



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

FLORE

Repository istituzionale dell'Università degli Studi di Firenze

Le droit international et les obstacles à la mise en oeuvre de la responsabilité pénale pour crimes internationaux

Questa è la Versione finale referata (Post print/Accepted manuscript) della seguente pubblicazione:

Original Citation:

Le droit international et les obstacles à la mise en oeuvre de la responsabilité pénale pour crimes internationaux / M.Frulli. - STAMPA. - (2002), pp. 215-253.

Availability:

The webpage <https://hdl.handle.net/2158/360563> of the repository was last updated on

Publisher:

Presses Universitaires de France

Terms of use:

Open Access

La pubblicazione è resa disponibile sotto le norme e i termini della licenza di deposito, secondo quanto stabilito dalla Policy per l'accesso aperto dell'Università degli Studi di Firenze (<https://www.sba.unifi.it/upload/policy-oa-2016-1.pdf>)

Publisher copyright claim:

La data sopra indicata si riferisce all'ultimo aggiornamento della scheda del Repository FloRe - The above-mentioned date refers to the last update of the record in the Institutional Repository FloRe

(Article begins on next page)

CHAPITRE 2

*Le droit international
et les obstacles à la mise en œuvre
de la responsabilité pénale
pour crimes internationaux*

Micaela Frulli*

Le chapitre précédent, consacré aux règles internationales relatives aux critères juridictionnels pour la poursuite des crimes internationaux, nous a bien montré qu'il y a encore du chemin à faire dans la lutte contre l'impunité, même pour ce qui est des crimes internationaux les plus graves, puisqu'on a constaté que l'exercice de la juridiction pénale universelle pour les crimes internationaux n'est pas obligatoire¹.

Le chemin est encore plus long si l'on tient compte des obstacles qui peuvent empêcher l'exercice de la juridiction pénale, parfois même au cas où un État serait disposé à l'exercer. Parmi ces obstacles on va examiner tout d'abord les normes internationales en matière d'immunités – à la fois fonctionnelles et personnelles –. Ensuite nous analyserons les règles en matière de prescription et d'amnistie.

Bien que le chemin soit long, la communauté internationale s'est mise en route. Ces dernières années, l'on a constaté des développements remarquables en faveur de la suppression des obstacles mentionnés ci-dessus. Il faut donc les analyser afin de savoir s'ils ont entraîné la modification ou la création de nouvelles normes coutumières.

* Jean Monnet Fellow, Département de Droit, Institut Universitaire Européen, Florence.

¹ Voir *supra* Gaeta P., « Les règles internationales sur les critères de compétence des juges nationaux ».

I | CRIMES INTERNATIONAUX
ET IMMUNITÉS DE DROIT INTERNATIONAL

En droit international on distingue généralement les immunités accordées aux individus-organes de l'État en deux catégories : les immunités fonctionnelles (ou *ratione materiae*) et les immunités personnelles (ou *ratione personae*).

Les immunités fonctionnelles sont prévues pour tout individu-organe d'un État dans l'exercice de ses fonctions publiques car il agit pour le compte de l'État. Par conséquent, les immunités de ce type couvrent exclusivement les actes accomplis dans l'exercice des fonctions publiques, car ces actes sont attribués à l'État et non aux individus-organes en tant que personnes privées. Puisqu'il s'agit d'immunités liées à la nature de l'acte, leur validité dans le temps s'étend au-delà de la cessation de la fonction de l'individu-organe².

Les immunités personnelles ou diplomatiques sont accordées à certaines catégories d'individus-organes - notamment les agents diplomatiques³ - qui exercent leurs fonctions sur le territoire d'un État étranger, afin d'assurer le libre exercice de leurs tâches (*ne impediatur legatio*). Elles sont donc liées au statut de ces organes et sauvegardent la fonction qu'ils exercent. Les immunités *ratione personae* couvrent tant les actes accomplis pendant l'exercice du mandat officiel que ceux accomplis auparavant, indépendamment de leur nature⁴ et sur n'importe quel territoire. Mais contrairement aux

² Voir P.De Sena, *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali*, Milano 1996, qui expose de manière complète les principales constructions théoriques qui justifient l'attribution des immunités fonctionnelles aux individus-organes : première partie, *passim*.

³ Les règles relatives aux immunités des agents diplomatiques sont contenues dans la Convention sur les relations diplomatiques (Vienne, 1961); voir J.Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, Bruxelles, 1994, *passim*. Les immunités diplomatiques sont accordées, par analogie avec les agents diplomatiques, aux chefs d'État, aux chefs de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères quand ils se trouvent à l'étranger, voir Sir A.Watts, « *The Legal Position in International Law of Heads of State, Heads of Government and Foreign Ministers* », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1994 (III), p.9. Au contraire, les agents consulaires bénéficient seulement des immunités fonctionnelles (art. 43,1, de la Convention sur les relations consulaires (Vienne, 1963).

⁴ Voir Y.Dinstein, « *Diplomatic Immunity from Jurisdiction Ratione Materiae* », *International and Comparative Law Quarterly*, 1966, p.77. Par contre il y a des auteurs qui ont affirmé que les agents diplomatiques jouissent des immunités seulement pour les actes privés (car les actes officiels ne leur sont pas imputables), voir H.Kelsen, *Principles of International Law*, New York, 1952, p229-231; J.Kunz, « *Privileges and Immunities of International Organizations* », *American Journal of International Law*, 1947, p.838 ; G.Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, 1967, p. 215 et ss.

immunités fonctionnelles, les immunités diplomatiques ne survivent pas après la cessation de la fonction⁵.

Les organes d'État qui jouissent des immunités diplomatiques bénéficient concurremment des immunités fonctionnelles : pour eux donc les deux types d'immunités coexistent jusqu'à la cessation de leur fonction. Dans la pratique, la distinction entre les deux catégories gagne donc une importance particulière après la cessation des fonctions publiques⁶. Il semble toutefois utile de maintenir cette distinction en essayant de vérifier si, pour les crimes internationaux, il est possible (et éventuellement dans quelle mesure et sur quelle base) de déroger aux immunités, dont certains organes d'État bénéficient à double titre.

La position particulière revêtue par les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les Ministres des affaires étrangères, et les conséquences qui en découlent méritent des observations à part. En particulier, il faut se demander si un chef d'État (ou un chef de gouvernement ou un Ministre) en exercice, une fois accusé de crimes internationaux, continue à bénéficier des immunités même quand il se trouve à l'étranger en visite privée (*incognito*).

De même, il faut distinguer entre les crimes contre la paix, les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide (qu'on appelle aussi en anglais les *core crimes* et qu'on indiquera dans ce chapitre comme les crimes internationaux les plus graves) d'une part, et les autres crimes internationaux de l'autre.

A) Crimes internationaux et immunités fonctionnelles

1. Les procès des grands criminels de la seconde guerre mondiale

L'événement décisif pour l'établissement de la responsabilité pénale individuelle sur le plan international⁷ et pour la création d'une exception aux immunités fonctionnelles accordées aux hauts officiers en cas de violations graves de droit international fut, après la

⁵ Il faut toutefois souligner que l'État accréditaire peut renoncer aux immunités diplomatiques accordées à ses représentants avant que leurs fonctions n'aient cessé.

⁶ « (...) *immunity ratione materiae exists all along, side by side with immunity ratione personae. If it is not noticed prior to the conclusion of the diplomatic assignment, this is due to the fact it is eclipsed by the shadow of the personal immunity* », Dinstein, *op. cit.*, p.79.

⁷ Jusqu'à la fin de la première guerre mondiale, la responsabilité pour les violations des lois et coutumes de la guerre était attribuée principalement à la partie belligérante à laquelle les criminels de guerre appartenaient. Selon le droit traditionnel des conflits armés il fallait cependant faire exception à cette règle en temps de guerre en cas des crimes commis par les soldats et les officiers subalternes de la hiérarchie militaire. Voir O.Triffterer, Article 27, in O.Triffterer (dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999, p.502.

seconde guerre mondiale, l'institution des tribunaux militaires interalliés de Nuremberg et Tokyo⁸.

Aux termes de l'article 7 du Statut du Tribunal de Nuremberg : « La situation officielle des accusés, soit comme chef d'État, soit comme hauts fonctionnaires, ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire, ni comme un motif de diminution de la peine ». Voici donc une dérogation explicite et spécifique aux immunités dont jouissent ceux qui occupent les positions élevées dans la hiérarchie étatique. Une disposition presque identique est contenue dans l'article 6 du Statut du Tribunal de Tokyo⁹.

Les deux tribunaux interalliés jugèrent effectivement quelques dizaines de hauts fonctionnaires et officiers. Le tribunal de Nuremberg condamna aussi Dönitz, le chef d'État allemand ayant succédé à Hitler. Les règles contenues dans les Statuts des Tribunaux militaires et les jugements représentent la première étape de la formation d'une règle qui prévoit la responsabilité pénale individuelle pour les crimes internationaux compris dans les quatre catégories mentionnées ci-dessus et, parallèlement, d'une règle prévoyant une dérogation aux immunités fonctionnelles pour ces mêmes crimes¹⁰. En raison de leur gravité, ces crimes ne peuvent jamais être considérés comme des actes imputables seulement à l'État pour le compte duquel l'organe a agi : on comprend donc comment la responsabilité pénale pour crimes internationaux est strictement liée, ontologiquement, à l'exception aux immunités *ratione materiae*¹¹.

Cette dérogation a successivement été appliquée par les tribunaux militaires alliés institués aux termes de la loi n°10 du Conseil de contrôle interallié du 20 décembre 1945, qui sur ce point reproduisait presque à la lettre le Statut de Nuremberg (art.II, 4).

⁸ Une première tentative de traduire en justice tout criminel de guerre, indépendamment du grade militaire revêtu, et de faire donc exception aux immunités liées à la fonction justement en cas des crimes de guerre a été réalisée par le Traité de Versailles conclu à la fin du premier conflit mondiale (articles 228-229). Le Traité de Versailles mit même en accusation l'ex-Empereur d'Allemagne Guillaume II de Hohenzollern pour offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités (article 227). Malgré les normes du Traité de Versailles, l'ex-Empereur ne fut jamais extradé par les Pays Bas et les procès intentés contre les responsables de crimes de guerre ne furent qu'un échec.

⁹ L'article 6 du Statut du Tribunal de Tokyo ne mentionne pas la position de chef d'État puisque on avait déjà décidé de ne pas engager de poursuites contre l'Empereur Hirohito.

¹⁰ « (Il s'agit ici de la naissance d'une règle contingente du droit coutumier, d'une règle qui a été moulée au hasard des pratiques des États. La responsabilité criminelle qui frappe chacun sans exception est l'expression d'une nouvelle conception de l'ordre public international instaurée dès 1945 avec la Charte des Nations Unies », C.Tomuschat, « La cristallisation coutumière », in Ascensio H., Decaux E., Pellet A. (dir.), *Droit international pénal*, Paris, 2000, p.26.

¹¹ « 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. (...) individuals have international duties that transcend national obligations of obedience imposed by an individual state. He who violates the laws of war cannot obtain immunity while acting in pursuance of the authority of the state if the state in authorizing action moves outside its competence under international law », Jugement de Nuremberg, p.223.

Parmi les procès des grands criminels de la seconde guerre mondiale qui se sont déroulés devant les juridictions nationales, le seul où l'on a soulevé la question de l'immunité fonctionnelle - plus précisément de l'attribution à l'État des activités officielles de ses organes - fut le procès qui se déroula en Israël contre Adolf Eichmann¹². Les deux tribunaux israéliens saisis de l'affaire rejetèrent la théorie de l'acte d'État¹³ et affirmèrent clairement que tout officier qui avait participé à la « solution finale » était individuellement responsable, abstraction faite de sa qualité officielle. Les juges israéliens, en réfutant une des plus importantes doctrines sur lesquelles se fondent les immunités fonctionnelles, suivirent celle qu'on a défini comme la *logique de Nuremberg*¹⁴.

2. Les instruments juridiques internationaux élaborés depuis la deuxième guerre mondiale

a) Les Conventions pour la prévention et la répression de crimes graves et les Statuts des Tribunaux pénaux internationaux

La même logique imprègne la plupart des instruments juridiques concernant les crimes internationaux élaborés après la seconde guerre mondiale, de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide au Projet de Code de la Commission de droit international (CDI) sur les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité¹⁵. Il est naturel qu'on la retrouve aussi dans les Statuts

¹² *Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann* (Case N° 40/61), District Court of Jerusalem, in *Int. Law Reports*, vol.36, pp.18-276. Voir aussi l'arrêt de la Cour suprême d'Israël (case N° 336/61, 1961), *ibidem*, pp.277-342. En doctrine, voir J.Fawcett, « *The Eichmann Case* » in *British Yearbook of International Law*, 1962, pp.183-208.

¹³ « *The very contention that the systematic extermination of masses of helpless human beings by a Government or régime could constitute an Act of State, appears to be an insult to reason and a mockery of law and justice* », Arrêt de la Cour Suprême d'Israël, *op. cit.*, p.312.

¹⁴ Dupuy P.M., « Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des secondes », *Revue générale de droit international public*, 1999, p.290.

¹⁵ En particulier, le fait que l'auteur d'un crime international ne peut se cacher derrière sa qualité officielle est réaffirmé dans l'article IV de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948 (Article IV : « Les personnes ayant commis le génocide ou quelconque des autres actes énumérés à l'article III seront punies, qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers ») et dans les Principes de Nuremberg adoptés par la Commission de droit international (CDI) en 1950 (Principe III : « Le fait que l'auteur d'un crime international ait agi en qualité de chef d'État ou de fonctionnaire ne dégage pas sa responsabilité en droit international » : UNGAOR, 5ième session, Supplément n.12, A/1316, 1950). Le défaut de pertinence de la qualité officielle est incorporé ensuite dans la Convention contre le crime d'*apartheid* de 1973 (Art. III : « Sont tenus pour pénalement responsables sur le plan international, et quel que soit le mobile, les personnes, les membres d'organisations et d'institutions et les représentants de l'État, qu'ils résident sur le territoire de l'État dans lequel les actes sont perpétrés ou dans un autre État (...) ») et dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984 (Dans la définition de torture adoptée par la Convention de 1984 la qualité officielle est un élément constitutif du crime même, il est donc évident que la qualité officielle ne garantit aucune immunité et qu'il y a une dérogation implicite. (Article 1 : « ... le terme 'torture' désigne tout

des deux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, qui excluent la possibilité d'invoquer la qualité officielle comme cause d'irresponsabilité pour les crimes prévus dans les Statuts. L'article 7 (2) du Tribunal Pénal pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) mentionne explicitement les chefs d'État et de gouvernement parmi les hauts fonctionnaires qui ne peuvent pas être exonérés de la responsabilité pénale¹⁶. La jurisprudence du TPIY a confirmé à plusieurs reprises que pour les crimes prévus dans son Statut il y a une exception aux immunités fonctionnelles¹⁷ et que cette exception est prévue par le droit international coutumier¹⁸. Les juges du TPIY ont soutenu aussi que la haute position hiérarchique peut être même une circonstance aggravante¹⁹. En conformité avec ces normes, Slobodan Milosevic - ancien chef d'Etat en tant que ex-Président de

acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances *sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite...* », italique de l'auteur). Le principe a encore été réaffirmé par la CDI dans son Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996 (Article 7 « La qualité officielle de l'auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, même s'il a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernement, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine ». Voir aussi le Commentaire par la CDI à l'adresse <http://www.un.org/law/ilc/texts/dccomfra.htm>).

