- BLACK Henry Campbell (auteur), GARNER Bryan A.(éditeur scientifique), *Black's law Dictionary*, St Paul, Minn.: West Group, 7th Edition, 1999, 1738 p.
- DEBARD Thierry, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Ellipses, 2001, 351 p.
- GUILLIEN Raymond, VINCENT Jean, (sous la direction de), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 11^e édition, 1998, 583 p.

Encyclopédies

- *The 1911 edition encyclopedia*, <http://6.1911encyclopedia.org/P/PA/PARDON.htm>.
- *The Columbia Encyclopedia*, Washington: Columbia University Press, 6^{ème} édition.

Ouvrages philosophiques

- BECCARIA Cesare, *Des délits et des peines*, Préface de Robert Badinter, GF-Flammarion, édition originale : Livourne, 1764, réédition 1991, 187 p.
- ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social*, G-F Flammarion, édition originale : avril 1762, réédition 1992, 182 p.

Ouvrages historiques

- BLACKSTONE William (Sir), *Commentaries on the laws of England*, vol.4: « of Public wrongs », Chicago: University of Chicago Press, a facsimile of the first edition of 1765-1769, 1979, pp.397 à 402.
- STORY Joseph, *Commentaries on the Constitution of the United States : with a preliminary review of the constitutional history of the colonies and states before the adoption of the Constitution*, Boston: Little, Brown and Company, 1st édition, 1833, §§ 1488 à 1498.
- DORJAHN Alfred P., *Political forgiveness in old Athens, the Amnesty of 403 B.C.*, Northwestern University studies in the humanity, n° 13, Wisconsin : Northwestern University, 1946, 55 p.
- FOVIAUX Jacques, *La rémission des peines et des condamnations : droit monarchique et droit moderne*, travaux et recherches de la faculté de droit et des sciences économiques de Paris, Série : sciences criminelles, n° 2, P.U.F., 1970, 191 p.
- GACON Stéphane, *L'amnistie, De la Commune à la guerre d'Algérie*, collection : l'univers historique, Seuil, 2002, 415 p.
- KASPI André, *Le Watergate : la démocratie américaine à l'épreuve, 1972-1974*, La mémoire du siècle, éditions complexe, 1983, 174 p.

Ouvrages politiques, témoignages

- CASTELNAU (de) Régis, *Pour l'amnistie*, Collection : ce que je veux, 1624-2882, Stock, 2001, 284 p.
- GIUSTINIANI Josua, *Amnistie et fausses factures, le racket politique*, Albin Michel, 1990, 266 p.
- MANDELA Nelson, *Un long chemin vers la liberté*, traduit de l'anglais par Jean Guiloineau, Fayard, 1994, version française : janvier 1995, 659 p.
- PONS Sophie, *Apartheid : l'aveu et le pardon*, Postface de Desmond Tutu, Bayard, 2000, 210 p.
- YELTSIN (ELTSINE) Boris, *Midnight diaries*, Londres : Phoenix, 2000, 398 p.

Manuels, Précis

- ARDANT Philippe, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, manuel, LGDJ, 7^{ème} édition, p.358.
- BARTHÉLEMY Joseph, *Précis de droit constitutionnel*, Petits précis Dalloz, 2^{ème} édition, 1933, 421 p.
- CASSESE Antonio, *International criminal law*, New-York-Oxford: Oxford university press, 2003, 472 p.
- DAILLIER Patrick, NGUYEN Quoc Dinh, PELLET Alain, *Droit international public*, LGDJ, 7^{ème} édition, 2002, 1510 p.
- LOMBOIS Claude, *Droit pénal international*, Dalloz, 1^{ère} édition: 1971, réédition 1979, 688 p.
- MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel :
 - *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, mai 2002, 791 p.
 - *Droit constitutionnel*, PUF droit, 2004, 874 p.
- PRADEL Jean, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 1995, 721 p.

Recueils de documents

- *Justice après de graves violations des droits de l'homme : le choix entre l'amnistie, la commission de la vérité, et les poursuites pénales*, Recueil de documents officiels, rapport, et articles, édité par Luc Huyse et Ellen Van Dael, projet « Justice après transition », Université catholique de Leuven, étude financée par le Vlaamse Interuniversitaire, Belgique, Janvier 2001.
- BRODY Reed, RATNER Michael, *The Pinochet papers*, La Haye: Kluwer law international, 2000, 505 p.
- CALMETTE Joseph, GRUBER Jean-Jacques (collab.), *Textes et documents d'histoire du Moyen âge*, Introduction aux études historiques, Clio, 1938, 234 p.
- GONNARD Jean-Marie, « Amnistie », textes, *jurisclasseur pénal*, articles 133-9 à 133-11, pp.1 à16.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX, MONOGRAPHIES ET THESES

Ouvrages collectifs :

- ABRAMS Jason S., RATNER Steven R., *Accountability for human rights atrocities in international law, Beyond the Nuremberg legacy*, New-York-Oxford: Oxford University Press, first published: 2001, Second edition, 426 p.

Bibliographie

- ABEL Olivier (sous la direction de), *Le Pardon, Briser la dette et l'oubli*, Série Morales n° 4, éditions autrement, 1998, 238 p.
- ANQUETIL Michel, BUFFARD Simone, et autres, *La peine : quel avenir ?, approche pluridisciplinaire de la peine judiciaire*, actes du colloque du Centre Thomas More des 23-24 mai 1981, 153 p.
- BIDEGARAY Christian, EMERI Claude, *La responsabilité politique*, Connaissance du droit public, Dalloz, 1998, 127 p.
- CHAGNOLLAUD Dominique (sous la direction de), *Responsabilité pénale et vie publique en France et à l'étranger*, ouvrage issu d'un colloque organisé par le Centre d'études constitutionnelles et politiques (CECP) de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) le 1^{er} octobre 1999, éditions Panthéon-Assas, L.G.D.J Diffuseur, 2002, 156 p.
- CHALANDON Sorj, NIVELLE Pascale, *Crimes contre l'humanité, Barbie Touvier Bousquet et Papon*, Préface de Robert Badinter, Editions Plon, 1998, 517 p.
- COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, Commission internationale de juristes, *Non à l'impunité, oui à la justice*, Rencontres internationales sur l'impunité des auteurs de violations graves des droits de l'homme, tenue à Genève du 2 au 5 novembre 1992, Genève : international Commission of jurists, 1993, 375 p.
- CONAC Gérard, DREYFUS François, MONTEIRO José Oscar (sous la direction de), *L'Afrique du Sud en transition, Réconciliation et coopération en Afrique Australe*, collection : La vie du droit en Afrique, Université Paris I (Panthéon-Sorbonne), Economica, 1995, 352 p.
- CONSEIL DE L'EUROPE (affaires juridiques), *L'abus de droit et les concepts équivalents : principes et applications actuelles*, actes du dix-neuvième colloque de droit européen au Luxembourg, 6-9 novembre 1989, Strasbourg : Conseil de l'Europe, 1990, 172 p.
- DEYSINE Anne, KESSELMAN Donna (sous la direction de), *Argent, politique et corruption*, colloque, 12 et 13 juin 1998, Nanterre : Publidix, 1998, 256 p.
- DUMONT Jean-Noël, TRUCHE Pierre (sous la direction de), *Histoire et justice, peut-on juger l'histoire ?*, actes du colloque interdisciplinaire du 16-17 novembre 2001, Lyon : le collège supérieur, 2002, 214 p.
- HAMILTON Alexander, JAY John, MADISON James, *The Federalist : a commentary on the Constitution of the United States, being a collection of essays written in support of the Constitution agreed upon September 17, 1787, by the Federal Convention*, from the original text of Alexander Hamilton, John Jay and James Madison, with an introduction by Edward Mead Earle, New York: the Modern Library, 1964, 622 p.
- JOINET Louis (sous la direction de), *Lutter contre l'impunité, dix questions pour comprendre et agir*, éditions la découverte, 2002, 137 p.
- JOYNER Christopher C. (special director), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights*, proceedings of the Siracusa conference, 17-21 september 1998, Association internationale de droit pénal, érès, 1998, 180 p.

- PAATII OFOSU-AMAAH W., SOOPRAMANIEN Raj, UPRETY Kishor, *Combattre la corruption, Etude comparative des aspects légaux de la pratique des Etats et des principales initiatives internationales*, Banque Mondiale : éditions Eska, décembre 2001, 112 p.
- MORRIS Virginia, SCHARF Michael P., *An insider's guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, a documentary history and analysis*, vol. 1, Etats-Unis : Transnational publishers, 1995, 460 p.
- ROHT-ARRIAZA Naomi (ed.), *Impunity and human rights in international law and practice*, New-York-Oxford: Oxford University press, 1995, 398 p.
- RUIZ-FABRI Hélène (sous la direction de), *Recherche : amnistie, grâce, prescription en Europe*, UMR droit comparé, Mission « Droit et justice », 2005, à paraître.
- VACQUIN Monette (sous la direction de), *La responsabilité*, Série Morales n° 14, éditions autrement, 2002, 287 p.

Ouvrages individuels :

- BASSIOUNI Cherif, *Crimes against humanity in international criminal law*, La Haye : Kluwer law international, second revised edition, 1999, 579 p.
- BEAUD Olivier, *La puissance de l'Etat*, Léviathan, P.U.F., 1994, pp.159 à 191.
- BANDET Pierre, *L'action disciplinaire dans les trois fonctions publiques*, Gestion publique, Guides d'action, éditions Berger-Levrault, 1998, 153 p.
- BIGAUT Christian, *La responsabilité pénale des hommes politiques*, collection droit public, L.G.D.J., 1996, 144 p.
- BODIE Thomas J., *Politics and the emergence of an activist international Court of justice*, Foreword by Don C. Piper, Westport, Connecticut : Praeger, 1995, 112 p.
- CHIAPPETTI Achille, *La ricerca della costituzione perduta*, Turin :G. Giappichelli Editore, 2001, 206 p.
- CHIGARA Ben, *Amnesty in international law, The legality under international law of national amnesty laws*, Londres : Longman, 2002, 190 p.
- COPPER-ROYER Jean, *L'amnistie, loi du 6 août 1953*, préface de M. Battestini, Dalloz, 1954, 93 p.
- DARCY James, *Droits de l'homme et normes juridiques internationales : ce que doivent savoir les employés des agences humanitaires*, Réseau d'aide d'urgence et réhabilitation, Londres : Overseas development institute, 1997, 40 p.
- DEAN MOORE Kathleen, *Pardons, justice, mercy, and the public interest*, New-York-Oxford: Oxford University Press, 1997, 271 p.
- DABENE Olivier, *Amérique latine, la démocratie dégradée*, Bruxelles, Espace international, éditions Complexe, 1997, 154 p.
- FAVOREU Louis, *Les Cours constitutionnelles, Que sais-je ?*, PUF, première édition : 1986, réédition 2002, 128 p.
- FOGLESONG Todd, *Pardons and amnesties in Russia, Clarifying the differences*, Vera Institute of Justice, May 2002, 9 p.
- GARAPON Antoine, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner ; pour une justice internationale*, Odile Jacob, 2002, 348 p.
- JOSSERAND Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, Essais de téléologie juridique, Dalloz, deuxième édition, 1939, 447 p.

Bibliographie

- KIRCHHEIMER Otto, *Political Justice: The use of legal procedure for political ends*, Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1961, 451 p.
- LEGRAND Pierre, *Le droit comparé*, Que Sais-je ?, PUF, 1999, 119 p.
- LEMKIN Raphael, *Axis rule in occupied Europe : laws of occupation – analysis of government – proposals for redress*, Washington, DC: Carnegie endowment for international peace, 1944, pp. 79 à 85.
- LESAGE Michel, *Les interventions dans le fonctionnement de la justice (Contribution à l'étude du principe de séparation des pouvoirs)*, préface de Roland Drago, Bibliothèque de droit public, LGDJ, 1960, 337 p.
- O'SHEA Andreas, *Amnesty for crime in international law and practice*, La Haye: Kluwer law international, 2002, 376 p.
- OST François, *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999, pp. 113 à 147.
- MACEDO Stephen, *Universal jurisdiction : national Courts and the prosecution of serious crimes under international law*, Pennsylvanie: University of Pennsylvania Press, 2003, 376 p.
- PAZ ROJAS B., VICTOR ESPINOZA C., JULIA URQUIETA O., HERNÁN SOTO H., *Pinochet face à la justice espagnole*, traduit de l'espagnol par Jacques Secretan, L'harmattan, 1998, 157 p.
- PELISSIER Gilles, *Le principe d'égalité en droit public*, droit public, L.G.D.J., 1996, 143 p.
- PEYRÓ Llopis Ana, *La compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité*, collections du CREDHO, Bruxelles : Bruylant, 2003, 178 p.
- ROULOT Jean-François, *Le crime contre l'humanité*, préface de Charalambos APOSTOLIDIS, thèse de doctorat remaniée (1998, Droit public, Université de Dijon) collection : logiques juridiques, L'Harmattan, 2002, 442 p.
- WESCHLER Lawrence, *A miracle, a universe : settling accounts with torturers*, New-York: Pantheon Books, 1990, pp.120 à 134.
- ZOLLER Elisabeth, *De Nixon à Clinton, malentendus juridiques transatlantiques*, Collection Behémoth, PUF, 1999, 105 p.

Thèses

- CALCULLI Francesco, *Le détournement de pouvoir en France et en Italie : analyse comparative*, thèse pour le doctorat de droit public, Université de Montpellier I, 1997, 496 p.
- DUBOUIS Louis, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, Thèse, Université de Paris, LGDJ, 1962, 471 p.
- CHOMEL de VARAGNES Jérôme, *Protection pénale des représentants des pouvoirs politiques*, thèse pour le doctorat de droit pénal et sciences criminelles, sous la direction du professeur J. Buisson, Université Lyon III, 1998, pp. 9 à 25 et pp. 129 à 245.
- FREYSSINIER Anne, *Le droit de grâce du chef de l'Etat, le cas de la Vème République*, thèse, sous la direction du professeur P. Ségur, Université de Toulouse, 2001, 421 p.

- KEITH ALLEN Michael, *Pardon You, Pardon me. Controversial usage of the presidential pardoning power : from Carter to Clinton*, a thesis presented to the Faculty of the Department of History, East Tennessee State University, Dr E. Watson (Chair), August 2003, 100 p.
- KISS Alexandre-Charles, *L'abus de droit en droit international*, thèse pour le doctorat en droit, Jury sous la présidence du professeur S. Bastid, Université de Paris, LGDJ, 1952, 180 p.
- LEFRANC Sandrine, *Politiques du pardon – amnistie et transitions démocratiques – une approche comparative*, thèse pour le doctorat en science politique, sous la direction du professeur J-M. Donegani, institut d'études politiques de Paris, 2000, 2 volumes, 1337 p.
- PITON Armand, *De la rétroactivité de la loi d'amnistie au point de vue pénal et disciplinaire*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Rennes, 1933, 120 p.
- POUJAUD Paul, *Des diverses formes du droit de grâce dans la législation criminelle de Rome. De l'amnistie en droit français*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, L.Larose : Forcel, 1885, 188 p.
- TOLOOEI RAHIMABADI Naghi, *Les effets de l'amnistie en droit comparé*, thèse pour le doctorat d'Etat, sous la direction du professeur Bouloc, Université de Paris II, 1979, 3 tomes, 5 vol.
- TRABUC Alain, *L'amnistie en droit constitutionnel*, thèse pour le doctorat en droit, sous la direction du professeur T. S. Renoux, Université d'Aix-Marseille III, 2000, 409 p.
- ROCHE-DAHAN Janick, *L'amnistie en droit français*, thèse pour l'obtention du doctorat en droit privé et sciences criminelles, sous la direction du professeur Di Marino, Université d'Aix-Marseille III, 1994, 667 p.
- SCIORTINO-BAYART Stéphan, *Recherches sur le droit constitutionnel de la sanction pénale*, thèse pour le doctorat en droit, sous la direction du professeur L. Favoreu, Université d'Aix-Marseille III, 2000, pp. 59 à 304.

Mémoires de D.E.A.

- BLANGY François, *La prescription des crimes contre l'humanité*, mémoire de DEA de droit pénal et sciences pénales, Paris II, 2001, 80 p.
- FAJGELES Elise, *Les amnisties politiques*, mémoire de D.E.A. de droit public interne, sous la direction du professeur C. Goyard, session de juin 1995, 58 p.
- FOVIAUX Jacques, *Aspects historiques de la rémission des peines et des condamnations*, mémoire pour le D.E.S. de sciences criminelles, sous la direction du professeur R. Vouin, Paris, 1967, 210 p.
- LOOS Géraldine, *L'amnistie en droit constitutionnel sous la Vème République*, mémoire de DEA, sous la direction du professeur M. Verpeaux, Paris I, 2004, 112 p.
- MEYER Emmanuel, *Le contrôle des lois d'amnistie par le Conseil constitutionnel*, mémoire de D.E.A. de droit public interne, sous la direction du professeur C. Goyard, Université Paris 2 (Panthéon Assas), 1990-1991, 62 p.
- SAMUELS Machel, *Les stratégies concernant les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité – le choix entre la sanction pénale et l'amnistie*, mémoire de D.E.S.S. aide humanitaire internationale, urgence et réhabilitation, sous la direction du professeur Domestici-Met, Aix-Marseille, 2000, 70 p.

- TRABUC Alain, *L'amnistie en droit constitutionnel français et comparé*, mémoire pour le D.E.A. de droit public sous la direction du professeur Thierry S. Renoux, Aix-Marseille, 1995, 115 p.

III. ARTICLES DE DOCTRINE ET AUTRES CONTRIBUTIONS

Articles de doctrine, chroniques dans des revues juridiques, contributions dans des ouvrages collectifs

- « D'un palais à l'autre : une proposition de loi constitutionnelle accorde aux anciens présidents le statut de sénateur à vie », *Revue parlementaire*, n° 878, avril 2005.
- ABOTSI Alexander, SARKIN Jeremy, « L'écriture de la Constitution sud-africaine de 1996 : approche formelle et matérielle », *RFDC*, 2000, n° 44, pp. 747 à 767.
- AKHAVAN Payam, « Beyond impunity : can international criminal justice prevent future atrocities ? », Symposium: State reconstruction after civil conflict », *AJIL*, 2001, vol. 95, n° 7, pp.7 à 31.
- ALLAND Denis, « Cour de cassation, crim., 1^{er} avril 1993, M. Sobansky Wladyslav et association nationale des anciens prisonniers d'Indochine, n° 92-82.273 », *Jurisprudence française en matière de droit international public, R.G.D.I.P.*, 1994, n° 2, pp. 471 à 482.
- ALVAREZ Jose E., « Nuremberg revisited : the Tadic case », Symposium : The International Tribunal for Former Yugoslavia Comes of age, *EJIL*, 1996, n° 7, pp. 245 à 264.
- AMBOS Kai:
 - « Impunity and international criminal law, A case study on Colombia, Peru, Bolivia, Chile and Argentina », *Human Rights Law Journal*, 29 August 1997, vol.18, n° 1-4, pp. 1-15.
 - « Zur Amnestierung von Menschenrechtsverletzungen in Lateinamerika aus völkerstrafrechtlicher sicht », *Verfassung und recht in Übersee*, 1996, vol. 29, pp. 465 à 485.
- ANDREWS Molly, « The politics of forgiveness : a study of East Germany's « Truth Commission » », *International Journal of politics, Culture and Society*, 1999, vol. 13, n° 1, pp.107 à 124.
- ASH Timothy Garton, « La commission vérité et réconciliation en Afrique du Sud », *Esprit*, décembre 1997, n° 12, pp. 44 à 63.
- BALASSOUPRAMANIANE Indragandhi, « La présomption d'innocence, une question fondamentale, tant dans les pays de tradition civiliste que ceux de la *common law* », *Le journal du Barreau*, Québec, 1^{er} décembre 2001, vol. 33, n° 20.
- BAR-YAACOV Nomi, « Commandement (responsabilité) », in GUTMAN Roy, RIEFF David (Ed.), *Crimes de guerre : ce que nous devons savoir*, éditions autrement, Paris 2002, pp.133-134.
- BARANGER Denis, « La responsabilité pénale et politique des ministres en Grande-Bretagne dans la période contemporaine », in ouvrage issu d'un colloque organisé par le Centre d'études constitutionnelles et politiques (CECP) de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) le 1^{er} octobre 1999, éditions Panthéon-Assas, L.G.D.J Diffuseur, 2002, pp.36 à 58.

