

L'ABOLITION DE LA PEINE DE MORT EN DROIT INTERNATIONAL

Mémoire réalisé par Axelle Coumert

Sous la direction de M. Kahir

7 Septembre 2009

Table des matières

Introduction . .	4
Partie I. Le régime juridique : entre abolition et encadrement . .	13
Chapitre I : L'abolition . .	13
Section 1. L'abolition de la peine de mort comme avancée des valeurs de la démocratie et des droits de l'homme . .	13
Chapitre II : L'encadrement . .	19
Section 1. La restriction du champ d'application . .	20
Section 2. Les garanties procédurales . .	25
Conclusion de la Partie I . .	30
Partie II. La pratique . .	32
Chapitre I : Des avancées relatives . .	32
Section 1. Le rôle de l'ONU et des organisations régionales : la consolidation d'un droit . .	32
Section 2. L'émergence d'une jurisprudence . .	36
Chapitre 2 : Le conservatisme des Etats . .	45
Section 1. Les réserves et dénonciations des traités internationaux sur la peine de mort . .	46
Section 2. Le rôle des Cours constitutionnelles . .	49
Section 3. Une incompatibilité entre abolition de la peine de mort et guerre contre le terrorisme ? . .	51
Conclusion de la Partie II . .	53
Conclusion . .	54
Bibliographie sélective . .	55
Ouvrages . .	55
Articles et rapports . .	55
Annexes . .	57
Chronologie des abolitions . .	57
Liste recapitulative des limitations et garanties relatives a la peine de mort . .	59
Liste des abreviations utilisees . .	60

Introduction

« L'histoire de la peine, c'est celle de sa constante abolition. »¹.

Châtiment suprême, la peine de mort a été la menace ultime et le dernier rempart des systèmes répressifs contre le crime. Peine d'exemplarité ou peine-vengeance ? La conception de la peine capitale va évoluer parallèlement aux développements de la philosophie et de la doctrine politico-juridique.

« C'est une règle commune à toutes les civilisations que le meurtrier mérite la mort »² : *si quis occidit, occidetur*. Cette idée repose sur une conception classique de la peine. Pour les philosophes de ce courant (Aristote, Saint Thomas), la peine répond à une double nécessité : elle est à la fois rétributive (*punitur quia peccatum est*) et utilitaire (*punitur ne peccetur*). La philosophie « moderne », du moins à partir de Hobbes, va faire évoluer cette conception du châtiment, pour n'en garder plus que son aspect utilitaire. Avec l'organisation de la société, l'autorité publique en vient peu à peu à monopoliser la « violence légitime », c'est à dire l'imposition des châtiments. La peine capitale peut donc se concevoir comme un corollaire du devoir de police : les peines servent à disposer la volonté des hommes à l'obéissance. La peine capitale, dans cette perspective, est alors un simple moyen de gouvernement. Locke la fonde plus particulièrement sur un droit individuel, la légitime défense. La société politique qui naît du contrat social hérite par extension de ce droit naturel des individus et peut en user pour éliminer un criminel au nom du bien commun. Rousseau aussi justifie la peine de mort par une clause implicite du contrat social. « La conservation de l'Etat est incompatible avec la sienne [celle du criminel], il faut qu'un des deux périsse, et quand on fait mourir le coupable, c'est moins comme citoyen que comme ennemi. » (Contrat social, II, 5). Michel Foucault, dans une mise en perspective historique de la peine capitale, va noter que dans cette conception « le droit de mort tendra [...] à se déplacer ou du moins à prendre appui sur les exigences d'un pouvoir qui gère la vie et à s'ordonner à ce qu'elles réclament. Cette mort, qui se fondait sur le droit du souverain de se défendre ou de demander qu'on le défende, va apparaître comme le simple envers du droit pour le corps social d'assurer sa vie, de la maintenir ou de la développer. »³

A rebours de cette vision, Beccaria, père de l'abolitionnisme, considère que la peine de mort ne résulte pas du contrat social, et n'est pas non plus légitimée par son utilité. Voltaire approuve ce point de vue : la mort d'un citoyen ne saurait servir l'Etat, d'autres peines lui seraient beaucoup plus utiles. Cependant, il est malgré tout intéressant de noter que Beccaria autorise la peine capitale dans deux cas : si le coupable a encore des relations qui font de lui une menace permanente, et si la mort est le seul moyen de la dissuasion. L'auteur s'inscrit donc toujours dans une conception utilitariste de la peine, certes au conditionnel.

La question de la peine de mort n'a pas seulement occupé les juristes, les intellectuels se sont aussi saisis de cette question : Victor Hugo, Arthur Koestler, Albert Camus, ... Ce dernier s'est ainsi écrié : « Ni dans le cœur des individus ni dans les mœurs des sociétés

¹ Rudolf Von Jhering, cité par Carbasse, Jean-Marie, dans *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, sous la direction de Sudre, Frédéric, PUF, 2008, p.755.

² Sudre, Frédéric (sous la direction de), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008, p. 754.

³ Foucault, Michel, *Histoire de la sexualité*, Gallimard, 1976, p 179.

il n'y aura de paix durable tant que la mort ne sera pas mise hors la loi. »⁴. Témoins du retrait progressif de la peine de mort de la place publique, Camus fera remarquer : « Une peine de mort dont on a honte ne peut plus être qu'une barbarie. »⁵ Pour Michel Foucault, la peine de mort procède de la même logique que le droit de guerre. « Elle [la peine de mort] a été longtemps avec la guerre l'autre forme du droit de glaive ; elle constituait la réponse du souverain à qui attaquait sa volonté, sa loi, sa personne. » Le courant abolitionniste s'explique dès lors dans la perspective du développement de la société et du rôle de l'Etat : « Dès lors que le pouvoir s'est donné pour fonction de gérer la vie, ce n'est pas la naissance de sentiments humanitaires, c'est la raison d'être du pouvoir et la logique de son exercice qui ont rendu de plus en plus difficile l'application de la peine de mort. Comment un pouvoir peut-il exercer dans la mise à mort ses plus hautes prérogatives, si son rôle majeur est d'assurer, de soutenir, de renforcer, de multiplier la vie et de le mettre en ordre ? Pour un tel pouvoir l'exécution capitale est à la fois la limite, le scandale et la contradiction. »⁶ Et si la peine de mort a vécu de beaux jours, c'est « qu'on a pu la maintenir qu'en invoquant moins l'énormité du crime lui-même que la monstruosité du criminel, son incorrigibilité, et la sauvegarde de la société. On tue légitimement ceux qui sont pour les autres une sorte de danger biologique. »⁷. Les intellectuels, autant que les juristes, par leur constante dénonciation de l'inutilité et de la barbarie de la peine capitale, vont participer au lent processus de son abolition.

Bien qu'elle soit mentionnée dans la plupart des textes internationaux relatifs aux droits de l'homme, la peine de mort reste autorisée en droit international. En effet « le droit international pénal, dont les développements récents ont permis l'exclusion du châtement suprême de la liste des peines applicables, reste un droit marqué par la complémentarité, qui laisse, dans une large mesure, les États libres d'exécuter les personnes reconnues coupables de crimes internationaux »⁸. Seuls les protocoles abolitionnistes constituent une avancée substantielle en faveur de l'interdiction générale de la peine de mort en droit international, mais ils n'ont été adoptés, pour l'instant, que par un nombre restreint d'États, par ailleurs déjà abolitionnistes au niveau domestique.

Qu'est-ce que la peine de mort ?

« Peine de mort : dans les législations qui ne l'ont pas abolie, privation de la vie, châtement suprême sur l'échelle des peines. »⁹

L'expression peine « capitale » trouve son origine dans le terme latin *capitalis* (relatif à la tête, qui concerne la tête), adjectif dérivé de *caput* (« la tête »), la décapitation par la guillotine ayant été le mode d'exécution utilisé en France. Les textes internationaux donnent des définitions détaillées et restrictives de ce qui doit être considéré comme peine de mort. L'article 6 § 2 du Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques (PIDCP) définit strictement la peine capitale comme une condamnation résultant d'une décision de justice rendue par un tribunal régulièrement constitué et conformément aux règles du procès équitable. Elle est prévue par le code pénal de l'Etat qui l'applique.

⁴ Camus, Albert, Koestler, Arthur, *Réflexions sur la peine capitale*, Ed. Pocket, 1957.

⁵ Camus, Albert, Koestler, Arthur, *op. cit.*, 1957.

⁶ Foucault, Michel, *op. cit.*, 1976, p 181.

⁷ Foucault, Michel, *op. cit.*, 1976, p 181.

⁸ Bernaz, Nadia, *Le droit international et la peine de mort*, La Documentation Française, 2008, p. 13.

⁹ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2003, p. 576.

Il ne faut pas confondre peine de mort et exécution sommaire ou extrajudiciaire. L'exécution extrajudiciaire consiste à priver arbitrairement une personne de sa vie, en l'absence de tout recours ou du jugement d'un tribunal compétent et indépendant. Elle est strictement interdite par le droit international, en période de paix comme en situation de conflit. La peine de mort n'est ni clandestine ni accidentelle, elle constitue bien une sanction, c'est-à-dire qu'elle est une peine infligée selon des voies légales, en vertu d'un code pénal et à la suite d'un procès. Cette définition n'englobe donc pas, outre les exécutions sommaires et extrajudiciaires, les morts sous la torture, les disparitions forcées et les morts au cours d'une répression violente de manifestations par l'Etat.

Les peines passibles de la peine de mort varient considérablement d'un Etat à un autre. A titre d'exemple, en Chine, des personnes peuvent être exécutées pour meurtre, tentative de meurtre, vol qualifié, coups et blessures, vandalisme, sabotage contre-révolutionnaire, corruption, escroquerie, viol, fraude fiscale, prostitution, chantage. En Arabie Saoudite, tout acte considéré par le gouvernement et les tribunaux comme représentant la " *corruption sur terre* " est un crime grave, donc passible de la peine capitale : adultère, fornication, sodomie, sorcellerie, apostasie¹⁰. Toutefois, dans la majorité des pays, la peine de mort est strictement réservée aux crimes de sang.

Dans cette étude, nous procédons à une typologie des Etats selon la place qu'ils accordent à la peine de mort. Nous distinguons ainsi entre les pays abolitionnistes, les pays abolitionnistes pour les infractions de droit commun, les pays abolitionnistes de fait et les pays favorables au maintien de la peine de mort, appelés pays « rétentionnistes ». Les Etats qui ont aboli la peine de mort pour toutes les infractions, qu'elles soient commises en temps de paix ou en temps de guerre, sont considérés comme abolitionnistes. Les Etats considérés comme abolitionnistes pour les infractions de droit commun sont ceux qui ont aboli la peine de mort pour toutes les infractions de droit commun commises en temps de paix. La peine de mort n'y est maintenue que pour des circonstances exceptionnelles, celles par exemple qui peuvent prévaloir en temps de guerre pour des infractions militaires, ou pour des infractions contre l'État, telles que la trahison ou l'insurrection armée. Sont considérés comme abolitionnistes de fait les Etats dont la législation prévoit la peine de mort pour les infractions de droit commun mais où aucune exécution n'a eu lieu depuis au moins dix ans. Tous les autres pays sont considérés comme rétentionnistes, c'est-à-dire que la peine de mort y est autorisée et que des exécutions y ont effectivement lieu.

La peine capitale a connu une histoire décousue. Dans l'Antiquité et le Moyen-âge, la peine de mort était une punition relativement exceptionnelle, infligée dans des conditions très strictes. « C'est à la fin du Moyen-âge et surtout au XVI^e siècle que le châtement suprême est devenu plus fréquent dans l'ensemble de l'Europe, du fait essentiellement des divisions religieuses »¹¹ et de la chasse à la sorcière. « Au XVIII^e, même si la peine de mort continue d'être spectaculairement appliquée de temps à autre, elle recule régulièrement. Ce recul est accentué à partir des années 1760 par la philosophie des Lumières, et singulièrement par le fameux ouvrage que publie Beccaria en 1764, *Des délits et des peines*. »¹². Le mouvement abolitionniste prend son réel envol au milieu du 19^e siècle, durant lequel de nombreux Etats abolissent la peine de mort de jure : la République Romaine en 1849, le Venezuela en 1863, San Marino en 1865, le Portugal en 1867, les Pays-Bas en 1870, le Costa Rica en 1882, le Brésil en 1889 ou l'Equateur en 1897. Par la suite, on constate de significatifs reculs du

¹⁰ Ces listes ne sont pas exhaustives.

¹¹ Frédéric Sudre(sous la direction de), *op. cit.*, 2008, p. 754.

¹² Frédéric Sudre(sous la direction de), *op. cit.*, 2008, p. 754.

mouvement abolitionniste durant la première moitié du 20^e siècle. Ces replis s'expliquent aisément par le cours de l'histoire : le totalitarisme en Europe après la première Guerre Mondiale, le traumatisme de la seconde Guerre et ses camps de concentration et exécutions de masse, ont été les symptômes d'une époque où les mises à mort étaient acceptées voire demandées. Beaucoup de progrès ont cependant été faits depuis 1945 : alors que la peine de mort fut autorisée lors des procès de Nuremberg et Tokyo, elle ne l'est plus aujourd'hui dans les tribunaux internationaux (CPI, TPI,...). En 1971, Amnesty International lance son premier appel contre la peine de mort. La même année, par sa résolution 2857 (XXVI), l'Assemblée générale des Nations unies déclare l'abolition de la peine capitale comme un de ses objectifs principaux. L'Europe devient progressivement un continent abolitionniste. A partir des années 98-99, dans le cadre du contrôle non juridictionnel des rapports périodiques des Etats, les organes quasi juridictionnels font « preuve d'un activisme très marqué et promeuvent ouvertement l'abolition de la peine de mort »¹³. C'est ainsi en 1998 que débute l'affirmation de l'objectif de l'abolition par la Commission des droits de l'homme. Le Comité des droits de l'homme a par la suite n'eue de cesse de recommander l'abolition et l'adhésion des Etats au protocole facultatif au PIDCP.

En France, la peine de mort est abolie pour tous les crimes en 1981¹⁴ par la loi du 9 octobre. La loi constitutionnelle n° 2007-239 du 23 février 2007¹⁵ vient compléter cette abolition en l'inscrivant dans la Constitution : un nouvel article (66-1) y est ajouté « Nul ne peut être condamné à la peine de mort. ». Cette loi fait suite à la décision n° 2005-524/525 DC (13 octobre 2005) du Conseil constitutionnel et permet la ratification du 2^e protocole au PIDCP. La peine de mort fut interdite en France de manière progressive : elle fut abolie pour les crimes politiques dès 1848, avec la loi des 26/29 février. En 1936, les exécutions publiques furent interdites ; et, désormais, celles-ci se déroulèrent dans l'enceinte de la prison. À partir de 1951, la presse ne fut plus autorisée à commenter les exécutions, et put seulement reproduire le procès-verbal dressé par l'administration. À compter de 1949, toutes les femmes condamnées à mort furent graciées. Entre 1958 et 1977, dix-neuf condamnés furent exécutés. De 1968 à 1977, sur 9 231 personnes ayant comparu sous l'accusation d'un crime passible de la peine de mort, trente-huit condamnations à mort furent prononcées, vingt-trois devinrent définitives (après rejet du pourvoi en cassation), mais sept personnes seulement furent exécutées. La dernière exécution en France eut lieu le 10 septembre 1977. L'abolition de la peine capitale fait suite à des débats politiques, juridiques, philosophiques houleux. Lorsque le candidat François Mitterrand est élu à la Présidence de la France, il ne fait pas de doute que la peine de mort sera abolie. La société française est cependant loin d'être entièrement acquise à la cause abolitionniste : interrogés par l'IFOP en 1983, 59% des Français souhaitaient le rétablissement de la peine de mort abolie deux années auparavant. L'avocat Robert Badinter, futur Garde des Sceaux, a beaucoup participé à la publicisation du débat sur la peine capitale et les abolitions. Une fois acquise, malgré certaines réticences sociales, l'abolition n'a pas été remise en question. La France ratifie ainsi le Protocole n° 6 à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) concernant l'abolition de la peine de mort en février 1986, après autorisation du Conseil constitutionnel¹⁶. Puis en mai 2002, la France adopte finalement le Protocole additionnel n° 13 à la Convention relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances. La société française s'est finalement progressivement faite à l'interdiction de la peine capitale. En 1998,

¹³ Bernaz, Nadia, *op. cit.*, 2008, p. 167.

¹⁴ Pour une chronologie des abolitions, voir Annexe 1.

¹⁵ JO du 24 février 2007.3355.

¹⁶ Conseil constitutionnel, décision 85-188 du 22 mai 1985.

toujours selon l'IFOP, 44% des Français sont favorables au rétablissement, contre 54% qui s'y opposent. La tendance se confirme par la suite puisque la demande de rétablissement s'établit aujourd'hui, selon un sondage du Baromètre Politique Français réalisé en avril 2006 par l'IFOP, à 38% (contre 62%).

Tous les Etats européens ont suivi une évolution relativement similaire à celle de la France. Il est intéressant de noter que les Etats-Unis, seul pays occidental à encore pratiquer des exécutions régulières, a emprunté un chemin inverse. En 1972, dans l'affaire *Furman c. Georgia*, la Cour suprême des Etats-Unis déclare « arbitraire et capricieuse » l'application de la peine de mort car cette dernière serait une violation de la prohibition des châtiments cruels ou inhabituels présente dans le Huitième Amendement, et des garanties d'égalité devant la loi et de *due process* fixées par le Quatorzième Amendement. En 1976, avec l'arrêt *Gregg c. Georgia*, la Cour suprême réintroduit la peine capitale, estimant qu'il existe des garanties contre l'arbitraire et les discriminations et que la peine de mort ne constitue pas en soi une violation de la Constitution.

Du débat sur le droit à la vie

S'intéresser à la peine de mort, c'est se pencher sur le droit à la vie. L'indivisibilité des droits de l'homme est un principe fondamental du droit international. Il existe cependant un « noyau dur » c'est-à-dire un ensemble de droits intangibles : le droit à la vie, le droit de ne pas être soumis à la torture ou de ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants, le droit de ne pas être tenu en esclavage ou en servitude, et le droit à la non-rétroactivité de la loi pénale. Le droit à la vie doit se comprendre comme un droit à la vie physique, pas comme un droit à une vie « décente » qui toucherait aux problèmes socio-économiques. Le droit à la vie est cependant un droit positif. Ainsi, l'Etat doit non seulement s'abstenir d'ôter la vie intentionnellement, mais doit aussi prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie. La question s'est rapidement posée des bénéficiaires du droit à la vie, notamment avec le problème de l'avortement : le fœtus est-il une personne ? Les Cours n'ont pas tranché cette question mais la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que l'article 2 de la CEDH sur le droit à la vie ne s'applique pas à « l'enfant à naître ».

