

LA LUTTE CONTRE L'IMPUNITÉ

Concept et enjeux modernes de la promesse démocratique

[Olivier Beauvallet](#)

Dalloz | « Les Cahiers de la Justice »

2017/1 N° 1 | pages 15 à 27

ISSN 1958-3702

ISBN 9782996217013

Article disponible en ligne à l'adresse :

<https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2017-1-page-15.htm>

Distribution électronique Cairn.info pour Dalloz.

© Dalloz. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

La lutte contre l'impunité

Concept et enjeux modernes de la promesse démocratique

par Olivier Beauvallet ¹

Olivier Beauvallet, Magistrat, docteur en droit.

Cette contribution est une esquisse de l'exploration des liens entre justice et violence dans la réalisation de la promesse démocratique. La lutte contre l'impunité se présente en effet comme une aspiration consubstantielle à la promesse démocratique. Elle permet l'avènement de ce régime et constitue un étalon de sa bonne santé. Le passage d'un régime despotique vers un régime démocratique, en particulier à l'issue d'un conflit, s'illustre ainsi par la fréquence des procès, dont la portée, non seulement symbolique, présente principalement une réelle nature pénale aux effets subsidiairement politiques. La lutte contre l'impunité, exigeant un espace où tenir un véritable état judiciaire, contribue à la responsabilité des élites tandis que son pendant positif, l'état de droit, réalise l'adhésion des gouvernés aux institutions.

This contribution is an outline of an exploration of the links between justice and violence in fulfilling the promise of democracy. The fight against impunity is indeed an aspiration that is consubstantial to the promise of democracy. It allows the democratic system to exist and constitutes a benchmark of its good health. The shift from a despotic regime to a democratic one, particularly in the wake of conflict, is thus illustrated by frequent trials, whose influence is not only symbolic, but also penal and with additional political effects. The fight against impunity requires space for a true judiciary and contributes to the responsibility of elites, whereas in its positive counterpart, the rule of law ensures that the rules adhere to institutions.

L'impunité se présenterait comme le caractère d'un contexte plus ou moins permanent dans l'histoire, selon les régimes. L'impunité serait un immobilisme. L'impunité apparaît également comme un attribut de la condition politique faite aux individus. Autrement dit, étudier la

1. Les vues exprimées dans cet article sont propres à leur auteur et ne reflètent pas les vues des organisations, juridictions ou autres employeurs pour lesquelles il œuvre ou a œuvré.

question de l'impunité ne revient pas seulement à révéler le sort des criminels et des victimes. Elle parle plus explicitement encore du cœur du régime politique dans lequel elle règne ou, au contraire, elle rencontre une opposition.

D'emblée, on peut proposer un sombre constat. Par définition, l'impunité est un état quand la lutte contre l'impunité est un idéal, une tension dans la société à vocation égalitaire. Il est frappant à cet égard de ne trouver apparemment aucun antonyme à l'impunité. Nulle valeur contraire à ce terme construit négativement. Seulement des efforts déployés.

L'impunité naît de l'égalité dans la société : promesse démocratique

L'impunité se présentait autrefois comme l'effet naturel de la souveraineté. Comme source de justice, le souverain ne relève pas de sa propre juridiction : il en est naturellement exempt. L'impunité caractérise ainsi l'excès de pouvoir en ce que d'une part, le souverain exerce toute discrétion sur ses sujets et d'autre part, en ce qu'il ne rend nul compte de la manière dont il use ou abuse de cette discrétion.

Or, il apparaît d'emblée que la lutte contre l'impunité porte la question unique de l'ordre politique. La typologie de Montesquieu ne repose sur aucun autre fondement. C'est la mise en cause possible du pouvoir, la recherche de la mise en cause de son titulaire qui instaure l'impunité ou permet au contraire d'y résister. « [j]'ai dit que la nature

du gouvernement républicain est que le peuple en corps, ou de certaines familles, y aient la souveraine puissance ; celle du gouvernement monarchique, que le prince y ait la souveraine puissance, mais qu'il l'exerce selon des lois établies ; celle du gouvernement despotique, qu'un seul y gouverne selon ses volontés et ses caprices » (Montesquieu, *Esprit des Lois*, TI LIII Ch. II). Beccaria en convient largement : « [l]e droit de punir n'est pas le droit d'un seul, c'est celui de tous les citoyens, ou du souverain ; un citoyen peut bien renoncer à son droit individuel, mais il ne peut annuler celui des autres ».

Le rejet de l'impunité, précisément, est le caractère du régime démocratique, par opposition au régime monarchique ou despotique. Elle est même consubstantielle à la démocratie car « lorsque, dans un gouvernement populaire, les lois ont cessé d'être exécutées, comme cela ne peut venir que de la corruption de la République, l'État est déjà perdu » (Montesquieu, *Esprit des Lois*, TI LIII Ch. III). Autant dire donc que, de part et d'autre du spectre des régimes politiques, la question de l'impunité recèle en elle celle de la permanence des régimes.