- BARCROFT Peter A.A.:
 - « The presidential pardon, a flawed solution », *Human Rights Law Journal*, 31 December 1993, vol. 14, n° 11-12, pp.381 à 394.
 - with HIPPLER BELLO Judith, « In Re Letelier », *AJIL*, April 1996, vol. 90, Issue 2, pp. 290 à 296.
- BASSIOUNI Cherif:
 - « Searching for peace and achieving justice: the need for accountability », *Law and contemporary problems*, autumn 1996, vol. 59, n° 4, pp. 9 à 28.
 - « International crimes : jus cogens and obligatio erga omnes », in Christopher C. Joyner (ed.), *Reigning in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights : proceedings of the Siracusa Conference*, Nouvelles études pénales, Eres, 1998, pp.133 à 148.
- BAUDOIN Patrick, « Juridictions internationales et compétence universelle. Vers une justice sans frontières », *La nouvelle lettre de la FIDH*, 14 février 2000, n° 32, pp.2-3.
- BAUMGARTNER Jody C., MORRIS Mark H., « Presidential Power Unbound: A Comparative Look at Presidential Pardon Power », *Politics and Policy*, June 2001, vol 29, n° 2, pp. 209 à 236.
- BEAUSCHENE Bénédicte, « Italie : l'hypothétique changement de République », *RDP.*, 1996, pp. 98 à 128.
- BEAUVALLLET Olivier, « La perspective d'achèvement du mandat du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie », *Droit pénal*, Jurisclasseur, novembre 2003, pp. 4 à 8.
- BELL John, « Justice et politique : le cas du Royaume-Uni », *Justices*, janvier-juin 1996, n° 3, pp. 25 à 39.
- BEATTY Joseph, « Forgiveness », *American Philosophical Quarterly*, July 1970, vol. 7, n° 3, pp. 246 à 252.
- BELRHALI Hafida, « L'amnistie à l'issue de l'élection présidentielle », *Revue de la Recherche juridique, Droit prospectif*, Aix-Marseille : PUAM, 2002-2, pp. 844 à 857.
- BENOMAR Jamal, « Justice after transitions, confronting the past », *Journal of democracy*, 1993, n° 4, pp. 3 à 14.
- BERAT Lynn, « South Africa: negotiating change? », in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed.), *Impunity and human rights in international law and practice*, Oxford : Oxford University press, 1995, pp. 267 à 280.
- BIDEGARAY Christian :
 - avec EMERI Claude, « Du pouvoir d'empêcher : veto ou contre-pouvoir », *RDP*, 1994, vol. 1, n° 3, pp. 325 à 351.
 - « Préface », in SUEUR Jean-Jacques (dir.), *Juger les politiques, nouvelles réflexions sur la responsabilité des dirigeants publics*, L'Harmattan, Février 2001, pp. 5 à 11.
- BIEVER Robert, « L'abus de droit », in Conseil de l'Europe (affaires juridiques), *L'abus de droit et les concepts équivalents : principes et applications actuelles*, actes du dix-neuvième Colloque de droit européen, Luxembourg, 6-9 novembre 1989, Strasbourg, 1990, pp.14 à 52.
- BON Michel, « Face à la corruption », *Commentaire*, printemps 1994, n° 65, Plon, pp. 13 à 26.

Bibliographie

- BOUDANT Joël, « La crise identitaire du Parlement français », *RDP*, 1992, n° 5, pp. 1321 à 1402.
- BORRICAND Jacques, « L'extradition des terroristes », *Revue de science criminelle et de droit comparé*, 1980, pp. 661 à 677.
- BOURDON William, « Amnistie », droit, in GUTMAN Roy, RIEFF David (Ed.), *Crimes de guerre, ce que nous devons savoir*, éditions autrement, 2002, pp. 34 à 39.
- BRAIBANT Guy, « L'Etat face aux crises », *Pouvoirs*, 1979, n° 10, pp. 5 à 9.
- BRANCHE Raphaëlle, « Algérie », étude de cas, in GUTMAN Roy, RIEFF David (Ed.), *Crimes de guerre, ce que nous devons savoir*, éditions autrement, 2002, pp. 32-33.
- BRAUDE Claudia, SPITZ Derek, « Memory and the spectre of international justice : a comment on AZAPO », *SAJHR*, 1997, n° 13, pp. 269 à 282.
- BROWN Everett S., « The restoration of civil and political rights by presidential pardon », *American Political Science Review*, 1940, n° 34, vol. 2, pp. 295 à 300.
- BUERGENTHAL Thomas, « The United Nations Truth Commission for El Salvador », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, octobre 1994, vol. 27, n° 3, pp. 498 à 544.
- BUHLER Pierre, « Les Etats-Unis et le droit international », *Commentaire*, automne 2003, n° 103, pp. 549 à 562.
- BULLIER Antoine J. :
 - « Kadhafi/Pinochet : Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris et Chambre des lords se rejoignent dans une même logique », *Les Petites Affiches*, 6 décembre 2000, n° 243, p. 9.
 - « De la difficulté de juger les crimes du régime de Saddam Hussein », *Droit pénal, Jurisclasseur*, novembre 2003, n° 11, pp. 8-9.
- CADOUX Charles, « Aperçu de l'évolution constitutionnelle et politique de l'Afrique du Sud », in CONAC Gérard, DREYFUS François, MONTEIRO José Oscar (sous la direction de), *L'Afrique du Sud en transition, Réconciliation et coopération en Afrique Australe*, collection : La vie du droit en Afrique, Université Paris I (Panthéon-Sorbonne), Economica, 1995, pp.73 à 88.
- CAHIN Gérard, « L'évolution de la République italienne », *RFDC*, octobre-décembre 2001, n° 48, pp. 705 et s.
- CARCASSONNE Guy, « Du non droit au droit », *Pouvoirs : L'argent des élections*, 1994, n° 70, pp. 7 à 17.
- CARTOU Louis, « A propos de la convention relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne », (acte du Conseil du 27 septembre 1996, J.O.C.E., n° C. 313 du 23 octobre 1996), *LPA*, 10 janvier 1997, n° 5, pp. 9 à 11.
- CARVER Richard, « Zimbabwe : drawing a line through the past », in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed.), *Impunity and human rights in international law and practice*, New-York-Oxford: Oxford University press, 1995, pp. 252 à 266.
- CASSEL Douglass, « Lessons from the America's guideline for international response to amnesties for atrocities », *Law and contemporary problems*, 1997, vol. 59, n° 4, pp 197-229.

- CHAGNOLLAUD Dominique, « rapport introductif », in CHAGNOLLAUD Dominique (sous la direction de), *Responsabilité pénale et vie publique en France et à l'étranger*, ouvrage issu d'un colloque organisé par le Centre d'études constitutionnelles et politiques (CECP) de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) le 1^{er} octobre 1999, éditions Panthéon-Assas, L.G.D.J Diffuseur, 2002, pp. 67 à 75.
- CHARVIN Robert, « L'impunité internationale des politiques et la Cour pénale internationale », in SUEUR Jean-Jacques (dir.), *Juger les politiques, nouvelles réflexions sur la responsabilité des dirigeants publics*, l'Harmattan, 2001, pp. 209 à 227.
- CLERC Mirjana, « La Cour pénale internationale : une victoire contre l'impunité? », *Les Petites Affiches*, 30 avril 2002, n° 86, pp. 4-5.
- COLGATE LOVE Margaret, « President's duty to be merciful, of pardons, politics and collar buttons : reflections on the president's duty to be merciful », *Fordham Urban Law Journal*, vol. 27, pp. 1483 à 1515.
- COLOMBO Gherardo, « Les enquêtes de la magistrature italienne dans les crimes contre l'administration publique. Les méfaits de la corruption », in BORGHI Marco, MEYER-BISH Patrice (ed), *La Corruption, l'envers des droits de l'homme*, actes du IX^o colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme à l'Université de Fribourg, 3-5 février 1994, pp.195 à 207.
- CONAC Gérard, « Conclusions », in CONAC Gérard, DREYFUS François, MONTEIRO José Oscar (sous la direction de), *L'Afrique du Sud en transition, Réconciliation et coopération en Afrique Australe*, collection : La vie du droit en Afrique, Université Paris I (Panthéon-Sorbonne), Economica, 1995, pp.349 à 352.
- CONAN Matthieu, « Amnistie présidentielle et tradition », *RDP*, 2001, n° 5, pp. 1303 à 1356.
- COQUIN Céline, « Deux aspects de l'évolution du concept d'oubli en droit pénal », *Archives de politique criminelle*, 1998, n° 20, pp.33 à 43.
- COTTIER Bertil, « L'abus de droit en droit comparé », in Conseil de l'Europe (affaires juridiques), *L'abus de droit et les concepts équivalents : principes et applications actuelles*, actes du dix-neuvième colloque de droit européen au Luxembourg, 6-9 novembre 1989, Strasbourg : Conseil de l'Europe, 1990, pp. 23 à 52.
- DARBON Dominique, « L'institutionnalisation du miracle sud-africain », *Hérodote : revue de géographie et de géopolitique*, juillet-septembre 1996, n° 82-83, pp. 113 à 131.
- DARBON Dominique, « La Truth and Reconciliation Commission, Le miracle sud-africain en question », *Revue Française de science politique*, décembre 1998, vol. 48, n° 6, pp. 707-724.
- DEBOISVIEUX Gilberte, « Impunité de fait, impunité de droit », *Revue volcans*, 1995, n° 22, 2 p.
- DELALOY Guillaume, « La Cour de cassation et le statut pénal du président de la République », (A propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 10 octobre 2001), *Droit pénal, Jurisclasseur*, janvier 2002, pp. 4 à 8.
- DELLA MORTE Gabriele, « Pré-rapport : l'amnistie en droit international et en droit international pénal : Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit ? », *Recherche : amnistie, grâce, prescription en Europe*, UMR droit comparé, Mission « Droit et justice », 2005, à paraître.

Bibliographie

- DESTEXHE Alain, « Justice internationale : les enjeux de la compétence universelle ou impunité et compétence universelle », *Journal des Procès*, Belgique, 15 juin 2001, n° 417.
- DOWNIE, R.S., « Forgiveness », *Philosophical Quarterly*, n° 15, pp 128 à 134.
- DREYFUS Françoise, « La Constitution intérimaire d’Afrique du Sud », *RFDC*, 1994, n° 19, pp. 465 à 495.
- DUCOULOUX-FAVARD Claude, « L’arrêt Carignon dans la ligne d’une jurisprudence sans revirement, ni dévoiement », note sous Cass. crim., 27 octobre 1997, *LPA*, 7 novembre 1997, n° 134, pp. 6 à 24.
- DUGARD John:
 - « International Law and the South African Constitution », *EJIL*, 1997, vol. 8 , n° 1, pp. 77 à 93.
 - « Dealing with crimes of a past regime. Is amnesty still an option? », *Leiden Journal of International Law*, La Haye, 1999, vol.12, pp.1001 à 1015.
- DULUCQ Sophie, « Violences politiques et logiques épuratrices en Afrique; comment vider l'abcès », in *Epurations, amnistie, amnésie*, Toulouse : M.I.R.E.H.C., 1999, n° 3, 7 p.
- EDELENBOS Carla, « Human rights violations : a duty to prosecute », *Leiden Journal of international Law*, La Haye, 1994, vol. 7, n° 2, pp. 5 à 21.
- ELSTER Jon, « On doing what one can : an argument against post-communist restitution and retribution », *East European Constitutional Review*, summer 1992, vol. 1, n° 2, pp. 15 à 17.
- ENSALACO Mark, « Truth Commission for Chile and El Salvador: a report and assesment », *Human Rights Quarterly*, 1994, n° 16, pp.656 à 675.
- ERASMUS Gerhard, FOURIE Nadine, « Le tribunal pénal international pour le Rwanda : Tous les tenants et aboutissants ont-ils été bien pesés ? Que révèle la comparaison avec la commission sud-africaine pour la vérité et la réconciliation ? », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 31 décembre 1997, n° 828, pp. 751 à 761.
- FEINGOLD Stanley, « The Framers Would Scorn Nixon Pardon », *National Law Journal*, 1994, Sept.12, (A21).
- FEITLOWITZ Marguerite, « L’affaire Pinochet : succès, échecs et leçons », Droit, in GUTMAN Roy, RIEFF David (Ed.), *Crimes de guerre, ce que nous devons savoir*, éditions autrement, Paris, 2002, pp. 337-340.
- FENRICK William J., « Should crimes against humanity replace war crimes ? », *Columbia Journal of transnational law*, 1999, vol. 37, n° 3, pp. 768 à 784.
- FORO Philippe, « L’épuration en Italie après la chute du fascisme », in *Epurations, amnistie, amnésie*, Toulouse : M.I.R.E.H.C., 1999, n° 3, 20 p.
- FRAISSEIX Patrick, « les parlementaires et la justice : la procédure de suspension de la détention, des mesures privatives ou restrictives de liberté et de la poursuite », *RFDC*, 1999, n° 39, pp. 497 à 540.
- FRANCILLON Jacques, « Crimes de guerre, crimes contre l’humanité », *Droit international pénal, Jurisclasseur*, 1993, fasc. 410, 46 p.

- FRANCOIS Bastien, « Le juge, le droit et la politique : éléments d'une analyse politiste », *R.F.D.C.*, 1990, pp. 49 à 69.
- FRONZA Emanuela, « La mise en accusation de Milosevic : les crimes contre l'humanité devant le tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie », chronique, *L'ASTREE, Revue de droit pénal et des droits de l'homme*, n° 8, numéro thématique : les crimes contre l'humanité.
- GACON Stéphane, « L'oubli institutionnel », in NICOLAÏDIS Dimitri (dir.), *Oublier nos crimes, l'amnésie nationale : une spécificité française ?*, série mutations, éditions autrement, avril 1994, n° 144, pp. 98 à 111.
- GALLONI Paolo, MORI Luca, « La « Truth Commission » chilienne : une lecture critique sous deux perspectives », chronique, *L'ASTREE, Revue de droit pénal et des droits de l'homme*, n° 8, numéro thématique : Les crimes contre l'humanité.
- GAUDEMET Paul, « La séparation des pouvoirs, mythe et réalité », *Dalloz*, 1961, p. 120.
- GIBSON Lauren, Roht-Arriaza Naomi, « The developing jurisprudence on amnesty », *Human Rights Quarterly*, 1998, vol. 20, pp. 843 à 885.
- GIUDICELLI-DELAGE Geneviève, « La justice du politique », *Justices*, janvier-juin 1996, n° 3, pp. 113 à 122.
- GONNARD Jean-Marie, « Amnistie, théorie générale », *Droit pénal, Jurisclasseur*, articles 133-9 à 133-11, pp.17 à 38.
- GREEN Leslie C., « Graves breaches or crimes against humanity? », *US Air Force Academy Journal of Legal Studies*, 1997/1998, vol. 8, , 7 p.
- GREENWOOD Christopher, « International humanitarian law and the Tadic case, in Symposium : The International Tribunal for Former Yugoslavia Comes of age », *EJIL* 1996, n° 7, pp. 265 à 283.
- GRUPP Stanley, « Some historical aspects of the pardon in England », *American journal of legal history*, 1963, n° 7, pp. 51 à 63.
- GRYNFOGEL Catherine :
 - « Crimes contre l'humanité », *Droit pénal, Jurisclasseur* , 1998, fasc. 10, 11, articles 211-1 à 213-5, cédérom jurisclasseur, 50 p.
 - « Génocide », *Droit pénal, Jurisclasseur*, 1998, fasc. 10, 11, articles 211-1 à 213-5, cédérom jurisclasseur 50 p.
- GUERDER Pierre, « Rapport sous Cour de cassation, Ch. crim, 1^{er} avril 1993, *Boudarel* », *Gazette du palais*, 1993, 1^{er} sem, Journal du 24 juin 1993, pp. 281 à 291.
- GUTTO Shadrack, « Constitutional, International, and comparative Law Perspectives on Reparation », *From rhetoric to responsibility: making reparations to the survivors of past political violence in South Africa*, Chapter 5, South Africa: Center for Applied Legal Studies, 5 p.
- HAMON François, « Vox imperatoris, vox populi ? (réflexions sur la place du référendum dans un Etat de droit) », in *L'Etat de droit : mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, pp. 389 à 402.
- HAMPSON Françoise, « Juridiction universelle », droit, in GUTMAN Roy, RIEFF David (ed.), *Crimes de guerre, ce que nous devons savoir*, éditions autrement, 2002, p. 269.