¹⁶ « La qualité officielle d'un accusé, soit comme chef d'État ou de gouvernement, soit comme haut fonctionnaire, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine ». Le Statut du TPIR contient une disposition visant à exclure l'application des immunités fonctionnelles pour les hauts fonctionnaires publics. Un article presque identique est inséré aussi dans le Statut du Tribunal Spécial pour la Sierra-Leone, institué par traité entre les Nations Unies et le gouvernement de la Sierra-Leone: Article 6, 2. Le Statut du Tribunal spécial est contenu dans un Rapport du Secrétaire général de Nations Unies, doc. S/2000/915, Annexe et Pièce jointe. Voir Frulli M., « *The Special Court for Sierra Leone : Some Preliminary Comments* », *European Journal of International Law*, 2000, pp.857-869.

¹⁷ En adressant une demande officielle au gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine aux fins de dessaisissement en faveur du TPIY de toutes les enquêtes et poursuites pénales concernant *Radovan Karadzic, Ratko Mladic et Mico Stanisic* (Affaires IT-95-5-D et IT-95-18), une des Chambres de première instance du TPIY a observé: « ...*the official capacity of an individual even de facto in a position of authority - whether as military commander, leader, or as one in government - does not exempt him from criminal responsibility and would tend to aggravate it; and, moreover, it is that position of authority which would have enabled the suspects to plan, instigate, or order the crimes in respect of which the above-mentioned investigations have been conducted, or given them the means to prevent the said crimes, or at the least to punish their perpetrators* », Décision du 16 Mai 1995, par.24.

¹⁸ « Les individus sont personnellement responsables, quelles que soient leurs fonctions officielles, fussent-ils chefs d'État ou ministres. L'article 7 (2) du Statut et l'article 6 (2) du Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda ('TPIR') sont indiscutablement déclaratoires du droit international coutumier », *Le Procureur c. Furundzija*, 10 décembre 1998, par.140.

¹⁹ « ... il ne fait aucun doute que la position de supérieur hiérarchique peut justifier une aggravation de la peine, laquelle doit être d'autant plus lourde que l'accusé est haut placé dans la hiérarchie civile ou militaire. L'autorité effective exercée apparaît plus déterminante en l'espèce que la seule position hiérarchique », *Le Procureur c. Blaskic*, 3 mars 2000, par.788.

la République fédérale de Yougoslavie – est actuellement sous procès devant le TPIY²⁰.

L'article 27 Statut de la CPI établit le défaut de pertinence de la qualité officielle de façon très claire et dresse une liste détaillée – qui d'ailleurs n'est pas exhaustive²¹ – des organes d'État, y compris les chefs d'État et de gouvernement, pouvant encourir la responsabilité pénale²².

La raison d'être de cette liste, comme il a déjà été observé, est liée au mécanisme de la complémentarité et à l'existence des immunités de droit interne²³.

b) Les Conventions en matière de terrorisme international

Le terrorisme international mérite des observations quelque peu différentes. La communauté internationale n'a pas réussi à donner une définition générale du crime de terrorisme international. Toutefois les États ont élaboré de nombreuses conventions pour ce qui est des actes terroristes spécifiques, qui établissent des régimes particuliers à caractère conventionnel²⁴. Dans ces conventions aucune

²⁰ La condamnation de l'ex Premier Ministre du Rwanda, Jean Kambanda, par le TPIR sert aussi à illustrer l'exception : « Jean Kambanda a abusé de son autorité et de la confiance de la population civile. Il a personnellement participé au génocide en distribuant des armes, en prononçant des discours incendiaires et en présidant des conseils de cabinet et d'autres réunions au cours desquels les massacres ont été planifiés et débattus. Il a failli à l'obligation qui lui était faite de prendre toutes les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher ses subordonnés de commettre des crimes contre la population. L'abus d'autorité ou de confiance est généralement considéré comme une circonstance aggravante », *Le Procureur c. Kambanda*, 4 septembre 1998, par.44. La Loi organique rwandaise du 30 août 1996 est conforme à la règle là où elle inclut parmi les responsables des crimes : « La personne qui a agi en position d'autorité au niveau national, préfectoral, communal, du secteur ou de la cellule, au sein de partis politiques, de l'armée, des confessions religieuses ou des milices, qui a commis ces infractions ou encouragé les autres à le faire ».

²¹ « *It aims to include all the capacities which might – according to the old Act of State doctrine – tempt the person to claim immunity from criminal responsibility and to hide him behind any position which might be strong enough to support his or her endeavours to attain impunity* », Triffterer O., Article 27, *op.cit.*, p.509.

²² « 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 ».

²³ Voir P.Gaeta P., « *The Irrelevance of Official Capacities and Immunities* », à paraître in Cassese A., Gaeta P. and Jones J. (dir.), *Commentary to the ICC Statute*, Oxford, Juillet 2002.

Si les États parties au Statut de Rome n'adaptent pas leurs législations nationales afin de rendre inopérantes les immunités de droit interne, la Cour peut demander que les tribunaux internes soient dessaisis d'une affaire. Les États membres de la CPI sont donc engagés à modifier leurs règles internes en conformité avec le Statut de la CPI. De nombreux États ont déjà procédé aux modifications nécessaires, parfois même à des modifications constitutionnelles, voir, par exemple, la loi constitutionnelle française de 8 juillet 1999.

²⁴ Par exemple la Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs (1963) ; Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (1970) ; Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (1971) ; Convention internationale contre la prise d'otages (1979) ; et plus récemment la

mention n'est faite du défaut de pertinence de la qualité officielle des individus-organes. Les États n'ont jamais ressenti le besoin d'invoquer à ce sujet les immunités fonctionnelles pour leurs organes car, en réalité, ils sont très réticents à admettre la possibilité que leurs agents - même des agents *de facto* - soient impliqués dans des actes terroristes, qui leur seraient pour autant aussi imputables. La Libye, par exemple, n'a jamais admis que les deux individus chargés de l'attentat de Lockerbie pouvaient être considérés comme ses agents²⁵ ; par conséquent, les immunités fonctionnelles n'ont jamais été mises en cause.

Il faut pourtant se demander s'il existe une règle qui prévoit une exception aux immunités fonctionnelles en cas des crimes internationaux de terrorisme. Sur le plan général, le problème ne se pose pas quand il est impossible d'attribuer la responsabilité d'un acte terroriste à un organe d'État : le régime des immunités fonctionnelles n'est évidemment pas applicable quand les crimes de terrorisme international sont imputables à des individus ou groupes d'individus²⁶. Au cas où, par contre, l'on arriverait à établir entre les responsables des actes terroristes et un État un lien tel que les terroristes peuvent être considérés comme organes d'État (même comme agents *de facto*), il faudrait se demander dans quelle mesure le régime des immunités fonctionnelles trouve une application et ensuite s'il y faut admettre une exception pour ces crimes.

On peut imaginer que les responsables présumés d'un acte terroriste agissent en qualité d'agents secrets - et donc couvert par l'appareil étatique - ou bien qu'ils soient membres d'un groupe terroriste agissant sous les instructions ou sous le contrôle d'un État, c'est-à-dire comme organes *de facto*²⁷. Au cas où il s'agirait de membres des services secrets, l'on pourrait peut-être envisager l'application des règles sur l'immunité fonctionnelle²⁸. Il faudrait ensuite se demander si l'on fait exception à ces règles - même devant

Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (1997). Voir le chapitre de Gaeta, *supra, passim*.

²⁵ Voir le compte-rendu de l'audience publique (17 octobre 1997) de la Cour de justice internationale sur l'affaire relative à des « Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie ». En particulier l'opinion exprimée par le Prof. Jean Salmon (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), CR/97/20, par.3.5. (www.icj-cij.org).

²⁶ Voir à ce propos les observations de Zappalà S., « *Do Heads of State Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case before the French Cour de Cassation* », *European Journal of International Law*, 2001, 595-612. Sur l'affaire Khadafi voir *infra*.

²⁷ La CDI dans son commentaire au Projet d'article sur la Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (adopté en 2001) n'arrive pas à donner un exemple d'organe *de facto*, dont la définition est pourtant dans l'article 8 du Projet : « Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État », A/CN.4/L.602/Rev.1

²⁸ *Contra* Morelli, qui affirme que les immunités fonctionnelles ne sauraient jamais couvrir les activités secrètes, telles que l'espionnage ou le sabotage, voir Morelli G., *op.cit.*

le silence des Conventions en matière de terrorisme international - en suivant l'exemple donné par les Conventions mentionnées au paragraphe précédent. La question devient plus compliquée si l'État auquel appartiennent les agents secrets soutient, par exemple, qu'ils ont outrepassé leur compétence ou contrevenu à leurs instructions ou bien qu'ils ont agi à titre privé²⁹. Dans ces hypothèses, en laissant de côté toute question relative à la responsabilité de l'État, il semble plus difficile que les agents puissent jouir des immunités fonctionnelles. La question est encore différente en ce qui concerne l'hypothèse des organes *de facto*, dont la notion n'a pas de contours nets³⁰. Le lien grâce auquel on peut attribuer la responsabilité à un État pour les comportements d'une personne ou d'un groupe de personnes qui agit en fait sur les instructions, les directives ou sous le contrôle de cet État suffit-il à attribuer aux organes *de facto* une immunité fonctionnelle? Si l'agent *de facto* est « seulement » membre d'une organisation terroriste, il semble assez difficile qu'il puisse bénéficier des immunités liées à la fonction publique car on ne saurait imaginer la nature publique des activités d'une telle organisation : il s'agirait d'un cas qui ne répond pas du tout à la raison d'être de ce type d'immunité. À plus forte raison, l'agent *de facto* qui agit *ultra vires* ne bénéficie pas d'immunité³¹.

De toute manière, il est incontestable que si la gravité de certains actes terroristes est telle qu'ils peuvent être qualifiés, par exemple, de crimes contre l'humanité³², ceux qui en sont responsables - en supposant qu'ils soient des organes d'État bénéficiant des immunités - ne pourraient jamais invoquer les immunités fonctionnelles.

3. Une exception consolidée

²⁹ Il s'agit des situations qui ne sont pas faciles à distinguer. La CDI a souligné la difficulté de « distinguer, d'une part, les cas où les fonctionnaires ont agi en leur qualité en tant que telle, bien que de manière illicite ou en violation des instructions reçues, et, d'autre part, les cas où leur comportement est si éloigné du champ de leurs fonctions officielles qu'il devrait être assimilé à celui de personnes privées, non attribuable à l'État », Commentaire à l'article 7, paragraphes 7-8, *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10, chp.IV.E.1)*.

³⁰ Voir Kress C., « L'organe *de facto* en droit international public. Réflexions sur l'imputation à l'État de l'acte d'un particulier à la lumière des développements récents », *Revue générale de droit international public*, tome 105, 2001, pp.93-141.

³¹ La question de l'attribution à l'État du comportement d'un agent *de facto* agissant *ultra vires* a été soulevée par la Chambre d'appel du TPIY dans l'affaire *Procureur v. Tadic* (15 Juillet 1999), paragraphe 119.

³² Une attaque terroriste comme celle qui a causé l'effondrement des tours à New York, par exemple, peut bien être considérée comme un crime contre l'humanité, car elle a été commise « dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque », voir Cassese A., « *Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories* », disponible sur le site internet du *European Journal of International Law*, à l'adresse: http://www.ejil.org/forum_WTC/ny-cassese.html.

L'existence d'une exception coutumière aux immunités fonctionnelles en cas des crimes internationaux a été confirmée aussi dans des décisions rendues par des juridictions internes, notamment par les deux décisions de la Chambre des Lords dans l'affaire *Pinochet*³³. Dans la première décision les Lords ont affirmé qu'un ancien chef d'État ne bénéficie pas d'immunité pour des actes comme la torture, la prise d'otages et les crimes contre l'humanité commis quand il était dans l'exercice de son mandat. Les Lords ont appuyé leur argumentation sur le droit international coutumier, qui reconnaît depuis longtemps que ces actes constituent des crimes très graves et ne peuvent jamais faire partie de fonctions publiques d'un chef d'État³⁴. En ce qui concerne les immunités *ratione materiae*, la deuxième décision est beaucoup moins intéressante parce qu'elle résout la question dans le cadre du système de la Convention du 1984 qui, comme on l'a déjà indiqué, prévoit implicitement l'exception.

D'après la pratique internationale on peut conclure qu'il existe, en droit international coutumier, une règle qui permet de faire exception aux immunités fonctionnelles pour certaines catégories de crimes internationaux³⁵. L'exception aux immunités fonctionnelles vise tant les hauts fonctionnaires que les chefs d'État et les chefs de gouvernement. Elle opère devant les tribunaux internationaux aussi bien que devant les juridictions internes.

Les crimes internationaux, du moins ceux que le droit international qualifie comme les infractions les plus graves, ne peuvent donc aucunement être couverts par les immunités *ratione materiae*, car ils ne peuvent pas être imputés seulement à l'État dont l'individu est l'organe. Sur le plan des valeurs fondamentales de la communauté internationale, la nécessité de punir les responsables des crimes internationaux prévaut sur la sauvegarde des règles qui établissent les immunités fonctionnelles.

³³ House of Lords, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Other, Ex Parte Pinochet* (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division); *Regina v. Evans and Another 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), Jugement de 25 Novembre 1998. House of Lords, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Other, Ex Parte Pinochet* (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division); *Regina v. Evans and Another 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), Jugement de 24 Mars 1999.

³⁴ Pour l'analyse détaillée des différentes positions des Lords voir, Delmas-Marty M., « la responsabilité pénale en échec », *Crimes internationaux et juridictions nationales* Cassese A., Demas-Marty M. (dir.), P.U.F, juin 2002. Voir aussi Bianchi A., « Immunity versus Human Rights : the Pinochet Case », *European Journal of International Law*, 1999, pp.237-278; Cosnard M., « Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet », *Revue générale de droit international public*, 1999, pp.309-328.

³⁵ L'exception regarde sans aucune doute les génocide, les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, la torture et l'*apartheid*. On ne s'occupe pas, dans la présente étude, de crimes qui gardent un caractère exclusivement conventionnel.

Pourtant, cette logique – comme on le verra ci-dessous – ne s'applique pas jusqu'au bout ; on ne peut pas affirmer aussi clairement que pour les mêmes crimes internationaux la coutume internationale prévoit aussi une exception aux immunités personnelles. La pratique internationale est très pauvre à ce sujet et les termes de la question beaucoup moins définis.