Avant cela d'ailleurs, la lutte contre l'impunité est l'aspiration démocratique dans un régime qui ne l'est pas. D'où la violence et les excès dans les phases de transition. Entre principe démocratique et inviolabilité du souverain, la Révolution française se trouve confrontée, lors du passage de la monarchie à la République, à la question de la possibilité d'un procès du monarque, de ses sources et de ses limites. Le 6 novembre 1792, le comité de législation admet d'abord en principe que la

Nation souveraine peut et doit, dans sa puissance suprême, s'élever au-dessus des lois écrites et ne consulter que celles de la nature pour juger un homme qui l'a trahie. Mailhe ² expose à la Convention : « [v]ous devez juger Louis XVI. Vous devez le juger pour les Nations gouvernées par des rois et que vous devez instruire ; pour l'universalité du genre humain, qui vous contemple, qui s'agite entre le besoin et la crainte de punir ses tyrans ». À l'inverse, dans une posture déjà extra-démocratique, Robespierre ³ s'offusque : « Louis n'est point un accusé, vous n'êtes pas des juges ». Il explique : « [p]roposer de faire le procès de Louis de quelque manière que ce puisse être, c'est rétrograder vers le despotisme royal et constitutionnel, c'est une idée contre-révolutionnaire ; car c'est mettre la Révolution en litige ». Il poursuit : « [e]n effet, si Louis peut être encore l'objet d'un procès, il peut être innocent, que dis-je ? Il est présumé l'être jusqu'à ce qu'il soit jugé ; mais si Louis peut être présumé innocent, que devient la Révolution ? ». La question ici n'est pas vraiment celle des crimes et de leur qualification. Elle est celle du passage politique par le judiciaire. En d'autres termes, le procès pénal est un révélateur du régime politique. Il marque le changement de régime d'une part, et la nature démocratique de ce régime d'autre part. Au jour même de l'ouverture du procès de Nuremberg, Jackson renoue le lien entre procès loyal et régime démocratique : « [w]e must

never forget that the record on which we judge these defendants today is the record on which history will judge us tomorrow. To pass these defendants a poisoned chalice is to put it to our own lips as well ».

La lutte contre l'impunité n'est pas seulement intéressante d'un point de vue juridique. Elle est intéressante d'un point de vue institutionnel car elle place le procès au cœur de l'accès au pouvoir. Elle concrétise la responsabilité des élites. Voilà l'antonyme d'impunité : responsabilité.

Le procès, en tant que forme d'exercice du pouvoir, vient se loger au cœur de la promesse démocratique. Il devient le signe de la qualité de fonctionnement d'un système politique. Le développement du régime se caractérisera donc par un perfectionnement des règles de droit, en particulier procédurales. La lutte contre l'impunité, et les formes

« La lutte contre l'impunité, et les formes qu'elle doit revêtir, sont en effet une promesse intrinsèque à la démocratie. »

qu'elle doit revêtir, sont en effet une promesse intrinsèque à la démocratie.

Or, la mise en place politique de mécanisme de responsabilité se traduit par une approche humaniste de la loi. Au chapitre 20 de son ouvrage sur les Délits et les peines (1764), Beccaria a quelques lignes célèbres : « [l]e frein le plus puissant des délits n'est pas la rigueur des peines, mais leur infaillibilité et par conséquent l'active vigilance des magis-

2. Recueil complet des opinions prononcées à l'Assemblée conventionnelle dans le procès de Louis XVI, Vol. 1, p. 101, Buisson, Paris, An I.

3. Recueil complet des opinions prononcées à l'Assemblée conventionnelle dans le procès de Louis XVI, Vol. 2, p. 372.

trats. Cette sévérité d'un juge inexorable cesse d'être une utile vertu dès qu'une législation douce ne l'accompagne pas. La certitude d'un châtement, même modéré, fera toujours plus d'impression que la crainte d'un autre plus terrible, crainte qui tempère toujours l'espoir de l'impunité ; parce que les moindres peines, quand leur application est certaine, ne manquent jamais de frapper les esprits d'une salubre terreur, au lieu que l'espérance, ce don du ciel, qui souvent leur tient lieu de tout, éloigne l'idée de plus grandes peines, surtout lorsque cette espérance est fortifiée par l'impunité, dont l'avarice et la faiblesse multiplient les scandaleux exemples. Les tribunaux accordent quelquefois la remise de la peine encourue pour un simple délit quand l'offensé pardonne. Cet acte d'humanité et de désintéressement, honorable dans un particulier, est contraire au bien public ; mais s'il peut renoncer à la réparation de l'offense qu'il a reçue, doit-il lui être permis de détruire la nécessité de l'exemple ? ».