Qu'est ce que le droit à la vie ? Notons tout d'abord que ce droit n'a émergé que tardivement. La notion de « droit à la vie » n'est ainsi pas présente dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Sa première apparition dans un instrument international date de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) de 1948. Il peut se définir comme « le droit suprême pour lequel aucune dérogation n'est autorisée, même dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation (art. 4) »¹⁷. Le droit à la vie est le premier des droits de l'homme, le droit sans lequel aucun autre droit ne saurait être respecté. Il est la condition de la jouissance des autres droits garantis par le droit international des droits de l'homme. « La protection contre la privation arbitraire de la vie, qui est expressément requise dans la troisième phrase du paragraphe 1 de l'article 6 [du PIDCP], est d'une importance capitale. Le Comité considère que les Etats parties doivent prendre des mesures, non seulement pour prévenir et réprimer les actes criminels qui entraînent la privation de la vie, mais également pour empêcher que leurs propres forces de sécurité ne tuent des individus de façon arbitraire. La privation de la vie par les autorités de l'Etat est une question extrêmement grave. La législation doit donc réglementer et limiter strictement les cas dans lesquels une personne peut être privée de la vie par ces autorités. »¹⁸

¹⁷ Comité des droits de l'homme, Observations générales sur l'article 6 du Pacte adoptées le 30 juillet 1982, § 1.

¹⁸ Comité des droits de l'homme, Observations générales sur l'article 6 du Pacte adoptées le 30 juillet 1982, § 3.

Toutefois, le droit à la vie semble d'une part être un droit assez vague, et d'autre part, être assorti de multiples exceptions, paraissant certes nécessaires, mais qui le vident néanmoins d'une partie de sa substance et rendent son opposabilité peu évidente. Il existe ainsi quatre limitations au droit à la vie. La première est exprimée à l'article 2 § 1 de la CEDH, dans la deuxième partie de la deuxième phrase : « sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi. » La peine capitale constitue une exception expresse, légale, du droit à la vie. Les limitations suivantes se trouvent dans l'article 2 § 2 : la peine de mort est autorisée comme défense contre tout usage illégal de la violence (a), en cas d'arrestation régulière (b) et en cas de répression d'émeute conformément à la loi (c), étant entendu que l'usage de la force doit être strictement proportionné au but autorisé. Le droit à la vie, s'il est suprême, n'est donc pas absolu, des dérogations sont prévues. « L'intangibilité du droit à la vie n'est en fin de compte que relative, en raison des fortes restrictions qui affectent la définition de ce droit, même lorsqu'il s'agit d'Etats ayant accepté les protocoles visant à abolir la peine de mort »¹⁹. Le droit à la vie diffère donc du droit de ne pas être soumis à la torture, qui ne souffre aucune dérogation : « Le droit à la vie, dans son acceptation absolue, ne peut être considérée, contrairement à la prohibition de la torture, comme une norme impérative du droit international. »²⁰

Dans cette étude, nous reviendrons à de nombreuses reprises sur la manière d'aborder la peine de mort. En effet, la peine capitale relève-t-elle du droit à la vie ou du droit de ne pas être soumis à des peines cruelles, inhumaines ou dégradantes, donc de la prohibition de la torture ? La réponse paraît évidente : qu'est ce que la peine de mort sinon une contradiction évidente du droit à la vie ? Le droit international paraît ainsi avoir tranché cette question : dans tous les traités internationaux, la peine capitale, si elle est abordée, est rangée sous le chapitre du droit à la vie²¹.

Cependant, cette connexion devrait peut-être être repensée. La prohibition des traitements cruels et inhumains, au contraire du droit à la vie, est un droit indérogeable et imprescriptible, qui n'autorise aucune exception. Le Comité des Nations unies contre la torture, qui surveille la mise en œuvre de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (Convention contre la torture) a été amené à considérer des cas où la peine de mort était en jeu. Le lien a donc été fait, tant par des organes juridictionnels que quasi-juridictionnels, entre peine de mort et traitement inhumain. Manfred Nowak, le rapporteur spécial des Nations unies sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, s'est penché sur la question de la compatibilité entre l'autorisation de la peine de mort et l'interdiction des peines cruelles, inhumaines et dégradantes. Dans un rapport paru le 14 janvier 2009, il conclut que « l'interprétation historique du droit à l'intégrité personnelle et à la dignité humaine vis-à-vis de la peine de mort est de plus en plus remise en cause par l'interprétation dynamique de ce droit au regard des peines corporelles et des disparités issues de la distinction entre les châtiments corporels et la peine capitale, ainsi que par la tendance universelle à l'abolition de la peine de

¹⁹ Wachsmann, Patrick, *Les Droits de l'Homme*, Dalloz, 5^e édition, 2008, p. 77.

²⁰ Bernaz, Nadia, *op. cit.*, 2008, p. 27.

²¹ Voir ainsi dans la CADH, l'article 4 « Droit à la vie » ; dans la CEDH, article 2 « Droit à la vie » ; dans le PIDCP, article 6 (pas de titre « droit à la vie », mais les premiers mots de l'article 6 § 1 sont « Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. »).

mort. »²² Le rapporteur note que « à ce jour, la peine capitale a été examinée principalement sous l'angle du droit à la vie. Cela n'est en rien surprenant étant donné que la peine capitale est réglementée par le droit international des traités en tant qu'exception expresse au droit à la vie. »²³ Cependant, une interprétation de la peine de mort par le prisme de l'interdiction de peine inhumaine et dégradante paraît désormais tout aussi judicieuse. En effet, l'interprétation du droit international des droits de l'homme doit se faire au regard de l'évolution des normes et pratiques politiques et juridiques : certains Etats considèrent désormais la peine capitale comme un traitement cruel. La question ici posée est très simple : la peine de mort doit-elle s'interpréter comme une peine cruelle, inhumaine et dégradante ? Cependant, « la réponse à cette question a toujours été contestée, sur la base d'une interprétation systématique et historique du Pacte et des traités régionaux »²⁴. Ainsi, comment une pratique pourrait-elle être considérée comme une violation d'une disposition d'un texte, si elle est expressément autorisée par une autre disposition de ce même texte ? L'interprétation des instruments internationaux doit toutefois être dynamique et non figée, les concepts évoluant rapidement.

Un parallèle peut alors être dessiné entre la peine capitale et les châtiments corporels. Les normes en la matière ont subi des évolutions majeures au fil du temps : indépendamment de la douleur physique, de tels châtiments sont désormais considérés comme étant une attaque directe à la dignité de la personne. Depuis l'arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni* (1978) de la Cour européenne des droits de l'homme, les châtiments corporels sont interdits en Europe. La Cour s'est basée sur une interprétation dynamique de l'article 3 de la CEDH afin d'opérer ce retournement²⁵. Elle a ainsi conclu que la Convention est un « instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles »²⁶. Pourquoi en serait-il autrement en matière de peine de mort ? N'allons-nous pas vers l'avènement d'une interprétation identique de la peine capitale ? « Il est intéressant de noter que la jurisprudence des organes de surveillance des droits de l'homme est bien moins claire en ce qui concerne la capitale qu'en ce qui concerne les châtiments corporels. »²⁷ Au niveau national, un certain nombre de Cours constitutionnelles ont estimé que la peine de mort violait l'interdiction des peines cruelles, inhumaines et dégradantes²⁸. Comparé à l'évolution de l'interprétation des châtiments corporels, le raisonnement tenu par les organes juridictionnels à propos de la peine de mort est, de manière de plus en plus évidente, incohérent.

Au fil de cette étude, nous tenterons de mettre en lien la peine de mort et, d'une part, le droit à la vie, et d'autre part, la prohibition des peines inhumaines et dégradantes. Par

²² Nowak, Manfred, *Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement*, Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 14 janvier 2009, A/HRC/10/44, p 3.

²³ Nowak, Manfred, *op. cit.*, 14 janvier 2009, A/HRC/10/44, § 30.

²⁴ Nowak, Manfred, *op. cit.*, 14 janvier 2009, A/HRC/10/44, § 34.

²⁵ Sur la prohibition des châtiments corporels, voir aussi *Osbourne c. Jamaïque*, 15 mars 2000. Le Comité y a affirmé à l'unanimité que les châtiments corporels constituaient une peine cruelle, inhumaine et dégradante, contraire à l'article 7 du Pacte.

²⁶ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, §31.

²⁷ Nowak, Manfred, *op. cit.*, 14 janvier 2009, A/HRC/10/44, § 39.

²⁸ A ce sujet, voir Nowak, Manfred, *op. cit.*, 14 janvier 2009, A/HRC/10/44, § 45, et Al, *Les dispositions constitutionnelles qui interdisent la peine de mort*, ACT 50/009/2005, avril 2005.

ce biais, nous serons en mesure de montrer les limites du droit à la vie et l'évolution de l'interprétation de la peine capitale.

Actuellement, 93 pays sont abolitionnistes, et 59 maintiennent encore la peine de mort. Cependant, sur ces 59 États, seuls 25 auraient en fait procédé à des exécutions en 2008. L'Europe est un continent entièrement abolitionniste, à l'exception de la Biélorussie. Sur le continent américain, seuls les États-Unis procèdent régulièrement à des mises à mort. Le seul autre pays des Amériques à avoir procédé à une exécution en 2008 était Saint-Kitts-et-Nevis, le premier État des Caraïbes à appliquer la peine de mort depuis 2003. Les États d'Amérique du Sud font historiquement figure de pionniers en matière d'abolition, vingt-cinq pays y ayant interdit la peine de mort, la plupart dès les années soixante-dix. La Charte africaine des droits de l'homme ne fait pas mention de la peine capitale. Cependant, si le châtement suprême est rarement aboli sur ce continent, il y est aussi rarement appliqué : seules deux exécutions ont été recensées en 2008 en Afrique subsaharienne. L'Asie est la région où le moins de progrès en termes abolitionnistes ont été fait. Le système islamique des droits de l'homme, quant à lui, autorise aussi l'application de la peine capitale, il y a toutefois eu d'importantes évolutions avec la Charte arabe des droits de l'homme. En 2008, selon Amnesty International, vingt-cinq États ont procédé à 2 390 exécutions et cinquante deux pays ont prononcé au moins 8 864 condamnations à mort. Comme les années précédentes, les cinq pays ayant exécuté le plus grand nombre de prisonniers en 2008 étaient la Chine, l'Iran, l'Arabie saoudite, le Pakistan et les États-Unis. Ces cinq pays ont totalisé 93 % de toutes les exécutions recensées cette année. Ces chiffres montrent, selon notre interprétation, le recul de la peine capitale dans le monde.

Nous ne reprendrons pas dans cette étude les arguments du débat entre abolitionnistes et partisans de la peine de mort : ces arguments, d'un côté comme de l'autre, se retrouvent pour la plupart dans les discours ambiants²⁹. Rappelons simplement brièvement, les différentes raisons invoquées par les États en faveur de l'abolition, telles que précisées dans un rapport du Secrétaire général des Nations unies d'août 2008³⁰ : le respect de la vie humaine, les doutes sur l'aspect dissuasif de la peine de mort, son caractère définitif, la volonté de dépasser une conception purement rétributive de la justice, le respect de la prohibition de tout traitement cruel, inhumain et dégradant, et enfin son caractère discriminatoire en application. Nous ne nous pencherons pas non plus sur l'action des organes non judiciaires en faveur de l'abolition, certains auteurs ayant déjà fourni un travail important sur ce sujet³¹.

Nous ne faisons pas ici un choix entre abolition et exécution. Entre ces deux pôles existent un panel d'attitudes adoptées par les États : n'exécuter que les personnes reconnues coupables des crimes les plus graves, épargner certaines catégories de la population, n'exécuter qu'à condition que le détenu ait bénéficié de garanties procédurales suffisantes, etc. Cependant, toutes ces modulations de l'application de la peine de mort peuvent s'appréhender comme un progrès sur la voie de l'abolition. C'est le point de vue de ce travail.

²⁹ Pour se renseigner sur les arguments pour ou contre la peine de mort, voir notamment les rapports d'Amnesty International.

³⁰ Secrétaire général des Nations unies, Rapport A/63/293, « Moratoires sur l'application de la peine de mort », 15 août 2008,

§ 17 à 22. Ce document indique aussi les arguments avancés par les États réticents pour maintenir la peine de mort.

³¹ Voir notamment, Bernaz, Nadia, *op. cit.*, 2008.

Le droit international ne s'attaque pas à la peine de mort frontalement mais de manière détournée, en utilisant des biais, des « stratégies périphériques »³². Malgré cela, on perçoit un mouvement irrésistible lent vers une abolition universelle de la peine de mort. L'abolition de la peine capitale serait vécue comme un progrès du droit international public et des valeurs démocratiques. Les organes juridictionnels et quasi-juridictionnels se sont saisis de la question de la peine de mort et en limitent progressivement l'application, prenant le pas des Etats abolitionnistes et contraignant les Etats rétentionnistes. Le mouvement d'abolition oscille donc entre ces deux pôles, entre activisme et frilosité, entre opportunisme et respect de la souveraineté, sans frontière marquée entre Etats et acteurs non-étatiques. La multiplicité des acteurs (des Etats aux ONG, en passant par les Cours de justice et les organes quasi-juridictionnels, à un niveau national comme international) et la diversité des positions adoptées par chacun face à la peine de mort entraînent presque nécessairement une lenteur dans les avancées abolitionnistes. De ce fait, plutôt qu'une interdiction franche et générale, on voit une restriction du champ d'utilisation de la peine de mort et une explosion des incitations, non-contraignantes, à son abolition. La prohibition du châtiment suprême suit un chemin chaotique, non linéaire, à l'image du développement du droit international lui-même.

Le régime juridique (partie I) de la peine capitale oscille entre volonté d'abolition (chapitre 1) et encadrement de son application (chapitre 2). Dans la pratique (partie II), les différents acteurs sujets du droit international manifestent internationalement leur engagement en faveur de l'abolition de la peine de mort (chapitre 1), quand les Etats, au niveau domestique, montrent parfois une certaine réticence à faire de cette promotion une réalité (chapitre 2).

³² Selon l'expression de N. Bernaz, voir *op. cit.*, 2008.

Partie I. Le régime juridique : entre abolition et encadrement

La peine de mort n'est pas interdite en droit international. Cependant, certains textes, librement ratifiables par les Etats, entérinent son abolition ou encadrent son application. L'abolition peut alors être considérée comme un objectif, et l'encadrement comme une étape sur cette voie. Des « stratégies périphériques » sont utilisées afin de contourner les réticences des Etats par des compromis, tout en réduisant progressivement le champ d'application de la peine capitale. On voit alors une multiplication des textes internationaux relatifs à la peine de mort, s'apparentant à un éparpillement. Le manque d'audace des Etats et des instruments juridiques n'empêche toutefois pas l'émergence progressive de règles coutumières en matière d'application de la peine de mort, laissant présager un développement de la tendance abolitionniste.

Chapitre I : L'abolition

L'abolition générale de la peine de mort est souhaitée par une partie non négligeable des Etats. Depuis plusieurs décennies maintenant, l'abolition est perçue par ces acteurs de la scène mondiale comme une victoire des droits de l'homme sur la barbarie. Des traités ont alors été rédigés, principalement en Europe et en Amérique, abolissant progressivement la peine de mort. Le processus semble devoir se dérouler en deux étapes : d'abord l'abolition de la peine capitale en temps de paix, puis en toutes circonstances. Cette prohibition par à-coups correspond à une des stratégies de restriction du champ d'application de la peine de mort, avant, pour le cas de l'Europe en tous les cas, son interdiction pure et simple.

Section 1. L'abolition de la peine de mort comme avancée des valeurs de la démocratie et des droits de l'homme

Au début du 19^e siècle, Victor Hugo déclare que la peine de mort est « le signe spécial et éternel de la barbarie »³³. A sa suite, Albert Camus écrira : « Au fond de chaque homme civilisé se tapit un petit homme de l'âge de pierre, prêt au vol et au viol, et qui réclame à grands cris un œil pour un œil. Mais il vaudrait mieux que ce ne fût pas ce petit personnage habillé de peau de bêtes qui inspirât la loi de notre pays. »³⁴ Cette opinion se répand lentement au fil du 20^e siècle, pour que finalement, l'abolition de la peine capitale soit affichée par une partie de la population comme une des batailles majeures de la démocratie et des droits de l'homme. Cet objectif fondamental de l'abolition a été affirmé à de multiples reprises. Ainsi, lors du Second Sommet des Chefs d'Etat et de Gouvernement des Etats

³³ Hugo, Victor, *Ecrits sur la peine de mort*, Actes Sud, 1979.

³⁴ Camus, Albert, Koestler, Arthur, *op. cit.*, 1957.

membres du Conseil de l'Europe (Strasbourg, octobre 1997) : dans la déclaration finale du Sommet, les Chefs d'Etat et de Gouvernement ont appelé « à l'abolition universelle de la peine de mort et [ont] insist[é] sur le maintien, entre-temps, des moratoires existants sur les exécutions en Europe ». Le Comité des Ministres a pour sa part indiqué qu'il « partage la forte conviction de l'Assemblée parlementaire contre le recours à la peine de mort et sa ferme volonté de faire tout son possible afin de faire en sorte que les exécutions capitales cessent d'avoir lieu ». Le Comité des Ministres a par la suite adopté une Déclaration « Pour un espace européen sans peine de mort ». ³⁵Dans son avis n° 233 sur le projet du Protocole n° 13 à la CEDH, adopté le 21 janvier 2002, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe « réaffirme que la peine capitale n'a pas sa place dans des sociétés démocratiques civilisées, régies par l'Etat de droit. » ³⁶

Les préambules des différents protocoles et conventions relatifs à la peine de mort ne laissent aucun doute sur la manière dont cette dernière est perçue :

« Convaincus que l'abolition de la peine de mort contribue à promouvoir la dignité humaine et le développement progressif des droits de l'homme, Convaincus que toutes les mesures prises touchant l'abolition de la peine de mort doivent être considérées comme un progrès quant à la jouissance du droit à la vie, Désireux de prendre, par le présent Protocole, l'engagement international d'abolir la peine de mort, » ³⁷

Cette référence expresse à la dignité humaine et au développement de droits de l'homme est reprise dans les mêmes termes par la Commission des droits de l'homme dans sa résolution 2005/59, adoptée le 20 avril 2005.