Bibliographie

- HAYNER Priscilla B., « Fifteen Truth Commissions – 1974 to 1994 : a comparative study », *Human Rights Quarterly*, 1994, 16, pp. 597 à 655.
- HAYNER Priscilla B., « International guidelines for the creation and the operation of Truth Commissions : a preliminary proposal », *Law and Contemporary Problems*, 1996, vol. 59, n° 4, pp.173 à 180.
- HURTADO José, « Corruption institutionnalisée: le cas du Pérou », in BORGHI Marco, MEYER-BISH Patrice (ed), *La Corruption, l'envers des droits de l'homme*, actes du IX° colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme à l'Université de Fribourg, 3-5 février 1994, pp.181 à 193.
- HUYSE Luc, « Justice after transition : on the choices successor elites make in dealing with the past », *Law and social inquiry*, 1995, vol. 20 n° 1, pp.51 à 78.
- HOLIDAY Anthony, « Forgiving and forgetting : the Truth and Reconciliation Commission », in NUTTALL Sarah, COETZEE Carli (ed.), *The Making of memory in South Africa*, Cape Town : Oxford University Press, 1998, pp. 43-56.
- HURWITZ Leon, GREEN Barbara, SEGAL Hans E., « International press reactions to the resignation and pardon of Richard M. Nixon », *Comparative politics*, October 1976, vol. 9, pp. 107 à 123.
- JAWORSKI Leon, « The most lustrous branch: Watergate and the judiciary », *Fordham Law Review*, 1977, vol. 45, pp.1267 à 1280.
- JAN Pascal, « Le temps du droit, à propos de : « Le temps du droit » par François Ost », *L.P.A.*, 16 septembre 2000, n° 192, pp. 8-9.
- JOINET Louis, « L'internationalisation des régimes d'exception », *Pouvoirs*, 1979, n° 10, pp. 95 à 103.
- JORGE Manuel, « La loi étrangère devant le juge du fond : office du juge et substitution », *LPA*, 26 juillet 2000, n° 148.
- KALT Brian C., « Pardon me?: the constitutional case against presidential self-pardons », *The Yale Law Journal*, 1996, vol. 106, pp.779 à 809.
- KATZ Claude :
 - « Pinochet définitivement impuni ? », article publié dans le journal *Le Monde* du 20 janvier 2000, *La lettre de la FIDH*, n° 31, 17/ 01/2000.
 - « Chili : la décision historique de la Cour suprême », *La nouvelle lettre de la FIDH*, Septembre 2000, n° 41, éditorial.
- KLAAREN Jonathan, VARNEY Howard, « A second bite at the amnesty cherry? Constitutional and policy issues around legislation for a second amnesty », *South African law journal*, 2000, 117, pp. 572-593.
- KOBIL Daniel T, « The clemency », Prepared statement for: *Presidential pardon power, hearing before the subcommittee on the Constitution of the Committee on the judiciary House of representatives , One hundred seventh Congress, First session*, February 28, 2001, Serial n° 2, 71-180, Printed for the use of the Committee on the judiciary, US Government printing office superintendent of documents, Washington DC, pp.29 à 43.

- KRIEPS Robert, Rapport général, présenté à l'occasion du colloque organisé par le Conseil de l'Europe (affaires juridiques), *L'abus de droit et les concepts équivalents : principes et applications actuelles*, actes du dix-neuvième Colloque de droit européen, Luxembourg, 6-9 novembre 1989, Strasbourg, 1990.
- LACORNE Denis, « La séparation des pouvoirs aux Etats-Unis, à propos de l'*Irangate* », *Commentaire*, 1987, n° 38-39, pp. 482 à 489.
- LACOSTE Yves, « La nouvelle Afrique du Sud », *Hérodote : revue de géographie et de géopolitique*, juillet-septembre 1996, n° 82-83, pp. 3-4.
- LAMOUREUX Sophie, « La disparition de la sanction automatique d'inéligibilité pour les comptables de fait : quel avenir pour la sanction électorale ? », *RFDC*, 2003, n° 55, pp.609 à 621.
- LANG Berel, « Forgiveness », *American Philosophical Quarterly*, April 1994, vol. 31, n° 2, pp. 104 à 117.
- LATTANZI Flavia, « Compétence de la Cour pénale internationale et consentement des Etats », *RGDIP*, 1999, n° 2, pp. 425 à 439.
- LAUVAUX Philippe, « Rapport introductif », in CHAGNOLLAUD Dominique (sous la direction de), *Responsabilité pénale et vie publique en France et à l'étranger*, ouvrage issu d'un colloque organisé par le Centre d'études constitutionnelles et politiques (CECP) de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) le 1^{er} octobre 1999, éditions Panthéon-Assas, L.G.D.J Diffuseur, 2002, pp.13 à 23.
- LAVIELLE Bruno, LECOINTRE Christian, « De grâce, Monsieur le président..., remarques critiques sur la pratique des décrets de grâces collectives », *Gazette du Palais*, septembre-octobre 1977, 117(5), pp.1422 à 1434.
- LEE CRAWFORD Kathryn, « Due obedience and the rights of victims : Argentina's transition to democracy », *Human Rights quarterly*, 1990, 12, pp. 17 à 52.
- LEMOULAND Jean-Jacques, « Les critères jurisprudentiels de l'infraction politique », *Revue de science criminelle et de droit comparé*, 1988, pp.16 à 32.
- LESAGE Michel :
 - « La Russie et l'Etat de droit, la règle juridique et les arrangements politiques », *L'Etat de droit*, mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Dalloz, 1996, pp. 425 à 439.
 - « La Constitution russe du 12 décembre 1993 et les six premiers mois du système politique », *Revue du Droit public*, 1996-6, pp. 1735 à 1753.
- LETTERON Roseline, « Le droit à l'oubli », *RDP*, 1996, n° 2, pp. 385 à 424.
- LOLLINI Andrea, *La construction d'une mémoire collective en Afrique du Sud*, La commission vérité et réconciliation : « hypertrophie de la sentence » ou « hypertrophie de l'histoire ? », chronique, *L'ASTREE, Revue de droit pénal et des droits de l'homme*, n° 8, numéro thématique : Les crimes contre l'humanité.
- LONG Marceau, « Le statut pénal du président de la République », *RFDC*, 2003, n° 56, pp. 877 à 886.
- LUCHAIRE François :
 - « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », Etudes et doctrine : le principe de sécurité juridique, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11, disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr>

Bibliographie

- « note sous décision n° 88-244 D.C. du 20 juillet 1988 », *Dalloz*, 1989, pp. 271-272.
- LUTZ Ellen, « After the elections : compensating victims of human rights abuses », in LUTZ Ellen L., HANNUM Hurst, BURKE Kathryn J.,(ed.), *New directions in human rights*, 1989, pp. 195 à 212.
- MARTIN Kathia, *La dictature militaire et la réconciliation nationale au Brésil*, chronique, *L'ASTREE, Revue de droit pénal et des droits de l'homme*, n° 8, numéro thématique : Les crimes contre l'humanité.
- MCGILL Hugh, « The Nixon pardon : limits on the benign prerogative », *Connecticut Law Review*, Fall 1974, n° 9, pp. 88 et s.
- MALAMUD-GOTI Jaime:
 - « Transitional governments in the breach : why punish state criminals ? », *Human rights quarterly*, 1990, n° 12, pp.1 à 16.
 - « Punishing Human rights abuses in fledgling democracies : the case of Argentina », in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed.), *Impunity and human rights in international law and practice*, New-York-Oxford: Oxford University press, 1995, pp. 160 à 169.
- MARGUE Georges, « L'abus de droit et la loi luxembourgeoise », in Conseil de l'Europe (affaires juridiques), *L'abus de droit et les concepts équivalents : principes et applications actuelles*, actes du dix-neuvième colloque de droit européen au Luxembourg, 6-9 novembre 1989, Strasbourg : Conseil de l'Europe, 1990, pp. 53 à 57.
- MARTIN-BARO, « Reparations : attention must be paid », *Commonwealth*, March 23, 1990, pp. 184 à 186.
- MATHIEU Bertrand :
 - « Fragment d'un droit constitutionnel de l'amnistie », *L.P.A.*, 23 mars 1990, pp. 2 à 9.
 - « La Haute Cour de justice et la responsabilité pénale des ministres ou comment se servir d'un sabre de bois, à propos de l'arrêt du 4 avril 1990 de la commission d'instruction de la Haute Cour de justice », *RFDC* 1990, pp. 735 à 746.
 - avec Michel VERPEAUX, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle, janvier-juin 1999 », 20 septembre 1999, *L.P.A.*, n° 187, p. 8
- MAZEAUD Pierre, « Les interstices de la loi », in *Pouvoirs : L'argent des élections*, 1994, n° 70, pp. 95 à 102.
- MEDARD Jean-François, « Les paradoxes de la corruption institutionnalisée », in QUANTIN Patrick (sous la direction de), *Gouverner les sociétés africaines, acteurs et institutions*, Journées d'études organisées par le Centre d'Etude d'Afrique Noire, Sciences Po Bordeaux, 5-6 juin 2003, actes du colloque disponibles sur <http://cean.u-bordeaux.fr>, 9 p.
- MERA Jorge, « Chile: truth and justice under the democratic government », in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed), *Impunity and human rights in international law and practice*, New-York-Oxford: Oxford University press, 1995, pp. 171 à 184.
- MERON Theodor, « Coutume », in GUTMAN Roy, RIEFF David (Ed.), *Crimes de guerre : ce que nous devons savoir*, droit, éditions autrement, 2002, pp.138-139.

- MERLEY Nathalie, « Le chef de l'Etat et l'autorité judiciaire sous la Vème République », *R.D.P.*, 1997, pp. 700 à 739.
- MICHAELIDES-NOUAROS Georges, « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil, Rapport général », in *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, tome 28, Paris, 1977, pp. 5 à 23.
- MILLARD Eric, « épurations, amnistie, amnésie: un bref éclairage sur le droit », in *Epurations, amnistie, amnésie*, Toulouse : M.I.R.E.H.C., 1999, n° 3, 8 p.
- MILLION Charles, « Avant/après : ce qui a changé », *Pouvoirs : L'argent des élections*, 1994, n° 70, pp. 103 à 112.
- MODERNE Franck, « La résurgence des procédures de démocratie semi-directe dans les régimes présidentielistes d'Amérique latine », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, pp. 757 à 777.
- MOELLENDORF Darrel, « Amnesty, truth and justice : AZAPO », *SAJHR*, 1997, 13, pp. 283 à 291.
- MONGIN Ginette, « L'amnistie et son rôle dans la protection des droits de l'homme », *Revue de science criminelle et de droit comparé*, 1985, pp. 658 à 660.
- MORRIS Madeline H., « International guidelines against impunity: facilitating accountability », *Law and Contemporary problems*, 1996 b, vol. 59, n° 4, pp 27 à 40.
- MOTALA Ziyad:
 - « The promotion of national unity and reconciliation act, the constitution and international law », *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, november 1995, XXVIII(3), pp.338 à 362.
 - « The Constitutional Court's approach to international law and its method of interpretation international the « Amnesty decision »: Intellectual honesty or political expediency? », *South African Yearbook of International Law*, 1996, 21, pp.29 à 59.
- MOUREAU Léon, « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit public belge », in *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, tome 28, 1977, pp. 431 à 440.
- MOUZET Pierre, « Les manifestations contentieuses de l'« esprit » de la Constitution de 1958 », *RDP*, 2004, pp. 1243 et s.
- NEEL Lison, « La judiciarisation internationale des criminels de guerre : la solution aux violations graves du droit international humanitaire ? », *Criminologie*, Montréal, 2000, vol. 33, n° 2, pp. 151 à 181.
- NICOLAÏDIS Dimitri, « la nation, les crimes et la mémoire », in NICOLAÏDIS Dimitri (sous la direction de), *Oublier nos crimes, l'amnésie nationale : une spécificité française ?*, série mutations, éditions autrement, avril 1994, n° 144, pp 10 à 33.
- ODIO-BENITO Elizabeth, « Justice for peace : no to impunity », in Christopher C. Joyner (ed.), *Reigning in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights : proceedings of the Siracusa Conference*, Nouvelles études pénales, Eres, 1998, pp. 149 à 153.
- ORENTLICHER Diane F.:
 - « A reply to Professor Nino », *The Yale Law Journal*, vol. 100, pp. 2641-2643.

Bibliographie

- - « Génocide », in GUTMAN Roy, RIEFF David (Ed.), *Crimes de guerre, ce que nous devons savoir*, droit, éditions autrement, 2002, pp.198 à 202.
- PARKER Peter, « The politics of indemnities, truth telling and reconciliation in South Africa, ending apartheid without forgetting », *Human Rights Law Journal*, 30 April 1996, vol. 17, n° 1-2, pp.1 à 15.
- PARKS William H. Parks (Major), « Command responsibility for war crimes », *Military law review*, Fall 1973, vol. 62, pp. 101-104.
- PAYEN Pascal, « ostracisme, amnistie et amnésie : Athènes au cinquième siècle avant Jésus-Christ », in *Epurations, amnistie, amnésie*, Toulouse : M.I.R.E.H.C., 1999, n° 3, 12 p.
- PHILIPPE Xavier :
 - « Note sous décision 92-316 DC, du 20 janvier 1993 », *RFDC*, 1993, 14, p.386 à 390.
 - « La Cour constitutionnelle sud-africaine et le règlement des conflits politiques », *RFDC*, 1996, n° 27, pp. 461 à 491.
 - « Droit constitutionnel étranger, l'actualité constitutionnelle en Afrique du Sud », *RFDC*, 1996, n° 29, pp.163 à 173.
 - « Droit constitutionnel étranger, l'actualité constitutionnelle en Afrique du Sud », *RFDC*, 1997, n° 32, pp.827 à 837.
 - « La justice transitionnelle : les commissions vérité et réconciliation », *Recherche : amnistie, grâce, prescription en Europe*, UMR droit comparé, Mission « Droit et justice », 2005, à paraître.
- PIERRÉ-CAPS Stéphane, « L'« esprit » des Constitutions », *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, pp. 375 et s.
- POPKIN Margaret, « El Salvador : a negotiated end to impunity ? », in ROHT-ARRIAZA Naomi (editor), *Impunity and human rights in international law and practice*, New-York-Oxford: Oxford University press, 1995, pp. 198 à 217.
- PFERSMANN Otto, « De la justice constitutionnelle à la justice internationale : Hans Kelsen et la seconde guerre mondiale », *RFDC*, 1993, n° 16, pp. 761 à 789.
- PUJAS Véronique, « Carences et nouvelles dimensions de la responsabilité politique : éléments de politiques comparées », *Pouvoir, La responsabilité des gouvernants*, pp. 165 à 180.
- PY Bruno, « Amnistie : le choix dans les dates », *Chroniques, Droit pénal, Jurisclasseur*, avril 2002, pp. 4 à 7.
- QUATTROCCHI-WOISSON Diana, « Autour des années de plomb, histoire, mémoire et justice en Argentine », *Mémoires du vingtième siècle, Le Débat*, novembre-décembre 2002, n° 122, Gallimard, pp.78 à 88.
- QUINN Robert J., « Will the rule of Law end ? Challenging grants of amnesty for the human rights violations of a prior regime: Chile's new model », *Fordham Law review*, 1994, vol. 62, pp. 905 à 960.
- QUIVIGER Pierre-Yves, « Le statut pénal du président : de la commission Avril à la réforme constitutionnelle », *Commentaire*, automne 2003, n° 103, pp.649 à 656.

- RAPAPORT Elizabeth, « Retribution and redemption in the operation of executive clemency », *Chicago-Kent Law Review*, 2000, vol. 74, pp.1501 à 1535.
- RATNER Michael, « The Lord's decision in Pinochet III », in BRODY Reed, RATNER Michael (ed.), *The Pinochet papers*, Kluwer law international, 2000, pp. 24 à 33.
- RENAUDIE Virgile, « Les USA pays des droits de l'homme ? Un instrument universel de protection des droits de l'homme méconnu : le US Alien Claim Act », *Revue internationale de droit comparé*, 2004, n° 3.
- RENOUX Thierry, chronique de jurisprudence du Conseil constitutionnel ; « décision n° 89-265 du 9 janvier 1990 (loi portant amnistie d'infractions commises à l'occasion d'évènements survenus en Nouvelle-Calédonie) », *R.F.D.C.*, 1990, p.323.
- REKOSH Edwin, « Romania : a persistent culture of impunity », in ROHT-ARRIAZA Naomi (editor), *Impunity and human rights in international law and practice*, New-York-Oxford: Oxford University press, 1995, pp. 129 à 144.
- RIBES Didier, « Le juge constitutionnel peut-il se faire législateur ? A propos de la décision de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud du 2 décembre 1999 », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 9, disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.
- ROBERT Jacques, « Les grands criminels », *RDP*, 2003, n° 5, pp. 1211 à 1226.
- ROCHE-DAHAN Janick, « Commentaire de la loi n° 95-884 du 3 août 1995 portant amnistie », *Dalloz*, 1995, pp. 241 à 247.
- ROGOFF Martin A., « La conception américaine de la responsabilité politique », in SEGUR Philippe (sous la direction de), *gouvernants quelle responsabilité ?*, collection logiques juridiques, L'Harmattan, 2001, p.6
- ROHT-ARRIAZA Naomi:
 - « State responsibility to investigate and prosecute grave human rights violations in international law, *California law review*, 1990, vol. 78, pp. 449-513.
 - « Punishment, redress, and pardon: theoretical and psychological approaches », in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed), *Impunity and human rights in international law and practice*, New-York-Oxford: Oxford University press, 1995, pp. 13 à 23.
 - « Sources in international treaties of an obligation to investigate, prosecute, and provide redress », in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed), *Impunity and human rights in international law and practice*, New-York-Oxford: Oxford University press, 1995, pp. 25 à 39.
 - « Nontreaty sources of the obligation to investigate and prosecute », in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed), *Impunity and human rights in international law and practice*, New-York-Oxford: Oxford University press, 1995, pp. 39 à 56.
 - « Special problems of a duty to prosecute : derogation, amnesties, statutes of limitation, and superior orders », in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed), *Impunity and human rights in international law and practice*, New-York-Oxford: Oxford University press, 1995, pp. 57 à 70.
- ROTH Robert, « Droit pénal transnational : un droit pénal sans Etat et sans territoire ? », in HENZELIN Marc et ROHT Robert (ed.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, LGDJ, 2002, pp.131 à 144.
- ROULOT Jean François :

Bibliographie

- « L'exercice par une juridiction française de la compétence universelle emporte la compétence de la loi française, même en présence d'une loi étrangère portant amnistie », *JCP, La Semaine Juridique*, Edition Générale, 14 mai 2003, n° 20, pp. 894 à 897.
- ROULOT Jean-François, « Un Etat peut-il amnistier des actes constitutifs de crimes internationaux ? », note sous cass. crim., 30 mai 2000, *JCP, Semaine juridique*, 04 juillet 2001, n° 27, pp 1328 à 1330.
- ROUQUIER Alain, « dictatures et légitimité dans les Etats de l'Amérique contemporaine », in M. DUVERGER (sous la direction de), *Dictatures et légitimité*, P.U.F., 1982, pp.405 à 407.
- ROUX André, « Chronique de jurisprudence du Conseil constitutionnel, l'amnistie », *RFDC*, 1990, pp. 337-338.
- ROZELL Mark J.:
 - « The presidential pardon power: a bibliographic essay », *Journal of Law and Politics*, New York University, winter 1989, vol 5, n° 2, pp.459 à 467
 - « President Ford's pardon of Richard M. Nixon: constitutional and political considerations », *Presidential Studies Quarterly*, winter 1994, vol. 24, n° 1, pp.121 à 137.
- RUCKMAN P.S. Jr, KINCAID David, « The Forgotten Side of Lincoln's Clemency Policy », *Illinois Political Science Review*, 1, pp. 28 à 32.
- RUDOLF Beate, « Considérations constitutionnelles à propos de l'établissement d'une justice pénale internationale », *RFDC*, octobre 1999, pp. 451 à 482.
- SALON Serge, SAVIGNAC Jean-Charles, « chronique générale de législation, amnistie disciplinaire, loi n° 88-828 du 20 juillet 1988 portant amnistie (J.O. 21 juillet 1988, p. 9429) », *AJDA*, 20 octobre 1988, pp.595 à 597.
- SARKIN Jeremy, « The trials and tribulations of South Africa's Truth and Reconciliation Commission, *SAJHR*, 1996, 12, pp.617 à 640.
- SCHARF Michael P.:
 - « The Letter of the law : the scope of the international legal obligation to prosecute human rights crimes », *Law and contemporary problems*, 1996, vol. 59, pp. 42 à 61.
 - « Swapping amnesty for peace: was there a duty to prosecute international crimes in Haiti ? », *Texas international law journal*, winter 1996, vol. 31, n° 1, pp.1 à 41.
 - « The amnesty exception to the jurisdiction of the international criminal Court », *Cornell international law journal*, 1999, vol. 32, pp. 507 à 527.
- SMITH Kathleen E.:
 - « Decommunization after the « Velvet Revolutions » in East Central Europe », in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed.), *Impunity and human rights in international law and practice*, New-York-Oxford: Oxford University press, 1995, pp. 82 à 98.
 - « Destalinization in the former Soviet Union », in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed), *Impunity and human rights in international law and practice*, New-York-Oxford: Oxford University press, 1995, pp. 113 à 128.