Pour cerner le caractère révolutionnaire des propositions « bécarriennes », il faut revenir à la doctrine répressive de l'époque. On peut lire ainsi dans La Ferrière ⁴ (1759) que « l'impunité ne doit pas dépendre du juge ». Plus précisément, « [l]es Juges qui ne sont pas assez attentifs à condamner les criminels aux peines que les Lois ont prononcé contre eux trahissent le public et abandonnent les bons à la fureur des méchants. C'est ce qui a fait dire à un grand politique que les Royaumes

ne périssent pas tant à cause des crimes qu'à cause qu'on néglige de les punir ».

En somme, premièrement, l'impunité de l'ancien droit est une faute du juge tandis que la prudence répressive est une vertu des lois. Mais, deuxièmement, les deux juristes conviennent que la lutte contre l'impunité s'impose car, précisément, « [c]'est l'espérance de l'impunité qui excite les méchants à faire des crimes ». En ce sens, la lutte contre l'impunité, dans un régime loyalement démocratique, exprime d'abord la séparation des pouvoirs et l'existence de mécanisme de responsabilité individuelle. Mais elle illustre aussi une modération dans la répression. Au plan international par exemple, le développement moderne de la lutte contre l'impunité par la justice pénale internationale va indissociablement de pair avec le rejet de la peine de mort.

Dès l'instauration d'un régime démocratique de séparation des pouvoirs, le procès (pénal bien sûr, mais généralement *lato sensu*) devient le double régulateur de l'ordre social et de l'ordre politique. Telford Taylor estimait à 500 000 personnes les membres des organisations déclarées criminelles susceptibles de se trouver en zone américaine en 1946 ⁵. La stratégie d'achèvement du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) par exemple s'est illustrée par la concentration des poursuites sur les principaux responsables afin d'assurer qu'un procès loyal soit garanti tant aux accusés qu'à l'idée même de justice incarnée dans les familles

4. Cf. Joseph de la Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, Tome 2, Paris, 1759.

5. T. Taylor, *Report to war secretary*, 15 août 1949, p. 16.

des victimes et, plus loin, la communauté internationale tout entière⁶. Or cette approche politique du procès pénal favorise l'alternance au pouvoir et la stabilisation de l'ordre public. Cette considération n'est pas née après la dernière guerre des Balkans : elle est au contraire ancienne. Responsabilité signifie stabilité. Thomas Paine écrit à la Convention dont il est membre à deux reprises, au sujet de la procédure contre le souverain. Une première fois pour se déclarer en faveur de l'organisation d'un procès contre Louis XVI⁷ car cette mesure lui semble juste, légitime et conforme à la saine politique. Une seconde fois pour appeler à son exil plutôt qu'à l'exécution du monarque en rappelant l'histoire anglaise : « [L]e peuple anglais avait souffert beaucoup d'outrages et de griefs sous la domination des Stuart. Il fit couper la tête à Charles I^{er}, et cependant Charles II reprit le pouvoir que son père avait perdu. Moins de quarante ans plus tard, la même famille voulut encore faire l'essai de ses anciennes injustices ; et la Nation en bannit tous les membres de son territoire. Le remède fut efficace : la famille des Stuart est devenue obscure, s'est perdue dans la foule et s'est éteinte⁸ ».

Le renversement du paradigme au plan international

Quand la guerre était encore « cet état dans lequel on poursuit son droit par la force » laissé à l'appréciation d'un monarque, le souverain décidait aussi du moment où les hostilités ne feraient plus davantage progresser ses intérêts. Il changeait alors de registre et envisageait la conclusion d'un traité de paix. D'un pied de l'autre, il faisait toujours de la politique. Pour Vattel, cette variation des états pouvait être rapide mais elle était étanche : l'état de guerre comme l'état de paix se succédaient mais aucun ne faisait place au droit et au juge, cette limite naturelle à la souveraineté. Vattel écrit : « [L]'amnistie est un oubli parfait du passé ; et comme la paix est destinée à mettre à néant tous les sujets de discorde, ce doit être là le premier article du traité ». Première convention du traité, l'amnistie contribue à la consolidation du traité de paix. Aussi bien, même « quand le traité n'en dirait pas un mot, l'amnistie y est nécessairement comprise, par la nature même de la paix » (*Le Droit des gens*, 1758, Livre IV, §20). En d'autres termes, la concorde et la paix entre les Nations priment sur la rétribution par une juste peine.

À l'inverse, si, de nos jours, la menace ou l'atteinte à la paix ou à la sécurité des

6. Selon le bureau du procureur du TPIY, entre 10 et 15 000 criminels de guerre étaient susceptibles de faire l'objet de poursuite : O. Beauvallet, *La perspective d'achèvement du mandat du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, Droit pénal n° 11, nov. 2003, chron. 32.