« Convaincus que le droit de toute personne à la vie est une valeur fondamentale dans une société démocratique, et que l'abolition de la peine de mort est essentielle à la protection de ce droit et à la pleine reconnaissance de la dignité inhérente à tous les êtres humains ; Souhaitant renforcer la protection du droit à la vie garanti par la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950 » ³⁸ **L'abolition de la peine de mort permettrait de mesurer le degré de développement d'un pays, et le niveau d'internalisation des droits de l'homme. Selon les textes internationaux et régionaux traitant de la peine de mort, une démocratie promouvant le bien-être de son peuple, la dignité de chacun et l'intégration de tous, ne saurait conserver dans l'arsenal de ses peines le châtement suprême. Ainsi « en matière de peine de mort, la pression internationale est une donnée fondamentale : l'abolition est liée aux Etats modernes et démocratiques. »** ³⁹

Les Cours internationales n'appliquent pas la peine de mort : le statut de la CPI (adopté en 1998) exclut la peine de mort des châtements que cette juridiction est habilitée à prononcer bien qu'elle soit compétente pour les crimes les plus graves. Il en va de même pour

³⁵ Rapport explicatif au Protocole n° 13 à la CEDH relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances, §6

³⁶ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Avis n° 233 adoptée le 21 janvier 2002, § 2.

³⁷ **Préambule du deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort**

³⁸ **Préambule du Protocole n° 13 à la CEDH relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances.**

³⁹ **Schabas, William A., The abolition of the death penalty in international law, Cambridge University Press, 2002, p.3**

les tribunaux ad hoc comme le TPIR ou le TPIY⁴⁰. Il paraît important de noter que la peine de mort a été exclue par le Conseil de sécurité, alors même qu'il est composé d'Etats rétentionnistes, au premier rang desquels les Etats-Unis. N'est-ce pas là une preuve éclatante des avancées abolitionnistes ?

Section 2 Les textes internationaux sur la question

Si dans l'esprit, la peine de mort est vigoureusement fustigée pour son déni de la dignité humaine, l'application concrète et sans ambiguïté de ces principes se retrouve difficilement dans le régime juridique de la peine capitale. Quatre textes internationaux ou régionaux traitent précisément de la peine de mort et de son abolition, un a une portée universelle, les trois autres sont des traités régionaux. Nous distinguons ici entre les traités prévoyant l'abolition de la peine capitale en temps de paix, mais l'autorisant, selon diverses dispositions, en temps de guerre ou de danger imminent de guerre, et le 13^e Protocole à la CEDH qui abolit la peine de mort en toutes circonstances. Avec la montée des volontés abolitionnistes chez les Etats, les traités relatifs à la peine capitale ont paru, à un moment donné, obsolètes, et leur modification nécessaire. Quelle allait alors être la technique employée par les Etats afin d'entériner ces modifications ? Le choix devait être fait entre amendement et protocole.

Sous-section 1. Amendement ou Protocole ?

Les protocoles sont des actes additionnels à des traités internationaux. Ils permettent la modulation des engagements. Les protocoles facultatifs sont des accords annexes à un accord principal, faisant l'objet d'une acceptation distincte, mais réservée aux parties à l'accord principal. Les protocoles additionnels ont pour fonctionner de préciser et de compléter un accord principal. Les Protocoles sur la peine de mort sont des instruments autonomes, et non pas des annexes de traités. Les Etats les ont toujours préférés à l'amendement des textes initiaux (convention, déclaration,...). Pour la CEDH, en matière d'abolition, les Etats ont ainsi préféré élaborer des Protocoles additionnels, qui ne créent d'obligations que pour les Etats les ayant ratifiés. La CADH prévoit des possibilités d'amendement et de protocole à ces articles 76 et 77, mais là encore, un Protocole a été établi. Selon l'article 77, les protocoles permettent « d'introduire de *manière progressive* dans le régime de protection établi par [la CADH] d'autres droits et libertés ». Les amendements seraient-ils alors trop radicaux ? Mais quel est l'intérêt réel d'un instrument sur l'abolition de la peine de mort qui a priori n'a vocation qu'à être ratifié par des Etats abolitionnistes ? Deux remarques s'imposent à ce sujet, mettant en exergue certains avantages d'un Protocole :

- Tous les Etats qui ont signé ou ratifié les Protocoles n'étaient pas forcément abolitionnistes à ce moment⁴¹. Ils ont donc envoyé un signe fort de volonté de changement aux autres Etats.

- Les Etats ayant ratifié les Protocoles et voulant réintroduire la peine de mort doivent nécessairement dénoncer les Protocoles.

Cependant, tous les protocoles restent des instruments de compromis, des engagements purement abolitionnistes auraient mené à des amendements. Cette question

⁴⁰ Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal international pour le Rwanda ont été créés en vertu des résolutions 825 et 955 adoptées respectivement le 25 mai 1993 et le 8 novembre 1994 par le Conseil de sécurité des Nations unies.

⁴¹ C'est en tout cas le cas de l'Argentine, qui a aboli la peine de mort en toutes circonstances au moment de la ratification du Protocole à la CADH en 2008, ou encore pour l'Albanie, l'Arménie, l'Estonie, la Turquie... en ce qui concerne les Protocoles européens.

de la modification des traités internationaux a été portée devant les Cours à de multiples reprises. La décision *Soering* rendue par la Cour européenne des droits de l'homme est à cet égard intéressante puisqu'elle a montré les réticences de la Cour à considérer l'article 2 de la CEDH (faisant de la peine de mort une exception au droit à la vie) comme modifié par la pratique des Etats. Nous reviendrons sur ce point dans la deuxième partie.

Sous-section 2. En temps de paix

Trois instruments internationaux ou régionaux abolissent la peine de mort en temps de paix. Il s'agit du Protocole n°6 à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), du Protocole à la Convention américaine des droits de l'homme (CADH) et du 2° Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP). Il nous a paru intéressant de nous attarder sur la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) afin de montrer l'avancée sur la voie de l'abolition permise par la codification d'un droit original : le droit à la vie.

A. Le cas de la Déclaration universelle des droits de l'homme

La DUDH n'est pas contraignante, mais elle est toutefois considérée comme étant la formulation ou la codification du droit coutumier international, et donc comme ayant une certaine valeur normative. La déclaration ne fait pas mention de la peine de mort, mais son article 3 traite du droit à la vie. Ceci pousse William A. Schabas à s'interroger sur la pseudo « neutralité de l'article 3 ». Selon cet auteur, qui se base principalement sur les débats au sein de la Commission sur les droits de l'homme et du Troisième Comité de l'Assemblée générale des Nations unies, l'article en question est en fait « implicitement » en faveur de l'abolition. Les travaux préparatoires de l'article 3 de la DUDH représentent en effet les premiers échanges majeurs sur la question de la peine de mort dans le contexte du droit international des droits de l'homme. Les rédacteurs de la DUDH ont créé une norme originale, celle du droit à la vie, qui va bien plus loin que le simple droit à ne pas être privé de sa vie sans garanties de procédure. Tous les instruments sur lesquels la DUDH se base font mention de la peine de mort comme d'une exception au droit à la vie. La DUDH va plus loin en ne la mentionnant pas, affirme William A. Schabas⁴².

Une tentative aurait même été faite d'une déclaration ouvertement abolitionniste. Mais au final, une approche prudente et guidée par la nécessité d'obtenir un instrument universel, donc signé par le plus grand nombre, a été privilégiée, servant ainsi le but de la Déclaration, à savoir de fournir un instrument dont l'interprétation ouverte pourra évoluer au fil du temps. Une Déclaration abolitionniste aurait été discréditée et isolée, car trop en-dehors du contexte et des réalités du monde. Nulle part dans les travaux préparatoires n'est-il fait mention des avantages de la peine capitale, mais seul un petit nombre de pays considérait l'abolition à cette époque. Il y avait donc un hiatus entre les considérations sur le droit à la vie et la situation domestique des pays membres. « La conclusion inacceptable serait que l'article 3 de la DUDH est bien tournée vers l'abolition. Par son silence sur la question de la peine de mort, il envisage l'abolition de la peine capitale et, en même temps, admet son existence comme un mal nécessaire, ligne relativement mince qui rétrospectivement apparaît avoir été dessinée plutôt astucieusement. »⁴³ Ajoutons que les principes de la DUDH ne trouvent réellement de force contraignante directe que quand des Etats lui donnent cette valeur dans

⁴² Sur la doctrine inverse, voir notamment N. Bernaz, *op. cit.* Cet auteur soutient que si la peine de mort n'est pas mentionnée, ce n'est pas parce que les traités internationaux sont neutres sur la matière, mais c'est tout simplement parce qu'elle n'est pas interdite.

⁴³ William A. Schabas, *op. cit.*, 2002, p.41, traduction personnelle.

leur droit interne. C'est le cas d'une dizaine de pays dans le monde, notamment en Afrique, qui l'ont adopté dans leur préambule constitutionnel⁴⁴.

En matière d'abolition de la peine de mort, est-ce que le droit régional peut jouer le rôle d'intermédiaire entre droit international et droit interne ? On remarque ainsi une multitude d'initiatives à l'échelle régionale.

B. Le Protocole n°6 à la Convention européenne des droits de l'homme relatif à l'abolition de la peine de mort

Nous avons vu en introduction que l'article 2 de la CEDH⁴⁵ autorise expressément la peine de mort, comme exception au droit à la vie. Les Etats européens ont cependant rapidement montré la volonté de dépasser cette conception et de prendre des mesures significatives en vue de l'abolition de la peine capitale. Le Protocole n° 6 à la CEDH, adopté le 28 avril 1983 et entré en vigueur le 1 mars 1985, est le premier texte interétatique traitant spécifiquement de la peine de mort. Ce Protocole prévoit l'abolition de la peine de mort en temps de paix, les Etats parties peuvent maintenir la peine capitale pour des actes commis « en temps de guerre ou de danger imminent de guerre ». Tout Etat partie à la Convention peut devenir partie au Protocole⁴⁶. La France a ratifié cet instrument le 17 février 1986.

Son article 1 est d'inspiration moniste, donc relativement original : « La peine de mort est abolie. Nul ne peut être condamné à une telle peine ni exécuté. ». Il est à comparer avec l'article 1 § 2 du 2° protocole au PIDCP : « Chaque Etat partie prendra toutes les mesures voulues pour abolir la peine de mort dans le ressort de sa juridiction. ». Le Protocole n° 6 ne demande pas aux Etats d'abolir la peine de mort, mais procède de lui-même à l'abrogation. Il y a donc abolition de principe, assortie d'exceptions ne se présentant pas sous la forme de réserves⁴⁷ : c'est une situation de compromis. L'alinéa 2 prévoit la possibilité d'appliquer la peine de mort « en temps de guerre ou de danger imminent de guerre », et non pas en cas de « conflits armés », sans préciser ce que constitue une « guerre » : les guerres civiles, la guerre contre le terrorisme, etc. sont-elles aussi visées par cet article ? Ce flou n'a pas, pour l'instant, suscité de problème, l'Europe étant de fait un continent abolitionniste. Les circonstances exceptionnelles (voir l'article 15) autres que le danger imminent de la guerre ne permettent pas les condamnations à mort. Si les réserves sont interdites, ce qui est assez exceptionnel, les déclarations interprétatives sont autorisées : dans une communication adressée lors de la ratification en janvier 2000, Chypre a ainsi déclaré que la peine de mort resterait applicable sur son territoire en temps de guerre, pour les crimes de trahison, abandon de poste, rébellion, etc. Ce protocole n'abroge donc pas l'article 2 de la Convention, ce dernier étant toujours nécessaire puisque posant le principe de la légalité de la condamnation. Cependant, « des travaux préparatoires au Protocole n° 6 ressort l'idée que la peine de mort devrait désormais être considérée comme une peine inhumaine et

⁴⁴ Cela soulève le problème de la hiérarchie des normes et incite au questionnement sur la valeur du droit international : pour qu'il soit effectif, il doit être transformé en droit interne. Sur ce point, voir notamment Sudre, F., *op. cit.*, 2008, p. 22 et suivantes.

⁴⁵ La Convention a été adoptée le 4 novembre 1950 à Rome et est entrée en vigueur le 3 septembre 1953, après la dixième ratification. Son nom complet est : Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

⁴⁶ Au 10 août 2009, 46 Etats sont parties au Protocole n° 6 et un Etat, la Russie, est signataire. Le dernier Etat ayant ratifié le Protocole n° 6 à la CEDH est Monaco le 30 novembre 2005.

⁴⁷ Comme dans la CADH et le 2° protocole au PIDCP, voir paragraphes suivants.

dégradante au sens de l'article 3 de la CEDH »⁴⁸, ce qui représente une avancée majeure, surtout au regard de la Convention elle-même.

C. Le protocole à la Convention interaméricaine des droits de l'homme traitant de l'abolition de la peine de mort

La CADH⁴⁹, adoptée le 22 novembre 1969 et entrée en vigueur le 18 juillet 1978 après onze ratifications, fait preuve d'une plus grande audace que le texte européen en matière d'encadrement de la peine capitale. Les restrictions imposées sont clairement détaillées et l'encadrement beaucoup plus poussé. Si la CEDH semble considérer la peine de mort comme largement envisageable dans le cadre de la légalité, la Convention interaméricaine en fait clairement un châtement exceptionnel. En effet, l'article 2 de la CEDH ne pose aucune restriction personnelle ou matérielle en matière d'application de la peine capitale, et détaille au contraire les cas dans lesquels cette peine ne peut être considérée comme une violation du droit à la vie. L'impression générale qui se dégage du texte européen est donc bien différente de celle émanant du texte américain. Cet instrument va par ailleurs très loin, au moins symboliquement, en interdisant dans son article 4 § 3 le rétablissement de la peine de mort.

En 1990, l'Organisation des Etats Américains pousse encore l'initiative en adoptant un protocole à la CADH⁵⁰ traitant spécifiquement de l'abolition de la peine de mort. Les Etats d'Amérique latine, à l'exception du Guyana, de Trinité-et-Tobago et de la Jamaïque, sont alors tous abolitionnistes. Le Protocole à la CADH relatif à l'abolition de la peine de mort prévoit l'abolition de la peine de mort, mais autorise les Etats parties à maintenir ce châtement en temps de guerre, s'ils ont formulé une réserve en ce sens au moment de la ratification ou de l'adhésion. Onze Etats sont actuellement parties à ce protocole.

D. Le 2° Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques visant à abolir la peine de mort

L'article 6 du PIDCP⁵¹, traitant du droit à la vie et de la peine capitale, présente les mêmes caractéristiques que la CADH : il détaille les conditions de légalité de l'application de la peine de mort, et ce faisant, en limite le champ.

Le 2° Protocole facultatif au PIDCP, adopté le 15 décembre 1989 par l'Assemblée générale des Nations unies, entré en vigueur le 11 juillet 1991, prévoit l'abolition totale de la peine capitale, mais autorise les Etats parties à appliquer ce châtement en temps de guerre, s'ils ont formulé une réserve en ce sens lors de la ratification ou de l'adhésion. Le Comité des droits de l'homme des Nations unies est chargé de suivre l'application du PIDCP. Dans son observation générale sur l'article 6 du PIDCP, le Comité a estimé que « l'abolition est évoquée dans cet article en des termes qui suggèrent sans ambiguïté [...] que l'abolition est souhaitable. Le comité en conclut que toutes les mesures prises pour abolir la peine de mort doivent être considérées comme un progrès vers la jouissance du droit à la vie »⁵².

⁴⁸ Bernaz, Nadia, *op. cit.*, 2008, p. 81.

⁴⁹ Tout Etat membre de l'Organisation des Etats Américains peut être partie à la CADH.

⁵⁰ Adopté le 8 juin 1990, entré en vigueur le 28 août 1991.

⁵¹ Le Pacte a été adopté le 16 décembre 1966, et est entré en vigueur le 23 mars 1976, après 35 ratifications.

⁵² Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 6 sur l'article 6 du PIDCP, 27 juillet 1982, § 6.

Ces différents instruments facultatifs, s'ils ne poussent pas jusqu'au bout la logique abolitionniste qu'ils semblent toutefois suivre, ne prônent pas moins l'abolition, et limitent strictement l'application de la peine de mort. Par ailleurs, l'adoption de ces textes par les Etats est lourde de conséquences puisqu'une réintroduction de la peine capitale supposerait une dénonciation préalable des différents traités, ce qui semble politiquement peu envisageable.

Sous-section 3. En toutes circonstances

L'Europe, on l'a vu, ne s'est pas distinguée par son activisme et son audace en matière d'abolition de la peine capitale. Au contraire, les textes adoptés sont des stéréotypes de « stratégies périphériques », limitant progressivement le champ d'application de la peine de mort, sans aller jusqu'à la mettre hors-la-loi. Cette frilosité est enfin dépassée avec l'adoption du Protocole n° 13 à la CEDH relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances. Cet instrument a été ouvert à la signature le 3 mai 2002 et est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2003 à la suite de la dixième ratification⁵³. La ratification de la France a été tardive, puisqu'elle n'a pu avoir lieu qu'en 2007, à la suite d'une autorisation du Conseil constitutionnel et d'une modification de la Constitution. L'article 1 du Protocole n° 13 dispose : « La peine de mort est abolie. Nul ne peut être condamné à une telle peine ni exécuté. » Les dérogations et réserves sont expressément interdites par les articles 2 et 3 dudit Protocole, ce qui rend l'abolition entière, y compris en temps de guerre ou de danger imminent de guerre. Ce texte entérine un état de fait et marque la victoire du courant abolitionniste en Europe, pavant le chemin à d'éventuelles initiatives semblables dans d'autres coins du globe.

L'appréhension de la peine de mort dans la CEDH et dans la CADH et le PIDCP diffère beaucoup : dans la première on pose le droit à la vie puis les exceptions assorties à ce droit, dans les deux suivants, on pose le droit à la vie puis les garanties à respecter en cas d'application de la peine de mort. Dans cette perspective, les instruments américain et onusien sont plus restrictifs et audacieux en matière d'application de la peine de mort. Ils sont aussi plus complexes, puisque leur respect nécessite l'adoption de mesures. Cependant, avec l'adoption des Protocoles n° 6 et surtout n° 13, l'Europe prend la tête du mouvement abolitionniste. Si ces instruments n'ont de valeur contraignante que pour les Etats les ratifiant, leur existence même, ainsi que le nombre important d'adhésions, témoignent de l'évolution de la pratique en matière de peine capitale, et les avancées incontestables dans ce domaine. Enfin, les textes internationaux traitant de la peine capitale l'autorisent majoritairement, mais tous font de son abolition un objectif essentiel⁵⁴.