- SPIELMAN Alphonse, SPIELMAN Dean, « La notion de l'abus de droit à la lumière de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », in Conseil de l'Europe (affaires juridiques), *L'abus de droit et les concepts équivalents : principes et applications actuelles*, actes du dix-neuvième colloque de droit européen au Luxembourg, 6-9 novembre 1989, Strasbourg : Conseil de l'Europe, 1990, pp. 58 à 77.
- STAHN Carsten, « United Nations peace-building, amnesties and alternative forms of justice: A change in practice? », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, mars 2002, vol. 84, n° 845, pp 191 à 205.
- STERN Brigitte, « Better interpretation and enforcement of universal jurisdiction », in Christopher C. Joyner (ed.), *Reigning in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights : proceedings of the Siracusa Conference*, Nouvelles études pénales, Eres, 1998, pp.175 à 188.
- STOTZKY Irwin P., « Haiti: searching for alternatives », in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed.), *Impunity and human rights in international law and practice*, New-York-Oxford: Oxford University press, 1995, pp. 185 à 198.
- SOULEZ-LARIVIERE Daniel, « Le juge et le politique, un opéra sans fin ? », *Commentaire*, printemps 1994, n° 65, pp. 5 à 13.
- SUEUR Jean-Jacques, « Responsabilité, droit et politique : une entrée en matière », in SUEUR Jean-Jacques (sous la direction de), *Juger les politiques, nouvelles réflexions sur la responsabilité des dirigeants publics*, L'Harmattan, février 2001, pp.11 à 26.
- SULZER Jeanne, « Juridictions internationales. La Cour pénale internationale. Troisième session de la commission préparatoire pour la CPI : un bilan en demi-teinte », *La nouvelle lettre de la FIDH*, du 14 février 2000, n° 32, pp. 4 à 6.
- TEITEL Ruti, « Paradoxes in the revolution of the rule of law », judiciary panel, *Yale Journal of international law*, 1994, n° 19, pp. 239 à 247.
- TIBERGHIEEN Frédéric, « Quel avenir pour la justice pénale internationale ? », *Politique internationale*, hiver 2001-2002, n° 94.
- TIGROUDJA Hélène, « La peine en droit international pénal », *L'ASTREE, Revue de droit pénal et des droits de l'homme*, hiver 2001, n° 16, numéro thématique : la peine.
- TRUCHE Pierre :
 - « Genèse du crime contre l'humanité », in Musée-mémorial des enfants d'Izieu, *Le crime contre l'humanité : origine, état et avenir du droit*, actes du séminaire tenu à Izieu et à l'Ecole Normale Supérieure de Lyon, Editions Comp'act, 19 et 20 octobre 1996, pp.19 à 31.
 - « L'évolution de la notion de crime contre l'humanité », in DUMONT Jean-Noël, TRUCHE Pierre (sous la direction de), *Histoire et Justice, Peut-on juger l'histoire ?*, acte du colloque interdisciplinaire du 16-17 novembre 2001, Le collège supérieur, Lyon, octobre 2002, p. 82.
- VERDIRAME Guglielmo, « Immunity vs. impunity? The House of Lords and the Pinochet case », chronique, *L'ASTREE, Revue de droit pénal et des droits de l'homme*, n° 8, numéro thématique : Les crimes contre l'humanité.

Bibliographie

- VERDURA-RECHENMAN Daniela, « L'Italie : de l'Etat des partis à la République des juges », *Revue juridique des barreaux*, 01 février 1999, n° 55, pp.189 à 209.
- VÉRON Michel, « Commandement de l'autorité légitime : l'affaire des paillotes », *Droit pénal, Jurisclasseur*, janvier 2005, p. 15.
- VIALA Alexandre, « L'interprétation du juge dans la hiérarchie des normes et des organes », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, second semestre 1998, n° 6, disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/>, 8 p.
- VICKERY Michael, « Human rights in Cambodia » in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed.), *Impunity and human rights in international law and practice*, New-York-Oxford: Oxford University press, 1995, pp. 243 à 251.
- VITU André :
 - *L'application de la loi du 20 juillet 1988 portant amnistie*, Chronique de jurisprudence, *Revue de science criminelle et de droit comparé*, janvier-mars 1991, p. 69.
 - *L'amnistie par mesure individuelle et les pouvoirs du président de la République*, Chronique de jurisprudence, *Revue de science criminelle et de droit comparé*, janvier-mars 1991, p. 69.
- VIVIANO Michel, « Le juge pénal et les fraudes durant les campagnes électorales », *Revue de science criminelle et de droit comparé*, janvier-mars 1999, pp. 69 à 76.
- WALTHER Suzanne, « Problems in blaming and Punishing Individuals for human rights violations : the example of the Berlin Wall shootings » in ROHT-ARRIAZA Naomi (ed.), *Impunity and human rights in international law and practice*, New-York-Oxford: Oxford University press, 1995, pp. 99 à 112.
- WECKEL Philippe, « La Cour pénale internationale, Présentation générale, Notes d'actualité, *RGDIP*, 1998, n° 4, pp. 983 à 991.
- WEYEMBERGH Anne, « Sur l'ordonnance du juge d'instruction Vandemeersch rendue dans l'affaire Pinochet », *RBDI*, 1999, n° 1, p. 178.
- WIECHERS Marinus, « Les progrès de l'Afrique du Sud vers la démocratie », in CONAC Gérard, DREYFUS François, MONTEIRO José Oscar (sous la direction de), *L'Afrique du Sud en transition, Réconciliation et coopération en Afrique Australe*, collection : La vie du droit en Afrique, Université Paris I (Panthéon-Sorbonne), Economica, 1995, pp.68 à 71.
- WILSON James, « Executive department, Lectures on law », in GREEN McCLOSKEY Robert, *The Works of James Wilson*, work 2, Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, pp.442 à 444.
- WILSON Richard J., « Prosecuting Pinochet: international crimes in Spanish domestic law », *Human Rights Quarterly*, Baltimore, 1999, 21, pp. 927-979.
- ZALAQUETT José, « Balancing ethical imperatives and political constraints : the dilemma of new democracies confronting past human rights violations », The Mathew O. Tobriner memorial lecture, *Hastings Law Journal*, 1992, vol. 43, pp. 1424 à 1438.
- ZALAQUETT José, « Confronting human rights violations committed by former governments: principles applicable and political constraints », in KRITZ Neil J. editor, *Transitional justice, How emerging democracies reckon with former regimes*, Foreword by

Nelson Mandela, vol. I, Washington D.C., United States institutes of Peace Press, 1995, pp. 3 à 31.

- ZIMMETT Mark P., « The law of pardon », *Annual survey of American law*, 1974-1975, pp. 179 à 192.
- ZOLLER Elisabeth, « L'impeachment aux Etats-Unis », in CHAGNOLLAUD Dominique (sous la direction de), *Responsabilité pénale et vie publique en France et à l'étranger*, ouvrage issu d'un colloque organisé par le Centre d'études constitutionnelles et politiques (CECP) de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), le 1^{er} octobre 1999, éditions Panthéon-Assas, 2002, L.G.D.J., pp. 25 à 34.

Contributions dans des revues ou autres supports électroniques

- *Quarante ans après, l'exigence de justice*, dossiers du XXI^{ème} siècle, la torture, guerre d'Algérie, 1954-1962, Droitshumains.org, 2 p.
- BOAZ David, « Pardon abuse : déjà vu », Cato institute, Etats-Unis, <http://www.cato.org/dailys/03-07-01.html>, 2 p.
- BLONDET Clémentine, « Boris Eltsine, « Faim de règne », Regards sur l'Est, numéro 20, mars-avril 2000, disponible sur http://www.russie.net/russie/eltsine_demission.htm, 3 p.
- BREYER Stephen (Juge à la Cour suprême), « L'indépendance du pouvoir judiciaire », in Indépendance du judiciaire, *Démocratie et droits de l'homme*, Washington : Revue électronique de l'agence d'information des Etats-Unis, décembre 1996, vol. 1, n° 18, <http://usinfo.state.gov/journals/>, 5 p.
- CRAWFORD James, BODEAU Pierre, « La seconde lecture du projet d'articles sur la responsabilité des Etats : un rapport d'étape », *Actualité et droit international*, janvier 1999, <http://www.ridi.org/adi>.
- DEAN MOORE Kathleen, « Mr president , misusing this power is unpardonable », <http://jurist.law.pitt.edu/moore1.htm>, 4 p.
- FARAVEL-GARRIGUES Gilles, « Priorités et limites de la politique pénitentiaire en Russie », juillet 2002, Paris, annexes, tableau n° 2, <http://www.ceri-sciences-po.org/publica/critique/criti.htm>.
- GORIN Stuart, « Aperçu de l'appareil judiciaire des Etats-Unis », *Démocratie et droits de l'homme : le respect de la loi et le maintien de l'ordre en régime démocratique*, Revue électronique de l'agence d'information des Etats-Unis, Washington, novembre 1997, vol. 2, n° 4, <http://usinfo.state.gov/journals/>, 3 p.
- GORIN Stuart, « Backgrounder: Presidential Pardons and Constitutional Authority (Executive power given power exclusively) », 1020, 02 mars 2001, <http://www.usemb.gov.do./IRC/pardons.htm>, 3 p.
- GRELLIER Arnaud, « La guerre d'Algérie sur le front juridique », *Diplomatie Judiciaire*, 24 décembre 2001, <http://www.diplomatiejudiciaire.com/France/Aussaresses6.htm>, 3 p.
- HAWTHORNE Peter, « Questionable amnesties, South Africa's T.R.C. hearings leave lawyers, victims' families and the country in doubt about its fairness », Monday, Mar.15, 1999, <http://time.com/time/magazine/intl/article/0,9171,1107990315-21959,00.html>
- JACOBS James, « L'évolution du droit pénal aux Etats-Unis », in La justice pénale aux Etats-Unis, *Démocratie et droits de l'homme*, Revue électronique de l'agence d'information des Etats-Unis, Washington, juillet 2001, vol. 6, n° 1, <http://usinfo.state.gov/journals/>, 9 p.

Bibliographie

- KALT Brian, « «*And stay out!*» The constitutional case for post-presidential impeachment », <http://jurist.law.pitt.edu/pardonop3.htm>
- KRITZ Neil J., « De l'importance des tribunaux pénaux internationaux », in *Démocraties et droits de l'homme*, Revue électronique de l'agence d'information des Etats-Unis, Washington, mai 1996, vol. 1, n° 3, <http://usinfo.state.gov./journals/>, 8 p.
- RENAUDIE Virgile, « Quelques réflexions suite à la lecture de l'arrêt de la CIJ du 14 février 2002 », <http://www.rajf.org>.
- ROSS William G., « Question a president's pardons, but not the pardon power », <http://jurist.law.pitt.edu/forumnew16.htm>, 5 p.
- RUCKMAN P.S. Jr:
 - « Federal executive clemency in United States, 1789-1995: A preliminary report », 1995 annual meeting of the southern political science association, Tampa, FL, November 1-4, 1995, <http://ednet.rvc.cc.il.us>, 12 p.
 - « Federal executive clemency in United States, 1934-1994: an empirical analysis », 1996 annual meeting of the southern political science association, Atlanta, GA, <http://ednet.rvc.cc.il.us>, 8 p.
 - with David KINCAID, « Inside Lincoln's clemency decision Making », 1997 annual meeting of the illinois political science association, 1997, <http://ednet.rvc.cc.il.us>, 12 p.
 - « Keys to clemency reform: knowledge, transparency », <http://jurist.law.pitt.edu/pardonop5.htm>, 3 p.
- SEGIO Sergio, « L'elemosina dell'« indultino » », *fuoriluogo*, Dicembre 2002, <http://www.fuoriluogo.it>, 2 p.
- SPENCER Michael T., « United States-Haitian relations: imperialistic or diplomatic? », in *TransAfrica Forum, Intern*, Winter 2002/2003, Washington D.C., <http://www.transafricaforum.org>, 10 p.
- SPERRY Paul, « Cash for clemency?, Roger's pardon, a first-family first, Scholar: « An outrageous act that set back government ethics by decades » », Washington, 2001, disponible sur <http://www.worlnetdaily.com>, 3 p.
- SUTIN Anthony L., « If only you had asked: trust the pardon review process, commentary », <http://jurist.law.pitt.edu/pardonop6.htm>, 3 p.
- WILLIAMS Victor, « Pardongate: another impeachment after the investigations conclude ? », tuesday, Feb. 27, 2001, disponible sur: http://writ.news.findlaw.com/commentary/20010227_williams.html, 3 p.
- WIRT William, « Pardons », opinions of the Attorney General, 30 mars 1820, p. 341, in *the founders' Constitution, Volume 4 article 2, section 2, Clause 1, document 26, The University of Chicago Press*, édition 2000, <http://press-pubs.uchicago.edu/founders>.

Interventions orales, discours politiques

- CUELLAR Benjamin, « Amnésie ou amnisties ? », intervention lors du XIIIème congrès de la Fédération latino-américaine d'associations de parents de détenus et disparus, d'après Proceso n° 687 et 688, des 22 et 29 novembre 1995, traduit de l'espagnol par Sylvie Laporte, San Salvador, 1995, 5 p.

- « Déclaration intégrale de la démission du président Russe Boris Eltsine adressée à la nation à l'occasion du Nouvel an 2000 », http://www.russie.net/russie/eltsine_demission.htm
- FRANK Barney, « Presidential pardon power », hearing before the subcommittee on the Constitution of the Committee on the judiciary House of representatives , One hundred seventh Congress, First session, February 28, 2001, op. cit. pp. 10 à 15
- JORDA Claude, président du tribunal Pénal pour l'ex-Yougoslavie, « Le tribunal Pénal International et la commission vérité et réconciliation en Bosnie-Herzégovine », allocution prononcée le 12 mai 2001 à Sarajevo, Communiqués du président, T.P.I., La Haye, 17 mai 2001, CC/S.I.P./591-f, 4 p.
- KLAAREN Jonathan, « Domestic Amnesty and International Jurisdiction », Discussion paper for presentation at the ISRCL conference, School of Law, University of the Witwatersrand, South Africa, 15 November 2000, 7 p.
- MKHIZE Hlengwiwe, présidente du Comité de réparation et de réhabilitation de la Truth and Reconciliation Commission (TRC) en Afrique du Sud, intervention lors du séminaire co-organisé par GSSA à Trogen de 1997, *Une Suisse sans Armée*, printemps 1998, pp.18-19, Genève.
- MOMTAZ Djamchid, « La validité des lois d'amnistie inconditionnelles en droit international », séminaire, 6 et 8 décembre 2004, Université Paris I.
- SOTTAS Eric, Directeur de l'organisation Mondiale contre la Torture, Genève, « Efforts internationaux de coordination contre l'impunité », Public Hearing Committee on Foreign Affairs, Security and Defense Policy , Subcommittee on Human Rights, Brussels, 30 and 31 October 1996, http://www.europarl.eu.international/hearings/impunity/efforts_en.htm

Tables rondes

- *Jurist presidential pardons roundtable*, February 28, 2001 to March 11, 2001, disponible sur <http://jurist.law.pitt.edu.htm>, 30 p.
- *Table ronde du 21 janvier 2005 à l'UMR de droit comparé de Paris sur la prescription, la grâce et l'amnistie*, Recherche : amnistie, grâce, prescription en Europe, UMR droit comparé, Mission « Droit et justice », 2005, à paraître.

IV. RAPPORTS

Rapports devant une commission parlementaire

- BADINTER ROBERT, *Projet de loi constitutionnelle relatif à la Cour pénale internationale*, n° 318, commission des lois, Sénat, 1998-1999.
- DULAIT André, au nom de la commission des affaires étrangères de la défense et des forces armées, *la Cour pénale internationale : quel nouvel équilibre entre souveraineté, sécurité et justice pénale internationale ?*, n° 313, Sénat, 1998-1999.
- LANIER Lucien, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence portant amnistie*, n° 358, Sénat, session extraordinaire de 2001-2002, 101 p.

Rapports de commissions vérité et réconciliation

Bibliographie

- « *Nunca más* – Report of the Argentine Commission on the disappeared », September 1984, (Excerpts), in KRITZ Neil J. editor, *Transitional justice, How emerging democracies reckon with former regimes*, Foreword by Nelson Mandela, Volume III, Laws, rulings, and reports, Washington D.C., United States institutes of Peace Press, 1995, pp. 3 à 47.
- *Rapport de la commission vérité et réconciliation du Chili (commission Rettig)*, disponible en espagnol sur : <http://www.derechoschile.com>; en anglais in MERA Jorge, « Chile: truth and justice under the democratic government », *op. cit.*, pp. 174-175.
- *Rapport de la commission nationale de vérité et de justice de la République d'Haïti*, 8 chapitres, disponible sur <http://www.haiti.org/truth>.

Rapports présentés à l'Assemblée de l'Union de l'Europe occidentale

- *La situation dans l'ancienne république de Macédoine (ARYM)- développements récents*, rapport présenté au nom de la commission de la défense par M. Goris, rapporteur, recommandation n° 705, Assemblée de l'Union de l'Europe occidentale, Assemblée européenne intérimaire de la sécurité et de la défense, quarante-septième session, document A/1768, 6 décembre 2001.

Rapports présentés à l'Assemblée générale de l'ONU

- « Report of the Secretary-General on Khmer Rouge trials », *United Nations General Assembly*, fifty-seventh session, agenda item 109 b, disponible sur <http://www.un.dk/document/A.57.769.pdf> (anglais).

Rapports présentés à la commission des droits de l'homme du Conseil Economique et Social de l'ONU

- Rapport final du Groupe spécial d'experts sur l'Afrique australe établi conformément aux résolutions 1991/21 et 1992/19 de la commission des droits de l'homme et à la décision 1991/237 du Conseil économique et social, commission des droits de l'homme, 49^e session, Point 5 de l'ordre du jour provisoire, E/CN.4/1993/14, 8 janvier 1993. p. 517.
- BASSIOUNI Cherif, *Le droit à la restitution, indemnisation et réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Droits civils et politiques et notamment : indépendance du pouvoir judiciaire, administration de la justice, impunité*, Rapport final du rapporteur spécial, M. Cherif Bassiouni, présenté en application de la résolution 1999/33 de la commission, commission des droits de l'homme, cinquante-sixième session, Point 11 d) de l'ordre du jour provisoire, Conseil économique et Social, Distr. Générale, E/CN.4/2000/62, 18 janvier 2000.
- GUISSSE El Hadji :
 - *Rapport intérimaire sur la lutte contre l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (droits économiques, sociaux et culturels)*, établi par M. El Hadji Guissé, rapporteur spécial, en application de la résolution 1994/34 de la sous-commission, la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels, commission des droits de l'homme, sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des

minorités¹⁹⁵², quarante-septième session, Point 10 de l'ordre du jour provisoire, Distr. générale, E/CN.4/Sub.2/1997/8, 27 juin 1995.

