
Les Institutions de clémence en Europe (Amnistie, Grâce, Prescription)

Sous la direction de

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

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

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

**Unité Mixte de Recherche de droit comparé de Paris
(UMR 8103 - PARIS 1/CNRS)**

Février 2006



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

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

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

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

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

II – Méthode de la recherche

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

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

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

² Celle-ci prévoyait comme lignes directrices :

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

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

⁴ Coordonnée par Bertrand MATHIEU, Michel VERPEAUX et Hélène RUIZ FABRI, Professeurs à l'Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne.

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

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

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

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

III - Résultats de la recherche

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

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

1. L'amnistie⁹, dans des termes très généraux « pardon étendu par le gouvernement à un groupe ou une catégorie de personnes »¹⁰, est aussi plus ponctuellement qualifiée de cause d'exclusion de l'imputabilité d'un certain crime ou encore, plus précisément, comme un « acte du pouvoir souverain immunisant des personnes de toute poursuite pénale pour des crimes passés »¹¹. Toutefois il s'agit d'un terme polysémique ou, au moins, d'un mot caméléon, couvrant des situations très hétérogènes. Sa définition peut donc représenter un exercice insidieux, son sens variant selon le contexte de référence mais gardant un noyau dur de signification détectable à partir de son étymologie (défense de se souvenir ou, à l'inverse, obligation d'oublier). La pluralité des sens possibles se reflète tout d'abord dans l'ambiguïté de son domaine d'application. « Terme de droit pénal interne désignant la mesure pour laquelle le législateur décide de ne pas poursuivre les auteurs de certains infractions ou de ne pas appliquer les condamnations [...] »¹²; il peut aussi indiquer la « [c]ause d'un traité de paix par laquelle les parties renoncent à leurs griefs, que ceux-ci soient antérieurs ou consécutifs à la guerre »¹³. En particulier dans ce dernier domaine, les frontières de l'exemption sont très flexibles et couvrent souvent une multitude de domaines. L'article 2 du Traité d'Osnabruck du 24 Octobre 1648 fournissait une description particulièrement suggestive de cette institution, en prévoyant « [...] que toutes les rigueurs, violences, hostilités et défenses qui ont été faites et causées de part et d'autre, tant avant que pendant la guerre, de fait, de parole ou par écrit, sans aucun égard aux personnes et aux choses, soient entièrement abolies : si bien que tout ce que l'on pourrait demander et prétendre de l'autre à ce sujet, soit enseveli dans un perpétuel oubli ». La définition est exemplaire : l'oubli sera « perpétuel », le passé passe et

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

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

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

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

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

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

n'a plus *le temps* pour resurgir, le droit à la mémoire est enterré, la mémoire du droit interrompue. Face à cette complexité, certaines distinctions apparaissent nécessaires.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Belgique, si les grâces collectives sont accordées d'office, la grâce individuelle doit être sollicitée. Certains systèmes combinent les deux formules.

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

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

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

- Le troisième point consiste à se demander si, dans un climat de juridictionnalisation accrue des rapports sociaux, on pourrait escompter un développement du contrôle juridictionnel de la grâce. Le tableau est là encore assez variable et nuancé, puisque cela peut

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

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

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

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

choix émis également par la Belgique. La statut de la CPI pose, en surplus des limites matérielles, une limite temporelle à l'exercice de la réduction de peine en faveur d'une personne condamnée devant elle, qui doit avoir exécuté au moins les deux tiers de sa peine, ou accompli vingt-cinq années d'emprisonnement en cas de condamnation à perpétuité.

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

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

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

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

d'adhésion aux traités spécifiques à l'imprescriptibilité (Convention des Nations Unies de 1968 et Convention du Conseil de l'Europe de 1974). L'adoption du Statut de Rome représente, partant, un pas très important vers la reconnaissance de l'imprescriptibilité des graves crimes internationaux objets du traité. Venant codifier une règle de droit coutumier existante pour les crimes de génocide et crimes contre l'humanité, l'article 29 du Statut pourrait bien représenter le point de départ de l'élaboration d'une règle internationale de droit coutumier pour les autres crimes objets du traité.

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

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

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

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

²¹ *Affaire Barrios Altos contre Pérou*.

de rappeler le droit, la loi - d'autant que l'interdiction des crimes en cause a valeur impérative -, et de prévenir la répétition de l'illicite ; d'autre part, et surtout, en se plaçant du côté de la victime : droit à la vérité, droit au recours effectif et droit à réparation et obligation pour l'Etat d'enquêter et de poursuivre les auteurs des actes. Les évolutions du droit international général (sur les implications de l'engagement de la responsabilité internationale des Etats) et les évolutions du droit international des droits de l'homme (droit à réparation des victimes, droit au recours effectif) se conjuguent ainsi en faveur d'une imprescriptibilité.

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

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

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

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

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