7. On notera au passage la participation d'un député à la Convention, de nationalité américaine, au jugement du Roi de France. Th. Payne, *Opinion concernant le jugement de Louis XVI*,

Recueil complet des opinions prononcées à l'Assemblée conventionnelle dans le procès de Louis XVI, Vol. 1, p. 289-296, Buisson, Paris, An I. Nous suivons ici l'orthographe de l'imprimeur.

8. Th. Payne, *Opinion sur l'affaire de Louis Capet*, Recueil complet des opinions prononcées à l'Assemblée conventionnelle dans le procès de Louis XVI, Vol. 7, p. 3-19, Buisson, Paris, An I.

Nations justifie au contraire la mise en place de tribunaux internationaux répressifs, en vertu du chapitre VII de la charte des Nations unies, la raison s'en trouve dans la reconsidération des relations de la puissance étatique, dans deux directions, découvertes lors de la Première Guerre mondiale.

Fin de l'impunité des agents de l'État pour le traitement de ses populations

Tout au long du XIX^e siècle, le traitement des individus par les États dont ils sont ressortissants suscite des débats multiples, tendant tous à concrétiser la promesse démocratique et à adoucir les relations entre la puissance et l'homme sur lequel elle cherche à s'exercer. Cette dialectique n'est pas une progression constante et connaît certains revers. Elle tend cependant à apporter considération, sinon compassion, sous l'inspiration d'un « haut sentiment d'humanité » (Acte final de la Conférence internationale de la paix, La Haye, 29 juill. 1899).

Le coup de tonnerre dans un ciel impuni intervient le 24 mai 1915, quand la France, le Royaume-Uni et la Russie, en présence de nouveaux crimes de la Turquie contre l'humanité et la civilisation, font savoir publiquement à la Sublime Porte qu'ils tiendront personnellement responsables desdits crimes tous les membres du gouvernement ottoman ainsi que ceux de ses agents qui se trouveraient impliqués dans de pareils massacres. Ils mettent ainsi un terme au climat d'impunité qui avait toujours régné entre les Nations. Davantage encore, ils rendent responsables les membres d'un gouvernement pour les

crimes qu'ils commettent sur leur propre population.

Mais la commination ne se réalisa que très imparfaitement. Encore au XX^e siècle, on croyait que la paix se pouvait toujours bâtir sur l'oubli des crimes. L'approche préservait les sensibilités étatiques souveraines. Elle garantissait ainsi en apparence la sécurité internationale. Ainsi, par exemple, le traité de Sèvres entama-t-il, à l'issue de la Première Guerre mondiale, un processus répressif international envers les auteurs d'actes contre les ressortissants d'une des puissances alliées ou associées en annonçant qu'ils seraient traduits devant les tribunaux militaires de cette puissance (traité de Sèvres, art. 227) ou même que les auteurs d'actes commis contre les ressortissants de plusieurs puissances alliées et associées seraient traduits devant les tribunaux militaires composés de membres appartenant aux tribunaux militaires des puissances intéressées (traité de Sèvres, art. 227 al. 2). Apparemment, la répression des criminels ottomans était complète puisque l'article 230 mettait à la charge du gouvernement turc la remise aux puissances alliées des personnes, dont la reddition pouvait être exigée, considérées comme responsables des massacres des populations civiles (soit arméniennes) commis pendant la durée de l'état de guerre sur le territoire qui faisait partie de l'empire turc au 1^{er} août 1914 (traité de Sèvres, art. 230). Tout cela, et même le tribunal spécial international (traité de Sèvres, art. 230 al. 3), était oublié par la grâce d'un nouveau ballet diplomatique.

Par le traité de Lausanne du 24 juillet 1923, on se déclare désormais plutôt

« [a]nimés du même désir de mettre fin définitivement à l'état de guerre qui, depuis 1914, a troublé l'Orient » et « [s]oucieux de rétablir entre eux les relations d'amitié et de commerce nécessaires au bien-être commun de leurs Nations respectives », les États considérant « que ces relations doivent être basées sur le respect de l'indépendance et de la souveraineté des États ». Il n'est plus spécifiquement question de poursuites pour crimes de guerre ou pour les massacres imputables aux Ottomans. Plus précisément, en matière de poursuites pénales, par une déclaration simultanée au traité de Lausanne, les puissances signataires se disent « animées du désir de faire l'oubli sur les événements qui ont troublé la paix en Orient » (déclaration relative à l'amnistie, Lausanne, 24 juillet 1923).

Pour autant, le principe de l'impunité était dorénavant renversé.