- *Rapport final sur la question des l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (droits économiques, sociaux et culturels)*, établi par M. El Hadji Guissé, rapporteur spécial, en application de la résolution 1996/24 de la sous-commission, la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels, commission des droits de l'homme, sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, quarante-neuvième session, Point 4 de l'ordre du jour provisoire, Distr. générale, E/CN.4/Sub.2/1997/8, 27 juin 1997.

- avec Louis JOINET : *La question des droits de l'homme dans le cas de personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, rapport préliminaire sur la lutte contre l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (droits économiques, sociaux et culturels)*, E/CN.4/Sub.2/1994/11, 22 juin 1994.

▪ JOINET Louis :

- *Rapport auprès de la sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités sur la question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques)*, E/CN.4/Sub.2/1985/16, 1985.

- *L'administration de la justice et les droits de l'homme des détenus, rapport intérimaire sur la question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques)*, rapport final établi par M. Louis Joinet, en application de la décision 1994/34 de la sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, E/CN.4/Sub.2/1995/18, 28 juin 1995.

- *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 établi par M. Louis Joinet, en application de la décision 1995/35 de la sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, E/CN.4/Sub.2/1996/18, 20 juin 1996.

- *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 établi par M. Louis Joinet, en application de la décision 1996/119 de la sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, E/CN.4/Sub.2/1997/20, 26 juin 1997.

▪ NOWAK Manfred, *Droits civils et politiques, notamment la question des disparitions et exécutions sommaires*, rapport présenté devant la commission des droits de l'homme, cinquante-huitième session, point 11 de l'ordre du jour provisoire, 8 janvier 2002.

▪ TULLIO BRUNI CELLI Marco, *Rapport sur la situation des droits de l'homme en Haïti*, rapport présenté devant la commission des droits de l'homme, quarante-neuvième session, Point 12 de l'ordre du jour, E/CN.4/1993/47, 9 février 1993.

Rapports de la commission interaméricaine des droits de l'homme

¹⁹⁵² Cet organe de la commission des droits de l'homme a été rebaptisé « sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme », depuis 1999.

Bibliographie

- *Annual report of the Inter-American Commission on human rights, 1987-1988, Chapter IV: El Salvador*, Organisation of American States, OEA/ Ser. L/V/II 74, doc. 10 rev. 1, 16 september 1988, original: Spanish, disponible sur: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/87.88eng/chap4a.htm>

Rapports de la Cour interaméricaine des droits de l'homme

- « Inter-American Court's advisory Opinion on the Word «Laws » in Article 30 of the American Convention on Human Rights », Adv. Op. OC-6/86, *1986 Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights*, OEA, p. 22

Rapports d'ONG

- AMERICAS WATCH, « challenging impunity : the ley de caducidad and the referendum campaign in Uruguay », *Americas Watch Committee*, 1989, pp.11 à 21. (version allégée disponible dans Kritz II, p. 385.
- FIDH, « 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.
- HUMAN RIGHTS WATCH, « Argentina, Reluctant partner, Impunity under international law », 12 décembre 2001.

V. ARTICLES DE PRESSE, DOCUMENTS AUDIOVISUELS, ENTRETIENS

Articles de presse

Presse africaine

- Guinée-Bissau : « le projet d'amnistie est jugé inconstitutionnel », *Bulletin d'information pour l'Afrique de l'Ouest* n° 128, <http://www.reliefweb.international/w/rwb.nsf>

Presse argentine

- TAGLIAFERRO Eduardo, YAPUR Felipe, « El Senado destituyo a Moline O'Connor como Juez de la Suprema Corte : Su señoría ya se dedica full time al tenis », *El Pais*, 04 de Diciembre de 2003, disponible sur : <http://www.pagina12web.com.ar>
- « La relación Kirchner-Scioli », *La Nacion*, Jueves 21 de Agosto de 2003, p.20.

Presse américaine

- BURNS John F., « Hussein's Murderous » Legacy, *The New York Times*, sélection hebdomadaire effectuée par *Le Monde*, February 2-3.
- EVIATAR Daphné, « World Courts without borders », *The New York Times*, sélection hebdomadaire effectuée par *Le Monde*, February 2-3.
- FERRARA Peter, « Could president pardon himself? », *The Washington Times*, October 22, 1996, section A, p. 14. (avec une illustration de Ramirez : « Excuse me... / No. Pardon me... »)
- JOHNSON David, « Bush Pardons in Iran Affair Averting a Weinberger trial ; Prosecutor Assails « Cover ups », *The New York Times*, 24 December 1992, sec. A, 22, (L+);
- HOFHEINZ Paul, « Ruling supports diplomatic immunity », *The Wall Street journal*, Friday, February 15, 2002, A 15.
- JACOBY Jeff, « Pardon Clinton? », *Globe Columnist, The Boston Globe*, January 15, 2001.

- MYDANS Seth, « Flawed Khmer Rouge Trial May Be Better Than None », *The New York Times*, sélection hebdomadaire effectuée par *Le Monde*, 20-21 avril 2003, n° 18114, p.1
- NORRIS Robert, « Pretrial pardon raises thorny issues », *The Dallas Morning News*, Jan. 2, 1993, section A, p.29.

Presse d'Europe centrale

- KLARIN Mirko, TPI : L'étrange « amnistie » américaine, *Le Courrier des Balkans*, publié dans la presse le 24 janvier 2003, mis en ligne le 2 février 2003, traduit par Pierre Derens, <http://www.balkans.eu.org>
- SALIHU Salajdin, « Macédoine : l'amnistie ne fonctionne pas », *Le Courrier des Balkans*, 6 février 2002, traduit par Pierre Dérens, <http://www.balkans.eu.org>

Presse française

- ALOISE Salvatore :
 - « Silvio Berlusconi autorise le retour en Italie de capitaux exportés illégalement », *Le Monde*, 28 avril 2001.
 - « Dix ans après l'opération « Mains Propres », Les juges italiens sont toujours en conflit avec le pouvoir », *Le Monde*, 10-11 février 2002.
 - « Un proche de M. Berlusconi condamné à onze ans de prison pour corruption de magistrat », *Le Monde*, 2 mai 2003.
 - « Conflits d'intérêts, lois sur mesure, accusations de corruption... les zones d'ombre du président du Conseil », *Le Monde*, 25-26 mai 2003.
- AVRIL Pierre, « Destituer plutôt que juger », *Le Monde*, 22 juillet 2003, analyses et débats.
- BADINTER Robert, « Un mauvais coup institutionnel », *Aujourd'hui en France*, n° 629, 25 juin 2003.
- BOLE-RICHARD Michel, « Silvio Berlusconi condamné par le tribunal de Milan ... et amnistié », *Le Monde*, 5 décembre 1997.
- BORNEDAVE Yves, « La « semaine ordinaire » du président de l'UMP et maire de Bordeaux », *Le Monde*, 7 octobre 2003.
- BOUGAREL Xavier, « Du bon usage du tribunal pénal international, ce que révèle le procès Milosevic », *Le Monde diplomatique*, avril 2002.
- BOZONNET Jean-Jacques, « L'ex-juge Di Pietro dépose une pétition pour abroger la loi « sauve-Berlusconi » en Italie », *Le Monde*, 27 septembre 2003.
- BRITAIN Victoria, « Vérité et réconciliation en Afrique du Sud », *Le Monde diplomatique*, décembre 1998.
- CHAGNOLLAUD Dominique, « Un dangereux empêchement : l'article 68 de la Constitution qui instituerait l'immunité du président tend à rapprocher le régime français du présidentielisme sud-américain », *Libération*, 15 juillet 2003.
- COMMENT Bernard, « L'Italie de tous les dangers », *Le Monde*, mars 2002.
- CORON Edith, « Argentine : dans un entretien au « Monde » le président Menem confie son désir de « clore un triste chapitre » de l'histoire de son pays au nom de la « pacification nationale » », *Le Monde*, 7 juillet 1990.
- DERIVERY Catherine, « Argentine : la politique du « point final » seuls les dossiers les plus graves de la répression seront examinés par les tribunaux », *Le Monde*, 6 février 1987.

Bibliographie

- DUPARC Agathe, « Boris Berezovski a annoncé qu'il renonçait à son mandat de député de la Douma », *Le Monde*, 19 juillet 2000.
- ELTSINE Boris, « Je veux vous demander pardon » (extraits de l'allocution de Boris Eltsine le vendredi 31 décembre 1999 sur la chaîne de télévision ORT), Verbatim, *Le Monde*, 2-3 janvier 2000.
- ETCHEGOYEN Alain, « Le courage de l'amnistie », *Le Monde*, 03 octobre 2000.
- FAURE Michel, « Pinochet : l'heure des comptes », *l'Express*, 8 février 2001.
- GATTEGNO Hervé :
 - « Députés et sénateurs ont supprimé la sanction d'inéligibilité pour les élus « comptables de fait » », *Le Monde*, 17 novembre 2001.
 - « Le débat sur le financement des partis reste discrètement ouvert », *Le Monde*, 7 octobre 2003.
- GREILSAMER Laurent, « René Bousquet ou la justice lente. Au sommet de l'Etat, on ne semble pas pressé de juger l'ancien Secrétaire général de la police de Vichy. Pourquoi ? », *Le Monde*, 26 septembre 1990.
- GUIBERT Nathalie, « Financement des partis : des lois sans cesse critiquées par les élus », *Le Monde*, 5 février 2004.
- HUERTAS Francis, « L'Argentine veut en finir avec l'impunité, les lois d'amnistie des tortionnaires sont déclarées inconstitutionnelles », *Libération*, 17-18 novembre 2001.
- LEGRAND Christine :
 - « L'Argentine de Nestor Kirchner revient sur un passé d'impunité », *Le Monde*, 15 août 2003.
 - « La Cour suprême du Chili lève l'immunité d'Augusto Pinochet », *Le Monde*, 28 août 2004.
- LHOMME Fabrice, « Nommé ministre de l'Angola à l'Unesco, Pierre Falcone obtient une immunité qui lui permet de quitter la France », *Le Monde*, 21 Septembre 2003
- MALER Henri, « Etat d'exception permanent en Europe, « la révolution et l'Etat », de Paolo Persichetti et Oreste Scalzone », *Le Monde diplomatique*, octobre 2002.
- MAUPAS, Stéphanie, « La Cour d'appel du TPIY libère le général croate Tihomir Blaskic », *Le monde*, 31 juillet 2004.
- NOUGAYREDE Natalie, « L'affaire Ioukos provoque une onde de choc au Kremlin », *Le Monde*, 31 octobre 2003.
- PADOVANI Marcelle, « La Bravoure d'Ilda la Rouge, cette magistrate seule contre Berlusconi », *Le Nouvel Observateur*, semaine du 12 au 18 décembre 2002, rubrique : notre époque.
- PEREZ ESQUIVEL Adolfo, « Des bourreaux et de leur impunité », *Le Monde diplomatique*, janvier 1997.
- POMPEY Fabienne, « Le gouvernement sud-africain tente de dissuader les victimes de l'apartheid d'attaquer des multinationales devant la justice américaine », *Le Monde*, 29 août 2003.

- ROBERT-DIARD Pascale, « Trois affaires de financement politique déjà jugées », *Le Monde*, 7 octobre 2003.
- ROUARD Danielle :
 - « En Italie, des magistrats sur le pied de guerre et des détenus en grève », *Le Monde*, 21 janvier 2003.
 - « Mis en cause pour « corruption » dans le procès SME, Silvio Berlusconi dénonce les juges « factieux » », *Le Monde*, 4 mai 2003.
 - « La Cour de cassation italienne refuse de transférer le procès de Silvio Berlusconi, *Le Monde*, 30 mai 2003.
 - « M. Berlusconi, la justice et l'Europe », *Le Monde*, 24 mai 2003.
 - « Cerné par les juges, Silvio Berlusconi recherche une immunité », *Le Monde*, 25-26 mai 2003.
- ROUSSEAU Dominique, « Une fiction : l'amendement Jurac », *Le Monde*, 10 juillet 2002
- SMITH Stephen, « Winnie Mandela est jugée coupable de fraude et de vol », *Le Monde*, 26 avril 2003.
- STROOBANTS Jean-Pierre :
 - « Le Sénat belge adopte deux textes pour préciser la « compétence universelle » », *Le Monde*, 1^{er} février 2003.
 - « Bruxelles réduit la « compétence universelle » de sa justice, Washington et Jérusalem ont multiplié les pressions pour limiter la portée de la loi belge », *Le Monde*, 9 avril 2003.
 - « Compétence universelle : l'occasion gâchée », *Le Monde*, 26 avril 2003.
 - « En Europe, les chefs d'Etat et de gouvernement sont protégés de manière très variable », *Le Monde*, 15 janvier 2004.
- TREAN Claire :
 - « Un officier mauritanien est jugé en France pour tortures et actes de barbarie ; première application de la « compétence universelle » », *Le Monde*, 1er juillet 2005.
 - « Un officier congolais objet d'une plainte pour torture en France », *Le Monde*, 21 juin 2002.
 - « Une plainte en justice internationale ne pourrait pas aboutir », *Le Monde*, 25 juillet 2002.
 - « Le Parlement belge abroge la loi de « compétence universelle » », *Le Monde*, 3-4 août 2002.
- WHITAKER Chico, « Echec à la corruption au Brésil », *Le Monde diplomatique*, septembre 2000.
- Par le Correspondant du *Monde* à Moscou :
 - « L'amnistie des putschistes par la Douma est un défi à Boris Eltsine », *Le Monde*, 25 février 1994.
 - « Flottements en Russie : Boris Eltsine cherche une parade après la libération de ses principaux opposants », *Le Monde*, 1^{er} mars 1994.
 - « Boris Berezovski entre à la Douma », *Le Monde*, 21 décembre 1999.
 - « Une immunité judiciaire à vie », *Le Monde*, 2-3 janvier 2000.
 - « Turquie : proposition d'amnistie pour le PKK », *Le Monde*, 29-30 juin 2003.

Presse italienne

Bibliographie

- PANEBIANCO Angelo, « La Repubblica dei paladini, I rischi di una guerra istituzionale », *Commenti*, 30 janvier 2003.

Communiqués de presse, dépêches

Communiqués de presse AFP

- *Andrei Sakarov s'inquiète du sort de prisonniers non libérés*, AFP, 24 février 1987.
- *Le Parlement italien met fin à l'exil de la famille royale*, AFP, 13 juillet 2002.
- *Argentine : les lois d'amnistie inconstitutionnelles*, AFP, 10 novembre 2001.

Communiqués de presse d'Amnesty international

- *Fédération de Russie : la nouvelle loi d'amnistie n'est qu'un palliatif*, 1999, Index AI : EUR 46/21/99, 2 p.
- *Afrique du Sud : pas d'impunité pour les auteurs d'atteintes aux droits humains*, 1999, Index AI : AFR 53/10/99.
- *Chili/Espagne : l'Espagne vacille dans sa lutte pour combattre les crimes contre l'humanité*, 17 juin 2002, Index AI : AMR 22/005/02, 4 p.
- *Israël/Belgique : la décision prise dans l'affaire Sharon suscite une vive déception*, 27 juin 2002, Index AI : MDE 15/101/02, 2 p.

- *El Salvador: the Supreme Court ruling is an affront to victims*, October 2000, AI index: AMR 29/005/2000.

- *Zimbabwe, the toll of impunity*, 2002 June 25, AI index: AFR 46/034/2002, 2 p.

Communiqués de presse de Latinreporters.com

- *Argentine, Les chefs de l'armée mis en cause dans une tuerie politique*, Buenos aires, 29 mai 2001, Latinreporters.com

Communiqués de presse de Reuters :

- BALMER Chrispian, VAGNONI Giselda, *Italie : Berlusconi offensif avant la trêve estivale*, Reuters, 1^{er} août 2003, 13h32, HNE.

Dépêches

- *South Korea President to pardon jailed ex-presidents*, December 20, 1997, Web posted at 3 :03 a.m. EST(0803 GTM), CNN.
- *Why Clinton could pardon himself*, date line: 04/12/00, <http://usgovinfo.mining.com/library/news/aa041200b.html>.
- *Amnistie de Marc Rich : les témoins invoquent le 5^{ème} amendement*, Marie-Christine Bonzom, Washington : Keystone Archive, 09-02-2001, 10:26, disponible sur <http://www.denistouret.net/constitalien/Rich.html>.
- *La grâce du milliardaire Marc Rich, dernier scandale de Bill Clinton*, Swissinfo, 09 février 2001, disponible sur <http://www.denistouret.net/constitalien/Rich.html>.

Documentaire audiovisuel

- BRAUMAN Rony, SIVAN Eyal, *Un spécialiste*, documentaire, durée 123 minutes, production momento I/Bremer institut film-fernshen/image création/amythos film et TV production, 1999 (procès Eichmann).

Entretiens

- DI PIETRO Antonio, « Les magistrats ont été accusés de tout », propos recueillis par Danielle Rouard, *Le Monde*, 10-11 février 2002.
- DUPUY Pierre-Marie, « La genèse de la CPI », entretien réalisé par Sylvie Poilleux et Cédric Klein, *L'ASTREE*, n° 8, numéro thématique : les crimes contre l'humanité, <http://www.ifrance.com/astree/num8/entretien1.htm>.
- HOLIDAY Anthony, « Le pardon est un acte de volonté », entretien réalisé et traduit par John Crowley en novembre 2000, School of Government, University of the western Cape (Afrique du Sud), automne 2001, International Political Sociology Ressources, documentaries, *Cultures et conflits*, http://conflits.org/article.php3?id_article=278.
- JOINET Louis, « Lutter contre l'impunité : le temps des questions », propos recueillis par Olivier de Frouville, *Droits fondamentaux*, n° 1, juillet-décembre 2001.
- JORDA Claude, « Dictateurs, la fin de l'impunité ? », entretien conduit par Thomas Hofnung, *Politique internationale*, n° 94, hiver 2001-2002.
- KOVALEV Sergueï, « Les droits de l'homme en Russie », entretien, *Politique internationale*, n° 95, printemps 2002.
- MAYER Danièle, « La Cour pénale internationale : droit pénal et procédures applicables », entretien réalisé par Claire Saas le 20 mai 1999, *L'ASTREE*, n° 8, numéro thématique : Les crimes contre l'humanité <http://www.ifrance.com/astree/num8/entretien3.htm>.
- MENDRAS Marie, « Poutine reste l'otage de ceux qui l'on construit, politique/après Eltsine », entretien, *Croissance*, numéro spécial : la démocratie introuvable, n° 435-436, mars-avril 2000, pp.17-18.
- SCALFARO Oscar Luigi, « S'en prendre à la justice, c'est inconcevable ! », *Le Monde*, propos recueillis par Salvatore Aloïse, 25-26 mai 2003, p.2.
- TRUCHE Pierre, « L'émergence d'une justice pénale internationale : les expériences en cours », entretien, *L'ASTREE*, <http://www.ifrance.com/astree/num8/entretien2.htm>.
- TUTU Desmond (archevêque), « Pas d'amnistie sans vérité », propos recueillis pour la revue américaine Commonwealth par Frank Ferrarri, *Esprit*, n° 12, décembre 1997, pp.44 à 63.
- ZAMORANO Carlos, « La loi du point final était une amnistie déguisée », propos recueillis par Antoine Bigo, *Libération*, 14 août 2003.