B) Crimes internationaux et immunités personnelles

1. Les immunités personnelles ou diplomatiques en droit coutumier

Les immunités personnelles, comme on la déjà vu, ont une nature, une portée et une finalité différentes par rapport aux immunités fonctionnelles. En particulier, l'immunité personnelle a non seulement un caractère provisoire mais aussi une nature procédurale : cela signifie que lorsqu'un État renonce aux immunités diplomatiques accordées à ses représentants, ces derniers peuvent être poursuivis par l'État accréditaire sans trouver aucun obstacle³⁶.

La seule limite posée par le droit coutumier à l'application des immunités diplomatiques est liée à la nationalité des agents diplomatiques. Afin de bénéficier de l'immunité de la juridiction pénale ils ne doivent pas être citoyens de l'État accréditaire ni y avoir leur résidence permanente. Cette règle vise à éviter l'impunité d'un agent diplomatique ayant la nationalité de l'État accréditaire et y ayant commis un crime. Autrement cet agent, une fois rentré auprès de l'État accréditant, pourrait échapper à la justice.

Le droit coutumier accorde les immunités diplomatiques, par analogie avec les agents diplomatiques³⁷, aussi aux chefs d'État, aux chefs de gouvernement et aux Ministres des affaires étrangères en visite officielle sur le territoire d'un autre État³⁸, ainsi qu'aux représentants envoyés en mission spéciale³⁹.

³⁶ Voir la Convention sur les relations diplomatiques (1961). Sur l'origine historique des immunités personnelles, voir M.Giuliano, « Les relations et immunités diplomatiques », in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1960 (II).

³⁷ Sir Watts parle de « *general analogy with an ambassador's immunity, which is enjoyed in respect of his personal conduct in the forum of the State as much as for his official conduct* », *op.cit.*, p.64. L'analogie pose néanmoins des problèmes évidents, comme celui de savoir quelle est l'autorité compétente qui peut renoncer à l'immunité dont le chef d'État est bénéficiaire.

³⁸ Comme nous avons déjà souligné, le statut juridique de chefs d'État n'est réglé par aucune convention internationale. Dans le projet d'articles sur l'immunité des États de la juridiction élaboré par la CDI on se réfère aux immunités personnelles reconnues aux chefs d'État en faisant tout simplement allusion au droit international coutumier. Voir l'article 3, par.2 e le commentaire y attaché. Sur le statut juridique de chefs d'État voir J.Salmon, *op.cit.* (pp.591-610), et Sir Watts, *op.cit. ibidem, passim*.

³⁹ En particulier, les chefs de gouvernements et les Ministres des affaires étrangères sont inclus dans la catégorie de représentants envoyés en mission spéciale. Voir la Convention sur les missions spéciales, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1969.

Quant aux immunités personnelles on ne peut pas constater l'existence d'une règle coutumière prévoyant l'exception ou la dérogation en cas de crimes internationaux les plus graves. On ne trouve pas non plus de nombreuses dérogations conventionnelles.

2. Une dérogation implicite : les Statuts de Tribunaux pénaux *ad hoc*

Les Statuts des deux tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, en engageant tout État à la coopération avec les TPIY et le TPIR, contiennent une dérogation implicite au régime des immunités diplomatiques. Selon les deux Statuts, les États doivent répondre à toute demande d'assistance ou à toute ordonnance émanant d'une Chambre de première instance⁴⁰. Dans l'hypothèse où le TPIY ou le TPIR délivreraient un mandat international d'arrêt à l'encontre d'un agent diplomatique en poste à l'étranger, les autorités de l'État accréditaire seraient obligées d'exécuter le mandat, en faisant exception à l'inviolabilité de l'agent diplomatique. L'État qui arrête l'accusé n'est pas responsable de la violation des règles sur les immunités diplomatiques, puisque - aux termes de l'article 103 de la Charte des Nations Unies - les obligations découlant de la Charte priment sur les obligations liant les États membres en vertu de tout autre accord international. Etant donné que les Tribunaux ont été institués par décision obligatoire du Conseil de sécurité des Nations Unies, les obligations qui découlent de leurs Statuts sont couvertes par l'article 103. Il en serait de même, *mutatis mutandis*, pour les chefs d'État (ou les chefs de gouvernement ou les ministres en visite officielle à l'étranger) dans l'hypothèse où ils feraient l'objet d'un mandat d'arrêt du TPIY ou du TPIR. En conformité avec ces normes, l'acte d'accusation du TPIY contre Slobodan Milosevic a été formulé quand il était encore Président de la République fédérale de Yougoslavie, c'est-à-dire chef d'Etat en exercice⁴¹.

Toutefois, l'article 103 joue son rôle seulement entre les États membres des Nations Unies. Cela signifie donc que si Slobodan Milosevic eût été arrêté à l'étranger quand il était chef d'État, l'État exécutant le mandat d'arrestation aurait été peut-être responsable envers la République fédérale de Yougoslavie. Car cette dernière

⁴⁰ Le texte de l'article 29 du Statut de TPIY (reproduit par l'article 28 du TPIR) est le suivant: « Article 29. Coopération et entraide judiciaire : 1. Les États collaborent avec le Tribunal à la recherche et au jugement des personnes accusées d'avoir commis des violations graves du droit international humanitaire. 2. Les États répondent sans retard à toute demande d'assistance ou à toute ordonnance émanant d'une Chambre de première instance et concernant, sans s'y limiter : a) l'identification et la recherche des personnes; b) la réunion des témoignages et la production des preuves ; c) l'expédition des documents ; d) l'arrestation ou la détention des personnes ; e) le transfert ou la traduction de l'accusé devant le Tribunal ».

⁴¹ Acte d'accusation du 22 mai 1999 (Affaire IT-99-37), par.43.

n'était pas, jusqu'au 1er novembre 2000, membre des Nations Unies, car elle n'était pas considérée comme l'État successeur de la République socialiste fédérale de Yougoslavie.

3. Une dérogation explicite: le Statut de la Cour Pénale Internationale (CPI)

Le Statut de la CPI prévoit une dérogation explicite aux règles sur les immunités personnelles⁴². Tout d'abord donc, l'article 27 va influencer les règles nationales (des États qui ratifient le Statut) en matière d'immunités personnelles pour qu'elles introduisent une exception pour les crimes prévus par le Statut de la de la Cour⁴³.

En outre, puisque la CPI ne dispose pas d'un appareil coercitif, elle doit compter sur la coopération des États membres pour traduire en justice les accusés. Il faut donc lire l'article 27(2) conjointement avec l'article 98(1), qui envisage la procédure à suivre en cas de conflit entre les obligations découlant du Statut et celles qui découlent de règles internationales sur les immunités, notamment en matière d'inviolabilité de la personne et d'immunité d'exécution : « La Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise ou d'assistance qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en droit international en matière d'immunité des États ou d'immunité diplomatique d'une personne ou de biens d'un État tiers, à moins d'obtenir au préalable la coopération de cet État tiers en vue de la levée de l'immunité » .

La sphère d'application de l'article 27 (2) dépend de l'interprétation qu'on donne à l'expression « État tiers ». Il y a deux interprétations possibles. Selon la première, « État tiers » signifierait tout État - qui soit au moins partie au Statut - différent de l'État devant se conformer aux obligations qui lui incombent en droit international en matière d'immunité. Dans ce cas, l'article 27 (2) serait en définitive inutile puisque la CPI serait toujours obligée de demander la levée de l'immunité, même aux États parties au Statut.

La deuxième interprétation paraît plus plausible : «État tiers» serait tout État qui n'est pas partie au Statut de la Cour. C'est seulement par ce biais que l'article 27(2) joue son rôle. Une dérogation automatique aux immunités personnelles est donc possible lorsque l'accusé qui en bénéficie est l'organe d'un État partie au Statut. L'exception s'applique aussi aux chefs d'États et de gouvernement des États membres. Par contre, une exception

⁴² Selon l'article 27, 2 du Statut de la CPI : « 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. »

⁴³ Voir, par exemple, la Section 23 de l'*International Criminal Court Act 2001* (Royaume-Uni).

automatique n'est pas possible quand l'accusé est l'organe d'un État non membre : il faut alors que ce dernier renonce aux immunités accordées à l'accusé en conformité avec l'article 98 (1) du Statut⁴⁴.

En conclusion, l'état du droit coutumier en matière d'immunités personnelles n'est pas influencé par le Statut de la CPI. L'exception aux règles s'applique uniquement dans les relations entre la Cour et les États membres⁴⁵. Pour autant, si les États parties au Statut ne respectent pas l'obligation de coopérer avec la Cour, cette dernière peut être empêchée dans l'exercice de sa compétence car les procès par contumace ne sont pas admis par son Statut.

4. La pratique internationale

a) *Pinochet*

Certains membres de la Chambre des Lords, lors de la deuxième décision rendue dans l'affaire *Pinochet* (24 mars 1999), ont affirmé, de manière incidente, que si Pinochet avait été chef d'État en exercice il aurait été bénéficiaire des immunités *ratione personae* et donc il n'aurait pas pu pas être soumis à une procédure d'extradition, ni être autrement poursuivi en Grande-Bretagne.

D'après leur opinion, l'exception aux immunités personnelles d'un chef d'État en exercice n'est pas possible même en cas de crimes internationaux. Une telle dérogation n'est pas prévue, d'ailleurs, dans la Convention de 1984 contre la torture, sur la base de laquelle les Lords ont pris leur décision.

⁴⁴ Dans ce sens l'interprétation de ces deux articles donnée par le commentaire à l'*International Criminal Court Act* (2001) du Royaume-Uni : « Article 27 states that the Statute shall apply equally to all persons without any distinction based on official capacity and that immunities attaching to the official capacity of a person, whether under national or international law, shall not bar the ICC from exercising its jurisdiction over such a person. Article 98.1 provides that the ICC may not proceed with a request for surrender or assistance which would require the requested State to act inconsistently with its obligations under international law with respect to the State or diplomatic immunity of a person or property of a third State, unless the ICC can first obtain that third State's co-operation for the waiver of the immunity. These Articles mean that a State Party to the ICC Statute, in accepting Article 27, has already agreed that the immunity of its representatives, officials or agents, including its Head of State, will not prevent the trial of such persons before the ICC, nor their arrest and surrender to the ICC. But non-States Parties have not accepted this provision and so the immunity of their representatives would remain intact unless an express waiver were given by the non-State Party concerned to the ICC. », *Explanatory Notes to the ICC Act 2001*, Chapter 17, par.46 <http://www.hms.o.gov.uk/acts/en/01en17-a.htm>.

⁴⁵ Comme P.Gaeta a justement observé : « Article 27(2) and 98 (1) as well as the obligations on co-operation laid down in the Statute only deal with cases where criminal proceedings before the Court are instituted against a person protected by international immunities. As far as relations between States are concerned, the Statute does not have any bearing on the legal regulation of immunities contained in customary international law. (...) Indeed, the derogation from customary (and treaty) international law provided for in the statute only operates within the framework of vertical relations, i.e when the question at issue is whether it is admissible to arrest and bring before the Court individuals accused of international crimes. By contrast, that derogation does not operate at the horizontal level, i.e a the level of relations between States parties to the Statute », Gaeta, *op.cit.*

Ils semblent donc avoir voulu marquer une distinction claire et nette entre la position de chef d'État en exercice et la position d'ancien chef d'État⁴⁶. Cette prise de position est d'ailleurs cohérente avec la *ratio* différente qui sous-tend les immunités fonctionnelles et personnelles.

b) *Anderson-Kohatsu*

Tomàs Ricardo Anderson Kohatsu, membre des services secrets de l'armée péruvienne, lors de sa visite aux États-Unis pour prendre partie à une audience auprès de la Commission interaméricaine de droits de l'homme, en mars 2000, fut arrêté par le FBI car il était accusé de torture. Toutefois, après quelques heures un sous-secrétaire d'État autorisa Anderson Kohatsu à quitter les États-Unis en lui reconnaissant l'immunité diplomatique⁴⁷.

Cette décision est fort critiquable puisqu'elle ne correspond pas au droit international en la matière. Tout d'abord Anderson Kohatsu n'était pas un agent diplomatique et donc il ne jouissait pas des immunités relatives, en particulier des immunités personnelles⁴⁸. De toute façon, dans le doute c'est seulement un tribunal national, opportunément saisi de la question, qui aurait pu décider si Anderson Kohatsu bénéficiait de l'immunité diplomatique, comme d'ailleurs cela s'est passé dans l'affaire *Pinochet*.

Si Anderson Kohatsu n'avait pas le droit de bénéficier des immunités diplomatiques, la décision des États-Unis aurait violé aussi la Convention contre la torture de 1984, qui oblige les États parties à engager de poursuite contre l'auteur présumé des actes de

⁴⁶ Voir *Ex Parte Pinochet* (24 mars 1999), *op.cit supra*. Selon Lord Millet : « *In my view a serving head of state or diplomat could still claim immunity ratione personae if charged with an offence under section 134. He does not have to rely on the character of the conduct of which he is accused. The nature of the charge is irrelevant; his immunity is personal and absolute. But the former head of state and the former diplomat are in no different position from anyone else claiming to have acted in the exercise of state authority* ». Voir aussi les opinions de Lord Saville of Newdigate : « *It does not follow from this that the immunity enjoyed by a serving head of state, which is entirely unrelated to whether or not he was acting in an official capacity, is thereby removed in cases of torture. In my view it is not, since immunity ratione personae attaches to the office and not to any particular conduct of the office holder.* »; Lord Philips of Worth Matravers, « *Where states, by convention, agree that their national courts shall have jurisdiction on a universal basis in respect of an international crime, such agreement cannot implicitly remove immunities ratione personae that exist under international law. Such immunities can only be removed by express agreement or waiver.* »; Lord Hutton : « *in English courts a serving head of state is entitled (ratione personae) to immunity in respect of acts of torture which he has committed* ».

⁴⁷ Voir le rapport mondial 2001 de *Human Rights Watch*: [gttp://www.humanrightswatch.org/wr2k1/americas/index.html](http://www.humanrightswatch.org/wr2k1/americas/index.html).

⁴⁸ Il entra aux États-Unis avec un visa G-2, habituellement accordé aux étrangers qui sont accrédités auprès des Organisations internationales ayants leur siège à Washington, un type de visa qui, en principe, n'aurait jamais du être accordé à une personne accusée de graves crimes internationaux. Dans ce cas en particulier, le visa aurait du permettre seulement l'entrée aux États Unis - malgré les crimes présumés - mais on doute fortement que ce type de visa puisse *per se* accorder l'immunité diplomatique à un individu qui n'est pas accrédité auprès d'une organisation international.

torture (commis dans n'importe quel pays) au cas où il se trouverait sur le territoire de leur juridiction. Puisque la Convention définit le crime de torture comme un acte accompli par un organe de la fonction publique, il s'ensuit que Anderson Kohatsu ne pouvait aucunement jouir des immunités fonctionnelles.

c) *Khadafi*

En mars 2001, la Cour de Cassation de Paris a rendu son arrêt dans l'affaire contre Mouammar Khadafi, chargé du chef de complicité de destruction d'un bien par l'effet d'une substance explosive ayant entraîné la mort d'autrui, en relation avec une entreprise terroriste⁴⁹. La Cour de Cassation a cassé et annulé l'arrêt de la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris – qui s'était considérée compétente –⁵⁰ en affirmant que « le crime dénoncé, quelle qu'en soit la gravité, ne relève pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction des chefs d'État étrangers en exercice ».