Fin de l'impunité des combattants de l'État pour le traitement de ses adversaires

Les gouvernements se sont également rendu compte à la même époque qu'ils pouvaient eux-mêmes, dans des conditions dorénavant inacceptables pour leur population, subir les excès de violence de leurs voisins et qu'il était par conséquent nécessaire de les soumettre à des juridictions comme des crimes en tant que tels. Toutefois, le refus d'extrader l'empereur Guillaume mis en accusation devant un tribunal international (traité de Versailles,

art. 227) et les comédies inacceptables que furent les rares procès tenus à Leipzig pour les crimes commis en guerre par les troupes allemandes, compte tenu de l'insistance des Alliés, apparurent comme très insuffisants.

Pour autant, les procès de Leipzig établirent incontestablement le principe selon lequel les atrocités commises pendant la guerre peuvent être punies à l'issue de celle-ci⁹. À l'inverse, « *[a] desire of revenge is always the enemy of justice* ».

Dorénavant, le principe de la répression des crimes de guerre était posé. Il sera répété tout au long de la Seconde Guerre mondiale, et notamment lors de la déclaration de Saint-James (13 janv. 1942) et de la déclaration de Moscou sur les atrocités (30 oct. 1943). Le châtement (judiciaire) des criminels devient ainsi l'objectif de la guerre, non plus la victoire en tant que telle. L'Assemblée générale des Nations unies approuve le droit de Nuremberg et le verdict du tribunal (résolution 95 (I) du 11 déc. 1946).

On trouvera dans la pratique législative de l'amnistie en France une réduction progressive et significative des préconisations de Vattel. En effet, les mécanismes de réconciliation dans l'oubli tels qu'envisagés par Vattel disparaissent très lentement. Remettant les territoires à des puissances nouvelles, la France efface toutes compétences criminelles envers les crimes commis. Ainsi des lois d'amnistie, après celles édictées relativement aux faits commis pendant la Seconde Guerre

9. Cl. Mullins, *The Leipzig trials, an account of the war criminals' trials and a study of German mentality*, H. F. & G. Witherby, 1921.

mondiale ¹⁰, succédant à l'indépendance de l'Indochine ¹¹ et de l'Algérie ¹². D'autre part, devenant de plus en plus rares après un épisode armé, l'amnistie couvre également des événements d'une portée de plus en plus limitée. La dernière loi en la matière, effaçant, après les accords de Matignon, l'action publique, porte sur les faits de la grotte d'Ouvéa ¹³. Toute loi d'amnistie est désormais difficilement acceptable, y compris pour des infractions mineures. La lutte contre l'impunité se généralise. Une loi n° 64-1326 du 26 décembre 1964 tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité a complété le dispositif contre l'impunité en prononçant la première imprescriptibilité des crimes contre l'humanité.

Renouant avec la détermination d'après-guerre, le Conseil de sécurité, confronté aux violences commises dans les Balkans, déclare sa détermination à mettre un terme à ces crimes et à conduire devant les tribunaux leurs auteurs (Résolution 808 (93)). La création du TPIY est ainsi envisagée uniquement dans une perspective répressive.

Le Traité de Rome portant statut de la Cour pénale internationale (CPI) met clairement en lumière, dès son préambule, l'engagement international dans la lutte contre l'impunité dans une perspective différente

puisque les États parties déclarent avoir à l'esprit « qu'au cours de ce siècle, des millions d'enfants, de femmes et d'hommes ont été victimes d'atrocités qui défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine » et affirment ensuite « 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 ». Or, une telle posture est permise car les États sont conscients « que tous les peuples sont unis par des liens étroits et que leurs cultures forment un patrimoine commun, et soucieux du fait que cette mosaïque délicate puisse être brisée à tout moment ». Le statut associe de cette manière, par l'adhésion des États, le développement du droit et la réalisation de la répression des crimes les plus graves.

Désormais, les accords de paix entérinés par l'ONU ne peuvent en aucun cas promettre l'amnistie pour les actes de génocides, les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité ou les atteintes graves aux droits de l'homme ¹⁴.

10. Loi n° 51-18 du 5 janvier 1951 portant amnistie, modifiée par la loi n° 53-681 du 6 août 1953.

11. Loi n° 66-409 du 18 juin 1966 portant amnistie.

12. Premier d'une longue série de textes : décret n° 62-327 du 22 mars 1962 portant amnistie des infractions commises au titre de l'insurrection algérienne.

13. Loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998. Cette loi excluait toutefois de l'amnis-

tie l'assassinat (art. 80). Une loi n° 90-33 du 10 janvier 1990 portant amnistie d'infractions commises à l'occasion d'événements survenus en Nouvelle-Calédonie effaçait cette fois tous les crimes, y compris l'assassinat (art. 1^{er}).

14. Rétablissement de l'État de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit, rapport du Secrétaire général (ONU), 3 août 2004, (S/2004/616).