Chapitre II : L'encadrement

La peine de mort n'est donc pas interdite en droit international, toutefois, son application est elle strictement réglementée. Les normes à respecter sont clairement énoncées dans de multiples instruments internationaux et régionaux. Ces limites à la peine de mort peuvent

⁵³ Au 10 août 2009, quarante-et-un Etats membres du Conseil de l'Europe ont ratifié ce Protocole, quatre Etats l'ont simplement signé (Arménie, Espagne, Lettonie, Pologne) et deux Etats ne l'ont pas signé (la Russie et l'Azerbaïdjan). Le dernier Etat ayant ratifié le Protocole n° 13 est l'Italie, le 3 mars 2009, et le dernier Etat à le signer est l'Arménie le 19 mai 2006.

⁵⁴ Voir à cet égard l'article 6 § 2 et 6 du Pacte, ou l'article 4 § 2 de la CADH.

alors prendre l'apparence d'attaques détournées contre la peine capitale, de multiples « stratégies périphériques ». Les Etats sont tenus de respecter ces limites et garanties. En 1984, le Conseil économique et social des Nations unies produit une liste de « Garanties pour la protection des droits des personnes passibles de la peine de mort », ratifiée par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 39/118. En 2007, dans son rapport annuel sur la peine de mort, le Secrétaire général rappellera ces garanties et la nécessité pour les Etats de s'y conformer. Certaines de ces garanties sont devenues des normes de jus cogens, leur portée n'est donc pas à négliger. Elles recouvrent deux volets principaux : d'une part la restriction du champ d'application de la peine de mort, d'autre part l'exigence de nombreuses garanties procédurales.

Section 1. La restriction du champ d'application

Les instruments internationaux traitant de la peine de mort encadrent parfois sévèrement son utilisation. Les limitations imposées font de la peine capitale une peine exceptionnelle, extra-ordinaire. Les restrictions de son champ d'application, c'est-à-dire la réduction du nombre de cas où la peine de mort peut être requise et prononcée, sont autant matérielles (concernant les crimes passibles de mort) que personnelles (relatives aux catégories de population pouvant être exécutées).

Sous-section 1. Les restrictions matérielles

La restriction du nombre de crimes passibles de la peine capitale repose sur l'idée selon laquelle seuls les crimes les plus graves doivent pouvoir entraîner une exécution. Dans la résolution 28/57 du 20 décembre 1971, l'Assemblée générale des Nations unies a affirmé le principe suivant : « afin de garantir pleinement le droit à la vie, proclamé à l'article 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, il importe au premier chef de restreindre progressivement le nombre des crimes pour lesquels la peine capitale peut être imposée, l'objectif souhaitable étant l'abolition totale de cette peine dans tous les pays ». L'Assemblée a réaffirmé, dans les mêmes termes, ces engagements par la résolution 32/61, adoptée le 8 décembre 1977. Plus récemment, l'Assemblée générale a exhorté les Etats à « limiter progressivement l'application de la peine de mort et de réduire le nombre d'infractions qui emportent cette peine »⁵⁵. Le 20 avril 2005, la Commission des droits de l'homme, dans sa résolution n° 59, a exhorté tous les Etats maintenant encore la peine de mort à « ne pas étendre l'application des crimes auxquels elle ne s'applique pas aujourd'hui ». Ces résolutions ne sont que quelques exemples des nombreux textes existants invitant les Etats à restreindre le champ d'application de la peine de mort. Elles sont le signe d'une stratégie adoptée par les organes internationaux de protection des droits de l'homme en matière de peine de mort.

La limitation du champ d'application de la peine capitale impose que cette dernière ne soit prononcée et appliquée que pour les crimes dits les plus graves. Le Comité des droits de l'homme, de manière répétée, a appelé les États concernés à réduire le nombre de délits pouvant entraîner une condamnation à mort, et à limiter le recours à ce châtiment aux « crimes les plus graves »⁵⁶, ainsi que le prévoit l'article 6 § 2 du PIDCP⁵⁷. Et d'ajouter : « Toute

⁵⁵ Assemblée générale des Nations unies, Résolution 62/149 « Moratoire sur l'application de la peine de mort », adoptée le 18 décembre 2007, § 2.

⁵⁶ Comité des droits de l'homme, Observations finales (Viêt-Nam) du 26 juillet 2002, § 7.

extension du champ d'application de la peine de mort soulève des questions concernant la compatibilité avec l'article 6 du Pacte. »⁵⁸ Le Comité a esquissé une définition des termes : « l'expression "les crimes les plus graves" doit être interprétée d'une manière restrictive, comme signifiant que la peine capitale doit être une mesure tout à fait exceptionnelle »⁵⁹. Cette caractérisation, plutôt vague, a par la suite été précisée : « Dans les pays qui n'ont pas encore aboli la peine capitale, la peine de mort ne peut être imposée que pour les crimes les plus graves, étant entendu qu'il s'agira au moins de crimes intentionnels ayant des conséquences fatales ou d'autres conséquences extrêmement graves »⁶⁰. Le Secrétaire général des Nations unies s'est lui aussi toujours déclaré opposé à ce que la peine de mort soit imposée pour des actes n'entraînant pas la mort : « Pour respecter la restriction de son champ aux crimes les plus graves, la peine capitale ne peut être imposée que lorsque l'intention de tuer est démontrée et a entraîné la mort »⁶¹. Le Comité des droits de l'homme a déclaré que les infractions suivantes ne sauraient être considérées comme faisant partie des « crimes les plus graves », selon les termes de l'article 6 § 2 du PIDCP, et que l'imposition de la peine de mort pour ces délits enfreignait par conséquent cet article : infractions de nature économique, et notamment l'abus de confiance de la part de fonctionnaires, infractions d'ordre politique, vol, enlèvement n'ayant pas entraîné la mort de la victime, relations sexuelles illicites, relations homosexuelles et apostasie⁶². Dans la résolution 2005/59, adoptée le 20 avril 2005, la Commission des droits de l'homme a prié tous les États qui maintiennent la peine de mort « de veiller [...] à ce que la peine de mort ne soit pas imposée pour des actes non violents comme les infractions financières, la pratique religieuse ou l'expression de convictions et les relations sexuelles entre adultes consentants ». La rapporteuse spéciale des Nations unies sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, en vertu des restrictions introduites par la première des Garanties pour la protection des droits des personnes passibles de la peine de mort, a ajouté à cette liste les « actes de caractère politique ou religieux, y compris les actes de trahison, l'espionnage et d'autres actes définis de manière vague et habituellement décrits comme étant des "crimes contre l'État" ou des "abus de confiance", ou encore pour des actes touchant les valeurs morales dominantes, tels que l'adultère ou la prostitution »⁶³.

La restriction du champ d'application de la peine de mort est présentée comme une étape de son abolition. Elle peut donc être considérée comme une des attaques détournées pratiquées contre la peine capitale. Les crimes passibles de peine de mort se sont trouvés réduits à une portion congrue, à des affaires d'exception. De cette manière, les instruments

⁵⁷ De même, il est intéressant de le noter, que l'article 4 § 2 de la CADH. La CEDH est muette sur ce point, tout comme ses Protocoles n°6 et n°13. Les rédacteurs de ces textes ont voulu adopter une stratégie différente pour faire face à la peine de mort. L'Europe n'est plus engagée dans un processus de limitation progressive du champ d'abolition de la peine capitale : elle y est désormais proposée frontalement.

⁵⁸ Comité des droits de l'homme, Observations préliminaires (Pérou) du 25 juillet 1996, § 15.

⁵⁹ Comité des droits de l'homme, Observations générales sur l'article 6 du Pacte adoptées le 30 juillet 1982, § 7.

⁶⁰ Secrétaire général des Nations unies, Rapport A/63/293, « Moratoires sur l'application de la peine de mort », 15 août 2008, § 32.

⁶¹ Secrétaire général des Nations unies, Rapport sur la question de la peine de mort, A/HRC/8/11, 27 mai 2008, § 17.

⁶² Pour aller plus loin, voir AI, *Normes Internationales relatives à la peine de mort*, ACT 50/001/2006, janvier 2006, p. 9.

⁶³ Commission des droits de l'homme, *Exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires*. Rapport présenté par la rapporteuse spéciale, 6 janvier 1999, § 63.

internationaux permettent, certes quand ils sont respectés, une réduction conséquente des exécutions.

Sous-section 2. Les restrictions personnelles

Les restrictions personnelles consistent en un élargissement progressif des populations non-susceptibles d'être condamnées à mort. Ces normes sont sans doute les plus puissantes en droit international en ce qui concerne les limitations à la peine de mort. Plusieurs d'entre elles semblent en effet être devenues des règles de jus cogens.

A. Les Conventions de Genève

Dès 1949, le droit international semble prendre conscience de la nécessité d'encadrer le recours à la peine de mort. Avec la signature des Conventions de Genève, on voit ainsi une réduction importante du champ d'application de cette peine, des garanties importantes sont désormais nécessaires relativement aux mises à mort dans les situations de conflit armé. La Convention de Genève du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre stipule dans son article 3 que « les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause » ne pourront, en toutes circonstances, être condamnées et exécutées « sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés ». La Convention relative, elle, à la protection des personnes civiles en temps de guerre dispose dans son article 68 que « en aucun cas la peine de mort ne pourra être prononcée contre une personne protégée âgée de moins de dix-huit ans au moment de l'infraction ». Les Protocoles additionnels⁶⁴ à ces Conventions relatifs à la protection des victimes de conflits armés exhortent aussi les Etats « d'éviter » de prononcer la peine capitale à l'encontre des femmes enceintes et des mères d'enfants en bas âge, et stipulent que dans tous les cas, aucune condamnation ne pourra être exécutée contre ces femmes (article 76 § 3). Les Conventions de Genève font donc œuvre de pionnières dans le domaine des restrictions personnelles du champ d'application de la peine de mort. Nous allons le voir, les populations visées dans ces textes, seront celles protégées dans tous les instruments suivants relatifs à la peine de mort.

B. Les mineurs et les personnes âgées

Il est intéressant, quand on touche à l'application de la peine de mort aux mineurs, de s'attarder sur le développement du droit domestique d'un pays en particulier : les Etats-Unis. En effet, nous l'avons vu en introduction, la peine capitale y suit un parcours chaotique, presque à rebours du chemin européen ou sud-américain. Les avancées abolitionnistes dans ce pays rétentionniste méritent donc d'être remarquées, et donnent d'importantes indications quant au recul de la peine de mort dans le monde et le degré de développement du droit international en la matière. En mars 2005, la Cour suprême des Etats-Unis, dans son arrêt *Roper c. Simmons*⁶⁵, a rendu un jugement historique en décidant d'interdire

⁶⁴ Le Protocole additionnel I est relatif à la protection des victimes de conflits armés internationaux, le Protocole additionnel II aux victimes de conflits armés non internationaux. Ils datent tous les deux du 12 août 1949.

⁶⁵ Cour suprême des Etats-Unis, *Roper c. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), 1^{er} mars 2005, par cinq voix contre quatre.

désormais le recours à la peine capitale pour les mineurs criminels de plus de quinze ans. L'interdiction d'application de la peine de mort aux criminels de moins de quinze ans remontait à 1988, la Cour avait alors fondé son jugement en référence au Huitième Amendement⁶⁶ de la Constitution, sans toutefois aller jusqu'à estimer que l'exécution de toute personne de moins de dix-huit ans constituait « un châtement cruel et exceptionnel ». La décision *Roper c. Simmons* est d'une importance majeure puisqu'elle concerne quelques 72 condamnés à mort mineurs au moment des faits. Depuis 1976, date de la réintroduction de la peine de mort aux Etats-Unis, vingt-deux jeunes ont été exécutés, et ce en parfaite contradiction avec le droit international. En effet, la peine de mort pour les mineurs est strictement interdite par l'article 37 § a de la Convention Internationale pour les Droits de l'Enfant (CIDE) du 20 novembre 1989, Convention ratifiée par l'ensemble de la communauté internationale, à l'exception notable des Etats-Unis et de la Somalie. Ces évolutions du droit américain sont donc encourageantes.

Les textes qui interdisent expressément la peine de mort pour les mineurs sont extrêmement nombreux : outre la CIDE, les règles de Beijing⁶⁷, la Charte africaine des droits et du bien être de l'enfant (article 5 § 3), la CADH (article 4 § 5), la Charte arabe des droits de l'homme, le PIDCP (article 6 § 5), et les Garanties pour la protection des droits des personnes passibles de la peine de mort (§ 3) prohibent explicitement le prononcé de la peine capitale à l'encontre d'un enfant. On peut alors envisager la prohibition de la peine capitale pour les mineurs comme une coutume internationale émergente, voire une règle de jus cogens. L'organisation Human Rights Watch a ainsi fait observer que l'interdiction de la peine de mort pour les crimes commis par des personnes âgées de moins de dix-huit ans au moment des faits était bien établie dans les instruments internationaux et le droit coutumier. Selon elle, cinq États seulement auraient, de notoriété publique, exécuté des mineurs délinquants depuis 2005 : la République islamique d'Iran (seize exécutions), l'Arabie saoudite (trois exécutions), le Soudan (deux exécutions), le Yémen (une exécution) et le Pakistan (une exécution). Le Comité des droits de l'homme des Nations unies considère l'interdiction d'exécuter des enfants comme à une règle du droit international coutumier, qui ne peut faire l'objet de réserves de la part d'un État partie au PIDCP⁶⁸. Dans sa résolution 2000-17, adoptée le 17 août 2000, la Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme des Nations unies affirme à son tour que « l'imposition de la peine de mort aux personnes âgées de moins de dix-huit ans au moment de la commission du crime est contraire au droit international coutumier ». Ajoutons par ailleurs, que si la Cour suprême des Etats-Unis a décidé d'interdire la peine capitale pour les mineurs de plus de quinze ans, c'est, selon le juge Anthony Kennedy, à cause de « l'immense poids de l'opinion internationale opposée à la peine de mort pour les mineurs ». La question de l'existence d'une règle coutumière d'interdiction de la peine de mort pour les mineurs n'a jamais été posée à la Cour européenne des droits de l'homme, mais l'a été à la Commission interaméricaine des droits de l'homme. Dans *Roach et Pinkerton c. Etats-Unis* (1987), la Cour conclut à l'existence d'une règle de jus cogens en la matière, plutôt que d'une règle coutumière, qui ne fixe cependant pas l'âge de la majorité⁶⁹. En 2002, dans l'arrêt

⁶⁶ « Des cautions excessives ne seront pas exigées, ni des amendes excessives imposées, ni des châtements cruels et exceptionnels infligés. »

⁶⁷ Ensemble des règles minima des Nations unies concernant l'administration de la justice pour mineurs, adoptées de 1985.

⁶⁸ Observation générale 24 sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des protocoles facultatifs et relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte, adoptée le 4 novembre 1994, § 8.

⁶⁹ La Cour estimera alors qu'il y a en l'espèce non violation de la CADH.

Domingues c. Etats-Unis, la Cour a dégagé de manière expresse le caractère coutumier de l'interdiction de la peine de mort pour les mineurs, de même que son caractère de norme de jus cogens⁷⁰.

Le problème s'est donc parfois posé de la définition de l'« enfant » et de la majorité. En effet, l'article 1 de la CIDE dispose : « Au sens de la présente convention, un enfant s'entend comme tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, *sauf si la majorité est atteinte plus tôt, en vertu de la législation qui lui est applicable* ». Toutefois, l'article 37 de cette Convention pose la limite des dix-huit ans relativement à la peine de mort. Le flou résultant de la confrontation de ces articles a rendu possible des aménagements de la part de certains pays. Dans ses observations finales sur le rapport de l'Arabie saoudite, le Comité des droits de l'homme des Nations unies a par exemple exprimé sa vive préoccupation quant au fait que les juges, lorsqu'ils examinent des affaires pénales concernant des enfants, sont libres de décider qu'un enfant a atteint la majorité avant l'âge de dix-huit ans. Le Comité a estimé que cette pratique constituait une violation grave des droits fondamentaux énoncés à l'article 37 de la Convention relative aux droits de l'enfant, lui donnant ainsi la prédominance sur l'article 1. L'article 2 de la Charte africaine des droits et du bien être de l'enfant, elle, précise bien qu'on entend par « enfant », toute personne âgée de moins de dix-huit ans. Les autres textes internationaux précités ne font pas mention de la catégorie « enfant », ayant préféré la clarté d'une limite d'âge, toujours fixée à dix-huit ans.

Par ailleurs, dans sa résolution 1989/64, le Conseil économique et social a recommandé que les États fixent un âge minimal au-delà duquel nul ne peut être condamné à mort ni exécuté. Ainsi, la CADH stipule dans son article 4 § 5 que « la peine de mort ne peut être infligée aux personnes qui, au moment où le crime a été commis, étaient âgées de moins de dix-huit ans ou de plus de soixante-dix ans ». Le rapporteur spécial des Nations unies sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires a exprimé le souhait de voir la prohibition de la peine capitale « étendue aux personnes âgées, en attendant l'abolition totale de la peine de mort »⁷¹.

C. Les femmes enceintes ou allaitantes

Les instruments internationaux interdisant la peine de mort pour les femmes enceintes ou allaitantes sont presque aussi nombreux que ceux concernant les enfants, et leur réservent un traitement identique : nulle dérogation à la règle ne saurait être acceptée, cette limitation étant devenue une norme de jus cogens. La prohibition de la peine capitale pour les femmes enceintes ou allaitantes apparaît ainsi dans le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes, la CADH, la Charte arabe des droits de l'homme, le PIDCP, et dans les Garanties pour la protection des droits des personnes passibles de la peine de mort. Dans sa résolution 2005-59, adoptée le 20 avril 2005, la Commission des droits de l'homme des Nations unies demande instamment aux États qui continuent d'appliquer la peine de mort « d'en exempter les femmes enceintes et les mères ayant des enfants en bas âge ». La plupart de ces textes ne mentionnent que les femmes enceintes, cependant, dans la pratique, la prohibition s'applique également aux femmes allaitantes. Certains instruments (par exemple les Garanties pour la protection des droits des personnes passibles de la peine de mort, § 3) ajoutent à cette liste les mères de jeunes

⁷⁰ Les autres normes de jus cogens sont : la prohibition de l'esclavage, de la piraterie ou du génocide. Pour une définition d'une norme impérative, voir la Convention de Vienne, article 53.