VI. DÉBATS ; DÉCLARATIONS ÉTATIQUES ET OBSERVATIONS
D'ORGANISATIONS INTERNATIONALES

Débats parlementaires et constituants

- Etats-Unis: FARRAND Max (ed.), *Records of the federal Convention of 1787*, , New Haven et Londres , Yale University Press, 1937, 4 vol.
- Italie: « Discussion della proposta di legge costituzionale : Boato ed altri : Modifica all'articolo 79 della Costituzione in materia di amnistia e indulto (2750) e dell'abbinata proposta di legge costituzionale: Cento (456) ore 17 et ore 17,55 », *Resoconto stenografico dell'Assemblea*, Seduta n° 224 del 18/11/2002, pp. 24-48.
- France:
 - Assemblée nationale, 1ère séance du 2 février 1988, 15/44, pp.11-12.

Bibliographie

- Sénat, Réforme de la procédure criminelle, discussion d'un projet de loi, Séance du 25 mars 1997, disponible sur: <http://www.senat.fr>.

Communication de politique générale d'institutions internationales

- *Communication relative à certaines questions de politique générale concernant le Bureau du Procureur*, version remaniée du projet discuté lors des auditions publiques du Bureau du Procureur les 17 et 18 juin 2003, ICC-OTP 2003, disponible sur le site internet de la CPI, <http://www.icc-cpi.int>, 10 p.

Déclarations étatiques

- Note verbale datée du 27 novembre 2001, adressée au Secrétaire général par les Missions permanentes du Canada et des Pays-Bas auprès de l'ONU, cinquante-sixième session, point 164 de l'ordre du jour : Mise en place de la CPI, Distr. générale le 4 décembre 2001.

Observations d'organisations internationales

- Comité des droits de l'homme des Nations Unies, *Commentaire général n° 20 sur l'article 7 remplaçant le commentaire général n° 7*, 10/03/1992.
- Human Rights Committee, *General Comment n° 07 : Torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (Article 7)*, 30/05/82, CCPR General Comment n° 7, Human rights Committee.
- « *Observations finales du Comité des droits de l'homme : Pérou*, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, distribution générale, CCPR/CO/70/PER, 15 novembre 2001, 4 p.

Plan d'action gouvernemental

- *Plan d'action du gouvernement pour la lutte contre le génocide*, République du Burundi, Ministère des droits de la personne humaine, des réformes institutionnelles et des relations avec l'Assemblée nationale, Fait à Bujumbura, en avril 1988, 36 p.

Projet de droit international

- MACEDO Stephen (Project Chair and Editor), *The Princeton principles on universal jurisdiction, With a Foreword by Hon. Mary Robinson*, Program in Law and Public affairs, Princeton University, Princeton New Jersey, 2001, 69 p.

INDEX ALPHABÉTIQUE

A

abrogation, 51, 126, 149, 153, 195, 197, 198, 199, 200, 266, 315, 370, 460, 548, 560

abus, 16, 75, 108, 145, 146, 150, 181, 190, 194, 220, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 231, 233, 266, 271, 279, 283, 292, 295, 315, 322, 353, 354, 362, 370, 618, 642

Afrique du Sud, 18, 19, 21, 46, 47, 49, 52, 72, 83, 84, 100, 111, 119, 133, 135, 136, 137, 138, 139, 154, 243, 273, 291, 314, 317, 384, 392, 454, 471, 511, 514, 534, 540, 563, 576, 581, 595, 596, 599, 601, 602, 603, 606, 609, 616

Algérie, 9, 10, 28, 30, 33, 49, 60, 94, 184, 185, 233, 270, 322, 334, 335, 388, 435, 519, 545, 564, 565, 566, 568, 569, 570, 573

Allemagne, 53, 59, 131, 161, 345, 399, 439, 452, 478, 481, 482, 639

Amérique latine, 13, 19, 33, 34, 38, 42, 49, 54, 62, 68, 70, 72, 116, 148, 153, 217, 264, 303, 305, 327, 417, 439, 442, 534, 536, 583, 638

Amnesty international, 218, 616

Angola, 362, 363

apartheid, 83, 135, 136, 291, 314, 412, 413, 415, 416, 417, 421, 422, 431, 576, 601, 609

Argentine, 19, 20, 21, 23, 31, 33, 52, 89, 111, 117, 187, 198, 199, 200, 202, 203, 217, 247, 274, 275, 318, 319, 320, 325, 326, 327, 330, 331, 336, 419, 442, 487, 491, 501, 502, 513, 526, 535, 539, 545, 581, 620, 639

auto-amnistie, 9, 20, 33, 58, 66, 71, 76, 113, 114, 116, 144, 149, 151, 156, 158, 159, 211, 214, 224, 228, 229, 233, 234, 235, 236, 238, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 249, 254, 255, 256, 258, 259, 261, 262, 264, 265, 266, 267, 269, 270, 272, 273, 274, 275, 277, 278, 279, 281, 282, 283, 284, 286, 287, 292, 296, 298, 301, 313, 349, 371, 381, 432, 433, 438, 451, 464, 488, 545, 626, 641

B

Bangladesh, 581

Belgique, 21, 46, 110, 112, 149, 184, 341, 370, 383, 405, 461, 464, 465, 552

blanchiment d'argent, 196

Bolivie, 19, 418, 429, 437

Brésil, 19, 195

Burkina Faso, 143

C

Cambodge, 30, 423, 443, 510

Canada, 441, 576

chef de l'Etat, 28, 36, 125, 143, 144, 156, 166, 175, 178, 183, 184, 187, 196, 206,

210, 223, 248, 294, 295, 297, 328, 340,
345, 357, 363, 364, 365, 366, 367, 371,
462, 465, 556, 567, 572
Chili, 19, 23, 33, 111, 148, 185, 198, 201,
203, 207, 265, 346, 368, 417, 442, 459,
465, 474, 476, 500, 502, 503, 526, 531,
542, 548, 549, 557, 568, 569, 581, 584,
586, 589, 592, 594, 631
Chine, 13, 415, 481, 558
CICR, 396, 536, 543
CIJ, 362, 445, 461, 464, 465, 466, 498, 499,
531, 535, 562
Colombie, 442, 526
commission d'enquête, 212, 231, 232, 241,
242, 284, 430
commissions vérité et réconciliation, 62,
85, 417, 495, 580, 583, 584, 588, 589,
590, 591, 593, 594, 595, 597, 601, 602,
608
common law, 13, 38, 78, 101, 129, 641
compétence universelle, 70, 214, 374, 380,
405, 433, 439, 441, 446, 457, 458, 459,
461, 462, 463, 466, 467, 468, 469, 470,
471, 472, 473, 474, 476, 543, 610, 626,
632
conception utilitariste de la peine, 493
concurrence des pouvoirs amnistiants, 195,
197
Congo, 19, 461, 465, 615
Constitution portugaise, 473, 538
contreseing, 144
Convention de Philadelphie, 88, 179, 190,
251, 295
corruption, 9, 20, 71, 151, 188, 195, 212,
219, 233, 275, 287, 295, 298, 330, 346,
353, 358, 424
Cour interaméricaine des droits de
l'homme, 129, 420, 533, 545, 559, 582
coutume, 231, 234, 419, 434, 464, 468, 524,
530, 531, 533, 534, 535, 537, 538, 540,
542, 545, 577
CPI, 339, 356, 365, 377, 389, 401, 405, 412,
419, 422, 423, 426, 435, 441, 443, 444,

445, 446, 447, 448, 450, 451, 454, 455,
456, 457, 480, 484, 485, 486, 520, 523,
538, 541, 542, 554, 558, 577, 589, 604,
605, 606, 621, 623, 624, 625, 636, 642
crimes contre l'humanité, 53, 71, 258, 345,
355, 369, 377, 381, 383, 389, 392, 397,
398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405,
407, 408, 409, 412, 415, 418, 421, 423,
424, 426, 427, 430, 431, 432, 448, 451,
453, 458, 462, 469, 474, 481, 485, 491,
493, 494, 497, 512, 517, 519, 525, 541,
544, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558,
559, 560, 564, 565, 569, 570, 571, 572,
573, 575, 576, 592, 601, 615, 637
crimes contre la paix, 377, 381, 383, 384,
385, 386, 389, 390, 392, 398, 399, 400,
402, 431, 481, 497
crimes de guerre, 377, 381, 383, 384, 385,
386, 389, 390, 392, 398, 399, 400, 402,
407, 408, 409, 415, 416, 418, 424, 426,
427, 428, 430, 431, 432, 435, 451, 453,
458, 462, 469, 474, 481, 482, 491, 493,
497, 508, 517, 519, 541, 544, 552, 553,
554, 555, 556, 557, 558, 560, 565, 566,
567, 570, 615, 626, 633, 635

D

Danemark, 165, 167, 176, 383
décret législatif, 313
décret-loi, 34, 111, 115, 185, 199, 200, 203,
204, 207, 248, 312, 336, 346, 347, 365,
464, 474, 475, 545, 548, 568, 569, 581,
627
démission, 118, 178, 213, 257, 272, 287,
294, 296, 297, 299, 352, 361, 366, 367,
368
dépenalisation, 272, 313, 325, 347, 349,
350, 351, 353, 586
destitution, 63, 118, 169, 170, 173, 209,
210, 248, 251, 336
détournement de fonds, 196

Index alphabétique

disparitions forcées, 365, 412, 417, 418, 419, 421, 422, 442, 529, 532, 533, 538, 548, 557, 581, 639
dissolution, 61, 156, 158, 209
droit d'agir en justice, 82, 83, 84, 86, 93, 94, 95, 98, 640
droits de l'homme, 19, 20, 21, 24, 46, 58, 67, 69, 70, 82, 87, 99, 116, 117, 120, 129, 132, 139, 154, 199, 236, 244, 263, 265, 281, 292, 327, 333, 348, 368, 375, 380, 387, 405, 407, 412, 414, 418, 420, 423, 431, 433, 434, 438, 441, 442, 445, 447, 449, 458, 468, 469, 478, 480, 485, 490, 494, 496, 502, 503, 509, 512, 523, 526, 530, 534, 536, 539, 541, 543, 545, 546, 548, 549, 550, 556, 575, 579, 581, 582, 583, 585, 590, 591, 592, 596, 601, 602, 608, 609, 611, 612, 614, 615, 616, 619, 621, 629, 634, 635, 636, 637, 638

E

effets de l'amnistie, 25, 26, 27, 28, 29, 34, 51, 52, 60, 85, 113, 115, 125, 126, 130, 164, 177, 183, 195, 197, 200, 272, 308, 317, 356, 449, 457, 463, 491, 556, 586
égalité, 51, 55, 59, 75, 82, 137, 244, 245, 246, 247, 248, 260, 261, 318, 338, 339, 348, 355, 359, 460, 461, 463, 466, 467, 469, 497, 508, 510, 511
équilibre constitutionnel, 78, 81, 103, 104, 107, 156, 166, 176, 192, 215, 216, 306, 641, 643
Espagne, 19, 72, 140, 165, 175, 236, 426, 475, 535, 627, 631, 639
état d'urgence, 62, 92, 186, 265
Etats-Unis, 12, 16, 24, 36, 39, 54, 58, 59, 72, 85, 88, 95, 99, 106, 107, 116, 122, 131, 132, 148, 149, 169, 170, 173, 175, 179, 190, 193, 197, 201, 207, 208, 209, 210, 211, 213, 214, 216, 232, 235, 236, 237, 241, 244, 246, 248, 250, 254, 257,

264, 275, 289, 294, 295, 300, 305, 377, 383, 400, 415, 442, 467, 481, 483, 560, 586, 636, 638

Ethiopie, 20, 21, 383, 440, 637

extradition, 111, 408, 409, 426, 461, 470, 527, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 639

F

fait majoritaire, 143, 164

financement des partis politiques, 9, 75, 158, 188, 218, 219, 241, 242

France, 13, 16, 18, 24, 25, 28, 30, 32, 43, 49, 54, 60, 70, 71, 72, 75, 77, 84, 87, 95, 100, 101, 107, 108, 109, 110, 112, 114, 117, 118, 127, 130, 131, 134, 140, 141, 142, 143, 144, 150, 151, 153, 159, 160, 161, 165, 166, 181, 183, 184, 187, 196, 204, 210, 218, 219, 223, 224, 241, 244, 247, 256, 258, 260, 261, 262, 270, 280, 281, 284, 295, 322, 325, 326, 331, 334, 341, 343, 344, 346, 353, 354, 362, 371, 383, 398, 403, 433, 435, 451, 468, 470, 472, 488, 505, 517, 519, 520, 544, 554, 558, 564, 609, 634

G

génocide, 21, 381, 382, 392, 398, 400, 408, 412, 415, 416, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 445, 451, 468, 469, 474, 488, 499, 529, 541, 544, 555, 556, 561, 581, 615, 619, 626, 628

gestion de fait, 351, 352

grâce, 12, 14, 15, 17, 21, 22, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 42, 44, 45, 48, 49, 65, 85, 102, 133, 139, 144, 148, 173, 176, 181, 183, 187, 188, 196, 236, 285, 287, 289, 312, 315, 319, 331, 343, 396, 414, 420, 423, 432, 453, 454, 455, 459, 462, 463, 475, 481, 545, 556,

567, 572, 578, 580, 589, 603, 605, 609,
623, 624, 643
Grèce, 19, 26, 131, 255, 383, 437, 487
Guatemala, 440, 442, 581, 614
Guinée-Bissau, 210

H

Haïti, 17, 19, 23, 24, 29, 256, 257, 290, 383,
387, 419, 429, 457, 493, 494, 526, 560,
582, 586, 587, 592, 594, 612, 613, 619
Haute Cour de justice, 17, 33, 34, 65, 109,
112, 159, 160, 162, 163, 344, 357
hiérarchie des normes, 122, 130, 133, 135,
138, 209, 316, 317, 359, 520, 595, 641
Hongrie, 488, 490, 491

I

immunité, 20, 24, 32, 44, 63, 70, 108, 139,
159, 160, 165, 166, 167, 175, 200, 210,
297, 298, 314, 315, 338, 339, 341, 342,
346, 356, 357, 360, 361, 362, 363, 364,
365, 368, 369, 396, 417, 437, 459, 460,
461, 463, 464, 465, 466, 469, 480, 481,
586, 631, 632, 637, 642
imprescriptibilité, 53, 355, 389, 407, 408,
415, 426, 427, 469, 517, 518, 519, 520,
523, 525, 530, 542, 552, 553, 554, 555,
556, 557, 558, 559, 560, 561, 563, 564,
565, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573,
574, 575, 576, 642
impunité, 19, 48, 50, 58, 63, 67, 68, 69, 70,
75, 82, 87, 116, 198, 201, 219, 236, 264,
265, 308, 339, 343, 344, 346, 347, 348,
349, 353, 369, 374, 377, 392, 395, 396,
417, 420, 426, 433, 437, 438, 439, 442,
447, 449, 458, 459, 463, 469, 474, 492,
493, 494, 509, 517, 523, 524, 526, 527,
538, 539, 581, 585, 587, 588, 590, 591,
595, 600, 605, 611, 613, 616, 632, 637
inamnistiable, 53, 326, 518, 523, 524, 530,
533, 534, 542, 551, 552, 553, 555, 556,

557, 559, 560, 561, 563, 566, 567, 568,
569, 571, 572, 574, 575, 576, 577
inéligibilité, 219, 349, 351, 352
infraction politique, 22, 56, 100, 384, 630
interprétation des lois d'amnistie, 115
inviolabilité, 63, 65, 90, 108, 139, 165, 167,
280, 297, 339, 341, 356, 362, 364, 366,
367, 368, 369, 370, 465
Irak, 59, 443, 634
irresponsabilité, 10, 63, 64, 73, 87, 108,
139, 242, 325, 339, 341, 356, 364, 505
Israël, 232, 403, 446, 507
Italie, 13, 16, 27, 66, 72, 112, 140, 141, 144,
146, 149, 150, 155, 184, 216, 224, 237,
255, 305, 311, 312, 313, 341, 354, 357,
358, 359, 567, 639

J

justice transitionnelle, 135, 390, 449, 456,
457, 495, 509, 514, 542, 579, 580, 583,
588, 589, 590, 592, 593, 595, 597, 602,
604, 605, 607, 608, 609, 619, 620, 635,
642

L

légitimité, 9, 19, 75, 87, 132, 135, 136, 137,
149, 299, 310, 317, 326, 348, 365, 439,
472, 549, 584, 585, 587, 588, 595, 596,
597, 598, 600, 601, 622, 643
loi interprétative, 199
Luxembourg, 29, 131, 383

M

Madagascar, 20, 97
maire, 207, 335, 340, 349
majorité absolue, 145, 146, 147, 357
majorité parlementaire, 138, 143, 144, 164,
209, 223, 318, 342
majorité qualifiée, 135, 140, 145, 148, 194,
195, 305, 311, 313

majorité simple, 193, 195
Mauritanie, 470, 472
ministres, 108, 109, 110, 112, 159, 160,
161, 167, 176, 245, 341, 342, 343, 357,
358, 421, 553, 581, 615

N

nature législative de l'amnistie, 122, 125,
127, 128
Nigeria, 442

O

OEA, 418, 545, 547, 549, 560, 612, 616
ONU, 67, 115, 136, 257, 290, 386, 388,
390, 402, 408, 412, 413, 415, 416, 421,
426, 430, 442, 456, 457, 461, 525, 526,
553, 592, 611, 612, 613, 614, 615, 616,
625
OUA
Organisation de l'Unité africaine, 612,
615, 616
oubli, 10, 23, 26, 33, 35, 40, 45, 46, 47, 48,
49, 53, 55, 58, 97, 99, 102, 111, 254, 309,
316, 330, 332, 334, 353, 375, 509, 522,
555, 568, 570, 571, 576, 592, 605, 641
Ouganda, 581, 584

P

Paraguay, 19, 383
pardon, 12, 13, 14, 15, 22, 34, 35, 36, 37,
38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 50, 57, 64, 68,
71, 78, 79, 85, 86, 88, 89, 90, 95, 96, 98,
99, 101, 106, 107, 110, 116, 118, 121,
132, 148, 169, 170, 171, 172, 173, 174,
175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182,
183, 189, 190, 193, 194, 195, 196, 197,
198, 201, 202, 203, 206, 207, 208, 211,
212, 213, 214, 216, 217, 220, 231, 233,
236, 237, 238, 239, 241, 242, 243, 244,

245, 246, 248, 249, 250, 251, 252, 253,
254, 259, 260, 265, 268, 269, 270, 272,
273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280,
281, 282, 283, 285, 287, 288, 289, 290,
293, 294, 295, 296, 297, 300, 301, 304,
307, 319, 320, 321, 342, 343, 369, 409,
470, 481, 512, 559, 560, 576, 624, 643,
644