La place de l'État dans la lutte contre l'impunité internationale

De nos jours, on conçoit plutôt l'impunité, en tout cas lorsque l'on s'en tient à une vision occidentale, comme un signe de l'imperfection démocratique d'un régime politique. Solidement articulée au principe d'égalité, la lutte contre l'impunité revêt à l'époque contemporaine deux aspects complémentaires. Au fond, la lutte contre l'impunité à l'ère moderne, sous couvert d'instauration de l'individu comme sujet de droit fondamental (à défaut d'être un sujet de droit international), pose la question de la participation de l'État, voire même de sa présence. À bien des égards, en effet, on peut se demander si l'État, sinon les États, a déserté ce combat.

Affirmation des droits individuels et localisation d'un espace de débat

Au plan international, la conviction est forte que la répression des crimes internationaux était nécessaire après-guerre. Par contraste avec la situation de l'entre-deux-guerres, intellectuellement féconde normativement stérile, tout le développement du droit dans l'après-guerre verbalise l'affirmation des droits individuels (DUDH 1948, CESDH 1950, Convention américaine relative aux droits de l'homme 1969, Charte africaine des droits de l'homme et des peuples 1981) et la protection des individus : prévention et répression du génocide (1948), prostitution (1949), crimes de guerre (1949), esclavage (1956), prise d'otages (1979), torture (1984), disparitions forcées (2006). Or, en interdisant, au plan international, pareilles

atrocités, les gouvernements acceptent de les placer dans le champ du droit et par conséquent acceptent au moins formellement de ne plus y recourir, sauf à se les voir reprocher.

Les États ratifient surtout de nombreuses déclarations internationales par lesquelles ils acceptent de limiter leur arbitraire sur leurs populations. L'article 1^{er} positionne d'emblée la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) à la jointure de l'égalité et de la protection : « [t]ous les hommes naissent libres et

« Le rapport Joinet recommande certes plusieurs principes pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité, mais on peut considérer que son apport principal tient, plus que nul autre, dans "le droit de la victime à la justice". »

égaux en dignité et en droits ». La liste des droits est ensuite solennellement énumérée.

L'article 28 de la DUDH résume enfin tous ses droits dans un seul : « [t]oute personne a droit à ce que règne, sur le plan social et sur le plan international, un ordre tel que les droits et libertés énoncés dans la présente déclaration puissent y trouver plein effet ». Or, le développement du droit des libertés fondamentales ne permet que progressivement et très partiellement de révéler une juridiction pour déclarer les violations de ces droits (Cour européenne des droits de l'homme, Cour interaméricaine des droits de l'homme et Cour africaine des droits de l'homme et des peuples).

En termes de crimes de masse, le développement de la lutte contre l'impunité se limite dans une première étape à la reconnaissance de nouveaux droits à la victime. Le rapport Joinet (E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 du 2 oct.

1997) recommande certes plusieurs principes pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité, mais on peut considérer que son apport principal tient, plus que nul autre, dans « le droit de la victime à la justice ». Autrement dit, le cœur de la lutte pour l'impunité se trouve ici : « [l]e droit à la justice confère à l'État des obligations : celle d'enquêter sur les violations, d'en poursuivre les auteurs et, si leur culpabilité est établie, de les faire sanctionner ¹⁵ ».

Autrement dit, la lutte contre l'impunité relève d'abord du droit à la vie. Elle est suspendue à l'accès à un juge. En ce sens, le constat reste mitigé car bien souvent l'État demeure, selon la typologie de l'article 17 du statut de la CPI, incapable ou irrésolu à poursuivre des crimes graves. Pourtant, des solutions innovantes ont été mises en place en une génération, visant à pallier l'absence de juridictions étatiques compétentes. Au cœur des mécanismes de la justice transitionnelle, c'est-à-dire de la justice en phase de reconstruction dans un contexte politique lui-même en transition, la lutte contre l'impunité s'entreprenne par différentes méthodes, selon la solidité de l'appareil étatique.

Des *méthodes non punitives* ont été explorées d'abord, notamment au travers des com-

missions de vérité et de réconciliation. Il s'agit alors davantage de rechercher la satisfaction de la victime du côté du droit à savoir plutôt que de celui du droit à la justice ou celui à réparation. Encore doit-on admettre que le droit à savoir, en tant que condition de la réconciliation, permet d'approcher du quatrième pilier du rapport Joinet, à savoir le non-renouvellement des violations des droits humains. Cette approche a paru toutefois particulièrement instable en ce qu'une fois les faits établis et la vérité manifestée, l'absence de sanction pénale laisse un goût d'inachevé. Ainsi, alors que l'action pour la vérité assurait en principe une immunité à la personne qui admettait sa faute, la révélation de l'immensité des crimes a au contraire appelé une rétribution pénale. Les procès pour la vérité en Argentine ont ainsi donné lieu à des procédures pénales. Les *Gacaca* rwandaises sont venues assister les juridictions légales dans l'administration des peines.