⁷¹ Exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, Note du Secrétaire général, 11 août 2000, § 32.

enfants. Cependant, cette catégorie n'ayant aucune définition juridique, reste floue, donc difficilement opposable à un Etat.

D. Les handicapés mentaux

Le Conseil économique et social des Nations unies a recommandé que les États suppriment la peine de mort, tant au stade de la condamnation que de l'exécution, pour les handicapés mentaux ou les personnes dont les capacités mentales sont extrêmement limitées. La Commission des droits de l'homme, dans sa résolution 2005-59, du 20 avril 2005, exhorte les Etats à « ne pas appliquer [la peine de mort] à des personnes atteintes d'une quelconque forme de déficience mentale ou intellectuelle, ni d'exécuter un condamné atteint d'une telle déficience ». Le rapporteur spécial des Nations unies sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires a déclaré en ce sens que les Etats appliquant la peine de mort « aux mineurs et aux malades mentaux sont particulièrement invités à aligner leur droit interne sur les normes juridiques internationales. Il faudrait que les États envisagent d'adopter des lois spéciales pour protéger les arriérés mentaux et y incorporent les normes internationales en vigueur »⁷². Le 20 juin 2002, dans l'arrêt *Atkins c. Virginia*, la Cour suprême des Etats-Unis a estimé que l'exécution de criminels souffrants d'un handicap mental constitue un châtement cruel et inhabituel prohibé par le Huitième Amendement. « La notion de base sous-jacente au Huitième Amendement n'est rien de moins que la dignité de l'homme [...] L'Amendement doit s'entendre par référence aux « normes évolutives de la bienséance » qui marquent le progrès d'une société qui mûrit. »⁷³. La Cour a donc suivi une interprétation évolutive du droit, et a estimé que les choses avaient changé depuis quelques années, de nombreux Etats ayant adopté des lois prohibant l'exécution de personnes handicapées mentales, et de nombreux Etats n'ayant pas aboli en droit une telle peine, ne l'appliquent pas de fait. La pratique est donc effectivement devenue inhabituelle. La Cour décèle ainsi un « consensus national » contre l'application de la peine capitale à des criminels handicapés mentaux. La Cour se réfère à l'opinion publique, tant au niveau national qu'international, ce qui représente une évolution majeure et positive dans la perspective de l'harmonisation des droits nationaux et du développement du droit international, et laisse présager l'émergence d'une coutume internationale de prohibition de la peine capitale pour les personnes atteintes d'un handicap mental.

La peine de mort a progressivement été interdite pour les mineurs au moment des faits, les personnes handicapées et les femmes enceintes. Il semble exister un consensus international en la matière, et ce même dans les pays rétentionnistes : on peut donc parler de l'émergence d'une règle coutumière, voire d'une règle de jus cogens. Ces catégories de population sont les plus vulnérables, donc historiquement les plus protégées, diront les sceptiques. Cependant, ces évolutions indéniables sont de bons augures dans la perspective, d'une part, de l'abolition graduée de la peine capitale, et d'autre part, du développement du droit international. Et une fois de plus, ces stratégies périphériques sont payantes, au moins en termes de vies.

Section 2. Les garanties procédurales

⁷² Exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, Rapport présenté par le rapporteur spécial du 23 décembre 1997, § 117.

⁷³ *Atkins c. Virginia*, cité par Naomi Norberg dans *Le principe du stare decisis cède devant les principes du due process et de la dignité : la Cour suprême des Etats-Unis et la peine de mort*, Revue de science criminelle et de droit pénal, octobre-décembre 2002, p. 917

Prévues dans tous les traités, parfois de manière très détaillée, les garanties procédurales entourant le prononcé de la peine capitale repose sur le principe selon lequel « la mort ne doit pas être donnée arbitrairement »⁷⁴. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui a, rappelons-le, une force obligatoire pour les pays l'ayant ratifié, dans son article 6 § 2 prévoit que la peine capitale ne peut être prononcée « en contradiction avec les dispositions du présent Pacte ». Les garanties procédurales exposées dans ce texte comprennent notamment le droit à un jugement équitable rendu par un tribunal indépendant, la présomption d'innocence, les garanties a minima de la défense et le droit de recourir à une instance supérieure. On distinguera alors quatre catégories principales de garanties : les exigences d'un procès équitable, les différents principes de légalité de la peine, le droit d'appel, de commutation et de grâce, et enfin la très controversée nécessité d'une limitation maximale des souffrances.

Sous-section 1. L'exigence d'un procès équitable

La peine capitale ne peut être exécutée qu'en vertu d'un jugement final rendu par un tribunal compétent après une procédure juridique offrant toutes les garanties possibles pour assurer un procès équitable, garanties égales au moins à celles énoncées dans les différents instruments de protection des droits de l'homme.⁷⁵

L'article 14 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques stipule :

Tous sont égaux devant les tribunaux et les Cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil.

Cet article garantit aussi la présomption d'innocence et le bon fonctionnement de la défense : le droit au temps et aux facilités nécessaires à la préparation de sa défense, le droit de bénéficier des services d'un avocat à tous les stades de la procédure, le droit à l'information, le droit de faire appel à des témoins, le droit à l'assistance d'un interprète. Il est par ailleurs précisé que « cette protection [de l'accusé doit] aller au-delà de celle qui est accordée aux personnes qui ne sont pas accusées d'une infraction passible de la peine capitale »⁷⁶. Le prononcé de la peine capitale doit être une situation exceptionnelle, la protection des personnes passibles d'une telle peine aussi. Une partie de la doctrine juge que cette dichotomie requise entre les personnes passibles de la peine de mort et les autres n'est pas souhaitable et que le droit international exige une protection maximale de tous les prévenus, sans considération de la peine encourue. Cette protection accrue demandée dans le cas de la peine de mort traduit, pour eux, la nature de la peine capitale, son caractère cruel, inhumain et dégradant.

Les Garanties pour la protection des droits des personnes passibles de la peine de mort comprennent aussi « le droit de toute personne suspectée ou accusée d'un crime passible de la peine de mort de bénéficier d'une assistance judiciaire appropriée à tous les

⁷⁴ Voir notamment Cour interaméricaine des droits de l'homme, Avis consultatif OC-16/99 du 1^o octobre 1999, § 134 ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, Arrêt *Hilaire, Constantine and Benjamin et al. V. Trinidad and Tobago* du 21 juin 2002, § 148.

⁷⁵ Pour une présentation des dispositions nationales en la matière, voir principalement Secrétaire général des Nations unies, Rapport A/63/293, « Moratoires sur l'application de la peine de mort », 15 août 2008, § 48 à 54.

⁷⁶ Secrétaire général des Nations unies, Rapport A/63/293, « Moratoires sur l'application de la peine de mort », 15 août 2008, § 48.

stades de la procédure »⁷⁷. L'article 6 de la CEDH⁷⁸, ainsi que l'article 8 de la CADH, sont calqués sur le modèle du PIDCP et reprennent, à peu de choses près, les mêmes idées dans les mêmes termes. Il est aussi généralement acquis qu'un accusé étranger a le droit de contacter un représentant consulaire et bénéficiaire de son assistance⁷⁹. Enfin, l'exigence d'un procès équitable repose aussi sur le principe de la preuve manifeste. La peine capitale ne peut être exécutée que lorsque la culpabilité de la personne accusée d'un crime repose sur des preuves claires et convaincantes, ne laissant place à aucune autre interprétation des faits.

Ces garanties d'un procès équitable sont très importantes puisqu'elles ont souvent mené à l'annulation d'une sentence à mort pour non-respect du droit. Elles peuvent même conduire à la qualification de la peine de mort comme traitement cruel et inhumain au titre de l'article 7 du PIDCP. Ainsi, dans un certain nombre d'affaires concernant des condamnations à mort, le Comité des droits de l'homme a estimé qu'en cas de violation des garanties d'un procès équitable exposées à l'article 14 du PIDCP, l'exécution d'une sentence de mort ne serait pas conforme à l'article 6 § 2 du Pacte qui définit les circonstances dans lesquelles la peine capitale peut être exécutée⁸⁰. En juillet 2007, le Comité des droits de l'homme, dans son Observation générale n° 32 sur l'article 14 du Pacte, a réaffirmé que le non-respect des garanties de procès équitable en cas de prononcé de la peine de mort constitue une violation du droit à la vie.⁸¹

Sous-section 2. Le principe de légalité, de non-automaticité et de non-rétroactivité de la peine

La peine capitale ne peut être imposée que pour un crime pour lequel la peine de mort était prescrite au moment où celui-ci a été commis, étant entendu que si, après que le crime a été commis, la loi prévoit l'imposition d'une peine moins grave, le criminel bénéficiera de cette disposition. Le PIDCP dispose également à l'article 15 § 1 que « il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier. ». Le PIDCP prévoit par ailleurs dans son article 6 § 2 la non-rétroactivité de la peine de mort. Le principe du « pas de peine sans loi » est repris à l'article 7 de la CEDH, est aussi présent dans l'article 9 de la CADH.

Les condamnations obligatoires et automatiques à la peine de mort sont considérées comme contraire au droit à la vie, et violent les différents traités internationaux sur la question. Le Comité des droits de l'homme des Nations unies a ainsi déclaré que « la

⁷⁷ Approuvées par le Conseil économique et social dans sa résolution 1984/50 du 25 mai 1984 et ratifiées par l'Assemblée générale des Nations unies dans la résolution 39/118.

⁷⁸ En droit anglo-saxon, la notion de « due process » est une notion comparable à celle du procès équitable au sens de l'article 6 de la CEDH.

⁷⁹ Voir notamment la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires qui prévoit que les étrangers arrêtés dans un Etat partie à ce traité doivent recevoir l'assistance de leur consulat, ou les Orientations pour la politique de l'Union européenne à l'égard des pays tiers en ce qui concerne la peine de mort.

⁸⁰ Voir sur ce point les affaires *Reid c. Jamaïque* (1989), *Daniel Mbenge c. Zaïre* (1983), *Wright c. Jamaïque* (1991), Comité des droits de l'homme ; et Arrêt *Öçalan c. Turquie* (2005), Cour européenne des droits de l'homme sur les violations de l'article 6 de la CEDH.

⁸¹ Pour un exposé détaillé des garanties de procès équitable, voir principalement AI, *Normes Internationales relatives à la peine de mort*, janvier 2006, pp. 12-15.

condamnation obligatoire et automatique à la peine de mort constitue une privation arbitraire de la vie, en violation du paragraphe 1 de l'article 6 du Pacte, dans des circonstances où la peine capitale est prononcée sans qu'il soit possible de prendre en considération la situation personnelle de l'accusé ou les circonstances ayant entouré le crime en question »⁸². L'ONU considère de même que l'imposition obligatoire de la peine de mort est incompatible avec la prohibition des traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants⁸³. Cette position a reçu l'appui de la Commission des droits de l'homme⁸⁴.

Sous-section 3. Le droit d'appel, de commutation, de grâce et d'amnistie

Les droits de solliciter l'amnistie, la grâce ou la commutation de la peine, et le droit d'interjeter appel du jugement devant une juridiction supérieure sont contenus dans presque tous les textes traitant de la peine de mort : aux articles 6 § 4 et 14 § 5 du PIDCP, aux articles 6 et 7 des Garanties pour la protection des droits des personnes passibles de la peine de mort, aux articles 4 § 6 et 7 § 6 de la CADH. Il est cependant à noter que la CEDH ne prévoit expressément, ni dans le texte original ni dans les protocoles additionnels, de droit de grâce, de commutation de peine ou d'amnistie, mais ces différents droits se retrouvent à l'article 2 du Protocole n° 7 à la CEDH⁸⁵. Toute personne condamnée à mort a le droit de faire appel à une juridiction supérieure, et des mesures devraient être prises pour que ces appels soient obligatoires⁸⁶. Le droit de faire appel d'un jugement, le droit de commutation et le droit de grâce ou d'amnistie impliquent le ménagement d'un délai suffisant pour la poursuite et l'achèvement de ces différentes procédures.

Le Comité des droits de l'homme des Nations unies a déclaré que l'imposition de condamnations à mort sans possibilité de faire appel, de voir sa peine commutée ou d'être gracié était incompatible avec le PIDCP⁸⁷. Il a en outre constaté plusieurs violations du droit à la vie au cours de procédures où l'accusé encourant la peine capitale n'avait pas eu le droit d'interjeter appel devant une juridiction supérieure. Tout condamné à mort a aussi le droit de solliciter la grâce ou la commutation de sa peine devant les autorités compétentes. La grâce ou la commutation de la peine de mort peuvent être accordées dans tous les cas de peine capitale. De même, l'exécution de la peine de mort doit être suspendue tant que les procédures d'examen de recours ou de tout autre pourvoi ne sont pas achevées. Dans sa résolution 1996/15, le Conseil économique et social a demandé aux États de veiller à ce que les fonctionnaires participant à la décision du prononcé de la peine capitale ou à son exécution soient pleinement informés de l'état des appels et des recours en grâce concernant le détenu en question.

Sous-section 4. Le débat sur la limitation maximale des souffrances

⁸² Constatations du Comité des droits de l'homme, arrêt *Pagdayawon Rolando c. Philippines*, communication n° 1110/2002, 8 décembre 2004, § 5.2. Voir aussi *Eversley Thompson c. Saint-Vincent-et-les Grenadines*, communication n° 806/1998, 18 octobre 2000.

⁸³ Voir *Exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires*, Rapport présenté par le rapporteur spécial, 22 décembre 2004, § 80.

⁸⁴ Commission des droits de l'homme, Résolution 2005/59 du 20 avril 2005, § 7 f).

⁸⁵ Adopté le 22 novembre 1984.

⁸⁶ Voir notamment ECOSOC, Résolution 1989/64 du 24 mai 1989.

⁸⁷ Observations finales du Comité des droits de l'homme, Ouganda, 4 mai 2004, § 13.

Les Garanties pour la protection des droits des personnes passibles de la peine de mort prévoient que « lorsque la peine capitale est appliquée, elle est exécutée de manière à causer le minimum de souffrances possibles » (§ 9). L'exigence de la limitation des souffrances s'appliquent aussi aux détenus : il est nécessaire d'éviter toute exacerbation des souffrances, tant physiques que psychologiques, endurées par les prisonniers condamnés à mort. Ainsi, « plusieurs États ont mentionné les directives de la politique de l'Union européenne, qui disposent que la peine capitale ne peut être exécutée en public ou de toute autre manière dégradante »⁸⁸. Le Comité contre la torture a également examiné les conditions de détention dans les quartiers des condamnés à mort, qui sont susceptibles de constituer un traitement cruel, inhumain ou dégradant, non seulement pour des raisons physiques mais aussi à cause de l'angoisse mentale, appelée « syndrome du couloir de la mort », provoquée par un séjour trop prolongé dans ces quartiers⁸⁹. Il est aussi exigé d'informer suffisamment à l'avance le condamné et sa famille du jour et de l'heure de son exécution.

Les différentes Cours internationales et nationales en sont venues à considérer certaines méthodes d'exécution comme cruelles, inhumaines et dégradantes, en violation de l'article 7 du PIDCP. Cette disposition fait cependant débat. En effet, comment juger les souffrances engendrées par une mise à mort, quels sont les critères, l'échelle, les méthodes d'évaluation ? La souffrance est inhérente à toute mise à mort. La jurisprudence en la matière montre elle aussi les limites de l'argumentation. Le Comité des droits de l'homme a suivi une interprétation systématique des droits à la vie et à l'intégrité personnelle, mais a petit à petit pris conscience du manque de logique entre ses positions. Cela est particulièrement frappant dans sa jurisprudence concernant les différentes méthodes d'exécution. Dans *Kindler c. Canada*, il a considéré que l'injection létale n'est pas une peine inhumaine, tout comme la mort par peloton d'exécution (*Staselovich c. Belarus*). Il a tenu un raisonnement inverse dans *Ng c. Canada* : le Comité des droits de l'homme a alors estimé qu'une exécution par gaz asphyxiant était contraire à l'article 7 du PIDCP, car une mise à mort doit causer le moins de souffrance possible. Il faut ainsi prendre en compte la durée de l'agonie et les douleurs inutiles, a estimé la Cour. Dans leur opinion dissidente, les Juges M. Mavrammatis et W. Sadi ont estimé qu'il fallait plutôt porter ce jugement sur d'autres méthodes d'exécution, comme la lapidation, car cette dernière prolongerait intentionnellement les souffrances. Cependant, d'autres Juges ont remis en cause la pertinence de ce raisonnement. Le Juge N. Ado considère pour sa part que la durée de l'agonie ne doit pas être le seul critère de violation de l'article 7. Quant au Juge C. Chanet, elle pose la question suivante : si l'agonie avait duré 9 minutes et non 10, alors il n'y aurait pas eu violation de l'article 7 ? Elle regrette ainsi le « débat scabreux sur les méthodes d'exécution ». Plutôt que de prendre une décision de principe, le Comité préfère envisager chaque méthode au cas par cas, procédant à une classification absurde des exécutions selon des critères partiels.

Selon le discours ambiant, il serait préférable d'exécuter par injection létale. La pendaison est actuellement la technique la plus répandue dans le monde, mais la technique d'exécution par injection se répand. La Chine a ainsi récemment déclaré vouloir procéder à toutes les mises à mort selon cette méthode. Cependant, cette méthode « douce » et « indolore » est aussi sujette à pléthore de critiques⁹⁰. On peut faire par ailleurs

⁸⁸ Secrétaire général des Nations unies, « Moratoires sur l'application de la peine de mort », op. cit., § 65.

⁸⁹ Voir Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt *Soering* du 7 juillet 1989, notamment § 104.

⁹⁰ Cette méthode serait en effet loin d'être indolore, mais l'injection d'un produit paralysant empêcherait l'expression de la souffrance. Il y aurait par ailleurs maints exemples de mauvais dosages des produits injectés, les médecins n'ont déontologiquement

remarquer que les châtiments corporels ne sont pas considérés comme des traitements cruels, inhumains ou dégradants à cause des souffrances physiques causées, mais du fait que ce « châtiment, consistant à traiter [la personne] comme objet aux mains de la puissance publique, a porté atteinte à ce dont la protection figure précisément parmi les buts principaux de l'article 3 [de la CEDH]: la dignité et l'intégrité physique de la personne »⁹¹. Pourquoi ne pas porter un tel jugement sur la peine capitale, au lieu de s'empêtrer dans des raisonnements absurdes ?