Parlement, 14, 16, 25, 30, 31, 33, 35, 36, 65,
69, 77, 78, 89, 92, 108, 114, 118, 119,
122, 125, 129, 130, 136, 140, 141, 143,
145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 156,
159, 160, 161, 162, 164, 165, 166, 167,
170, 172, 176, 177, 179, 181, 183, 184,
186, 187, 193, 194, 196, 198, 199, 201,
206, 209, 211, 217, 223, 240, 241, 242,
250, 257, 262, 265, 271, 280, 284, 291,
307, 309, 311, 313, 315, 327, 328, 341,
353, 357, 358, 441, 449, 474, 488, 596
parlementaires, 9, 15, 16, 33, 103, 110, 112,
114, 134, 143, 146, 150, 158, 159, 160,
161, 164, 166, 167, 168, 176, 183, 188,
195, 210, 219, 232, 245, 255, 256, 258,
260, 271, 272, 325, 326, 351, 489, 617,
618

Pérou, 19, 442, 526, 536, 582, 593

Philippines, 463, 491

Pinochet, 64, 199, 200, 201, 204, 264, 364,
365, 366, 417, 426, 432, 459, 464, 469,
470, 471, 473, 474, 475, 476, 477, 535,
569, 581, 610, 627, 631, 636, 637, 638,
639

Portugal, 19, 131, 439

pouvoir exécutif, 17, 28, 45, 78, 103, 121,
130, 131, 133, 136, 141, 144, 156, 164,
167, 177, 183, 185, 186, 188, 195, 197,
208, 211, 259, 262, 282, 344, 585, 608

pouvoir judiciaire, 58, 67, 80, 82, 106, 111,
113, 114, 116, 119, 121, 130, 131, 132,
134, 140, 141, 144, 149, 155, 166, 189,

198, 201, 213, 252, 318, 344, 366, 475, 489, 585, 586, 587, 595, 625
pouvoir législatif, 17, 24, 65, 79, 80, 103, 120, 122, 129, 131, 133, 134, 140, 141, 155, 158, 164, 177, 180, 183, 184, 186, 187, 189, 195, 196, 197, 208, 209, 216, 241, 252, 320, 333, 363, 572, 585, 608
pouvoirs de crise, 62, 254, 261, 262, 264, 265, 266, 310
Premier ministre, 93, 188, 223, 263, 281, 284, 300, 347, 489, 596
prescription, 16, 46, 49, 51, 52, 65, 331, 332, 333, 349, 353, 354, 355, 358, 396, 398, 417, 451, 454, 455, 463, 475, 481, 517, 518, 520, 522, 523, 525, 527, 528, 545, 553, 554, 555, 557, 558, 559, 563, 564, 566, 568, 571, 572, 574, 576, 578, 580, 589, 603, 605, 623, 624, 643
président par intérim, 297, 301
présomption d'innocence, 93, 94, 96, 98, 99, 100, 101, 102, 103
procédure législative, 55, 118, 216, 311, 366

R

réconciliation nationale, 16, 19, 47, 100, 265, 274, 320, 330, 374, 389, 390, 437, 477, 494, 534, 542, 588, 590, 605, 615, 622, 640
référendum, 91, 140, 141, 147, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 223, 301, 303, 359, 596
régimes parlementaires, 143, 164, 168, 175, 185, 186, 188, 209, 211
régimes présidentiels, 88, 158, 164, 169, 185, 189, 193, 201, 209, 210, 211
responsabilité politique, 15, 63, 66, 71, 94, 99, 100, 156, 169, 175, 208, 211, 214, 263, 265, 271, 272, 273, 288, 301, 305, 334, 350, 360, 449, 450, 477, 482, 498, 510, 592, 603, 607, 638, 640

rétroactivité, 32, 97, 117, 123, 127, 128, 197, 199, 267, 352, 404, 489, 506, 557
Roumanie, 512, 552
Royaume-Uni, 16, 36, 72, 173, 177, 342, 383, 398, 470, 481, 535, 553, 631, 640
Russie, 12, 16, 24, 30, 31, 40, 56, 72, 89, 91, 92, 93, 94, 102, 122, 164, 170, 195, 196, 206, 207, 213, 216, 218, 237, 289, 297, 300, 301, 361, 363, 368, 398, 415, 553, 558
Rwanda, 21, 401, 442, 444, 600, 601, 626

S

Salvador, 19, 23, 57, 96, 120, 202, 235, 440, 495, 526, 531, 532, 582, 584, 588, 589, 592, 594, 613, 614
séparation des pouvoirs, 15, 55, 58, 61, 76, 77, 78, 81, 84, 103, 104, 105, 130, 133, 135, 148, 149, 155, 156, 158, 160, 165, 166, 167, 169, 170, 175, 176, 177, 180, 181, 185, 186, 189, 192, 198, 203, 209, 214, 215, 217, 218, 219, 304, 338, 352, 359, 370, 371, 508, 595, 641
Sierra Leone, 421, 432, 442, 452, 615
souveraineté, 48, 121, 134, 140, 141, 143, 152, 155, 175, 177, 179, 183, 184, 186, 197, 209, 266, 267, 364, 365, 373, 374, 381, 388, 434, 437, 441, 451, 455, 459, 460, 461, 464, 466, 470, 479, 524, 542, 600, 604, 605, 610, 626, 630, 637

T

théorie de la rétribution, 233, 500
Timor-Leste, 442, 452
torture, 113, 114, 200, 249, 258, 327, 387, 394, 395, 401, 412, 413, 414, 419, 421, 431, 435, 453, 465, 467, 468, 469, 470, 472, 473, 474, 476, 477, 489, 490, 528, 529, 534, 538, 539, 544, 545, 559, 560, 561, 562, 564, 574, 575, 581, 584, 602, 620, 628

Index alphabétique

TPIR, 401, 421, 426, 430, 442, 444, 447, 483

TPIY, 389, 401, 402, 403, 406, 421, 422, 426, 427, 430, 442, 444, 447, 452, 453, 454, 473, 483, 507, 536, 544, 562, 569, 574, 633, 637

transition démocratique, 19, 52, 59, 75, 111, 135, 139, 217, 236, 286, 289, 326, 348, 384, 392, 509, 511, 513, 548, 579, 580, 584, 588, 593, 595, 596, 602, 610, 614

Turquie, 20, 398, 559, 635

U

Uruguay, 19, 33, 34, 90, 113, 114, 115, 148, 153, 187, 303, 305, 383, 526, 531, 539, 545

V

veto, 61, 78, 79, 91, 133, 158, 194, 199, 209, 241

vice-président, 91, 94, 248, 277, 282, 288, 295, 300, 301, 335

victimes, 9, 24, 49, 67, 68, 69, 75, 82, 83, 85, 86, 87, 93, 101, 117, 119, 200, 207, 249, 263, 275, 292, 344, 348, 384, 387, 388, 390, 391, 394, 396, 400, 406, 412, 413, 416, 418, 437, 442, 443, 446, 447, 448, 449, 450, 453, 467, 473, 480, 493, 499, 533, 536, 545, 548, 554, 575, 579, 584, 585, 587, 588, 590, 591, 592, 593, 601, 603, 604, 608, 621, 624, 627, 636, 638

W

Watergate, 88, 107, 110, 236, 245, 246, 253

Y

Yémen, 486

Yougoslavie, 16, 46, 383, 401, 402, 403, 427, 442, 444, 483, 485, 493, 626, 633, 637

Z

Zimbabwe, 64, 263, 264, 281, 450, 637

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	1
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	6
INTRODUCTION GÉNÉRALE	10
I. L'amnistie des dirigeants politiques : une catégorie juridique universelle	12
A. Le recours à l'amnistie des dirigeants politiques dans des systèmes juridiques différents.....	14
1. La présence de dispositions relatives à l'amnistie dans la plupart des systèmes juridiques.....	14
2. L'absence de dispositions prohibant l'amnistie des dirigeants politiques dans les Constitutions	18
B. L'existence d'une définition de l'amnistie commune dans des systèmes juridiques différents.....	22
1. Une conception commune du caractère général de l'amnistie par rapport à la grâce	23
2. Une même incertitude quant aux contours de l'amnistie pouvant conduire à une confusion avec la grâce :	30
C. <i>The pardon</i> : une technique constitutionnelle utilisable pour amnistier des dirigeants politiques	36
1. La tentative de distinguer l'amnistie et le <i>pardon</i>	37
2. Une tentative contrariée par l'utilisation du <i>pardon</i> à des fins amnistiantes	43
II. L'amnistie des dirigeants politiques : des conséquences juridiques universelles	42
A. Une forme d'amnistie exacerbant les problématiques de droit pénal déjà suscitées par l'amnistie en général	48
1. L'oubli.....	48
2. La nécessaire répression de certains actes.....	52
B. L'importance de se concentrer sur le droit constitutionnel et international pour analyser l'amnistie des dirigeants politiques.....	57
1. La justification par le caractère politique de l'amnistie	58
2. La justification par la carence d'études du contentieux de l'amnistie des dirigeants politiques	63
C. L'apport de l'étude de l'amnistie des dirigeants politiques à celle de leur responsabilité.....	66
1. Une autre approche de la protection pénale des dirigeants	66
2. Une autre approche de l'impunité	70

**PREMIERE PARTIE – UNE TECHNIQUE CONSTITUTIONNELLE
D'IRRESPONSABILITÉ ABSOLUE, MAÎTRISÉE PAR LES DIRIGEANTS
POLITIQUES..... 83**

**TITRE 1 – UNE MAÎTRISE POUVANT PORTER ATTEINTE A
L'AMÉNAGEMENT CONSTITUTIONNEL DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS
..... 85**

*CHAPITRE 1 – LA PARALYSIE DU POUVOIR JUDICIAIRE: UN DÉBAT
CONCERNANT L'AMNISTIE GÉNÉRALE..... 89*

**SECTION 1 – LE RENFORCEMENT DE LA PARALYSIE LORSQUE L'AMNISTIE
INTERVIENT AVANT LA CONDAMNATION DU DIRIGEANT 90**

- I. La contestation de cette atteinte au nom du droit d'agir en justice 90
 - A. Le droit d'agir en justice de la victime..... 92
 - 1. Une contestation non admise par les juridictions constitutionnelles..... 92
 - 2. Une contestation pourtant soutenue par la doctrine 97
 - B. Le droit d'agir en justice du bénéficiaire de l'amnistie..... 103
 - 1. Des recours peu nombreux 104
 - 2. Une violation pourtant possible de la présomption d'innocence 108
- II. La contestation de cette atteinte au nom de l'équilibre constitutionnel 114
 - A. Une contestation aux résonances particulières s'agissant des dirigeants politiques 115
 - 1. Une contestation de l'utilité de l'amnistie des dirigeants politiques pour l'équilibre constitutionnel 115
 - 2. Une contestation à rapprocher de celle des régimes pénaux d'exception s'appliquant aux dirigeants politiques..... 120
 - B. Une contestation non relayée par les juridictions judiciaires 123
 - 1. Des juridictions judiciaires soumises aux effets de l'amnistie..... 125
 - 2. Des juridictions judiciaires réduites à traquer les failles juridiques des amnisties de dirigeants politiques 128

**SECTION 2 – UNE PARALYSIE JUSTIFIÉE PLUS FACILEMENT LORSQU'ELLE
PROVIENT DU POUVOIR LÉGISLATIF 134**

- I. Une atteinte justifiable par la nature législative de l'amnistie 135
 - A. Une nature législative parfois discutée..... 135
 - 1. Une nature discutée en raison du contenu de l'amnistie 135
 - 2. Une nature plus souvent discutée en raison des effets de l'amnistie 139
 - B. La logique de cette nature législative au regard de la hiérarchie des normes 144
 - 1. La logique générale de l'attribution du pouvoir amnistiant au législateur. 144

2.	La logique de l'adoption sous forme constitutionnelle de l'amnistie lors d'une transition démocratique (L'exemple sud-africain).....	149
II.	Une atteinte justifiable par les conditions d'adoption de l'amnistie législative	154
A.	La justification de son adoption par une Assemblée exerçant la souveraineté	154
1.	La volonté d'éviter l'arbitraire	155
2.	La volonté d'en raréfier l'usage grâce à la majorité qualifiée.....	160
B.	La justification de son adoption par référendum.....	164
1.	Une procédure exceptionnelle en droit constitutionnel.....	165
2.	Une procédure pouvant permettre sa légitimation indirecte	168

CHAPITRE 2 – LA PARALYSIE DE LA « FACULTÉ D'EMPÊCHER » : UN DÉBAT SPÉCIFIQUE À L'AMNISTIE DES DIRIGEANTS POLITIQUES..... 172

SECTION 1 – LA RÉALITÉ DE L'ATTEINTE A LA FONCTION D'EMPÊCHER DES AUTRES POUVOIRS 174

I.	Un débat concernant surtout le pouvoir amnistiant de l'exécutif	174
A.	L'amnistie : « un moyen pour le Parlement d'intervenir à nouveau dans une procédure échappant à sa compétence » (Bertrand Mathieu)	175
1.	Le premier cas : l'amnistie d'un dirigeant politique soumis à une juridiction <i>ad hoc</i>	176
2.	Le deuxième cas : l'amnistie d'un parlementaire dont l'immunité a été levée	182
B.	L'amnistie : un moyen pour le pouvoir exécutif de contrer les effets d'une procédure échappant entièrement à sa compétence.....	184
1.	Un moyen proscrit par des dispositions constitutionnelles en régime présidentiel	187
2.	Un moyen limité dans les régimes parlementaires.....	192
II.	Un pouvoir amnistiant de l'exécutif pourtant protégé	194
A.	La volonté de dissocier l'amnistie des dirigeants politiques de la souveraineté	195
1.	La volonté des constituants	195
2.	La volonté de la doctrine	198
B.	La défense d'une procédure qui reflèterait l'organisation de la séparation des pouvoirs.....	203
1.	Une défense difficile dans les régimes non présidentiels.....	204
2.	Une défense facilitée dans le cadre d'une séparation stricte des pouvoirs...	207

SECTION 2 – LES POSSIBILITÉS D'ÉVITER CETTE ATTEINTE 210

I.	La rareté des procédures constitutionnelles permettant de contrôler le pouvoir amnistiant	210
----	---	-----

Table des matières

A.	Un contrôle limité de l'amnistie des dirigeants politiques par l'autre pouvoir	210
1.	La difficulté pour l'autre pouvoir de s'opposer à l'adoption d'une amnistie	211
2.	La difficulté pour l'autre pouvoir de faire disparaître l'amnistie.....	213
B.	Un contrôle refusé par les Cours constitutionnelles et suprêmes.....	220
1.	Leur refus absolu en l'absence de dispositions constitutionnelles.....	221
2.	Un contrôle soumis aux dispositions constitutionnelles l'autorisant	225
II.	La restriction du pouvoir amnistiant par des procédés constitutionnels indirects	227
A.	La difficile mise en œuvre de la responsabilité du pouvoir exécutif amnistiant	228
1.	La destitution.....	229
2.	Les autres techniques pour engager la responsabilité du pouvoir amnistiant	231
B.	Le dernier recours : l'endiguement du déséquilibre constitutionnel	235
1.	Par une révision constitutionnelle spécifique à l'amnistie	236
2.	Par l'aménagement de la responsabilité des dirigeants politiques	239

TITRE 2 – UNE MAÎTRISE POUVANT CONDUIRE À UNE UTILISATION ABUSIVE DE L'AMNISTIE 243

CHAPITRE 1 – L'AUTO-AMNISTIE : UN INSTRUMENT CONFORME A LA FINALITÉ CONSTITUTIONNELLE DE L'AMNISTIE 251

SECTION 1 – LA VALIDITE DE L'AUTO-AMNISTIE..... 255

I.	Une utilisation de l'amnistie valable en droit constitutionnel comme en droit international	256
A.	La non contradiction de l'auto-amnistie avec les normes constitutionnelles et conventionnelles relatives à l'amnistie	256
1.	L'interprétation de la volonté des constituants	257
2.	L'interprétation littérale des dispositions relatives à l'amnistie.....	260
B.	La compatibilité de l'auto-amnistie avec l'esprit des Constitutions	244
1.	Sa compatibilité avec l'esprit d'égalité des Constitutions	265
2.	Sa compatibilité avec l'esprit général des Constitutions.....	269
II.	Une utilisation contestable uniquement en présence d'autres irrégularités	276
A.	La contestation du champ d'application de l'auto-amnistie.....	276
1.	La contestation limitée de sa définition.....	276
2.	La contestation possible de sa précision	280
B.	La contestation plus facile de la procédure hors période de crise	284

1.	Le nécessaire respect de la procédure amnistiante des dirigeants politiques	285
2.	L'exception constitutionnelle : les pouvoirs de crise	286
SECTION 2 – L'ABUS POSSIBLE UNIQUEMENT A TRAVERS L'AUTO-AMNISTIE INDIRECTE.....		292
I.	L'auto-amnistie indirecte, une notion plus restreinte que l'auto-amnistie de fait	292
A.	Auto-amnistie de fait et auto-amnistie indirecte : un résultat identique	293
1.	Les effets d'une auto-amnistie, mais sans que le dirigeant politique en soit expressément le bénéficiaire	293
2.	La conséquence de cette identité de résultat : la confusion entre ces deux termes	297
B.	L'exigence d'un élément intentionnel pour qualifier une auto-amnistie d'indirecte.....	302
1.	Les éléments objectifs pouvant révéler l'intention du pouvoir amnistiant	303
2.	La difficile sanction de l'auto-amnistie indirecte.....	307
II.	L'amnistie d'un dirigeant par son successeur rarement qualifiable d'auto-amnistie indirecte	311
A.	Le successeur rarement lié juridiquement par une promesse d'amnistie	311
1.	Le cas général : pas d'accord formel prévoyant l'adoption d'une amnistie	311
2.	Les quelques exceptions.....	314
B.	La clémence adoptée rarement révélatrice d'une intention abusive	318
1.	De par son contenu	318
2.	D'un point de vue formel	325
<i>CHAPITRE 2 – LA POSSIBILITÉ D'UTILISER ABUSIVEMENT D'AUTRES TECHNIQUES JURIDIQUES A DES FINS AMNISTIANTES</i>		<i>329</i>
SECTION 1 – L'ADOPTION CONDITIONNÉE D'AUTRES NORMES A DES FINS AMNISTIANTES.....		333
I.	Les conditions liées au respect du parallélisme des formes	334
A.	L'adoption par la même autorité que l'amnistie	335
1.	L'adoption par l'autorité titulaire de la prérogative amnistiante.....	335
2.	L'adoption par une autorité susceptible d'exercer la prérogative amnistiante	339
B.	Une norme de valeur juridique au moins égale à celle de l'amnistie.....	343
1.	Une valeur supérieure ou égale à l'amnistie	343
2.	Le rejet des normes de valeur inférieure	346
II.	Les conditions liées aux effets de ces normes	349
A.	Des effets limités à une catégorie objective	350