Des *méthodes incitatives* ensuite : certains États ont été condamnés pour n'avoir pas diligenté sérieusement d'enquête pour des crimes de masse, violant ainsi l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme ¹⁶. On peut également ranger dans cette catégorie le principe de complémentar-

15. Rapport final révisé établi par M. L. Joinet, en application de la décision 1996/119, para.27, 2 oct. 1997, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1

16. *Atteinte au droit à la justice* : par un arrêt rendu le 23 octobre 2012, la CEDH jugea que le meurtre de deux villageois en 1999 par des militaires suivi d'une enquête préliminaire toujours en cours emportait violation de l'article 2 de la convention, car une enquête aurait dû être menée de manière plus effective et approfondie. La CEDH invita en conséquence l'État défendeur « à terminer l'enquête préliminaire dans les plus brefs délais, en tirant toutes les conséquences quant à la réparation à

accorder aux requérants » (CEDH, 23 oct. 2012, n° 24604/04 et 16855/05, *Nihayet Arici et al. c/ Turquie*). V. également CEDH, 12 juin 2014, n° 57856/11, *Jelić c/ Croatie*. *Atteinte au droit de savoir* : la même année, la fédération de Russie était condamnée non pas pour manquement dans la conduite des enquêtes sur le massacre de Katyn mais pour avoir refusé de communiquer, à plusieurs reprises, à la CEDH une copie de la décision du 21 septembre 2004 classant sans suite l'enquête sur ce crime de guerre (CEDH, 21 oct. 2013, n° 55508/07 et 29520/09, *Janowiec et al. c/ Russie*).

rité incitant les États à prendre l'initiative d'enquêtes ou de procédures pour éviter la compétence de la CPI (statut, art. 17). On y retrouvera aussi la politique d'hybridation des tribunaux nationaux par une composante internationale variable, dans la perspective de contribuer au rétablissement de l'État de droit (argument fréquemment employé lors de la reconstruction des États sur les ruines de l'ex-Yougoslavie, mais également au Sierra Leone et au Cambodge).

Des *méthodes substitutives* enfin, consistant à offrir de nouveaux critères de compétence de sorte qu'une juridiction puisse se déclarer compétente. Outre la décision de créer telle ou telle juridiction *ad hoc*, on trouvera ici le principe de complémentarité (à nouveau mais cette fois-ci inversé) autorisant la CPI à se saisir d'une affaire non portée devant une juridiction pénale ou d'une manière non efficiente. En outre, substituant un État par un autre, la compétence universelle offre une autre alternative crédible, quoiqu'encore limitée dans l'attente d'un réglage plus fin entre recours effectif et filtrage des plaintes déraisonnables. Enfin, rappelant l'obligation des États à juger ou à extraditer les criminels se trouvant sur son sol, la Cour internationale de justice (CIJ, 20 juill. 2011, *Belgique c/ Sénégal*, Rec. 2012, *Obligation de poursuivre ou d'extrader*) lui a reconnu l'autorité du droit international coutumier.

Responsabilisation des gouvernants

La méthodologie initiale de la lutte contre l'impunité, telle qu'envisagée dans les années 1990, reposait sur une considération plus grande des victimes. Une telle évolution est

salutaire en ce sens que la lutte contre l'impunité s'articulait sur les droits reconnus aux victimes. Mais une telle approche enfermait aussi dans un face à face, parfois stérile, parfois pénible, la victime et son bourreau, de sorte qu'il était nécessaire de sortir d'une impasse dans laquelle pesait sur la victime une charge qui ne lui incombait pas. On sait le chemin parcouru, entre 1993 et 1998, de la création du TPIY à celle de la CPI. Le fonctionnement de la justice, d'abord, ne peut être l'affaire de parties privées : il s'inscrit au contraire dans la chose publique. Ensuite, la manifestation de la vérité et le fonctionnement de la justice ne doivent pas excessivement peser sur les victimes, lesquelles au contraire sont en droit d'attendre justice sans s'exposer à de nouveaux dangers.

La lutte contre l'impunité dépend directement de la création d'un espace judiciaire adéquat. La responsabilisation des gouvernants a été permise par les institutions judiciaires mises en place au cours des années 1990 et sous forme de recherche de responsabilité pénale des élites faute d'autres mécanismes opérationnels. Pareil dispositif juridictionnel, outre son bien-fondé juridique, a permis indirectement l'alternance politique dans certains cas. Toutefois, on doit y voir d'abord un dysfonctionnement institutionnel en ce sens que, sans soutien d'une action pénale internationale, l'alternance est impossible. Pis, dans certaines hypothèses, l'échec des procédures internationales renforce parfois le déséquilibre des forces en défaveur de l'alternance et accentue l'emprise des suspects.