Pour que la peine de mort soit conforme au droit à la vie, il faut donc respecter certaines conditions⁹². Un non-respect des garanties procédurales peut entraîner l'illégalité du prononcé de la peine capitale. Si dans les faits, ce principe a permis d'éviter de multiples exécutions, il ne met pas moins en exergue l'incohérence de la licéité de la peine capitale. En effet, le non-respect de garanties lors de procès n'impliquant pas la peine de mort ne conduit pas à la caractérisation de la peine prononcée de châtiment inhumain et dégradant. Cette exceptionnalité de la peine capitale est reconnue internationalement. Il ne resterait qu'un pas à franchir pour la qualifier de violation du droit à la vie.

Conclusion de la Partie I

Le droit international des droits de l'homme tente de réduire la portée de la peine de mort en lui assignant bon nombre de limitations et de garanties à respecter. Réduire le nombre de crimes passibles de la peine capitale, exclure certains groupes de personnes de la population pouvant être mise à mort, et exiger un contrôle procédural strict quand la peine de mort est toujours employée, voilà autant d'exemples de stratégies périphériques utilisées face à la peine capitale.

La pertinence de l'encadrement de l'application de la peine de mort, dans une perspective abolitionniste, fait cependant débat. L'encadrement très strict de son utilisation peut en effet paradoxalement mettre à mal les thèses abolitionnistes. Le paroxysme de l'encadrement, donc, diront-certains, de l'acceptation du châtiment suprême, réside dans les Garanties pour la protection des droits des personnes passibles de la peine de mort⁹³. Ces Garanties doivent-elles être considérées par les abolitionnistes comme une avancée dans le combat contre la peine de mort ou comme une autorisation explicite de sa pratique ? La doctrine est sur cette question largement partagée. Certains y voient un compromis politique entravant l'abolition, ou du moins ne l'encourageant pas. D'autres les jugent nécessaires au respect des droits de l'homme, et si l'abolition est certes préférable à l'encadrement, ce dernier ne serait qu'une étape en vue de l'abolition. Selon Amnesty International, « il est important de comprendre que ces limitations et garanties n'ont pas pour objet de justifier le maintien de ce châtiment, dont Amnesty International considère qu'il constitue une violation

pas le droit de procéder à des exécutions, ces dernières sont donc effectuées par le personnel pénitencier, n'ayant souvent pas la formation adéquate.

⁹¹ Nowak, Manfred, *op. cit.*, 14 janvier 2009, § 41. A ce sujet, voir aussi *Tyrer c. Royaume-Uni* et l'opinion dissidente du juge Brennan dans l'arrêt *Gregg c. Georgia*, Cour suprême des Etats-Unis, 1976.

⁹² Nous avons repris en annexe la liste récapitulatives des limitations et garanties relatives à la peine de mort, tirée de AI, *Normes Internationales relatives à la peine de mort*, janvier 2006, p. 21 à 23.

⁹³ Approuvées par le Conseil économique et social dans sa résolution 1984/50 du 25 mai 1984 et ratifiées par l'Assemblée générale des Nations unies dans la résolution 39/118, adoptées sans vote le 14 décembre 1984.

des droits humains. C'est ainsi que l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), qui énonce des garanties et des restrictions relatives à la peine de mort, dispose expressément que celles-ci s'appliquent « dans les pays où la peine de mort n'a pas été abolie » (article 6 § 2). Le texte de cet article précise en outre : « Aucune disposition du présent article ne peut être invoquée pour retarder ou empêcher l'abolition de la peine capitale par un État partie au présent article » (article 6 § 6). »⁹⁴ Selon William A. Schabas, ces deux références à l'abolition témoignent la « volonté d'affirmer la position pleinement abolitionniste du Pacte »⁹⁵.

Quoi qu'il en soit, il est important de noter que jamais une violation du droit à la vie n'a été reconnue par un organe juridictionnel, sauf dans le cas d'exécution de mineurs et d'extradition. Lors de procès, toute personne voulant contrer la peine capitale a plus d'impact avec des considérations d'ordre procédural⁹⁶ qu'en avançant son hypothétique incompatibilité avec le droit à la vie. Par conséquent, le fait que les limitations à l'utilisation de la peine de mort aient mené à l'illégalité de son prononcé nous conduit pragmatiquement à la conclusion que l'encadrement est de fait un pas sur la voie de l'abolition. Et les évolutions des instruments internationaux relatifs à l'abolition ne témoignent-ils pas eux aussi d'une progression vers l'exclusion de la peine de mort du répertoire des peines acceptables, depuis la Déclaration universelle des droits de l'homme et son silence sur la question, jusqu'au Protocole n° 13 à la Convention européenne qui la rend inconditionnellement illicite ?

⁹⁴ AI, *Normes Internationales relatives à la peine de mort*, ACT 50/001/2006, janvier 2006, p. 2.

⁹⁵ Schabas, William A., *The abolition of the death penalty in international law*, Cambridge University Press, 2002, p. 73. La doctrine adverse estime au contraire que ces formulations traduisent la volonté d'un compromis politique entre pays abolitionnistes et pays rétentionnistes.

⁹⁶ Par exemple, sur le respect des garanties procédurales, voir *Clifton Wright c. Jamaïque* (1988), *Juan Raul Gaya c. Etats-Unis* (2001), *Reid c. Jamaïque* (1990), *Pinto c. Trinité-et-Tobago* (1990). Cependant, le lien formellement établi entre la violation de l'article 14 et la violation de l'article 6 du PIDCP n'est pas systématique et doit à chaque fois être examiné en l'espèce.

Partie II. La pratique

Si le régime juridique relatif à la peine de mort témoigne d'une tendance vers la lente émergence d'une norme abolitionniste, qu'en est-il de la pratique des Etats, et des organisations internationales, émanations de ces Etats ? Cette pratique autorise-t-elle aussi l'émergence d'un droit coutumier en matière abolitionniste ? C'est ce que nous allons étudier dans cette seconde partie. Nous prenons l'Etat dans son acception large, au sens de principal acteur du droit international, constitué d'un pouvoir exécutif, législatif et juridique. Dans cette perspective, organisations internationales, et Cours diverses, ne sont que des « organes » de ces Etats : leur pratique peut alors être considérée comme une facette de la pratique étatique. Si les organisations interétatiques et les différentes Cours, régionales et constitutionnelles, ont fait preuve d'un relatif activisme dans la perspective d'un recul du recours à la peine capitale, les Etats, pris cette fois dans leur sens strict, celui de l'opinion commune, de puissance gouvernementale, ont montré une certaine frilosité sur la question, principalement pour des raisons politiques.

Chapitre I : Des avancées relatives

Les différents organes juridictionnels et quasi-juridictionnels ont permis des avancées relatives dans le combat contre la peine de mort. Ces avancées sont toutefois tout sauf linéaires. Les Cours surtout ont donné l'impression d'effectuer un pas en arrière, pour deux pas en avant. Si l'évolution est donc lente, elle n'est pas moins réelle. Les organisations internationales et régionales ont principalement fait œuvre de pionniers en la matière, se conformant à cet égard au régime juridique existant, et incitant même à son développement.

Section 1. Le rôle de l'ONU et des organisations régionales : la consolidation d'un droit

L'ONU et les organisations régionales, principalement l'Union européenne et le Conseil de l'Europe, ont joué un rôle majeur dans le développement de la pratique abolitionniste, et, dans cette mesure, ont été plus opportunistes que leurs Etats membres. Cela s'explique par le fait que ces organisations se sont vues donner pour mission, entre autres, le respect et la promotion des droits de l'homme. Leur compétence en la matière leur a permis d'agir en « locomotive », emportant dans leur mouvement les Etats qui les composent. Cette capacité d'entraînement est une caractéristique originale et fondamentale des organisations intergouvernementales : c'est elle qui a permis le développement du droit international. A cet égard, leurs actions en faveur de l'abolition de la peine de mort sont exemplaires.

Sous-section 1. L'exemple du Conseil de l'Europe

Quel est, ou quel a été, le rôle du Conseil de l'Europe⁹⁷ dans la promotion de l'abolition de la peine capitale ? On remarque tout d'abord que dans sa composition même, le Conseil a voulu montrer son engagement abolitionniste. Outre ses membres permanents, ayant tous aboli la peine de mort, ont un statut d'observateurs au sein du Conseil de l'Europe seulement des Etats abolitionnistes de droit commun : le Canada (abolition de la peine capitale en 1998, aucune exécution depuis 1962), le Mexique (abolition de la peine capitale en 2005, aucune exécution depuis 1937), et Israël (abolition de la peine de mort pour les crimes ordinaires en 1954, depuis, une seule exécution a eu lieu : celle A. Eichmann en 1962). Ont un statut d'observateurs auprès du Comité des ministres du Conseil de l'Europe trois Etats abolitionnistes (le Canada, le Mexique et le Saint Siège) et deux Etats rétentionnistes (les Etats-Unis et le Japon). L'Assemblée parlementaire s'est insurgée contre cet état de fait : dans sa résolution 1253 (2001) du 25 juin 2001, intitulée « Abolition de la peine de mort dans les pays ayant le statut d'observateur auprès du Conseil de l'Europe », elle a lancé un ultimatum à ces deux pays. Soit ils instituaient un moratoire sur la peine de mort en vue d'une abolition, soit il y aurait une « remise en cause » (§10) de leur statut d'observateurs. Le message politique est fort, cependant cette initiative fut un échec relatif, puisque rien n'a réellement été mis en œuvre dans ces deux pays dans la perspective d'une abolition.

L'Assemblée parlementaire a par ailleurs instauré une pratique selon laquelle elle demande aux Etats qui souhaitent devenir membres du Conseil de l'Europe, à ce qu'ils s'engagent à appliquer un moratoire immédiat sur les exécutions, à supprimer la peine capitale de leur législation nationale, et à signer et ratifier le Protocole n° 6 à la Convention. L'Assemblée a également exercé des pressions sur les pays qui n'ont pas respecté, ou ont risqué de ne pas respecter, les engagements auxquels ils ont souscrits en adhérant au Conseil de l'Europe. Plus généralement, l'Assemblée a pris l'initiative en 1994 d'inviter tous les Etats membres qui ne l'avaient pas encore fait à signer et à ratifier sans délai le Protocole n° 6 (Résolution 1044 (1994) relative à l'abolition de la peine capitale).⁹⁸ Dans sa résolution 1187 (1999) intitulé « l'Europe, continent exempt de la peine de mort », l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe « renvoyant à ses Résolutions 1044 (1994) et 1097 (1996), renouvelle sa conviction que l'application de la peine de mort constitue une peine inhumaine et dégradante, et une violation du droit le plus fondamental de l'homme, le droit à la vie. Elle réaffirme donc que la peine capitale n'a pas sa place dans des sociétés démocratiques civilisées, régies par l'Etat de droit. »⁹⁹ Par ailleurs, « elle demande instamment à tous les Etats membres du Conseil de l'Europe qui ne l'ont pas encore fait de ratifier et/ou signer le Protocole n° 6 à la Convention européenne des droits de l'homme, afin que le Conseil de l'Europe puisse entrer dans le troisième millénaire en tant qu'espace exempt de toute exécution et ignorant la peine de mort. »¹⁰⁰

Dans la résolution 1253 (2001), l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a à nouveau déclaré que l'application de la peine capitale « constitue un acte de torture et une peine inhumaine et dégradante au sens de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme ». Dans son avis n° 233 (2002) sur le « Projet de protocole à la Convention européenne des droits de l'homme relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances » elle ajoute que « la deuxième phrase de l'article 2 de la

⁹⁷ Pour une présentation courte mais efficace du Conseil de l'Europe, voir notamment Burban, Jean-Louis, *Le Conseil de l'Europe*, Que sais-je, 1996.

⁹⁸ Rapport explicatif au Protocole n° 13 à la CEDH, §5.

⁹⁹ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1187 adoptée le 26 mai 1999, § 1.

¹⁰⁰ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1187 adoptée le 26 mai 1999, § 8.

Convention européenne des droits de l'homme prévoit toujours la peine de mort. Cela fait longtemps que l'Assemblée se propose de supprimer cette phrase, pour que la théorie corresponde à la réalité, d'autant plus que les documents constitutionnels nationaux et les traités internationaux plus modernes ne contiennent plus de dispositions de ce type. »¹⁰¹ Par cette déclaration, le Conseil devance ainsi le droit, pousse à son développement. Ces incitations à la modification de la Convention font de cet organe un instrument majeur et irremplaçable dans l'avancée des droits de l'homme. Le Conseil de l'Europe revendique ce rôle de leader du mouvement abolitionniste : dans sa résolution 1044 du 4 octobre 1994, l'Assemblée parlementaire du Conseil a appelé « tous les parlements du monde qui n'ont pas encore aboli la peine de mort à le faire rapidement, suivant l'exemple de la majorité des États membres du Conseil de l'Europe ». L'Union Européenne s'est engagée pour sa part à « œuvrer en faveur de l'abolition universelle de la peine de mort, position arrêtée par l'ensemble des États membres de l'UE et défendue résolument par ceux-ci »¹⁰².

Les « Directives sur la politique de l'Union envers les pays tiers concernant la peine de mort » adoptées au Luxembourg le 29 juin 1998 font actuellement l'objet d'une mise à jour. Lorsqu'il y a lieu, l'Union européenne aborde la question de la peine de mort dans ses relations avec les pays tiers, préconisant son abolition et, si cela est nécessaire, l'institution immédiate d'un moratoire. Lorsque la peine de mort est maintenue, l'Union européenne souligne que les États ne devraient l'appliquer que conformément aux normes minimales internationalement reconnues et dans la plus grande transparence, notamment en publiant des informations sur cette peine et son application. Le Conseil de l'Europe a ainsi joué, et continue à le faire, un rôle indéniable dans la promotion de l'abolition, tant en Europe que dans les pays tiers. Son action, en ce sens, est un exemple de l'importance des organes internationaux ou régionaux dans la protection et le développement des droits de l'homme. Le Conseil a donné une voix et un poids essentiel à ses États membres en matière d'abolition, poids qu'individuellement ils n'auraient pu espérer. Quant à savoir quel est l'impact réel de ces appels, considérons tout d'abord le fait que l'Europe est désormais entièrement abolitionniste¹⁰³, et soyons attentifs aux développements futurs en la matière : n'oublions pas que cette politique d'incitation à l'abolition reste très récente.

Sous-section 2. Les moratoires

S'il a fait preuve d'un certain zèle abolitionniste en poussant les États à ratifier les instruments internationaux sur la peine de mort, le Conseil de l'Europe a aussi été relativement avant-gardiste en incitant dès 1996 à l'instauration d'un moratoire comme condition préalable à toute adhésion au Conseil¹⁰⁴. Il s'inscrit de ce fait dans une stratégie globale, commune aux différentes organisations internationales de promotion des droits de l'homme.

En 2005, la Commission des droits de l'homme a ainsi engagé tous les États rétentionnistes à « abolir définitivement la peine de mort et, en attendant, [à] instituer un

¹⁰¹ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Avis n° 233 du 21 janvier 2002, § 5.

¹⁰² *Orientations pour la politique de l'Union européenne à l'égard des pays tiers en ce qui concerne la peine de mort*, adoptées en 1998 par le Conseil de l'Union européenne.

¹⁰³ A l'exception de la Biélorussie et de la Russie. Cependant, la Biélorussie ne fait pas partie du Conseil de l'Europe ; la Russie a institué un moratoire sur les exécutions en 1996 et s'est engagée à ratifier la Protocole n°6.

¹⁰⁴ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1097, adoptée le 28 juin 1996.

moratoire sur les exécutions »¹⁰⁵. Dans cette même résolution, la Commission exhorte les États « qui n'appliquent plus la peine de mort, mais la maintiennent en vigueur dans leurs textes législatifs, à l'abolir » et ceux « qui ont récemment levé les moratoires imposés aux exécutions capitales ou annoncé leur levée de facto ou de jure, à s'engager de nouveau à suspendre ces exécutions ». Le Comité des droits de l'homme suit la même logique, en félicitant les États ayant instauré un moratoire sur les exécutions¹⁰⁶, en recommandant de les renouveler indéfiniment, et en incitant à la commutation des peines capitales en peine d'emprisonnement¹⁰⁷.

L'Assemblée générale de l'ONU encourage aussi les États, depuis plusieurs décennies, à instaurer un moratoire national sur la peine de mort. Le 18 décembre 2007, l'Assemblée générale des Nations unies a franchi un pas important en adoptant à une large majorité une résolution appelant à un moratoire sur les exécutions. Cette résolution 62/149, adoptée par 104 voix pour, 54 voix contre et 29 abstentions, 5 États n'ayant pas pris part au vote, et intitulée « Moratoire sur l'application de la peine de mort », se lit comme suit : « Estimant que l'application de la peine de mort porte atteinte à la dignité humaine, et convaincue qu'un moratoire contribue au renforcement et à l'élargissement progressif des droits de l'homme, qu'il n'y a pas de preuve irréfutable que la peine de mort a un effet dissuasif et que toute erreur judiciaire dans l'application de la peine de mort est irréversible et irréparable [...] »¹⁰⁸. Une nette majorité d'États semble donc considérer la peine de mort comme une atteinte à la dignité humaine, ce qui représente un pas important pouvant mener à l'interprétation de la peine capitale comme une peine inhumaine et dégradante, et donc à son illégalité. Une minorité de pays (58) a par la suite manifesté son opposition à toute tentative visant à imposer un moratoire sur les exécutions ou l'abolition de la peine de mort dans une note verbale datée du 11 janvier 2008 et adressée au Secrétaire général des Nations unies. L'Assemblée générale réitère cependant son appel le 18 décembre 2008, lors de sa 63^e session, en votant une nouvelle résolution¹⁰⁹ pour un moratoire sur la peine de mort par 106 voix pour¹¹⁰, 46 voix contre et 34 abstentions, 6 États n'ayant cette fois pas pris part au vote. On note donc une légère progression en faveur d'un moratoire. Ce pas est fondamental et représente une avancée considérable sur la voie de l'abolition puisque l'Assemblée générale, organe démocratique des Nations unies, est censée représenter l'opinion générale internationale. S'il n'y a certes pas encore de consensus sur l'abolition de la peine de mort au niveau international, l'adoption de la résolution 62/149 signifie malgré tout qu'une large majorité des pays membres des Nations unies, dans toutes les régions du monde, est favorable à l'instauration d'un moratoire sur les exécutions. Bien qu'elles ne soient pas juridiquement contraignantes, ces résolutions ont un poids moral et politique considérable, et constituent donc un signe fort pour la communauté internationale et les États rétentionnistes. L'ONU est ainsi résolument abolitionniste. Et elle ne semble pas être la seule organisation intergouvernementale dans ce cas : en novembre 2008, la Commission

¹⁰⁵ Comité des droits de l'homme, Résolution 2005/59, adoptée le 20 avril 2005.