La Cour d'Appel n'avait pas distingué entre immunités fonctionnelles et personnelles. Elle avait cependant décidé qu'il y avait une exception dans ce cas étant donné « qu'aucune immunité ne saurait couvrir des faits de complicité d'homicide volontaires et de destruction de biens par substance explosive ayant entraîné la mort, en relation avec une entreprise terroriste, consistant, pour un chef d'État, à avoir ordonné l'explosion d'un avion de ligne transportant 170 civils ».

La Cour de Cassation a pris une position contraire en rendant d'ailleurs un arrêt bref et décevant, qui à déjà été fort critiqué⁵¹. La Cour a en effet affirmé que « la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'États en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuite devant les juridictions pénales internes ». Au lieu de se fonder sur les règles relatives aux immunités *ratione personae* – qui en l'état du droit semblent ne pouvoir être dérogeées pour un chef d'État en exercice – et donc éventuellement affirmer qu'il n'est pas possible y faire exception pendant que Khadafi est chef d'État en exercice, la Cour s'est limitée à nier qu'il puisse y avoir une exception pour le crime dénoncé. D'ailleurs l'Avocat général, dans ses

⁴⁹ Arrêt de la Cour de Cassation, Chambre Criminelle, n°1414, 13 mars 2001. L'arrêt de la Cour de Cassation (y compris le Conclusions de l'Avocat général) et l'arrêt précédent de la Cour d'appel (voir note suivante) sont reproduits dans la *Revue générale de droit international public* avec un note de F.Poirat, 2001, p. 473 et ss.

⁵⁰ Arrêt de la Cour d'Appel, Chambre d'Accusation, n°A 1999/05921, 20 octobre 2000. Sur les origines de l'affaire et sur l'arrêt de la Cour d'appel, voir Doucet, « La responsabilité pénale des dirigeants en exercice », *Actualité et droit international*: <http://www.ridi.org/adi/200101a2.htm>. Voir aussi le site de l'association SOS-Attentats: www.sos-attentats.org.

⁵¹ Voir S.Zappalà, *op.cit.*, *passim*

conclusions, semble nier la possibilité de constater l'existence d'une règle coutumière prévoyant une exception aux immunités fonctionnelles pour les crimes les plus graves - exception qui au contraire, comme on l'a vu, est bien fondée en droit coutumier - en donnant ainsi l'impression de mêler les deux types d'immunité⁵² .

Il aurait été plus convenable de garder bien distinctes les immunités fonctionnelles et personnelles et d'affirmer que, dans ce cas, Khadafi était couvert par les secondes. Une telle solution aurait permis de conclure à l'impossibilité de le mettre en accusation tant qu'il exerce les fonctions de chef d'État en exercice, mais de la possibilité de le faire et qu'une fois qu'il a cessé ses fonctions⁵³.

d) L'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 à l'encontre de Yerodia Ndombasi (Ministre des affaires étrangères de la République démocratique du Congo) devant la Cour internationale de justice

Le 11 avril 2000, un juge d'instruction près le tribunal de première instance de Bruxelles a décerné un mandat d'arrêt international contre le Ministre des affaires étrangères de la République démocratique du Congo (RDC) pour de prétendus crimes constituant des violations graves de droit international humanitaire et de crimes contre l'humanité⁵⁴. Le 17 octobre 2000 la RDC présentait à la Cour Internationale de Justice (CIJ) une demande en indication de mesures conservatoires pour l'annulation du mandat d'arrêt international⁵⁵.

La RDC se plaignait d'un préjudice diplomatique irréparable en conséquence de la mise à l'écart de la scène internationale du représentant qualifié de la République démocratique du Congo

⁵² Avant tout, en se référant au jugement de Nuremberg, l'Avocat général a affirmé que le défaut de pertinence de la qualité de chef d'État prévue par la Charte de Londres n'a pu fonctionner « du fait du suicide d'Hitler », mais il ne mentionne pas que le Tribunal condamna Dönitz, le chef d'État succédé à Hitler. Ensuite, en se référant à la pratique récente, l'Avocat général affirme : « En ce qui intéresse la décision d'inculpation de l'ex-Président de Yougoslavie Milosevic, alors chef d'État en exercice, elle est motivée par la qualification de crimes contre l'humanité. Mais cette position résulte de l'application pure et simple du Statut du Tribunal pénal de la Haye pour l'ex-Yougoslavie et non de celle d'une règle de droit pénal international général », paragraphe IV, A et B.

⁵³ Avant l'arrêt de la Cour internationale de justice (14 février 2002) dans l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 à l'encontre du Ministre des affaires étrangères de la République démocratique du Congo (Congo c. Belgique) on pouvait se demander si, en pratique, Khadafi aurait pu être jugé par contumace (comme le prévoit le Code français de procédure pénale) et éventuellement aurait pu être condamné, bien que dans l'hypothèse d'une condamnation et d'une visite officielle en France de Khadafi les autorités françaises ne puissent pas l'arrêter et donner exécution au jugement (voir Zappalà, *op.cit.*). Toutefois, d'après l'interprétation des règles coutumières sur les immunités donnée par la majorité de juges de la CIJ, cette question est désormais théorique. Voir l'analyse de l'affaire *infra*.

⁵⁴ Le mandat d'arrêt a été diffusé sur le plan international par l'Interpol.

⁵⁵ Les documents sont disponibles sur le site Internet de la Cour (www.icj-cij.org). Par ordonnance du 8 décembre 2000 la CIJ a rejeté la demande en indication de mesures conservatoires introduite par le Congo.

pendant un temps indéterminé⁵⁶. La RDC a affirmé que la loi belge du 16 juin 1993, modifiée par la loi du 10 février 1999, « contrevient manifestement au droit international en tant qu'[elle] prétend déroger à l'immunité diplomatique, tout comme le mandat d'arrêt décerné sur son fondement contre le ministre des affaires étrangères d'un État souverain »⁵⁷. Selon la RDC, l'exception aux immunités diplomatiques visée par la loi belge est tout à fait contraire au droit international coutumier reconnu par la jurisprudence de la Cour et au droit découlant de la convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques. La RDC a aussi contesté toute distinction entre visites officielles et visites privées en affirmant que les immunités dont M.Yerodia jouissait à l'époque du mandat sont absolues. Pour cette raison la seule émission du mandat d'arrêt international est déjà une violation de l'immunité.

La Belgique⁵⁸ a répliqué que la loi de 1993 (modifié en 1999) se borne à introduire dans le droit interne une règle coutumière qui remonte au Statut du Tribunal de Nuremberg et qui a été confirmée à maintes reprises jusqu'au Statut de la CPI⁵⁹. En déniant toute responsabilité pour avoir porté préjudice à la diplomatie congolaise, la Belgique a précisé aussi que « l'immunité affectée par la loi de 1993 ne concerne que l'immunité des représentants d'États étrangers et uniquement lorsqu'ils se trouvent en territoire belge ». Il n'y a donc atteinte aux immunités de M. Yerodia Ndombasi aussi longtemps qu'il se trouve sur son territoire national ou sur le territoire d'un État tiers⁶⁰. Il n'y a pas non plus atteinte aux immunités diplomatiques au

⁵⁶ Voir la requête introductive d'instance, *ibidem*.

⁵⁷ Voir le compte-rendu de l'audience de 20 novembre 2000 (CR 2000/32). Les critiques de la RDC concernent en particulier l'art.5, 3 - aux termes duquel l'immunité attaché à la qualité officielle d'une personne n'empêche pas l'application de la loi - et l'article 7, qui établit que les juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions prévues dans la loi même indépendamment du lieu où celles-ci auront été commises. Voir aussi les compte-rendus des audiences qui ont eu lieu au mois d'octobre 2001: CR/2001/5-6 et 10 (15-19 octobre 2001).

⁵⁸ Voir les comptes-rendus des audiences de 21-22-23 novembre 2000 (CR/2000/33-35). La Belgique a répliqué tout d'abord que la compétence universelle des juridictions belges pour les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide n'est que « la traduction en droit interne d'une obligation reconnue de longue date par le droit international général », CR/2000/33, par.11.

⁵⁹ « Le refus de toute immunité au représentant de l'État, de quelque rang qu'il soit, s'il est impliqué dans un des crimes visés par la loi. Ici aussi, le législateur ne fait que transcrire dans le texte légal une règle qui remonte au statut du Tribunal de Nuremberg (art. 7), voire au traité de Versailles à propos de la mise en accusation de l'ex-Empereur d'Allemagne et des auteurs de crimes de guerre commis en 1914-1918 (art. 227). Cette règle a ensuite été confirmée par le Tribunal de Nuremberg lui-même dans son jugement de 1946, puis dans le statut du Tribunal de Tokyo (statut, art. 6), puis dans la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide (art. IV), par la Commission du droit international, tant dans la formulation des principes de Nuremberg, que dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996 (art. 7), sans parler des statuts des Tribunaux pénaux internationaux (art. 7, par. 2/6, par. 2), de la Cour pénale internationale (art. 27) et tout récemment du Tribunal spécial pour la Sierra-Leone (art. 6, par. 2) », CR/2000/33, par.12.

⁶⁰ « le mandat d'arrêt belge n'est pas plus directement exécutoire sur le territoire d'un État tiers que sur le territoire du Congo. Dans les deux cas, le concours des autorités locales est

cas où M. Yerodia Ndombasi se trouverait sur le territoire belge en visite officielle. Le juge d'instruction, en constatant la qualité de ministre des affaires étrangères de M. Yerodia à l'époque du mandat, a écarté toute idée d'arrestation immédiate de M. Yerodia Ndombasi si celui-ci devait venir en Belgique à la suite d'une invitation officielle du Gouvernement belge ou d'une organisation internationale⁶¹.

La Cour, en se fondant sur le droit coutumier, a conclu que les ministres des affaires étrangères bénéficient, pour toute la durée de leurs fonctions, d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité absolues⁶². Cela n'équivaut pourtant pas à leur garantir l'impunité, car l'immunité de juridiction dont ils jouissent est procédurale et ne saurait jamais exonérer personne de sa responsabilité pénale.

La Cour a donc constaté que l'émission du mandat d'arrêt et sa diffusion sur le plan international ont constitué une violation des obligations de la Belgique à l'égard du Congo, précisément une violation de l'immunité de juridiction pénale et de l'inviolabilité dont M. Yerodia jouissait à l'époque, en tant que ministre des affaires étrangères.

Toutefois, cet arrêt n'a pas malheureusement élucidé la portée des différents types d'immunités et, ce qui est plus grave, il contient une affirmation qui ne correspond absolument pas au droit coutumier en la matière. La Cour a dit qu'un ancien Ministre des affaires étrangères peut être mis en accusation par un tribunal étranger (qui est compétent) pour les actes accomplis avant ou après la durée de sa charge aussi bien que pour les *actes accomplis à titre privé* pendant l'exercice de ses fonctions⁶³. Mais, les juges semblent ne pas tenir compte de la circonstance qu'un ancien fonctionnaire peut être jugé pour les crimes accomplis, en tant qu'organe d'État, pendant l'exercice de ses fonctions publiques. Implicitement, ils ne reconnaissent pas l'existence d'une exception aux immunités fonctionnelles en cas des crimes internationaux les plus graves.

C) *Considérations finales*

indispensable; le mandat d'arrêt ne peut atteindre l'intéressé à l'étranger que si l'État hôte accepte d'y donner suite. En pareil cas, ce serait donc, non la Belgique qui porterait atteinte à la liberté de M. Yerodia Ndombasi, mais l'État tiers requis », *ibidem*, par.36.

⁶¹ Voir Cassese A., *International Law*, Oxford, 2001, p.260.

⁶² *Contra* voir l'Opinion dissidente de Mme Van den Wyngaert, juge *ad hoc*. Pour le texte de l'arrêt (14 Février 2002) voir le site Internet de la CIJ.

⁶³ « En troisième lieu, 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 États. À condition d'être compétent selon le droit international, un tribunal d'un État peut juger un ancien ministre des affaires étrangères d'un autre État au titre d'actes accomplis avant ou après la période pendant laquelle il a occupé ces fonctions, ainsi qu'au titre *d'actes qui, bien qu'accomplis durant cette période, l'ont été à titre privé* », par. 61. (italique de l'auteur)

Les manifestations de la pratique internationale, bien que minces et parfois décevantes, montrent qu'en droit coutumier – dans l'état actuel des choses – on ne fait pas d'exception aux immunités diplomatiques, même en cas de crimes internationaux. *A fortiori* on ne fait pas d'exception quand l'accusé est un chef d'État. On ne distingue non plus entre visites officielles et visites privées.

L'arrêt de la CIJ sur l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique) est la plus récente confirmation de l'état de droit coutumier en matière d'immunités diplomatiques, même si, comme on l'a déjà souligné, on ne peut pas dire que la Cour ait contribué à éclaircir les notions des immunités fonctionnelles et personnelles et la portée des exceptions possibles en cas des crimes internationaux. Il faut aussi remarquer que la CIJ a évité de se demander si la poursuite des personnes accusées de crimes internationaux les plus graves ne serait pas une obligation coutumière, ou même une obligation établie par une règle impérative, et qui à ce titre prévaudrait sur les autres règles coutumières, y compris celles sur les immunités diplomatiques⁶⁴.

Si les États sont prêts à admettre que les crimes internationaux ne peuvent plus être considérés comme des actes ayant un caractère officiel et donc comme étant couverts par les immunités fonctionnelles, en même temps ils donnent priorité aux immunités diplomatiques par rapport à la poursuite des crimes internationaux. Cette situation, comme il a été observé par la CDI, est, d'une certaine façon, paradoxale : en cas des crimes internationaux les États acceptent le défaut de pertinence de la qualité officielle d'un côté, mais ils ne font pas d'exception aux immunités diplomatiques de l'autre.