La lutte contre l'impunité en Afrique

mérite un intérêt particulier. Le Continent a en effet compté parmi les premiers soutiens à la création de la CPI. On sait que trois États renoncent dorénavant à leur ratification, tandis que près d'une dizaine d'autres seraient sur le point d'en faire autant. L'enjeu ici est clairement identifié, notamment depuis la délivrance de deux mandats d'arrêt contre le président soudanais en exercice : l'immunité du chef d'État. Malgré les récents jugements de Charles Taylor et Hissène Habré par des juridictions internationales spéciales, une telle interrogation met en cause une partie de

« L'article 27.1 du statut de la CPI déclare que "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". »

l'héritage de la justice pénale internationale en Afrique.

L'article 27.1 du statut de la CPI déclare que « 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 ». Or, le projet de future Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples se situe à une confluence d'aspirations, sans répondre au paradoxe dans lequel il se trouve. D'un côté, il envisage d'élargir la lutte contre l'impunité en incluant dans sa compétence des crimes

nouveaux n'entrant pas dans la compétence usuelle des juridictions internationales. Ainsi, des crimes de changement institutionnel de gouvernement, de corruption, de blanchiment, de trafic d'êtres humains, de drogue et de déchets, d'exploitation illícite des ressources naturelles. Pareil élargissement des incriminations répond largement à l'attente de la société civile d'une amélioration de l'État de droit et du contrôle de la bonne gouvernance auquel le préambule entend répondre en réitérant son attachement aux principes démocratiques, aux droits de l'homme et des peuples, à l'État de droit et à la bonne gouvernance. En revanche, le même projet exclut la responsabilité des chefs d'État et des gouvernants par un article 46B2 « *[w]ithout prejudice to the immunities provided for under international law, the official position of any accused person, whether as Head of State or Government, Minister or as a responsible government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment* ¹⁷ ». Un tel projet se positionne donc à la pliure brûlante du sujet : d'un côté, répression des violations graves aux droits individuels ; de l'autre, mise en œuvre légitime des procédures. Cohérence démocratique des gestes et des promesses.

La lutte contre l'impunité niche donc au cœur de la démocratie. Elle n'est aussi, d'une certaine manière, possible que dans une société démocratique. Au niveau international, progressivement, le discours sur la lutte

17. Le projet est disponible : <http://africlaw.files.wordpress.com/2012/05/au-final-court-protocol-as-adopted-by-the-ministers-17-may.pdf>

contre l'impunité a glissé vers une approche à la fois plus institutionnelle et diversifiée. Les acteurs nationaux ont inclus leur engagement dans la lutte contre l'impunité dans l'approche plus globale du rétablissement de l'État de droit. À l'issue d'un conflit, la justice, selon le secrétaire général de l'ONU, « implique la prise en considération des droits de l'accusé, des intérêts de la victime, et du *bien-être de la société* tout entière ¹⁸ ». D'une certaine manière, le discours sur la lutte contre l'impunité cherche la meilleure diffusion, son irrigation du sommet de l'État vers les populations les plus éloignées du cœur du pouvoir. Ce mouvement assure la réalité et la bonne réception du discours politique. En retour, il suscite l'adhésion aux institutions.

Le concept d'« État de droit » désigne un principe de gouvernance en vertu duquel l'ensemble des individus, des institutions et des entités publiques et privées, y compris l'État lui-même, ont à répondre de l'observation de lois promulguées publiquement, appliquées de façon identique pour tous et

administrées de manière indépendante, et compatibles avec les règles et normes internationales en matière de droits de l'homme. Il implique, d'autre part, des mesures propres à assurer le respect des principes de la primauté du droit, de l'égalité devant la loi, de la responsabilité au regard de la loi, de l'équité dans l'application de la loi, de la séparation des pouvoirs, de la participation à la prise de décisions, de la sécurité juridique, du refus de l'arbitraire et de la transparence des procédures et des processus législatifs ¹⁹.

On peut voir l'État de droit comme une réponse à l'aspiration démocratique moderne portant d'une part, sur l'égalité dans le partage des richesses (au travers de l'exigence adressée aux élites de la bonne gouvernance) et d'autre part, sur la liberté d'accès au juge. À partir de la lutte contre l'impunité, dorénavant, « la justice et l'État de droit constituent tout à la fois des objectifs de développement et des moyens indispensables à la réalisation de nombreux aspects du développement ²⁰ ».

18. *Ibid.*

19. Rétablissement de l'État de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit, rapport du Secrétaire général (ONU), 3 août 2004, (S/2004/616).

20. Renforcement et coordination de l'action des Nations unies dans le domaine de l'État de droit, rapport du Secrétaire général (ONU), 24 juill. 2014, (A/69/181).