¹⁰⁶ Comité des droits de l'homme, Observations finales (Mali) du 16 avril 2003, § 5.

¹⁰⁷ Comité des droits de l'homme, Observations finales (Kirghizistan) du 24 juillet 2000, § 8.

¹⁰⁸ Assemblée générale des Nations unies, Résolution 62/149 « Moratoire sur l'application de la peine de mort », adoptée le 18 décembre 2007.

¹⁰⁹ Assemblée générale des Nations unies, Résolution 63/168 « Moratoire sur l'application de la peine de mort », adoptée le 18 décembre 2008.

¹¹⁰ Il est intéressant de noter qu'il n'y avait que 92 États abolitionnistes de droit dans le monde au moment de l'adoption de cette résolution.

africaine des droits de l'homme et des peuples adopte le même type de résolution, exhortant les États africains à observer un moratoire sur la peine de mort. Le Comité des droits de l'homme a aussi demandé que tous les condamnés à mort ayant épuisé les recours possibles dans un pays où personne n'a été exécuté depuis plus de dix ans bénéficient d'une commutation de peine.

La stratégie sous-tendant l'incitation aux moratoires est très claire : « Un certain nombre de contributions des États au présent rapport laissent apparaître une autre tendance, qui concerne la progression par laquelle les États en viennent à abolir la peine de mort. L'expérience de ces États suggère en effet que, sauf en cas d'événement national traumatisant, les États passent d'une position favorable au maintien de la peine de mort à une limitation de son application, puis à un moratoire (souvent de fait), et enfin à l'abolition. Cette progression est confirmée par les statistiques, qui montrent une réduction régulière du nombre des États favorables au maintien de la peine capitale, parallèle à une augmentation régulière du nombre des États abolitionnistes, avec entre les deux un nombre stable d'États appliquant un moratoire de droit ou de fait. »¹¹¹. Le moratoire est donc un pont entre application et abolition de la peine de mort. « L'Italie a estimé que les faits historiques montrent que de nombreux pays qui abolissent la peine de mort commencent dans un premier temps par la suspendre (dans le droit ou la pratique). En général, une abolition qui n'est pas précédée d'un moratoire est causée par un événement traumatisant »¹¹². A cet égard, la logique du moratoire, et de ce fait la pratique des États, correspondent aussi à des stratégies périphériques, telles celles prévalant dans les traités internationaux, et que nous avons présentées en première partie.

Les discours et la pratique des organisations internationales et régionales sont essentiels dans la promotion de l'abolition de la peine de mort. Autant l'ONU que le Conseil de l'Europe, deux organisations relativement influentes sur la scène internationale, tout du moins, deux organisations représentatives d'une opinion assez large, ont multiplié les incitations, parfois fermes, à la prohibition de cette peine. Les stratégies employées peuvent parfois différer, le but poursuivi reste le même.

Section 2. L'émergence d'une jurisprudence

« En matière de droits de l'homme la jurisprudence a un rôle particulièrement saillant. Il en est ainsi parce que les normes concernant les droits fondamentaux sont de type « constitutionnel », à la fois très générales et très ouvertes. Elles véhiculent avant tout des valeurs que le législateur s'abstient de concrétiser pour éviter de les pétrifier. Ce rôle de concrétisation revient dès lors au juge [...] à l'aune des circonstances changeantes de la vie. »¹¹³ Et, ajoute R. Kolb, « toute application du droit comporte aussi des éléments de création de droit »¹¹⁴. C'est dans cette optique que nous nous proposons de donner un court aperçu de la jurisprudence la plus éclairante en matière de peine de mort.

¹¹¹ Secrétaire général des Nations unies, Rapport A/63/293, « Moratoires sur l'application de la peine de mort », 15 août 2008, § 15.

¹¹² Secrétaire général des Nations unies, Rapport A/63/293, « Moratoires sur l'application de la peine de mort », 15 août 2008, § 29.

¹¹³ Kolb, Robert, *La jurisprudence internationale en matière de torture et de traitements inhumains ou dégradants*, RUDH, 2003, p. 254.

¹¹⁴ Kolb, Robert, *op. cit.*, 2003, p. 275.

En 2005, dans son arrêt *Bader c. Suède*¹¹⁵, la Cour européenne des droits de l'homme conclut pour la première fois à la violation de l'article 2 dans une affaire concernant la peine de mort. Cette décision, dans une perspective de « création du droit », aurait pu conduire à la modification de l'article 2 de la Convention. Cependant, *Bader* constitue un cas d'espèce et non de principe, la peine de mort n'étant pas en soi, selon les organes juridictionnels, une violation du droit à la vie. La question de l'extradition et la prohibition des traitements cruels, inhumains ou dégradants, plus qu'une hypothétique violation du droit à la vie, ont parfois conduit à l'interdiction de l'application de la peine de mort.

Sous-section 1. L'arrêt *Soering* : la question de l'extradition

L'arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989 est une décision de la Cour européenne des droits de l'homme qui a longtemps fait jurisprudence en matière d'extradition assortie d'un risque de condamnation à mort. Si l'argumentation de la Cour a pu paraître compliquée, elle n'en a pas moins constitué une formidable avancée en matière de prohibition de la peine capitale et a pavé la voie à d'autres décisions, étoffant pas à pas la jurisprudence abolitionniste. Par ailleurs, la Cour a pu aborder lors de cette affaire un certain nombre de considérations relatives à la peine de mort, faisant de cet arrêt une décision très riche.

A. La violation de l'article 3 de la Convention

La question de l'extradition d'une personne vers un Etat appliquant la peine de mort fut posée la première fois à la Cour dans la fameuse affaire *Soering c. Royaume-Uni*. La principale question posée à la Cour fut la suivante : l'extradition d'un individu par un Etat partie à la Convention, mais non au Protocole n° 6, vers un Etat tiers peut-elle engager la responsabilité de l'Etat partie, au titre de l'article 3 de la CEDH, pour les traitements cruels, inhumains ou dégradants que la personne extradée est susceptible de subir dans le pays de destination ? Jens Soering, de nationalité allemande, a tué à coups de couteau, à l'âge de 18 ans, en Virginie, les parents de sa fiancée. Il s'est alors réfugié au Royaume-Uni, avant d'y être arrêté. Il a fait l'objet d'une demande d'extradition de la part des Etats-Unis, en vertu d'un traité anglo-américain d'extradition datant du 8 juin 1972. Selon la législation de l'Etat de Virginie, J. Soering serait alors passible de peine de mort. Le requérant saisit la Cour européenne des droits de l'homme au motif que son extradition vers les Etats-Unis l'exposerait au « syndrome du couloir de la mort », et constituerait par conséquent une violation de l'article 3 de la CEDH prohibant les traitements inhumains ou dégradants. Par syndrome du couloir de la mort, la Cour et le requérant entendent un « traitement dépassant le seuil d'intensité de l'article 3 » (§ 111).

La Cour statue que « la manière dont [la peine de mort] est prononcée ou appliquée, la personnalité du condamné et une disproportion par rapport à la gravité de l'infraction, ainsi que les conditions de la détention vécue dans l'attente de l'exécution, figurent parmi les éléments de nature à faire tomber sous le coup de l'article 3 [de la CEDH] le traitement

¹¹⁵ M. Bader était menacé d'expulsion vers la Syrie par la Suède, pays lié par le Protocole n° 13 de la CEDH qui abolit la peine de mort en toutes circonstances. Selon la Cour, le gouvernement suédois n'a pas obtenu des garanties suffisantes du régime syrien concernant la réouverture d'un nouveau procès à l'égard de M. Bader. Il encourait, par conséquent, un risque grave. La condamnation à la peine capitale résultait par ailleurs d'un procès inéquitable. La Cour a conclu qu'il était indéniable que le retour de M. Bader et ses co-accusés en Syrie constituait un risque réel de voir la sentence exécutée et d'être soumis à un traitement dégradant en violation des articles 2 et 3 de la CEDH.

ou la peine subis par l'intéressé »¹¹⁶. La Cour estime en l'espèce que l'extradition, si elle était exécutée, violerait l'article 3 de la CEDH car elle exposerait le requérant à un risque réel de traitement dépassant le seuil fixé par cette disposition. La Cour considère qu'il y a dans le cas présent un risque sérieux et avéré de croire que le requérant va être exposé au syndrome du couloir de la mort puisque les assurances fournies par les autorités américaines sont insuffisantes pour écarter le danger d'une condamnation à mort. La Cour estime aussi que le prononcé de la peine de mort à l'encontre d'un criminel mineur au moment des faits (comme c'est le cas pour Jens Soering) peut tomber sous le coup de l'article 3. Ce n'est donc pas tant la peine de mort qui fournit la base de décision de la Cour que les conditions dans lesquelles celle-ci serait amenée à être appliquée¹¹⁷.

La Cour accorde une grande importance à la durée de détention dans le couloir de la mort, ce qui amène deux remarques : l'angoisse causée est due à la peine de mort et non à la détention elle-même, et la durée de la détention est principalement due au détenu lui-même qui multiplie des recours. Il n'y aurait alors pas de violation de la Convention si le condamné était exécuté dès le prononcé de la peine ? Ce raisonnement est absurde¹¹⁸. Par ailleurs, le syndrome du couloir de la mort n'est-il pas inhérent à toutes les condamnations à mort ? Certes, on peut arguer que dans le cas d'un national, prévenu de la peine qu'il pourrait encourir, le traitement ne peut être qualifié d'inhumain ou dégradant. Mais dans le cas d'une extradition ou d'une expulsion, le raisonnement tenu par la Cour nous semble à chaque fois applicable. La Cour affirme qu'il doit y avoir l'existence de motifs sérieux et avérés de croire à un tel risque. On a du mal à imaginer comment, après le prononcé d'une condamnation à mort, les risques de passer une très longue période dans le couloir de la mort pourraient ne pas être sérieux et avérés.

L'unanimité de la Cour donne cependant un poids important à la décision. De plus, grâce à l'arrêt *Soering*, un Etat partie ne peut plus extraditer une personne vers un autre Etat si elle risque d'y être soumise à un traitement tombant sous le coup de l'article 3, et ce même s'il existe un traité d'extradition entre les deux Etats. La norme européenne devient par là opposable aux Etats tiers, ce qui constitue une avancée majeure du droit international des droits de l'homme.

B. La peine de mort et l'article 2 de la Convention

La Cour s'est par ailleurs distinguée dans cette décision en choisissant, de son propre chef, d'examiner la compatibilité entre la Convention et la peine de mort en se basant sur les observations fournies par Amnesty International, alors même qu'aucune des parties (requérant, Royaume-Uni, Etats-Unis, RFA¹¹⁹) ne soutenait une telle argumentation. La Cour va avoir une interprétation d'abord évolutive de la CEDH : la Convention est un instrument vivant « qui doit s'interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles » et

¹¹⁶ Arrêt *Soering* du 7 juillet 1989, Cour européenne des droits de l'homme, (1/1989/161/217), § 104.

¹¹⁷ Ce qui rapproche l'arrêt *Soering* de l'arrêt *Ng* tranchée par la Comité des Nations unies.

¹¹⁸ Sur les problèmes soulevés par la durée d'attente avant une exécution : La Commission européenne des droits de l'homme a rendu la décision *Kótalla* (1978) dans laquelle elle estime que « la peine d'emprisonnement régulièrement infligée peut soulever un problème sous l'angle de l'article 3 par la manière dont elle est exécutée et par sa durée ». L'arrêt *Soering* (§111) rejoint donc cette décision. Voir aussi infra : arrêt *Pratt et Morgan c. Jamaïque*.

¹¹⁹ Pour comprendre le rôle joué par la RFA dans cette affaire, voir Frédéric Sudre, *Extradition et peine de mort : arrêt Soering de la Cour européenne des droits de l'homme*, du 7 juillet 1989, RGDIP, 1990, p. 106.

en fonction des principes juridiques communs aux Etats membres »¹²⁰. Or, la pratique des Etats européens et l'adoption par un grand nombre d'entre eux du Protocole n° 6 abolissant la peine capitale en temps de paix, ainsi que l'attitude du Conseil de l'Europe, laissent entrevoir l'émergence d'un consensus européen en la matière. Cependant, la Cour conclut de ces observations que l'adoption du Protocole n° 6 interdit l'abrogation coutumière de la peine capitale dans la CEDH, puisque, étant un instrument facultatif, le Protocole marque la volonté de chaque Etat partie de choisir le moment où il abolira la peine capitale (§ 103). La décision de la Cour paraît alors incohérente : elle aurait fait prévaloir l'interprétation évolutive de la Convention afin de modifier l'article 2 dans le sens d'une interdiction de la peine capitale, si les Etats parties n'avaient pas, en 1983, adopté un instrument permettant l'abolition de la peine de mort...¹²¹ La Cour a parcouru la moitié du chemin vers l'abolition de la peine de mort, mais n'a pas voulu aller jusqu'au bout.

L'opinion séparée du Juge De Meyer met en avant les incohérences et lacunes de l'arrêt *Soering*. « La Cour aurait pu, conformément à l'article 31 § 3 (alinéas a et b) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, considérer que la Convention avait fait l'objet d'une interprétation collective par accord postérieur des Etats parties, ayant pris la forme à la fois d'un accord écrit (le Protocole 6) et d'un accord tacite résultant des pratiques concordantes des Etats. Une telle interprétation aurait eu l'avantage d'être parfaitement compatible avec le but de la Convention, qui est non seulement « la sauvegarde » mais aussi « le développement des droits de l'homme » (Préambule § 3). »¹²² La Cour a jugé que les Etats avaient manifesté leur volonté d'agir par voie conventionnelle pour abolir la peine de mort. Cependant, cela empêche-t-il toute modification par voie juridictionnelle ?

C. L'arrêt *Burns* comme exemple de l'évolution de la pratique d'extradition : vers l'émergence d'une coutume internationale ?

Il semble intéressant de donner un exemple de l'évolution de la pratique en matière d'extradition, depuis l'arrêt *Soering*. La décision *Etats-Unis d'Amérique c. Burns*¹²³ de la Cour suprême du Canada du 15 février 2001, bien que rendue par une Cour nationale, nous paraît être un aperçu riche en enseignements. Cet arrêt porte sur la constitutionnalité, du point de vue de la Charte canadienne, d'une décision d'extradition prise, à la demande des autorités américaines, par le ministre de la Justice contre deux ressortissants canadiens risquant la peine de mort si l'extradition était effectuée. La peine de mort au Canada est non appliquée depuis 1962 et totalement abolie en 1998. L'arrêt *Burns* soulève directement la question de la constitutionnalité de la peine de mort. La Cour estime dans cette affaire que le risque de peine de mort doit être analysé du point de vue de l'article 7 de la Charte canadienne (« Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale »). Elle conclut à l'incompatibilité entre une extradition avec risque de peine capitale et l'article

¹²⁰ Sudre, F., *op. cit.*, 1990, p. 114.

¹²¹ F. Sudre soulève par ailleurs une autre interrogation : « est-ce très cohérent d'admettre que les châtiments corporels puissent être des peines inhumaines et dégradantes [comme l'a jugé la Cour en 1978 dans l'arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni*] quand la peine de mort ne le serait pas ? » (Sudre, F., *op. cit.*, 1990, p. 115).

¹²² Sudre, F., *op. cit.*, 2008, p. 115-116

¹²³ Il fait suite à deux jugements rendus en 1991 et portant aussi sur cette question : *Kindler c. Canada* et *Ng c. Canada*. La Cour se rangea alors du côté du ministre de la Justice, donc donna son accord à l'extradition, mais la décision a été prise à une courte majorité de 4 contre 3 et certains avis dissidents ont considéré la peine de mort comme un traitement cruel et inhumain.

7 de la Charte canadienne à cause du risque d'erreur judiciaire irréversible et de l'évolution du droit international en matière de peine de mort. Elle se réfère ainsi à la Convention européenne d'extradition, aux résolutions 1999/61 et 2000/65 de la Commission des droits de l'homme de l'ONU, aux résolutions du Parlement européen, au Deuxième protocole facultatif au PIDCP. A leur sujet, la Cour déclarera : « Ces éléments de preuve n'établissent pas l'existence d'une norme de droit international prohibant la peine de mort ou l'extradition de personnes vers des pays où elles sont passibles d'une telle peine. Cependant, ils témoignent de l'existence, à l'échelle internationale, d'un important mouvement favorable à l'acceptation d'un principe de justice fondamentale déjà adopté sur le plan interne, l'abolition de la peine capitale. » L'arrêt *Burns* fait toujours jurisprudence : le ministre de la Justice doit toujours obtenir des garanties quant à la non application de la peine de mort en cas d'extradition vers un pays non abolitionniste.

Rappelons que dans l'arrêt *Soering*, la Cour a estimé qu'une longue période passée dans le couloir de la mort peut entraîner un « syndrome du couloir de la mort » qui, lui-même, peut s'interpréter comme un traitement cruel et inhumain au titre de l'article 3 de la CEDH. Toutefois, la Cour a jugé que la peine de mort n'est pas une peine inhumaine et dégradante en soi. L'extradition vers un pays où il y a risque d'exécution n'est pas non plus un traitement inhumain et dégradant *per se*, sauf si associée au dit syndrome du couloir de la mort. Ce raisonnement paraît assez complexe, voire tordu, et possède de nombreuses incohérences, mais il représente cependant un réel pas en avant pour l'époque. Il a ouvert la voie à une série de décisions, nationales et internationales, qui ont petit à petit consolidé le droit international relatif aux extraditions et à la peine de mort, et nous autorise à imaginer dans un futur proche l'émergence d'une norme coutumière en la matière.

Sous-section 2. L'arrêt *Öçalan* : la question du traitement cruel, inhumain et dégradant

Avec *Soering*, la Cour européenne des droits de l'homme s'est indirectement penchée sur la question suivante : la peine capitale est-elle inhumaine par nature ? La Cour a par la suite eu à examiner le problème de manière directe lors d'une autre affaire, *Öçalan c. Turquie*, ayant fait jurisprudence. L'arrêt rendu complète alors la décision *Soering*. Ce jugement de la Cour n'est par ailleurs pas isolé, il fait suite à une longue liste de jurisprudences, de nombreuses Cours ayant eu à se prononcer sur la question.