Il faut toutefois souligner que cette conclusion ne signifie pas que l'on doive se résigner à l'impunité. Tout d'abord, comme les immunités personnelles cessent avec la fonction, il en découle que les personnes accusées de crimes internationaux peuvent être traduites

⁶⁴ Comme Mme Van den Wyngaert l'a bien souligné dans son opinion dissidente: « Parmi les questions touchant à l'obligation internationale de rendre compte de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, la Cour internationale de Justice n'a pas répondu aux suivantes: cette obligation peut-elle être considérée comme un principe général de droit au sens de l'article 38 du Statut de la Cour ? La Cour, avant de conclure qu'il n'existait aucune exception aux immunités prévues par le droit international, même en cas de crimes internationaux, n'aurait-elle pas dû faire plus grand cas du fait que, bien souvent, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ont été considérés comme des crimes au regard du droit international coutumier? N'aurait-elle pas dû examiner la thèse des auteurs selon qui les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité sont des crimes relevant du *jus cogens* ce qui, si tel est bien le cas, ne ferait que différencier davantage le statut des règles sanctionnant ces crimes de celui des règles visant à protéger les suspects au titre des immunités reconnues aux ministres des affaires étrangères en exercice, qui, elles, ne font probablement pas partie du *jus cogens*? », paragraphe 28.

en justice, même à l'étranger, une fois qu'elles ont quitté leurs fonctions publiques. En deuxième lieu, les immunités diplomatiques ont une nature procédurale et elles peuvent donc être levées par l'autorité nationale compétente, c'est-à-dire le chef d'État ou le Ministre des Affaires étrangères. La possibilité de la levée des immunités devient évidemment plus compliquée si la personne accusée de crimes internationaux est un chef d'État car il n'y pas une autorité qui pourrait renoncer aux immunités. En outre, si l'accusé est un chef d'État ou un chef de gouvernement, le risque de mettre en danger le bon fonctionnement (ou même l'existence) d'un État est trop grand pour la communauté internationale : c'est pour cette raison que l'exception aux immunités diplomatiques ne s'applique pas, à l'heure actuelle, aux chefs d'État en exercice⁶⁵. À l'inverse, cette question ne se pose plus quand l'accusé est un ancien chef d'État, comme il a été bien montré par l'affaire *Pinochet* et par l'affaire *Hissène Habré* (ancien dictateur du Tchad), qui était poursuivi par la justice du pays où il avait trouvé refuge, le Sénégal, pour les atrocités commises dans son pays, du temps où il exerçait le pouvoir⁶⁶.

Pour les autres organes d'États, en premier lieu les agents diplomatiques, l'application des immunités personnelles devrait trouver des limites. On a vu que la seule limite prévue par le droit coutumier actuel est liée à la nationalité des agents diplomatiques : pour qu'ils puissent bénéficier de l'immunité de la juridiction pénale, ils ne doivent pas être citoyens de l'État accréditaire ni y avoir leur résidence permanente. Cette règle vise à éviter l'impunité d'un agent diplomatique qui a la nationalité de l'État accréditaire et qui a commis un fait illicite.

De même, s'il y a un fort risque d'impunité dû, par exemple, au fait que les autorités de l'État de l'agent diplomatique accusé ont laissé entendre qu'elles ne comptent pas engager des poursuites, l'État accréditaire de l'agent diplomatique devrait au moins prendre en considération la possibilité de faire exception aux immunités diplomatiques⁶⁷.

⁶⁵ Il faut toutefois signaler que « a number of criminal complaints have been lodged with the Belgian courts against leaders and prominent members of past and present governments. In addition to Ariel Sharon, these have included : former Chilean President General Augusto Pinochet ; former Speaker of Parliament and President of the Islamic Republic of Iran Hojjatoleslam Ali Akbar Rafsanjani ; former Moroccan Minister of Interior Driss Basri ; former Foreign Minister Abdoulaye Yerodia Ndombasi and several other government ministers of the Democratic Republic of the Congo ; President Paul Kagame of Rwanda ; former President Hissène Habré of Chad ; and President Saddam Hussein of Iraq », Amnesty International News Release, 3/10/2001).

⁶⁶ Malheureusement le 20 mars 2001, la Cour de Cassation du Sénégal se déclara incompétente pour juger de crimes commis à l'étranger : les trois juges de la Cour ont décidé que le Sénégal n'avait pas compétence sur des crimes perpétrés hors de son territoire. Les immunités n'ont été mises en cause. Pour les documents juridiques de l'affaire *Habré*, voir <http://www.hrw.org/french/themes/habre.htm>

⁶⁷ Voir Gaeta, *op.cit.* À la lumière des certains cas récents, on peut se demander si un État ne devrait faire exception aux immunités diplomatiques quand un agent diplomatique prend une

II | LES CRIMES INTERNATIONAUX, LA PRESCRIPTION ET L'AMNISTIE

A) *La prescription*⁶⁸

1. La prescription des crimes internationaux selon le droit international conventionnel

La plupart des instruments juridiques pour la prévention et la répression des crimes internationaux n'abordent pas la question de la prescription.

En remontant aux sources, ni la Charte du Tribunal militaire de Nuremberg ni celle de Tokyo ne font mention de la possibilité que les crimes contre la paix, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité soient prescrits après l'écoulement d'un certain délai⁶⁹. Le silence à ce propos persiste dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (1948) et les Principes de Nuremberg adoptés par la CDI (1950). La question n'est pas traitée non plus dans les quatre Conventions de Genève sur le droit humanitaire (1949).

Il fallait attendre vingt ans – justement la période au bout de laquelle un certain nombre de crimes commis pendant la seconde guerre mondiale risquaient d'être prescrits – pour que l'imprescriptibilité des crimes internationaux soit mentionnée expressément dans une convention internationale. En 1968, l'Assemblée générale des Nations Unies adopta la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre

attitude très provocante, comme dans le cas de Carmi Gillon - ancien chef du Shin Bet israélien – accrédité comme ambassadeur en Danemark. Après l'acceptation de sa lettre de créance, Gillon a dit publiquement qu'il approuve les violations des droits de l'homme commises par les services secrets de son pays et il a même déclaré qu'il était responsable de ce type d'abus dans le passé. Le Danemark devrait avant tout déclarer Gillon *persona non grata* ou demander la levée des immunités. Dans une perspective de développement progressif du droit international, on peut supposer que le Danemark – une fois vérifié si les crimes dénoncés peuvent être qualifiés comme crimes internationaux passibles de poursuite sur la base du critère de l'universalité ou sur la base des conventions en la matière (par exemple la Convention contre la torture s'il s'agit d'actes de torture) – puisse faire exception aux immunités diplomatiques.

⁶⁸ La notion de la prescription présente deux aspects différents. Tout d'abord il y a la prescription de l'action publique : l'écoulement d'un certain délai depuis la commission d'un crime constitue un obstacle à l'exercice de l'action publique et au jugement. Ensuite il y a la prescription des peines: l'écoulement d'un certain délai fait obstacle à l'exécution d'une condamnation pénale.

⁶⁹ Par contre, dans la loi n° 10 du Conseil de contrôle interallié on avait introduit une règle explicite qui avait la fonction de suspendre la prescriptibilité des crimes commis pendant la période 30 Janvier 1933-1 Juillet 1945. « *Because Control Council Law No. 10 was applicable to national prosecution within Germany, the provision was required in order to neutralize any alleged time bar to trials for Nazi-era crimes.* », W.Schabas, Art.29. *Non-applicability of statute of limitations*, in Triffterer, *op.cit*

l'humanité, qui vise tant la prescription de l'action publique que de la peine (art.4). La Convention toutefois n'a pas été ratifiée par un grand nombre de pays ; au contraire, la plupart des États l'ont fort critiquée, surtout en raison de son applicabilité aux crimes commis avant son entrée en vigueur (article 1)⁷⁰. En tenant compte de cette critique, la Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité⁷¹, élaborée au sein de Conseil de l'Europe en 1974, s'applique exclusivement aux crimes commis après son entrée en vigueur, ou avant ce moment seulement au cas où le délai de prescription ne serait pas encore venu à expiration à cette date. Seuls les Pays-Bas et la Roumanie l'ont ratifiée.

Après les deux conventions sur l'imprescriptibilité, de nouveau le silence. Les protocoles additionnels aux quatre Conventions de Genève (1977) sont muets sur le sujet, comme d'ailleurs beaucoup d'autres conventions internationales telles que la Convention contre le crime d'*apartheid* (1973), la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (1984). Digne d'attention est l'exception de la Convention interaméricaine contre les disparitions forcées (1994).⁷²

Plus récemment, ni le Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté par la CDI (1996), ni les Statuts des deux Tribunaux pénaux internationaux pour la ex-Yougoslavie et le Rwanda ne contiennent un article sur l'imprescriptibilité des crimes.

Quant au Projet de Code, la règle sur l'imprescriptibilité - qui avait été insérée dans le texte du projet adopté en première lecture en 1991- a été éliminée du Projet adopté en deuxième lecture car la CDI a estimé que la règle n'était pas applicable à toutes les catégories de crimes prévus⁷³. Cette introduction manquée est très importante puisqu'elle semble montrer que le principe d'imprescriptibilité n'était pas considéré à ce moment-là (en 1996) comme une norme

⁷⁰ Ces États ont soutenu que l'article 1 viole le principe de non-rétroactivité de la loi pénale. À vrai dire, la Convention n'introduit pas de nouveaux crimes, elle se limite à en constater la gravité et donc à en viser l'imprescriptibilité. La question de savoir si les règles sur la prescription sont des règles de fond ou des règles procédurales n'a pas une réponse univoque. Le statut de la CPI place le principe de l'imprescriptibilité des crimes parmi les principes généraux de droit pénal.

⁷¹ La Convention européenne vise l'imprescriptibilité tant de l'action publique que des peines (Article 2).

⁷² La Convention interaméricaine contre les disparitions forcées contient un article qui prévoit l'imprescriptibilité : Article VII : « *Criminal prosecution for the forced disappearance of persons and the penalty judicially imposed on its perpetrators shall not be subject to statutes of limitations. However, if there should be a norm of fundamental character preventing application of the stipulation contained in the previous paragraph, the period of limitation shall be equal to that which applies to the gravest crime in the domestic laws of the corresponding state party* », www.oas.org/EN/PROG/Juridico/english/Sigs/a-60.html.

⁷³ ILC Yearbook (1994), vol. I, paragraphes 125 et 130; vol.II, Part II, paragraphe 80.

coutumière applicable à toute catégorie des crimes internationaux les plus graves⁷⁴.

Quant aux statuts des tribunaux *ad hoc*, la jurisprudence du TPIY et du TPIR a affirmé que certains crimes sont imprescriptibles⁷⁵. Pourtant l'absence d'une règle explicite applicable à tout crime relevant de la compétence des deux tribunaux a permis aux États de ne pas aborder au niveau interne la question de la prescription de ces crimes. Les États n'ont pas été poussés à introduire dans leurs systèmes nationaux l'imprescriptibilité des crimes qui tombent sous la juridiction de TPIY et de TPIR. D'autant plus que les deux tribunaux ont, en tout cas, la primauté sur les juridictions nationales et qu'ils peuvent toujours les dessaisir d'une affaire s'ils estiment nécessaire de le faire.

Le Statut de la CPI devrait finalement tirer au clair la question, au moins en ce qui concerne les crimes qui y sont prévus, c'est-à-dire les crimes internationaux les plus graves. L'article 29, qui se trouve dans le chapitre consacré aux principes généraux de droit pénal, prévoit l'imprescriptibilité de façon très claire. Selon le texte : « Les crimes relevant de la compétence de la Cour ne se prescrivent pas »⁷⁶.

Comme la juridiction de la Cour est complémentaire de celle des États parties, ces derniers sont tenus d'introduire dans leurs systèmes pénaux les modifications nécessaires pour s'adapter à cette règle s'ils ne veulent pas que leurs cours soient dessaisies. Grâce au mécanisme de la complémentarité, si les États ne respectent pas les obligations prévues par le Statut - en particulier, d'après l'article 17, s'ils n'ont pas la volonté ou se trouvent dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites - la Cour peut exercer son droit à l'évocation et se saisir d'un cas.

À vrai dire, une interprétation restrictive des critères donnés par l'article 17 du Statut de la CPI pour déterminer s'il y a manque de volonté ou incapacité de l'État dans le cas d'espèce rendrait difficile d'y inclure le manque d'adaptation des règles internes à la règle sur l'imprescriptibilité prévue à l'article 29. Une interprétation plus large est donc fort souhaitable, étant donné que l'article 29 s'adresse en

⁷⁴ La CDI estime que seulement les crimes contre l'humanité soient imprescriptibles : elle semble considérer les crimes contre l'humanité plus graves que les crimes de guerre. Sur le degré de gravité relative des crimes de guerre par rapport aux crimes contre l'humanité voir Frulli M., « Are Crimes against Humanity More Serious than War Crimes? » *European Journal of International Law*, 2001, 329-350 (en particulier, pp. 341-342).

⁷⁵ Dans ce sens s'est prononcé le TPIY dans l'arrêt *Furundzija*, où les juges ont affirmé que la nature impérative de l'interdiction de la torture rend tout crime de torture imprescriptible : *Procureur c./ Furundzija*, 10 décembre 1998, paragraphe 157 : « Il semblerait qu'entre autres conséquences, la torture est sans doute imprescriptible et ne doit pas être exclue du champ de l'extradition au motif qu'elle serait un crime politique ». (italique de l'auteur).

⁷⁶ Cette formule exclut donc tant la prescription de l'action pénale que celle des peines. Pour les travaux préparatoires de la Conférence de Rome, voir Schabas, *op.cit.* .

premier lieu aux États et que la *ultima ratio* du Statut de la CPI est celle d'éviter l'impunité.

Enfin, il faut noter que les Conventions en matière de terrorisme international ne contiennent aucune règle sur l'imprescriptibilité des crimes. Comme on a déjà souligné à propos des immunités, les problèmes qui se posent à propos des actes terroristes ont une nature différente par rapport à ceux concernant les autres crimes internationaux. En général, les États n'ont aucun intérêt à éviter la poursuite pénale des responsables des crimes de terrorisme : ils est donc très improbable que ces crimes risquent la prescription.

2. Le point sur la formation d'une règle coutumière après l'adoption du Statut de la CPI

On a dit qu'en 1996 la CDI estimait qu'il n'existait pas de règle coutumière sur l'imprescriptibilité des crimes internationaux. Il faut maintenant considérer si, à la lumière des développements les plus récents, on assiste à la formation d'une règle internationale qui prévoit l'imprescriptibilité des crimes internationaux, du moins des crimes les plus graves.

Le Statut de la CPI marque sans aucun doute une contribution dans le sens du développement progressif du droit en la matière. Aujourd'hui on peut donc affirmer qu'une règle coutumière qui reconnaît l'imprescriptibilité des crimes relevant de la juridiction de la Cour est en train de se former (ou bien de se consolider, si l'on est plus optimiste). Dans cette optique, il faut prêter beaucoup d'attention aux changements en cours dans les règles internes en matière de prescription. Si les États vont effectivement changer leurs systèmes pour y introduire l'imprescriptibilité des crimes sous la compétence de la CPI, ils contribueront aussi à la consolidation d'une norme coutumière.