Table des matières

1. Une catégorie objective de personnes amnistiées	350
2. Une catégorie objective d'infractions amnistiées.....	355
B. Des effets limités dans le temps	358
1. Une période d'application précise.....	359
2. L'unique élément intemporel : l'oubli	362
SECTION 2 – LA MODIFICATION CONTESTABLE DU RÉGIME DE RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS POLITIQUES Á DES FINS AMNISTIANTES.....	366
I. La modification des règles de mise en oeuvre de la responsabilité des dirigeants 368	
A. Le blocage des poursuites	368
1. La complexification extrême des poursuites	369
2. Le risque d'un climat d'impunité	372
B. La modification du régime juridique d'une infraction particulière.....	378
1. Sa dépenalisation.....	379
2. L'aménagement du délai de prescription de cette infraction	383
II. La modification des conditions d'irresponsabilité des dirigeants 386	
A. L'action sur l'immunité fonctionnelle.....	387
1. Le renforcement de l'immunité liée à la fonction occupée par un dirigeant 387	
2. Le renforcement de son immunité par l'occupation d'une autre fonction .	391
B. La mise en place d'une inviolabilité personnelle	395
1. L'importance de la valeur constitutionnelle de cette forme d'invocabilité	395
2. Une inviolabilité juridiquement réversible.....	400
SECONDE PARTIE – VERS LA PROHIBITION DE L'AMNISTIE DES DIRIGEANTS POLITIQUES POUR LES CRIMES INTERNATIONAUX.....	405
TITRE 1 – LES CRITÈRES POSSIBLES DE LA PROHIBITION.....	409
<i>CHAPITRE 1 – LE CRITÈRE MATÉRIEL : LA RÉALISATION D'UN CRIME INTERNATIONAL</i>	<i>411</i>
SECTION 1 – LE RÔLE CENTRAL DES DIRIGEANTS POLITIQUES DANS LA PERPÉTRATION DE CES CRIMES	415
I. Des incertitudes pour imposer la poursuite des auteurs de crimes liés à un conflit 416	
A. En raison de la relative subjectivité de la qualification de ces crimes	417
1. La relative subjectivité de leurs éléments constitutifs.....	417
2. La relative subjectivité de la détermination de leur contexte.....	418

B.	Du fait de l'utilité de l'amnistie après un conflit interne	422	
1.	L'importance de l'amnistie après un conflit non international	422	
2.	L'éventuelle conciliation entre l'importance de l'amnistie et l'obligation de poursuivre les auteurs de crimes internationaux au sortir d'un conflit interne ..	426	
II.	L'évidence de poursuivre les responsables de crimes contre l'humanité quels que soient leurs liens avec un conflit	430	
A.	L'abandon de l'exigence du lien avec un conflit	431	
1.	Un abandon résultant de l'évolution des dispositions conventionnelles....	432	
2.	Un abandon confirmé par la jurisprudence	435	
B.	Une « atteinte criminelle au droit international des droits de l'homme portée par des gouvernants sur des gouvernés » (Jean-François ROULOT)	438	
1.	Le cadre : une politique « généralisée ou systématique » contre toute population civile.....	406	
2.	La conséquence : l'obligation de poursuivre les gouvernants responsables de cette politique	441	
SECTION 2 – LA DIVERSITÉ DES CRIMES INTERNATIONAUX POUVANT ENGAGER LA RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS			444
I.	L'adaptation du droit international aux comportements criminels récents	445	
A.	Par l'adoption de conventions internationales pénales spécifiques	445	
1.	L'intégration à partir des années 70 de certains actes de torture et d'apartheid au concept de crime contre l'humanité	446	
2.	L'intégration à partir des années 80 des disparitions forcées au crime contre l'humanité.....	451	
B.	Dans les conventions internationales pénales générales	454	
1.	L'intérêt des conventions énumérant les infractions assorties d'une obligation de poursuites.....	455	
2.	La rareté des conventions proscrivant explicitement l'amnistie pour les crimes qu'elles énumèrent	457	
II.	L'émancipation du génocide par rapport aux crimes contre l'humanité définis par le Statut du tribunal de Nuremberg	459	
A.	L'abandon progressif de l'assimilation du crime de génocide au crime contre l'humanité.....	459	
1.	Des définitions très vite différentes.....	459	
2.	l'évolution de la perception de ces crimes	461	
B.	Le crime le plus grave pour un dirigeant?.....	462	
1.	L'un des crimes les plus graves en droit international	463	
2.	L'un des crimes assortis d'une obligation de poursuivre les dirigeants politiques présumés responsables.....	466	
CHAPITRE 2 – LES PRÉMICES D'UN CRITÈRE FONCTIONNEL : LA QUALITÉ DE DIRIGEANT POLITIQUE.....			469

Table des matières

SECTION 1 – LA COEXISTENCE ENTRE LES JURIDICTIONS INTERNATIONALES ET NATIONALES POUR APPLIQUER CE CRITÈRE 473

- I. La coexistence entre les juridictions internationales et celles de l'Etat dont est issu le dirigeant 477
 - A. Les conditions de la coexistence 480
 - 1. La reconnaissance par les Etats de la compétence des juridictions internationales 480
 - 2. Une prise en compte des victimes par le droit international 483
 - B. Les conséquences de la coexistence : le refus de l'amnistie utilisée par les Etats pour se soustraire à leurs obligations de droit international 487
 - 1. Les critères de ce refus : l'amnistie accordée avant toute condamnation aux auteurs des crimes les plus graves 489
 - 2. L'exception : l'amnistie tolérée par une institution de droit international . 493
- II. Des amnisties d'anciens dirigeants politiques non reconnues par des juridictions étrangères au nom de la compétence universelle 496
 - A. La confrontation entre compétence universelle et amnistie des dirigeants politiques 497
 - 1. Une confrontation liée au caractère d'opportunité souveraine de l'amnistie 498
 - 2. Une confrontation atténuée par la territorialité de l'amnistie 505
 - B. Le développement récent du rejet de certaines amnisties de dirigeants dans des Etats reconnaissant leur compétence universelle 511
 - 1. Le refus constant de reconnaître la valeur juridique des amnisties de tortionnaires dans les Etats étrangers 512
 - 2. Un mouvement vers le rejet des lois d'amnistie d'autres crimes 513

SECTION 2 – LA LOGIQUE DE L'INVALIDATION DES AMNISTIES DE DIRIGEANTS EN FONCTION LORS DE LA RÉALISATION DE CRIMES INTERNATIONAUX 516

- I. Une logique découlant de la priorité souvent accordée par le droit international au jugement des « grands criminels, dont les crimes sont sans localisation géographique précise » 518
 - A. Une priorité plusieurs fois accordée en droit international 518
 - 1. Après la seconde guerre mondiale 519
 - 2. La confirmation dans le Statut de Rome 523
 - B. Une priorité justifiable 526
 - 1. Par la pratique des Etats 526
 - 2. Par la doctrine..... 532
- II. Mais un critère ne résolvant pas tous les problèmes posés par l'amnistie des dirigeants politiques en droit international 537

A.	Les problèmes de partage de responsabilité.....	537
1.	Une difficile distinction entre les fondements de la responsabilité des Etats et de celle des dirigeants politiques.....	538
2.	L'opacité du partage de responsabilité entre les dirigeants politiques et les autres criminels	542
B.	Les autres problèmes constitutionnels.....	550
1.	Ses rapports avec le principe d'égalité.....	550
2.	Des problèmes relatifs à l'organisation juridictionnelle	553

TITRE 2 – LES OBSTACLES A LA PROHIBITION DE CETTE AMNISTIE..... 559

CHAPITRE 1 – L'ABSENCE D'IDENTITE PARFAITE ENTRE IMPRESCRIPTIBLE ET INAMNISTIABLE..... 562

SECTION 1 – LA CONSTRUCTION INTELLECTUELLE D'UNE CATÉGORIE D'INFRACTIONS INAMNISTIABLES DEDUITE DES INFRACTIONS IMPRESCRIPTIBLES 565

I.	L'absence de dispositions normatives qualifiant expressément d'inamnistiables certaines infractions	566
A.	La déduction de l'inamnistiabilité dans certaines conventions.....	567
1.	Une déduction fondée sur la finalité de ces conventions	567
2.	Une déduction fondée sur l'incompatibilité de l'amnistie avec les obligations déterminées par les conventions.....	571
B.	La difficile démonstration de l'existence d'une catégorie coutumière d'infractions inamnistiables	574
1.	L'existence d'une pratique	575
2.	Mais une pratique ne laissant subodorer que la possible naissance d'une coutume	579
II.	L'appel à l'émergence d'une catégorie d'infractions inamnistiables	582
A.	La constatation de cette possibilité.....	582
1.	La constatation d'une évolution vers une catégorie d'infractions inamnistiables.....	582
2.	L'anticipation d'une nouvelle évolution consolidant cette possibilité.....	585
B.	La revendication de cette possibilité	587
1.	L'exigence de la reconnaissance conventionnelle d'une catégorie d'infractions inamnistiables	587
2.	L'exemplarité du droit humanitaire issu de l'Organisation des Etats américains (OEA) pour appuyer cette revendication	590

SECTION 2 – L'IMPOSSIBILITÉ ACTUELLE D'ASSIMILER L'IMPRESCTIBLE A L'INAMNISTIABLE, QUELLE QUE SOIT LA FONCTION DU CRIMINEL..... 597

Table des matières

I.	Un rapprochement possible de ces deux notions s’agissant des crimes commis sous la responsabilité de dirigeants politiques	599
A.	Un rapprochement possible de leurs effets	600
1.	La possibilité intemporelle de poursuivre et sanctionner le fait criminel ..	601
2.	Les mêmes résistances à leurs effets	604
B.	Un rapprochement possible en raison de la valeur de jus cogens des incriminations concernées	606
1.	Le caractère de <i>jus cogens</i> de la prohibition des crimes internationaux	607
2.	La contradiction entre ce caractère et les normes internes de clémence	609
II.	Mais l’absence de lien formel entre « imprescriptible » et « inamnistiable »	613
A.	L’interprétation stricte de l’imprescriptibilité par les juridictions	613
1.	Le refus de la Cour suprême chilienne d’établir un lien entre imprescriptible et inamnistiable	614
2.	Le refus de la Cour de cassation française de l’interpréter comme empêchant tout oubli légal : l’exemple de l’affaire <i>Boudarel</i>	617
B.	L’absence de lien normativement établi entre imprescriptible et inamnistiable	620
1.	En dépit de l’identité de ces crimes avec les crimes inamnistiables et imprescriptibles	621
2.	L’inexistence d’un lien entre imprescriptible et inamnistiable dans les normes juridiques internes comme internationales	623
	CHAPITRE 2 – LE CARACTERE POLITIQUE DE	625
	SECTION 1 – LA TENTATIVE DE CONCILIATION ENTRE AMNISTIE ET OBLIGATION DE POURSUIVRE LES DIRIGEANTS POLITIQUES DANS LE CADRE DE LA JUSTICE TRANSITIONNELLE	628
I.	Une conciliation toujours imparfaite en raison de son caractère politique	632
A.	Les reproches relatifs à la nature des commissions vérité et réconciliation...	633
1.	Des organes non judiciaire	633
2.	La question de leur légitimité à connaître d’infractions assorties d’une obligation de poursuivre	637
B.	Les reproches relatifs aux travaux des commissions vérité et réconciliation	639
1.	Les reproches relatifs à leur mission	639
2.	Les reproches relatifs à leurs résultats	643
II.	La conciliation optimale : les dirigeants politiques amnistiés en échange de la vérité (le modèle sud-africain)?	645
A.	Les originalités de la justice transitionnelle sud-africaine	645
1.	Sa légitimité constitutionnelle	646

2. L'application à la commission de règles juridiques comparables à celles encadrant les juridictions judiciaires	648
B. La difficile reconnaissance internationale de cette solution.....	651
1. La possibilité juridique d'une telle reconnaissance.....	652
2. Une reconnaissance difficile surtout pour les dirigeants politiques.....	655
SECTION 2 – LA FORTE PROBABILITÉ D'UNE SUBSISTANCE DE L'AMNISTIE INTERNATIONALE DES DIRIGEANTS POLITIQUES.....	661
I. L'improbable hypothèse de l'apparition d'une amnistie internationale encadrée excluant les dirigeants politiques auteurs de crimes internationaux 662	
A. Le besoin d'amnistie en droit international.....	662
1. L'attitude ambivalente de l'ONU et d'autres organisations gouvernementales face à l'amnistie	663
2. La revendication de l'amnistie par d'autres organisations internationales	668
B. Le besoin de standards internationaux relatifs à l'amnistie	670
1 Des standards devant prendre en compte l'environnement politique de l'amnistie.....	671
2. Le problème posé par l'application de ces standards.....	675
II. La probable hypothèse de la subsistance d'une amnistie internationale de facto des dirigeants politiques 678	
A. Le caractère aléatoire de l'amnistie internationale de facto résultant de considérations politiques internes : le cas de l'extradition.....	679
1. Une certaine place de l'amnistie dans les relations entre l'Etat requérant et l'Etat requis	680
2. Une place moindre de l'amnistie internationale <i>de facto</i> issue d'un Etat tiers à l'extradition	683
B. Le caractère provisoire des amnisties de facto mises en place pour des exigences exclusivement diplomatiques	684
1. Une amnistie internationale <i>de facto</i> à la valeur juridique toujours discutable 685	
2. Une amnistie aux effets contournables.....	689
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	693
ANNEXES	699
1. DISPOSITIONS NORMATIVES	699
<i>ANNEXE I</i> The treaty of peace between the allied and associated powers and Turkey signed at Sèvres, August 10, 1920, extraits (anglais).....	648
<i>ANNEXE II</i> Déclaration de Moscou, 1943, extraits (anglais).....	649
<i>ANNEXE III</i> Loi n° 10 du Conseil de contrôle, adoptée le 20 décembre 1945, Journal officiel du Conseil de contrôle pour l'Allemagne, 1946, n° 3, extraits (anglais) 651	

Table des matières

<i>ANNEXE IV</i>	ETATS-UNIS: President Gerald R. Ford's Proclamation 4311, Granting a pardon to Richard Nixon, September 8, 1974, Gerald R. Ford Library and Museum (anglais)	652
<i>ANNEXE V</i>	CHILI : Decreto Ley n° 2 191, 18 de abril de 1978 (Ley de amnistía) , Diario oficial, n° 30.042, Apr.19, 1978, extraits (espagnol).....	653
<i>ANNEXE VI</i>	ARGENTINE : Loi n° 23.040 du 27 décembre 1983, Boletín Oficial 29/12/83, extraits (espagnol)	654
<i>ANNEXE VII</i>	ARGENTINE : Loi n° 23 521 du 4 juin 1987, dite « loi de l'obéissance due », Anales de legislaciòn de jurisprudencia, Argentina n° 335, extraits (espagnol)	655
<i>ANNEXE VIII</i>	ETATS-UNIS: President Georges Bush's Proclamation 6518 (<i>Iran-Contra pardons</i>), Federal Register 57 n° 252 (24 December 1992)992 (anglais)	656
<i>ANNEXE IX</i>	AFRIQUE DU SUD : Promotion of National Unity and Reconciliation Act, 1995, office of the President, N° 1111, extraits (anglais)	660
<i>ANNEXE X</i>	Statut de la CPI adopté le 17 juillet 1998, articles 5 à 8	671
<i>ANNEXE XI</i>	Statut de la CPI adopté le 17 juillet 1998, articles 27 et 28 ...	676
<i>ANNEXE XII</i>	RUSSIE: President's decree of december 31, 1999, n 1763 On guarantees to a president of the russian federation having relinquished his duties, and to his family members, extraits, (anglais, traduction non officielle).....	677
<i>ANNEXE XIII</i>	ITALIE: Decreto-legge, disposizioni urgenti in vista dell'introduzione dell'euro, in materia di tassazione dei redditi di natura finanziaria, di emersione di attivita detenute all'estero, di cartolarizzazione e di altre operazioni finanziarie, 25 settembre 2001, extraits (italien).....	679
<i>ANNEXE XIV</i>	BELGIQUE : Loi modifiant la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire 23 avril 2003, extraits	681
<i>ANNEXE XV</i>	BELGIQUE : Loi relative aux violations graves du droit international humanitaire 5 août 2003, extraits	682
<i>ANNEXE XVI</i>	CAMBODGE : Loi relative à la création de Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens pour juger les crimes qui ont été commis durant la période du Kampuchea démocratique promulguée par le roi du Cambodge le 10 août 2001, après son adoption par l'Assemblée nationale le 2 janvier 2001 et par le Sénat le 15 janvier 2001, extraits (anglais, traduction non officielle)	683
2. JURISPRUDENCE		685
<i>ANNEXE XVII</i>	AFRIQUE DU SUD: Constitutional Court Of South Africa The Azanian Peoples Organization (Azapo) First Applicant; Nontsikelelo Margaret Biko Second Applicant; Churchill Mhleli Mxenge Third Applicant;	

Chris Ribeiro Fourth Applicant v. The President Of The Republic Of South Africa and others, Case Cct 17/96, Heard On: 30 May 1996 - Decided On: 25 July 1996, extraits (anglais)	685
ANNEXE XVIII AFRIQUE DU SUD: Constitutional Court of South Africa President of the Republic of South Africa & others v Hugo [1997] ICHRL 38 (18 April 1997)	694
ANNEXE XIX ESPAGNE/CHILI: Chambre criminelle de l'Audiencia Nacional, formation plénière, arrêts confirmatifs 84/98 et 173/98, des 5 et 6 novembre 1998, sala de lo penal, pleno rollo de apelación 84/98, 173/98, section primera, juzgado central de instrucción número seis, extraits (espagnol)	694
ANNEXE XX ARGENTINE: Juez porteño Rodolfo Canicoba Corral, inconstitucionalidad de los indultos a Juan Bautista Sasiañ, José Montes, Andrés Ferrero, Adolfo Sigwald, Jorge Carlos Olivera Rovere y Carlos Guillermo Suárez Mason, 19 de marzo de 2004, extraits (espagnol)	697
ANNEXE XXI CHILI: Cour suprême du Chili, 18 nov. 2004, Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda et Marcelo Luis Manuel Moren Brito, Krassnoff Martchenko y otr., Rol. n° 517-2004, extraits (espagnol)	707
ANNEXE XXII ARGENTINE: Cour suprême d'Argentine, Buenos Aires, décision du 14 juin 2005, recurso de hecho, S. 1767, XXXVIII, extraits (espagnol)	715
PRINCIPALES RÉFÉRENCES JURISPRUDENTIELLES	785
<i>JURISPRUDENCE NATIONALE</i>	785
<i>JURISPRUDENCE REGIONALE</i>	788
<i>JURISPRUDENCE INTERNATIONALE</i>	789
PRINCIPALES RÉFÉRENCES NORMATIVES	793
<i>DROIT INTERNE</i>	793
<i>DROIT INTERNATIONAL</i>	795
BIBLIOGRAPHIE	801
I. <i>OUVRAGES GÉNÉRAUX, MANUELS, DICTIONNAIRES ET LEXIQUES</i>	801
II. <i>OUVRAGES SPÉCIAUX, MONOGRAPHIES ET THESES</i>	802
III. <i>ARTICLES DE DOCTRINE ET AUTRES CONTRIBUTIONS</i>	807
IV. <i>RAPPORTS</i>	824
V. <i>ARTICLES DE PRESSE, DOCUMENTS AUDIOVISUELS, ENTRETIENS</i>	827
INDEX ALPHABÉTIQUE	835
TABLE DES MATIÈRES	842