D'ailleurs, dans la pratique des États on relève des épisodes qui attestent la naissance d'une *opinio juris* sur l'imprescriptibilité des crimes internationaux les plus graves : on remarque parmi d'autres le procès d'extradition de Ricardo Miguel Cavallo du Mexique vers l'Espagne⁷⁷. Le juge espagnol avait demandé l'extradition de celui-ci pour les chefs d'accusation de génocide, torture et terrorisme. Le juge mexicain - qui a donné l'avis juridique requis par le procès mexicain d'extradition - avait tout d'abord reconnu que le Mexique doit respecter ses obligations conventionnelles et, par conséquent,

⁷⁷ Il s'agit d'un *ex* officier de l'armée argentine, autrement connu comme Miguel Angel Cavallo, voir le dossier Cavallo disponible sur Internet : <http://www.diplomatiejudiciaire.com/Argentine/Cavallo.htm>

extrader les personnes accusées de génocide, de torture et de terrorisme. Cependant il avait ajouté que dans le cas d'espèce Cavallo pouvait être extradé seulement pour les charges de génocide et terrorisme, car le crime de torture était prescrit selon la législation mexicaine⁷⁸. Malgré cet avis, le Ministre des affaires étrangères – l'autorité chargée de la décision finale – a estimé que la torture est imprescriptible aux termes du droit international général et que Cavallo pouvait donc être extradé pour tous les chefs d'accusations⁷⁹.

Si une règle de droit international général sur l'imprescriptibilité – telle qu'elle est prévue par le Statut de Rome – est en voie de formation ou de consolidation, il s'ensuit que tous les États devraient adapter leurs législations nationales pour l'introduire dans leurs systèmes de droit pénal une fois que la règle sera formée⁸⁰, qu'ils veuillent ou non devenir parties au Statut de la CPI.

3. Les problèmes ouverts

⁷⁸ L'article 7 de la Loi d'extradition internationale prévoit que : « *No se concederá la extradición cuando: (...) III.-Haya prescrito la acción o la pena conforme a la ley penal mexicana o a la ley aplicable del Estado solicitante* ».

⁷⁹ « *Resulta de la más crucial importancia para la suerte del presente caso, particularmente en cuanto al delito de tortura, entender que, a pesar de lo controvertido que siempre ha resultado todo lo relativo a la acumulación o al concurso de delitos, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, particularmente en el contexto de la prescripción, la aplicación de las reglas de la legislación nacional en materia de prescripción que aquí se ha hecho, además de permitir que se cumpla con lo requerido en la materia por el artículo 10 del Tratado bilateral de Extradición, es plenamente congruente con las obligaciones internacionales convencionales de México que, de conformidad con la Constitución, están por encima de la legislación nacional y es, por ende, congruente también con la propia Constitución. En efecto, México está en todo caso obligado a que cualquier otro modo de aplicación o de interpretación de dichas reglas de la legislación interna que se intente, conduzca necesariamente al mismo resultado, pues sólo así puede México cumplir con las obligaciones que ha asumido en relación con el mismo asunto, no sólo en virtud de un conjunto de convenciones multilaterales, sino también en virtud del derecho internacional general, que, de manera incuestionable, comprometen al Estado Mexicano a mantener vigente la persecución y el castigo del delito de tortura en toda circunstancia.* » (Resolución emitida por la Secretaría de Relaciones Exteriores (Dirección General de Asuntos Jurídico) para acordar respecto de los autos del procedimiento de extradición seguido contra el nacional argentino RICARDO MIGUEL CAVALLO. Pag. 58-59). Le 19 décembre 2001, le juge mexicain Juan Garcia Orozco s'est donné un maximum de trois mois pour résoudre l'appel présenté par les avocats de Ricardo Miguel Cavallo.

⁸⁰ Parfois une interprétation large des règles générales existantes en matière pourrait suffire pour respecter l'imprescriptibilité dans le cas en espèce. Selon le code pénale italien, par exemple, la prescription est exclue pour les crimes qui sont punis avec la détention à perpétuité (art.157, Code Pénal). Il peut donc y avoir de cas où les crimes internationaux sont prescrits car il ne sont pas punis avec la prison à vie, comme cela s'est déjà passé devant les tribunaux italiens pour des crimes commis pendant la deuxième guerre mondiale (Voir l'arrêt rendu par le Tribunal militaire de Verona (*Schintholzer et al.*) le 15 Novembre 1988, confirmé par la Cour militaire d'appel de Verona le 8 Juin 1990. Les deux jugements sont cités par P.Gaeta., « *War Crimes Trials before Italian Criminal Courts: New Trends* », in Fisher.). Cependant, quand les crimes sont tellement graves qu'ils méritent la prison à vie – même *in abstracto*, c'est à dire même si dans le cas particulier l'accusé n'est pas condamné à la détention à perpétuité en raison des circonstances atténuantes – ils sont considérés imprescriptibles, comme l'affaire Priebke l'a bien montré (Sur l'affaire Priebke et la prescription, voir M.Starita, « *La questione della prescrittibilità dei crimini contro l'umanità: in margine al caso Priebke* », in *Rivista di diritto internazionale*, 1998, p.86; D.Riondato, « *Prescrizione e crimini di guerra* », in *Diritto penale e processo*, 1999, p.603 ; Gaeta, « *War Crimes..* », *supra*).

Tout d'abord il faut considérer que, même si l'imprescriptibilité des crimes internationaux les plus graves est ou est en train de devenir une obligation coutumière, les États parties et les États tiers au Statut de la CPI vont se trouver dans deux positions différentes du point de vue pratique⁸¹.

Quant aux premiers, s'ils n'adaptent pas leurs systèmes au contenu de l'art.29, ils permettent au mécanisme de la complémentarité d'entrer en fonction et donc à la Cour d'exercer son droit à l'évocation et se saisir des affaires qui se présentent devant leurs tribunaux internes, comme on l'a montré ci-dessus. À l'inverse, la CPI ne peut que rarement jouer un rôle complémentaire des tribunaux internes des États tiers⁸². Les seules affaires dont la CPI pourrait se saisir – en jugeant ainsi de la capacité des systèmes des États tiers de mener des poursuites pénales – seraient celles où l'auteur d'un crime relevant de la compétence de la CPI en raison du *locus commissi delicti* est ressortissant d'un État tiers qui n'a pas la possibilité (par exemple à cause de ses règles en matière de prescription) de le poursuivre⁸³. À l'égard des États tiers donc, la CPI n'a aucun moyen concret pour faire pression afin qu'ils adaptent leurs systèmes aux règles prévues par le Statut. Une fois que le Statut sera en vigueur, il peut donc y avoir des cas où les règles internes sur la prescription empêchent la poursuite des responsables des crimes internationaux sans que la Cour puisse y remédier.

En second lieu, la règle consacrée par le Statut de Rome peut s'appliquer seulement aux crimes commis après l'entrée en vigueur du Statut. La CPI ne peut pas exercer son droit à l'évocation si le crime qui risque la prescription remonte à une période précédente⁸⁴.

⁸¹ On ne s'occupe ici des répercussions en matière de la responsabilité des États.

⁸² Sur la CPI et les États tiers voir A.Cassese., « *The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections* », *European Journal of International Law*, 1999, p.160. Sur la complémentarité voir P.Benvenuti, « *Complementarity of the International Criminal Court to National Criminal Jurisdictions* », in F. Lattanzi F., W.Schabas (dir.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Ripa Fagnano Alto, 1999, p.21-50.

⁸³ Article 12 : « 1. Un État qui devient Partie au Statut accepte par là même la compétence de la Cour à l'égard des crimes visés à l'article 5. 2. Dans les cas visés à l'article 13, paragraphes a) ou c), la Cour peut exercer sa compétence si l'un des États suivants ou les deux sont Parties au présent Statut ou ont accepté la compétence de la Cour conformément au paragraphe 3 : a) L'État sur le territoire duquel le comportement en cause a eu lieu ou, si le crime a été commis à bord d'un navire ou d'un aéronef, l'État du pavillon ou l'État d'immatriculation; b) L'État dont la personne accusée du crime est un ressortissant. 3. Si l'acceptation de la compétence de la Cour par un État qui n'est pas Partie au présent Statut est nécessaire aux fins du paragraphe 2, cet État peut, par déclaration déposée auprès du Greffier, consentir à ce que la Cour exerce sa compétence à l'égard du crime dont il s'agit. L'État ayant accepté la compétence de la Cour coopère avec celle-ci sans retard et sans exception conformément au chapitre IX. ». Sur la juridiction de la CPI et les États tiers voir Palmisano G., « *The ICC and Third States* », in Lattanzi F., Schabas W., *op.cit*, p.391 et ss.

⁸⁴ Article 11. Compétence *Ratione Temporis* : « 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. 2. Si un État devient Partie au présent Statut après l'entrée en vigueur de celui-ci, la Cour ne peut exercer sa

Par ailleurs, en sortant du système de la CPI, il serait de même difficile d'envisager l'application d'une règle sur l'imprescriptibilité aux crimes commis dans le passé⁸⁵. On a déjà vu que la rétroactivité était la caractéristique la plus critiquée de la Convention sur l'imprescriptibilité de 1968. Plus récemment, la question de l'application rétroactive d'une règle sur l'imprescriptibilité a été vivement discutée à la suite des décisions de la Cour Constitutionnelle hongroise et de la Cour Constitutionnelle tchèque, en 1992 et en 1993 respectivement. La première a déclaré inconstitutionnelles les lois qui introduisaient l'imprescriptibilité pour certaines catégories de crimes commis pendant le régime communiste (même si ces crimes n'ont pas été qualifiés comme crimes contre l'humanité)⁸⁶, tandis que la deuxième a confirmé la légitimité d'une loi contenant une règle de ce type⁸⁷.

Toutefois il faut remarquer (toujours à propos des la formation d'une *opinio juris* sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité) que le Parlement hongrois a adopté successivement (en 1993) une loi qui se réfère au droit international – notamment aux Conventions de Genève et à la Convention sur l'imprescriptibilité de 1998 auxquelles l'Hongrie est partie – destinée à poursuivre les responsables des crimes les plus graves commis en 1956, justement en les qualifiant comme crimes de guerre et crimes contre l'humanité. La décision de la Cour Constitutionnelle qui a suivi est aussi très intéressante puisqu'elle a confirmé la validité de la loi en vertu de l'article 7 de la Constitution Hongroise, aux termes duquel l'Hongrie doit respecter le droit international et garantir qu'il n'y ait pas de conflit entre les obligations internationales et les lois internes. Les juges ont affirmé

compétence qu'à l'égard des crimes commis après l'entrée en vigueur du Statut pour cet État, sauf si ledit État fait la déclaration prévue à l'article 12, paragraphe 3 ».

⁸⁵ Le système français par exemple, aux termes de la loi du 26 décembre 1964, prévoit l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, mais non pas des autres crimes internationaux. De plus, les juges français ont adopté une interprétation restrictive de la notion de crime contre l'humanité : ils l'ont appliqué seulement aux crimes nazis commis pendant la seconde guerre mondiale. La situation a changé après l'adoption du Nouveau Code Pénal, qui étend le champ d'application de la notion de crime contre l'humanité, mais les nouvelles règles ne peuvent pas être appliquées aux crimes commis avant l'entrée en vigueur de la loi. Le résultat paradoxal est que les crimes commis en Indochine et en Algérie, ne peuvent être punis ni comme crimes contre l'humanité, ni comme des crimes moins graves en raison des règles sur la prescription.

⁸⁶ Décision n° 2086/a/1991/14, 5 Mars 1992, traduite en anglais dans N.J.Kritz (dir.), *Transitional Justice*, vol. III, Laws, Rulings, Reports, Washington 1995, pp. 629-640. Voir aussi les commentaires à la décision reproduits dans le même ouvrage, Volume II, Country Studies, p.645 et ss.

⁸⁷ Décision relative à l'Acte n° 198/1993, 21 Décembre 1993, traduite en anglais dans Kritz N.J. (dir.), *op.cit.*, Volume III, p.620-628. Il faut souligner toutefois que même dans le cas tchèque, l'imprescriptibilité s'applique seulement aux crimes qui n'étaient pas encore prescrits lors de l'entrée en vigueur de la lois. Il est donc possible qu'il y ait des cas où les responsables (surtout ceux qui ont commis des crimes dans un passé lointain) ne peuvent pas être poursuivis à cause de règles internes en matière de prescription.

que, puisque les Conventions de Genève contiennent des règles acceptées universellement (même si elles ne prévoient pas l'imprescriptibilité) et que l'Hongrie a ratifié la Convention sur l'imprescriptibilité (même si elle n'est pas en vigueur), la punition des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité est légitime même s'ils sont commis dans un passé lointain.

Pour conclure, on constate qu'il n'est pas possible affirmer que la règle s'applique aux crimes internationaux qui ne sont pas prévus dans le Statut de la CPI. Selon les différents systèmes internes, il peut donc y avoir des crimes internationaux qui risquent la prescription.

B) *L'amnistie*

1. L'amnistie en droit international

a) *L'amnistie et les instruments juridiques pour la répression des crimes internationaux*

L'amnistie n'est presque jamais mentionnée dans les textes relatifs à la répression des crimes internationaux : en général, il n'y a pas d'interdiction explicite faite aux États d'adopter des lois d'amnistie qui couvrent des crimes internationaux. On ne trouve non plus, dans ces textes, une règle explicite qui empêche qu'une loi d'amnistie déjà adoptée puisse faire obstacle à l'exercice de l'action pénale⁸⁸. Il faut donc vérifier si une telle interdiction peut être déduite des principaux accords en la matière ou si l'on peut constater l'existence de règles coutumières qui interdisent l'amnistie pour les crimes internationaux.

Certaines conventions prévoient expressément l'obligation pour les États parties de poursuivre les responsables des crimes. La Convention pour la prévention et la répression du génocide contient par exemple une obligation de ce type⁸⁹. De nombreuses conventions prévoient l'alternative « juger ou extraditer » : c'est le cas des quatre Conventions de Genève de 1949⁹⁰ (et du premier protocole

⁸⁸ La loi n° 10 du Conseil de contrôle interallié représente encore une fois une exception dans ce panorama : l'article II (5) prévoyait qu'aucune loi d'amnistie ne pouvait empêcher la punition des responsables des crimes de guerre, de crimes contre la paix et des crimes contre l'humanité.

⁸⁹ Article IV : Les personnes ayant commis le génocide ou l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III seront punies (...); Article V : « Les Parties contractantes s'engagent à prendre, conformément à leurs constitutions respectives, les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application des dispositions de la présente Convention, et notamment à prévoir des sanctions pénales efficaces frappant les personnes coupables de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III ».

⁹⁰ Article 49 de la Convention I ; article 50 de la Convention II ; article 129 de la Convention III et article 146 de la Convention IV.

additionnel du 1977) pour les infractions graves des conventions⁹¹, et de la Convention de 1984 contre la torture⁹². Dans tous ces cas les États signataires ne peuvent pas adopter des mesures d'amnistie pour les crimes prévus dans les conventions car ils se sont engagés à poursuivre ceux qui en sont responsables, ce qui implique l'interdiction d'amnistier les crimes⁹³. Un État - comme le dit l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit de traités - ne peut pas se prévaloir de ses normes internes pour ne pas respecter un traité⁹⁴.

Les Statuts du TPIY et du TPIR sont à leur tour muets au sujet de l'amnistie. Dans ces cas la question est à résoudre dans le cadre de la compétence concurrente des tribunaux internationaux et des tribunaux nationaux, à la lumière de l'obligation des États de coopérer avec les tribunaux. L'obligation de coopérer et la primauté des tribunaux excluent l'applicabilité des lois d'amnistie aux crimes prévus par les Statuts. Ceci est confirmé indirectement par l'accord de paix conclu à Dayton, qui prévoit l'amnistie pour les infractions de droit commun et les crimes moins graves, c'est-à-dire les crimes qui ne tombent pas sous la juridiction du TPIY⁹⁵.

⁹¹ Il faut préciser ici l'interprétation de l'Article 6 (5) du II Protocole II (1977) : « [a]t the end of hostilities, the authorities in power shall endeavour to grant the broadest possible amnesty to persons who have participated in the armed conflict, or those deprived of their liberty for reasons related to the armed conflict, whether they are interned or detained ». Cette règle ne doit pas être interprétée comme s'appliquant aux violations graves de droit humanitaire. Selon l'interprétation du Comité International de la Croix Rouge, transmise au Procureur d TPIY et TPIR (en 1995 et 1997) : « Article 6 (5) of Protocol II is the only and very limited equivalent in the law of non-international armed conflict of what is known in the law of international armed conflict as 'combatant immunity', i.e., the fact that a combatant may not be punished for acts of hostility, including killing enemy combatants, as long as he respected international humanitarian law, and that he has to be repatriated at the end of active hostilities. In non-international armed conflicts, no such principle exists, and those who fight may be punished, under national legislation, for the mere fact of having fought, even if they respected international humanitarian law. The 'travaux préparatoires' of 6 (5) indicate that this provision aims at encouraging amnesty, i.e., a sort of release at the end of hostilities. It does not aim at an amnesty for those having violated international humanitarian law », cité in Amnesty International, *Universal Jurisdiction*, septembre 2001.

⁹² C'est le cas aussi du Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté par la CDI en 1996. En plus, les deux conventions sur l'imprescriptibilité comportent implicitement l'obligation de poursuivre les responsables des crimes qu'elles déclarent imprescriptibles, voir à ce propos, P.Poncela, « L'imprescriptibilité », in Ascensio, Decaux, Pellet (dir.) *op.cit.*, pp. 887 à 895

⁹³ La Convention interaméricaine sur les disparitions forcées interdit expressément toute disposition d'amnistie.

⁹⁴ L'Assemblée générale des Nations Unies a confirmé ce principe, en ce qui concerne la poursuite des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, dans la Résolution 3074 (1973), *Principles of International Cooperation in the Detection, Arrest, Extradition and Punishment of Persons Guilty of War Crimes and Crimes Against Humanity*, dont le paragraphe 8 établit : « States shall not take any legislative or other measures which may be prejudicial to the international obligations they have assumed in regard to the detection, arrest, extradition, and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity ».

⁹⁵ Selon l'Article VI de l'Annexe 7 de l'Accord de Dayton : « Any returning refugee or displaced person charged with a crime, other than serious violation of international humanitarian law as defined in the Statute of the International Tribunal for the former Yugoslavia since 1 January 1991 or a common crime unrelated to the conflict, shall upon return enjoy an amnesty. In no case shall charges for crimes be imposed for political or other inappropriate reasons or to circumvent the application of the amnesty ».

Dans ce sens, il est utile aussi de se référer au Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone⁹⁶, à propos duquel les Nations Unies ont pris une position explicite sur l'illégitimité de l'amnistie couvrant les crimes internationaux les plus graves⁹⁷. Le Statut de Tribunal pour la Sierra Leone - qui aura la primauté sur les juridictions de la Sierra-Leone - établit que l'amnistie prévue par l'Accord de paix de Lomé (article IX) ne couvre pas les crimes internationaux sous sa compétence, mais seulement les crimes prévus par les lois de la Sierra-Leone. Le Conseil de sécurité a rappelé dans la résolution 1315 que : « Le Représentant spécial du Secrétaire général a assorti sa signature de l'Accord de paix de Lomé d'une déclaration selon laquelle il était entendu, pour l'Organisation des Nations Unies, que les dispositions de l'Accord concernant l'amnistie ne s'appliquaient pas aux crimes internationaux de génocide, aux crimes contre l'humanité, aux crimes de guerre et autres violations graves du droit international humanitaire. »

Le Statut de la CPI n'a pas dissipé les incertitudes. On n'y fait aucunement référence à la question de l'amnistie, qui d'ailleurs n'a pas été longuement discutée pendant les négociations sur le texte. Malgré ce silence, il y a beaucoup de normes du Statut qui indiquent la volonté d'éviter l'impunité par tous les moyens et qui donc amènent à considérer les lois d'amnistie incompatibles - en principe - avec le système de la CPI. Il a été suggéré toutefois que le Statut laisse ouverte la possibilité d'une exception, précisément au cas où l'on se trouverait dans le contexte d'un procès de réconciliation nationale qui prévoit d'autres moyens pour parvenir à la vérité et à la justice, sur le modèle de ce qui s'est passé en Afrique du Sud dans les années 1990.

b) L'amnistie et les instruments relatifs aux violations des droits de l'homme

La question de la légitimité des lois d'amnistie s'est posée à plusieurs reprises dans le cadre de l'application des conventions en matière de droits de l'homme. La plupart de ces traités ne contiennent pas l'obligation explicite pour les États parties de poursuivre les auteurs des violations des conventions. Pourtant les organes de contrôle et les organes judiciaires - là où ils existent - ont

⁹⁶ Les Nations Unies et le gouvernement de la Sierra-Leone ont signé (en date 16 Janvier 2002) l'accord pour l'établissement du Tribunal Spécial pour la Sierra Leone, pour le texte de l'Accord et le Statut du Tribunal voir le site internet : www.specialcourt.org.

⁹⁷ Dans le Rapport du SG sur l'établissement d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone on lit « Tout en reconnaissant que l'amnistie est une notion juridique acceptée et représente un geste de paix et de réconciliation à la fin d'une guerre civile ou d'un conflit armé interne, l'Organisation des Nations Unies a toujours affirmé qu'elle ne pouvait être accordée en ce qui concerne les crimes internationaux, comme le génocide, les crimes contre l'humanité ou autres violations graves du droit international humanitaire », Rapport du Secrétaire général sur l'établissement d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone, 4 octobre 2000, doc.: S/2000/915.

interprété ces traités comme s'ils imposaient aux États parties l'obligation de punir les responsables des violations des droits de l'homme. Grâce à cette interprétation ils ont déclaré que les conventions et les lois d'amnistie sont incompatibles car ces dernières constituent une violation flagrante de ces traités.

Tout d'abord le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, dans ses observations sur le Pacte international sur les droits civils et politiques, a affirmé que l'amnistie est contraire au devoir des États d'enquêter sur les violations des droits de l'homme⁹⁸. Conformément à cette opinion, le Comité a critiqué la plupart de lois d'amnistie adoptées tant en Amérique latine (en Uruguay, Argentine, Chili, El Salvador et Pérou), qu'en France et au Liban⁹⁹.

La Commission des Droits de l'homme instituée au sein de la Convention interaméricaine a dénoncé à maintes reprises les lois d'amnistie adoptées dans les pays membres à la Convention¹⁰⁰.

À son tour, la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme a rendu un certain nombre de jugements où l'on trouve une affirmation très claire et précise que les lois d'amnistie violent à la fois l'article 1, l'article 8 (droit à un procès équitable) et l'article 25 (droit à un recours judiciaire efficace) de la Convention¹⁰¹. On peut résumer la position de la Cour en se référant à l'arrêt rendu en 2001 dans l'affaire *Chimbipuna Aguirre c. Pérou* (affaire *Barrios Altos*), où la Cour a déclaré la non conformité à la Convention de deux lois d'amnistie adoptées

⁹⁸ « L'amnistie est de manière générale contraire au devoir des États d'enquêter sur de tels actes: de garantir que de tels actes ne soient pas soumis au sein de leur juridiction; et d'assurer qu'ils ne se produisent pas à l'avenir. Les États ne sauraient priver les individus du droit à réparation réelle comprenant leur dédommagement ainsi que leur réhabilitation aussi complète que possible » (Observation générale n°20 du Comité des Droits de l'Homme relative à l'article 7 du Pacte international sur les droits civils et politiques)

⁹⁹ Un récent rapport d'Amnesty International contient les références aux observations du Comité sur l'amnistie, voir Amnesty International, *Universal Jurisdiction, op.cit.*, Chap. 14, note 69.

¹⁰⁰ Dans le rapport cité à la note précédente on trouve mentionnés aussi les rapports de la Commission sur l'Argentine : Rapport No. 24/92, 82ème Sess., OEA/ser.L/V/II.82, Doc. 24 (2 Octobre 1992); Rapport N° 28/92, Cas 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 et 10.311 (Argentine), 2 Octobre 1992; sur le Chili: Rapport N° 36/96, Cas 10.843, 15 Octobre 1996, par. 50; Rapport N° 34/96, Cas 11.228, 11.229, 11.231 et 11.282, 15 Octobre 1996, par.50; Rapport N° 25/98, Cas 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 et 11.705, 7 Avril 7 1998, par. 42 ; sur la Colombie : Troisième Rapport sur la situation des Droits de l'homme en Colombie, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1, 26 Février 1999, par. 345; sur El Salvador: Rapport No. 26/92, 82ème Sess., OEA/ser.L/V/II.82, 24 Septembre 1992; Rapport N° 136/99, Cas 10.488 Ignacio Ellacuría S.J. et al., 22 Décembre 1999, par. 200; Rapport N° 1/99, Cas 10.480 *Lucio Parada Cea et al.*, 27 Janvier 1999, par. 107; Rapport N° 26/92, cas 10.287 (*massacre de Las Hojas*), 24 Septembre 1992, par. 6; sur l'Uruguay: Rapport No. 29/92, 82ème Sess., OEA/ser.L/V/II.82, Doc. 25 (2 Octobre 1992); Rapport N° 29, 1992.

¹⁰¹ La Cour a éclairci sa position (quant à l'interprétation de l'article 1) tout d'abord dans l'Affaire *Velazquez Rodriguez* (29 Juillet 1988) : « *The State has a legal duty to take reasonable steps to prevent human rights violations and to use means at its disposal to carry out a serious investigation of violations committed within its jurisdiction, to identify those responsible, to impose the appropriate punishment and to ensure the victim adequate compensation* », paragraphe 174.

en Pérou en 1995. La Cour a considéré inadmissibles les mesures d'amnistie prétendant empêcher les enquêtes et la sanction des responsables des violations graves aux droits de l'homme car elles contreviennent aux droits inaliénables reconnus par le droit international des droits de l'homme.

Ce jugement est très intéressant car la Cour semble assimiler les violations graves des droits de l'homme aux crimes les plus graves sous l'aspect des conséquences qu'ils entraînent, à la fois l'imprescriptibilité et le caractère « inamnistiable »¹⁰². Il semble légitime d'estimer qu'on assiste à la formation d'une règle coutumière qui interdit toute disposition d'amnistie relative aux crimes internationaux les plus graves. Cette règle produirait ses effets aussi dans le domaine de droits de l'homme, surtout en ce qui concerne la sanction des violations graves et massives de ces droits.

2. Le point sur le droit coutumier après l'adoption du Statut de la CPI

On a déjà vu qu'il est difficile d'établir l'existence d'une obligation générale de droit international de poursuivre les responsables des crimes internationaux. Il n'y a pas donc d'interdiction généralisée d'adopter des lois d'amnistie. Toutefois, comme pour la prescription, il semble qu'une règle qui rend « inamnistiables » les crimes internationaux les plus graves - c'est-à-dire au moins ceux qui sont prévus par le Statut de la CPI - soit en train de se former, justement sous l'influence des négociations et de l'adoption du Statut de Rome.

a) *L'interprétation du Statut de la CPI*

Comme on a déjà souligné, le Statut ne contient aucune disposition portant sur l'amnistie. Le texte ne mentionne pas non plus les commissions de vérité et réconciliation¹⁰³. Il faut donc se demander comment interpréter ce silence.

¹⁰² « 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 », Arrêt Chumbipuma Aguirre c/ Pérou, cit. paragraphe 41.

¹⁰³ Il faut faire une distinction parmi les divers types d'amnistie sur la base de la finalité qui les sous-tend. Les très nombreuses dispositions d'amnistie adoptées après la seconde guerre mondiale peuvent être sommairement divisées en deux catégories quant à la finalité qu'elles cherchent à obtenir : les lois d'auto-amnistie, prises par les gouvernements sortants pour acquitter les autorités responsables des crimes commis tant qu'elles étaient en charge ; et les lois d'amnistie prises dans le contexte des procès de réconciliation nationale, visant à rendre moins traumatique la transition vers un nouveau système ou régime politique. Il s'agit, en principe, de dispositions de nature très différente. Les lois d'auto-amnistie tendent tout simplement à éviter la poursuite des responsables, en bref à leur garantir l'impunité, tandis que les « lois de

Est-il possible que des lois internes d'amnistie empêchent l'exercice de la juridiction de la Cour? La réponse doit être négative. Le Statut est déjà clair dans son préambule lors qu'on y affirme « 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 », et encore plus en rappelant « qu'il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux ». D'ailleurs, il faut toujours se rappeler que le but principal du Statut de la CPI est justement d'éviter l'impunité.

La question de l'amnistie a été discutée lors des négociations relatives à l'autorité de la chose jugée (*ne bis in idem*, article 20). Le résultat final a été celui d'exclure tant l'amnistie que la grâce en qualité de dispositions ayant la valeur d'un jugement, et donc en mesure d'empêcher un nouveau procès devant la CPI.

Il a été quand même indiqué que le silence du texte et l'ambiguïté de certaines normes ouvrent la possibilité d'une exception¹⁰⁴, précisément au cas où on se trouverait dans le cadre d'un procès de paix et de réconciliation nationale qui prévoit d'autres moyens d'investigation et de réparation. On sait qu'aux termes de l'article 16 le Conseil de sécurité peut demander à la Cour, dans une résolution adoptée sur la base du Chapitre VII de la Charte, un sursis à enquêter ou à poursuivre pendant les douze mois suivants la résolution même ; le sursis peut d'ailleurs être renouvelé. On a supposé que le Conseil de Sécurité pourrait, grâce à l'article 16, demander à la Cour de respecter une loi d'amnistie 1) s'il a constaté l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression et 2) si la résolution qui demande le sursis est conforme aux buts des Nations Unies, y compris le respect des droits de l'homme. Mais il y a des objections qu'on peut faire à cette interprétation¹⁰⁵.

réconciliation » se joignent souvent à des procédures d'établissement des faits et d'attribution de la responsabilité qui remplacent la poursuite pénale, en visant aussi à donner une forme de réparation aux victimes. Comme on a vu, les instruments conventionnels mentionnent très rarement l'amnistie et ils ne distinguent jamais entre les divers types d'amnistie. Cependant on a avancé l'hypothèse que, en vertu de leur finalité, certains types d'amnistie - notamment celles du second type qui n'ont pas le but principal d'éviter la punition des responsables - pourraient être admises par le droit international et qu'elle seraient même compatibles avec le Statut de la CPI. Voir Scharf M., « *The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the ICC* », *Cornell International Law Journal*, 1999, pp.507-527.

¹⁰⁴ Voir à ce propos Wegwood R., « *The International Criminal Court: an American View* », *European Journal of International Law*, 1999, p.96 ; *contra* G.Hafner, K.Boon, A.Rubesame, J.Huston, « *A Response to the American View as Presented by Ruth Wegwood* », *ibidem*, pp.109-113.,

¹⁰⁵ Voir Scharf M., *op.cit.*

Il est peut-être vrai que le Conseil de sécurité pourrait faire passer les intérêts de la paix avant ceux de la justice et que l'intervention de la CPI dans le contexte d'un procès de paix - dans lequel les parties ont choisi d'entreprendre la transition vers un nouveau système à travers des moyens alternatifs à la poursuite pénale - pourrait déstabiliser à nouveau le pays et donc représenter une menace contre la paix. Mais il est très difficile d'imaginer des dispositions d'amnistie qui soient complètement conformes aux buts des Nations Unies, surtout à la lumière des prises de position de l'Organisation sur des événements récents.

Si par le passé les Nations Unies ont exprimé leur approbation aux dispositions d'amnistie qui étaient adoptées dans le cadre de complexes accords de paix, on doit remarquer que dernièrement elles se sont exprimées tout à fait clairement pour l'illégitimité de l'amnistie pour les crimes internationaux les plus graves, comme dans le cas de la Sierra Leone. En outre, si l'on estime que l'article 16 devrait permettre de suspendre la juridiction de la Cour et non la bloquer pour une durée indéterminée (chose qui serait toutefois possible bien que cet aspect soit fort critiqué)¹⁰⁶, la CPI devrait être en mesure de reprendre ses enquêtes et ses poursuites une fois que la menace contre la paix a cessé : d'ailleurs, il n'y aura pas de transition achevée si la menace ne cesse pas.

Ensuite, il faut rappeler que l'amnistie n'est pas une des mesures qui empêche en principe la recevabilité d'une affaire, tandis que le pardon pourrait parfois le faire en application du principe de *ne bis in idem*¹⁰⁷. D'après les travaux préparatoires, il s'agit d'une absence volontaire, qui est confirmée par les alinéas qui permettent à la CPI d'exercer sa compétence devant le manque de volonté ou l'incapacité d'un État à mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites, si on les interprète de façon large, comme on l'a supposé à propos de la prescription.

Le Procureur, pour sa part, bénéficie d'une certaine marge d'appréciation étant donné qu'il peut décider de ne pas ouvrir une enquête s'il estime qu'il n'y a pas de base raisonnable pour le faire après une enquête préliminaire, aux termes des articles 15 et 53¹⁰⁸. On

¹⁰⁶ Benvenuti, *op.cit* ; F.Lattanzi, « *The Rome Statute and State Sovereignty. ICC Competence, Jurisdictional Links, Trigger Mechanism* », in Lattanzi, Schabas (dir.) , *op.cit*, p.51-66.

¹⁰⁷ La CPI ne peut pas exercer sa compétence si « la personne concernée a déjà été jugée pour le comportement faisant l'objet de la plainte, et si elle ne peut être jugée par la Cour en vertu de l'article 20, paragraphe 3 » (art.17,3) Quant au *ne bis in idem*, il n'y a pas de doute que l'article 20 du Statut est très clair et qu'il s'applique seulement s'il y a déjà eu un jugement : une mesure d'amnistie ne peut aucunement revêtir ce rôle.

¹⁰⁸ Si, après l'examen préliminaire visé aux paragraphes 1 et 2, le Procureur conclut que les renseignements qui lui ont été soumis ne constituent pas une base raisonnable pour l'ouverture d'une enquête, il en avise ceux qui les lui ont fournis. Il ne lui est pas pour autant interdit d'examiner, à la lumière de faits ou d'éléments de preuve nouveaux, les autres renseignements qui pourraient lui être communiqués au sujet de la même affaire

a dit qu'en s'appuyant sur l'article 53, par.1 c) le Procureur pourrait refuser une affaire. Cet article établit que 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 serve pas les intérêts de la justice, le Procureur peut décider ne pas l'ouvrir (bien que sa décision soit sujet à l'approbation de la Chambre préliminaire)¹⁰⁹. La question ne se pose évidemment pas dans les cas de lois d'auto-amnistie, qui ne pourrait aucunement servir l'intérêt de la justice. Au contraire, dans l'hypothèse où l'amnistie serait octroyée après une procédure alternative (*quasi-judiciaire* comme on l'appelle) visant une enquête très approfondie au cours de laquelle les responsables admettent leurs crimes, et prévoyant aussi des moyens de réparation aux victimes, le Procureur pourrait décider de ne pas engager de poursuites.

Or, étant donné que le Statut de la CPI concerne seulement les crimes les plus graves et qu'il donne une grande importance aux droits des victimes, il ne semble pas que l'article 53 puisse autoriser le Procureur à ne pas ouvrir une enquête en raison d'une amnistie jointe à une procédure non judiciaire d'établissement de la vérité¹¹⁰. La théorie critiquée risque d'entraîner des conséquences sérieuses : si le Procureur reconnaît la légitimité d'une loi d'amnistie, que doivent faire les juridictions nationales? Or, même si la CPI n'ouvre pas une enquête estimant que des moyens alternatifs comme un procès de réconciliation nationale puissent servir l'intérêt de la justice (en reconnaissant donc la légitimité d'une loi d'amnistie), les juridictions nationales compétentes peuvent être saisies. De cette façon, toutefois, un rude coup serait donné à l'autorité de la décision de la CPI¹¹¹.

b) La pratique des États

Certains épisodes récents font pencher vers l'hypothèse d'une règle coutumière en voie de formation. En Argentine par exemple, en février 2001, le Juge Fédéral Gabriel Cavallo a déclaré que la « loi du point final » et la « loi sur le devoir d'obéissance » sont contraires au droit international général, qui prévoit que les crimes contre l'humanité soient imprescriptibles¹¹².

¹⁰⁹ Art.53.1, par.c) : « S'il y a des raisons sérieuses de penser, compte tenu de la gravité du crime et des intérêts des victimes, qu'une enquête ne servirait pas les intérêts de la justice ».

¹¹⁰ D'ailleurs, si le crime n'est pas suffisamment grave, une affaire n'est pas recevable par la CPI: dans ce cas peu importe –pour la CPI – que le crime soit amnistié ou qu'il ne le soit pas.

¹¹¹ L'amnistie pourrait, au contraire, être prise en considération au niveau de l'établissement des peines en constituant une circonstance pour l'atténuation de la condamnation, voir J.Dugard, « Possible Conflict of Jurisdiction with Truth Commissions », à paraître Cassese, Gaeta., Jones (dir.), *op.cit.*

¹¹² Causa nro. 8686/2000 : Simon, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/ sustracción de menores de 10 años del registro de la Secretaría Nro. 7, Buenos Aires (6 Mars 2001).

Tout dernièrement, on assiste au phénomène des tribunaux pénaux « internationalisés », comme ceux qui ont été établis dans le contexte des administrations transitoires des Nations Unies à Timor Oriental et au Kosovo¹¹³.

Dans ces pays, l'on est en présence de procès de réconciliation nationale, parfois même en présence d'une Commission de vérité et réconciliation (c'est le cas de la Sierra-Leone et de Timor) et de l'adoption d'une disposition d'amnistie (pour les crimes moins graves, c'est le cas de la Sierra-Leone), on a choisi cependant la poursuite pénale des crimes les plus graves. Les Nations Unies ne sont plus prêtes à accepter de compromis à ce sujet. Quant à la poursuite des crimes commis entre 1975 et 1979 en Cambodge – où les Nations Unies sont en train d'aider le Gouvernement dans la préparation de la poursuite pénale des responsables des crimes commis entre 1975 et 1979 - une des questions les plus discutées est justement celle de l'annulation des dispositions d'amnistie préalablement concédées¹¹⁴.

Ces événements montrent qu'on essaye de trouver des moyens plus simples et moins contraignants par rapport à l'institution de tribunaux internationaux tels que le TPIY et le TPIR. Mais le plus important est qu'on ne choisit plus la voie de l'amnistie couvrant ces crimes. On peut donc constater l'émergence d'un sentiment diffusé dans la communauté internationale, d'après lequel on ne saurait plus proposer une amnistie pour les crimes internationaux les plus graves. En d'autres termes, la poursuite pénale des responsables des crimes les plus graves devient une issue à laquelle on ne peut pas renoncer, même au cas où la paix ne serait pas consolidée et les difficultés seraient nombreuses.

CONCLUSION

Une vue d'ensemble sur l'évolution des règles de droit international concernant les immunités, la prescription et l'amnistie

¹¹³ Dans le cas de Timor, il s'agit de « *Serious Crimes Panels* » qui sont composé par deux juges internationaux et un juge de Timor, voir les documents UNTAET/REG/2000/11 (6 Mars 2000), UNTAET/REG/2000/15 (6 Juin 2000). Les *panels* sont adjoints à la Cour du District de Dili et exercent la compétence exclusive sur les crime internationaux les plus graves (génocide, crimes de guerre, crime contre l'humanité, homicide, torture et crimes sexuels. Les arrêts rendus sont disponibles sur Internet : <http://www.jsmp.minihub.org/Trialsnew.htm>. Dans le cas de Kosovo, le TPIY est compétente sur les crimes internationaux, mais en raison de ses ressources limitées, on a décidé de laisser à l'opération des Nations Unies (UNMIK) la poursuite des crimes moins graves : un nombre de juges et procureur internationaux ont été adjoints au tribunaux internes du Kosovo pour garantir la régularité de la poursuite des crimes internationaux. On rappelle aussi le Tribunal spécial pour la Sierra-Leone établi par voie d'accord entre les Nations Unies et la Sierra-Leone.

¹¹⁴ Voir. S.Linton., « *Cambodia, East Timor and Sierra Leone: Experiments in International justice* », *Criminal law Forum*, 2001, 185-246,(p.198.

amène, avec prudence, à un bilan positif, du moins en ce qui concerne la poursuite des crimes internationaux les plus graves. Le défaut de pertinence de la qualité officielle – et donc l'impossibilité de se prévaloir des immunités fonctionnelles – est désormais une règle consolidée. L'imprescriptibilité des crimes les plus graves est une règle coutumière en voie de consolidation¹¹⁵ et il semble que l'on assiste aussi à la formation d'une règle qui interdit toute amnistie pour les mêmes crimes¹¹⁶. L'adoption du Statut de la CPI a donné une contribution importante aux développements dans ce domaine.

Faire un bilan complet impose aussi de mettre en exergue les aspects négatifs. Ce qu'on vient de dire, il faut le rappeler, concerne seulement les crimes les plus graves. En particulier, les règles sur l'imprescriptibilité et l'interdiction de l'amnistie – en tant que règles coutumières existantes ou en voie de formation – s'appliquent exclusivement à ces crimes (même si on ne doit pas oublier qu'il y a des conventions internationales qui prohibent la prescription ou l'amnistie d'autres crimes internationaux). En outre, l'amnistie et la prescription sont encore acceptées comme motifs de refus d'extradition dans la plupart des traités en la matière, sans qu'il y ait d'exception spéciale.

Quant aux immunités, la pratique indique qu'il n'y pas d'exception aux immunités personnelles, notamment au cas où l'accusé serait un chef d'État ou un chef de gouvernement. Les États ne sont pas prêts à faire tomber toute immunité car ils craignent les risques potentiels pour la stabilité et la paix que pourrait comporter la poursuite pénale d'un chef d'État ou de gouvernement en exercice. Pour le moment, il semble donc difficile d'envisager la formation d'une exception concernant les hauts organes de la hiérarchie étatique. En revanche, quant aux agents diplomatiques (qui jouissent aussi des immunités personnelles) la levée des immunités et

¹¹⁵ "Imprescriptibility of war crimes, crimes against humanity and génocide may be considered part of customary international law.", B. Simma, A.L. Paulus, "The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Armed Conflict: A Positivist View", *American Journal of International Law*, 1999, p.315. Voir aussi S. Marchisio, "The Priebeke Case before the Italian Military Tribunals: A Reaffirmation of the Principle of the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity", *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1998, p. 344. Le juge d'instruction belge a déclaré: "Prescription does not seem to be a principle of international criminal law and appears to be irreconcilable with the character of the offences... Their imprescriptibility is inherent in their nature. Therefore, we find that, as a matter of customary international law, crimes against humanity cannot prescribe and that this principle is directly applicable in the domestic legal order.", traduction en anglais par Luc Reydam, "International Decisions: In re Pinochet - Belgian Tribunal of First Instance Brussels", *American Journal of International Law*, 1999, p.703.

¹¹⁶ Voir *supra* les prise de position de Nations Unies. Dans le rapport de Louis Joinet sur la question de l'impunité on trouve le principe de l'imprescriptibilité des crimes les plus graves (principe 23) et des mesures très restrictives sur l'amnistie (principe 25). Les Principes de Princeton (*the Princeton Principles on Universal Jurisdiction*) adoptés en 2001 par un group de travail coordonné par Cherif Bassiouni, affirment l'imprescriptibilité des crimes les plus graves (principe 6) et l'illegitimité des amnisties couvrant les mêmes crimes (principe 7).

L'instrument de la *persona non grata* peuvent bien être utilisés. On devrait envisager aussi une exception aux immunités personnelles au cas où il serait évident que l'État dont l'agent est ressortissant n'a aucune intention de le poursuivre (ni de renoncer aux immunités).

De même, les conclusions pessimistes de Paola Gaeta dans sa partie que sur les critères juridictionnels - qui met en évidence une approche « sectorielle et minimaliste » en la matière - doivent être prises en compte. Une telle approche pourrait en pratique amoindrir les progrès faits vers la levée des obstacles à la poursuites des auteurs des crimes internationaux dont on a discuté jusqu'ici. Toutefois, si on regarde le revers de la médaille, les progrès mentionnés pourraient faciliter le franchissement des obstacles qui découlent du fonctionnement des règles sur la compétence pénale¹¹⁷.

Enfin, on peut souhaiter que le Statut de la CPI puisse amener la plupart de États à introduire dans leurs systèmes de droit pénal les modifications nécessaires pour rendre possible la poursuite pénale de crimes internationaux.

¹¹⁷ Comme M. Delmas-Marty l'a bien montré dans le chapitre sur « La responsabilité pénale en échec », *op.cit.*.