A. Une lente évolution de la jurisprudence

Une des premières fois où le caractère inhumain et dégradant de la peine de mort a été soulevé devant une Cour remonte à 1972 et l'arrêt *Furman c. Géorgie*. Saisie par trois condamnés, la Cour suprême des Etats-Unis examina la question suivante : « La sentence et l'exécution de la peine capitale dans ces affaires constituent-elles un châtiment cruel et inhabituel non conforme aux Huitième et Quatorzième amendements ? », le Huitième amendement prohibant les peines cruelles inaccoutumées, et le Quatorzième amendement imposant la non-discrimination devant la loi. La Cour répondit alors oui à cinq contre quatre. Cette décision paraît audacieuse. Cependant, s'il est vrai qu'elle fut autant louable qu'inattendue, il n'en reste pas moins que les cinq juges majoritaires ne s'accordèrent pas sur les motifs : deux d'entre eux considéraient la peine capitale comme inconstitutionnelle *per se*, pour les autres, l'inconstitutionnalité tenait aux circonstances qui, dans les espèces concernées, avaient entouré son exécution. Du coup, certains Etats (dix au total) ont alors aménagé leur législation pour la mettre en conformité avec ce jugement. En 1976, lors de

l'affaire *Gregg c. Géorgie*, la peine de mort fut expressément déclarée constitutionnelle, puisqu'elle était désormais appliquée « sans arbitraire ni discrimination »¹²⁴. Cette question du caractère inhumain de la peine capitale fut à nouveau posée à la Cour européenne des droits de l'homme en 1983 dans la requête *Kirkwood*, et la réponse fut à nouveau négative. La Cour a alors estimé que l'article 3 ne pouvait être considéré comme posant une interdiction générale de la peine de mort, sous peine de « réduire à néant le libellé clair de l'article 2 ». L'article 3 ne pourrait donc s'appliquer à la peine capitale que si *des modalités particulières d'exécution* la rendaient inhumaines ou dégradantes.

Les affaires dans lesquelles les Cours ont été amenés à examiner si la peine de mort constituait une peine inhumaine et dégradante sont ainsi nombreuses. En 1989, dans l'arrêt *Pratt et Morgan c. Jamaïque*, le Comité des droits de l'homme des Nations unies a jugé qu'un retard excessif dans une procédure judiciaire ne constitue pas en principe un traitement cruel, inhumain ou dégradant ; mais qu'il peut en aller différemment dans les affaires où la peine capitale est en jeu¹²⁵. Dans l'affaire *Johnson c. Jamaïque* (1996), le Comité a à nouveau considéré qu'une détention exagérément longue dans le quartier des condamnés à mort peut être en soi constitutive d'un traitement cruel et inhumain et dans de telles conditions, l'exécution de la peine capitale serait une punition cruelle et inhumaine. Le temps de détention à lui seul ne transforme cependant pas la détention d'un condamné à mort en un traitement cruel ou inhumain. En effet, la Cour a rappelé que le but du Pacte et son objet est, entre autres, de limiter le recours à la peine de mort : il faut dès lors éviter toute interprétation qui pousserait à exécuter les prévenus plus rapidement. Cette décision a fixé la jurisprudence du Comité sur la question. On voit bien une évolution progressive vers une position de plus en plus critique de la peine capitale, jusqu'à frôler sa caractérisation de peine cruelle, inhumaine et dégradante. Les Cours évitent cependant toutes de franchir un tel pas, et se retrouvent empêtrées dans des affaires telle que *Johnson* : comment concilier autorisation de la peine de mort, interdiction de la double peine (exécution et emprisonnement durant souvent plusieurs années) et droit aux recours ? Les Cours doivent de plus en plus multiplier les contorsions afin de trouver des positions permettant d'harmoniser tant bien que mal peine de mort et droits de l'homme. Les paradoxes semblent cependant chaque fois un peu plus évidents, montrant par là même l'absurdité de la situation et la nécessité de l'abolition.

Lors de la double décision *Ng c. Canada* (1993) et *Kindler c. Canada* (1993) du Comité des droits de l'homme, ce dernier a conclu à la violation de l'article 7 du Pacte puisque le Canada n'a pas reçu l'assurance que les requérants, une fois extradés, ne seraient pas exécutés de manière à causer le moins de souffrance possible. On observe cependant en 2003 un renversement de la jurisprudence du Comité sur ce point. Avec l'arrêt *R. Judge c. Canada*, il considère désormais qu'un Etat qui a aboli la peine de mort ne peut pas extradater ou livrer une personne condamnée à mort dans un pays sans obtenir auparavant des garanties que la peine maximale ne sera pas exécutée : « Le Comité reconnaît que le Canada n'a pas prononcé lui-même la peine capitale mais estime qu'en renvoyant l'auteur vers un pays où il est condamné à mort, il a établi le lien essentiel de la chaîne de causalité qui rendrait possible l'exécution de l'auteur ». Le Comité montre sa propension à pousser dans le sens de l'abolition en donnant une lecture étroite de la règle permissive contenue dans l'article 6 § 2. Toutefois une inconsistance persiste : la peine de mort est autorisée, mais

¹²⁴ Cette décision fut réaffirmée en 1987 lors de l'affaire *McCleskey c. Kemp*, même si en l'espèce, la Cour a jugé que le prononcé de la peine capitale était discriminatoire, puisque directement corrélé à la couleur de la victime.

¹²⁵ En l'espèce, il n'y avait pas d'éléments suffisants permettant de dire que le retard intervenu dans la procédure avait affecté les requérants au point de violer l'article 7 du PIDCP.

les actes indirects visant à mettre en œuvre cette peine de mort sont absolument interdits dans le chef de tiers. L'inconsistance ne serait entièrement résorbée qu'avec l'abolition de la peine de mort, si bien qu'il faut bien voir dans la décision *Judge* l'acte le plus indirectement « abolitionniste » de la jurisprudence du Comité.

B. L'arrêt *Öçalan* : une occasion manquée

Abdullah Öçalan, de nationalité turque, était le chef du PKK (Parti des travailleurs du Kurdistan) avant son arrestation. Après une série de fuites et de demandes d'asile avortées, il fut finalement arrêté dans un aéroport du Kenya. Il lui était reproché d'avoir fondé une bande armée (le PKK) en vue de mettre fin à l'intégrité territoriale de l'Etat turc et d'avoir été l'instigateur de plusieurs actes de terrorisme ayant abouti à des pertes en vies humaines. Or en Turquie, depuis octobre 2001, l'article 38 de la Constitution dispose que la peine capitale ne peut plus être prononcée ni exécutée sauf en temps de guerre ou de danger imminent de guerre, ou en cas d'actes de terrorisme. Selon la loi n° 4771, publiée le 9 août 2002, qui a modifié la Constitution, les condamnations à mort déjà prononcées en raison d'actes de terrorisme sont commuées en réclusion à perpétuité. Dans son verdict, la Cour juge que le requérant n'a pas bénéficié d'un procès équitable, et qu'il y a donc bien eu violation de l'article 6 § 1 combiné avec l'article 6 § 3 b) et c) de la CEDH. La Cour rappelle (§ 166) que la mort ne peut être infligée arbitrairement, le droit à la vie étant un des droits primordiaux présents dans la Convention. La peine capitale ne peut être prononcée que par un tribunal compétent, indépendant et impartial. La Cour rappelle les critères révélés dans *Soering* pouvant faire tomber sous le coup de l'article 3 le traitement ou la peine subi par un individu. « Selon la Cour, prononcer la peine capitale à l'encontre d'une personne à l'issue d'un procès inéquitable équivaut à soumettre injustement cette personne à la crainte d'être exécutée. [...] Ce sentiment d'angoisse ne peut être dissocié de l'iniquité de la procédure qui a débouché sur la peine, laquelle, considérant qu'une vie humaine est en jeu, devient illégale au regard de la Convention »¹²⁶. La Cour conclut que « le fait de prononcer la peine de mort à l'encontre du requérant à l'issue d'un procès inéquitable devant un tribunal dont l'indépendance et l'impartialité sont sujettes à caution s'analyse en un traitement inhumain contraire à l'article 3. »¹²⁷

Mais une autre question fut posée à la Cour : « Le requérant soutient que le fait d'infliger et/ou d'appliquer la peine de mort emporte violation de l'article 2 – qu'il convient d'interpréter comme n'autorisant plus la peine capitale – et constitue une peine inhumaine et dégradante au sens de l'article 3 de la Convention. »¹²⁸ Nous avons bien ici une attaque directe contre la peine de mort, et une proposition non dissimulée de saisir cette occasion pour, enfin, modifier l'interprétation de l'article 2 de la Convention. Or, la peine de mort a été abolie en Turquie en 2004, cet Etat a ratifié le Protocole n° 6 à la CEDH relatif à l'abolition de la peine de mort en temps de paix le 12 novembre 2003 et le Protocole n° 13 relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances le 20 février 2006. La peine du requérant ayant par ailleurs été commuée en réclusion à perpétuité, la Grande Chambre décide donc d'ignorer cet appel du pied et examine la requête strictement sous l'angle de l'article 3 de la Convention, et non pas sur le terrain de l'article 2.

A. Öçalan tient le raisonnement suivant : « Le requérant demande à la Grande Chambre de poursuivre le raisonnement de la chambre concernant la tendance abolitionniste que les

¹²⁶ Arrêt *Öçalan*, *op. cit.*, § 169.

¹²⁷ Arrêt *Öçalan*, *op. cit.*, § 175.

¹²⁸ Arrêt *Öçalan*, *op. cit.*, § 150.

Etats contractants sont en train de mettre en pratique et d'aller plus loin, jusqu'à conclure que les Etats ont abrogé, par leur pratique, l'exception envisagée à la seconde phrase de l'article 2 § 1 de la Convention et que la peine de mort s'analyse en une peine inhumaine et dégradante au sens de l'article 3. »¹²⁹ Le requérant demande expressément à la Cour de peser les évolutions survenues en Europe depuis la signature de la Convention en 1950, et de considérer que ce continent est désormais abolitionniste de fait. La Cour, faisant preuve d'un rigorisme notable, répond à ces remarques en estimant que « s'il faut interpréter l'article 2 comme autorisant la peine capitale, nonobstant l'abolition presque complète de celle-ci en Europe, on ne saurait affirmer que l'article 3 inclut une interdiction générale de la peine de mort, car le libellé clair de l'article 2 § 1 s'en trouverait réduit à néant »¹³⁰. La Cour fait ici référence au jugement rendu antérieurement, *Soering c. Royaume-Uni*, dans lequel elle avait considéré, sans aller jusqu'au bout de sa démarche, qu'une pratique constante des Etats parties en ce sens pouvait donner lieu à une modification de la Convention. Le requérant conteste l'argumentation tenue par la Cour dans *Soering*, arguant que la Protocole n° 6 ne représente qu'une seule des manières possibles d'arriver à une obligation d'abolition de la peine capitale. « La Cour rappelle que la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles, et que le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques »¹³¹ La peine de mort en temps de paix est devenue une « forme de sanction inacceptable [...] qui n'est plus autorisée par l'article 2 »¹³². Les notions de traitements et peines inhumains et dégradants ont considérablement évolué depuis l'entrée en vigueur de la Convention (1950) et l'arrêt *Soering* (1989).

En réponse, la Cour, suivant le raisonnement tenu dans *Soering*, estime qu'avec le Protocole n° 13 les Etats ont poursuivi leur entreprise abolitionniste selon la méthode habituelle, c'est-à-dire par voie d'amendement de la Convention. Elle considère cependant que « il y a encore un nombre élevé d'Etats qui n'ont pas signé ou ratifié le Protocole n° 13 » ce qui « peut empêcher la Cour de constater que les Etats contractants ont une pratique établie de considérer l'exécution de la peine de mort comme un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3 de la Convention ». Et d'ajouter : « la Grande Chambre juge inutile que la Cour parvienne à une conclusion définitive sur ce point ». Il y avait à l'époque 29 ratifications et 43 signatures du Protocole n° 13. Que penserait alors la Cour aujourd'hui avec 41 ratifications et 4 signatures ? Nous pouvons ainsi remarquer que la Cour mélange deux arguments, passant constamment de l'un à l'autre : le nombre d'Etats parties aux différents Protocoles, et la méthode abolitionniste utilisée par les Etats. Dans *Soering*, l'argument du nombre d'Etats parties au Protocole n° 6 était réduit à néant par la méthode choisie (voie d'amendement) qui empêchait la Cour de prendre des initiatives. Dans *Öçalan*, la Cour laisse entendre que si le nombre d'Etats parties au Protocole n° 13 était suffisant, elle pourrait éventuellement considérer que la peine de mort est contraire aux dispositions de l'article 3. La Cour semble se retrancher derrière ces arguments pour ne pas avoir à prendre de décisions majeures en ce qui concerne la peine de mort. Dans son opinion partiellement concordante et partiellement dissidente, M. le Juge Garlicki estime que « la Cour aurait dû dire, dans le dispositif de son arrêt, qu'il y avait eu violation de l'article 3 car toute infraction

¹²⁹ Arrêt *Öçalan*, *op. cit.*, § 157.

¹³⁰ Arrêt *Öçalan*, *op. cit.*, § 162.

¹³¹ Arrêt *Öçalan*, *op. cit.*, § 163.

¹³² Arrêt *Öçalan*, *op. cit.*, § 163.

de la peine de mort représente en soi un traitement inhumain et dégradant interdit par la Convention. »¹³³ La Cour, selon lui, « ne va pas jusqu'à traiter le véritable problème »¹³⁴. Il y a donc bien conscience des atermoiements de la Cour et le regret de son manque d'audace. « La seule question qui se pose est la suivante : qui aura le pouvoir de déclarer de manière contraignante qu'une telle évolution a eu lieu ? Ainsi, ce n'est pas un problème tenant à la substance mais un problème de juridiction (compétence). Reste donc seulement à déterminer si la Cour a le pouvoir de proclamer une vérité évidente, à savoir que la peine capitale est à présent devenue en soi une peine inhumaine et dégradante. »¹³⁵ Le Juge Garlicki estime que la Cour est bien compétente en la matière, puisque cette interprétation de la Convention, dans le sens d'une abolition de la peine de mort par modification de l'article 2, resterait alors conforme aux valeurs et aux normes qui ont été adoptées par les Etats parties. Il n'était pas donc opportun de reprendre l'approche adoptée dans *Soering*.

« La jurisprudence *Soering* est désormais dépassée par la lecture résolument évolutive des articles 2 et 3 de la Convention faite par la Cour dans son arrêt *Öçalan c. Turquie* du 12 mai 2005 »¹³⁶. Malgré tout, dans son arrêt *Öçalan c. Turquie*, la Cour européenne des droits de l'homme, pourtant la plus susceptible d'arriver à une telle décision, n'a pas conclu à l'incompatibilité entre la peine capitale et la prohibition des châtiments cruels et dégradants. Elle a toutefois laissé ouverte, sans se prononcer sur ce point, la possibilité d'envisager que l'évolution de la pratique suivie par la quasi-totalité des Etats parties signifie une abrogation tacite des dispositions conventionnelles admettant la peine de mort, ce qui vise principalement l'article 2 de la CEDH. La Cour laisse donc ouverte la possibilité de considérer que la pratique des Etats parties ait rendu la peine de mort inacceptable en temps de paix, ce qui permettrait alors de la qualifier de peine inhumaine interdite par article 3. Malgré la frustration qui peut naître de cette décision frileuse, on remarque une évolution indéniable de la jurisprudence. Désormais les Cours semblent ne plus catégoriquement nier le caractère inhumain et dégradant de la peine de mort, mais simplement ne pas répondre à cette question...

Les juges n'ont jamais conclu à une incompatibilité en soi entre la peine de mort et les dispositions prohibant les peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants, alors que de tels cas furent portés devant la Cour. Les Juges sont obligés d'utiliser des biais afin d'infirmer une sentence à mort en s'attardant sur des considérations touchant aux méthodes d'exécution, à l'attente de l'exécution, à l'équité du procès ou encore aux conditions de détention. Cet état de fait entraîne des décisions complexes, tentant de concilier autorisation de la peine de mort et impératifs des droits de l'homme. Et pourtant, selon le Comité des droits de l'homme, « par définition, toute exécution d'une sentence de mort peut être considérée comme constituant un traitement cruel et inhumain au sens de l'article 7 du Pacte »¹³⁷. Quelle Cour osera franchir le pas et déclarer que toute sentence de mort *doit* être considérée comme constituant un traitement cruel et inhumain ?

Le principal obstacle à un tel jugement résiderait dans les textes de protection des droits de l'homme eux-mêmes : « La Cour a refusé les lectures de la Convention qui conduiraient à interpréter un article d'une manière qui heurterait le texte d'un autre article. Le fait que l'article 2 prévoit expressément la possibilité d'appliquer la peine de mort interdit de regarder

¹³³ Arrêt *Öçalan*, *op. cit.*, Opinion partiellement concordante et partiellement dissidente du Juge Garlicki, §1.

¹³⁴ Arrêt *Öçalan*, *op. cit.*, Opinion partiellement concordante et partiellement dissidente du Juge Garlicki, §1.

¹³⁵ Arrêt *Öçalan*, *op. cit.*, Opinion partiellement concordante et partiellement dissidente du Juge Garlicki, §3.

¹³⁶ Sudre, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 8^e édition, 2006, p. 559

¹³⁷ Comité des droits de l'homme, *Ng c. Canada*, n° 469/1991 du 7 janvier 1994, § 16.2.

celle-ci comme une peine inhumaine et dégradante qui serait contraire aux exigences de l'article 3 (arrêt *Soering* du 7 juillet 1989) »¹³⁸. Et dans la mesure où les autres traités internationaux sur la question (PIDCP et CADH principalement) n'interdisent pas la peine de mort, un tel raisonnement pourrait aussi être tenu à leur sujet. « Cette solution a toutefois été nuancée par l'arrêt *Öçalan c. Turquie* du 12 mai 2005, qui laisse ouverte la possibilité de considérer que la pratique des Etats parties ait rendu la peine de mort inacceptable en temps de paix »¹³⁹. De plus, depuis *Öçalan*, les Etats parties au Protocole n° 6 ne peuvent plus se prévaloir de l'article 2 § 1, et il en va désormais de même pour les Etats non parties au Protocole en raison de la pratique quasi-abolitionniste des Etats européens. La peine capitale en temps de paix est devenue « une forme de sanction inacceptable, voir inhumaine, qui n'est plus autorisée par l'article 2 »¹⁴⁰. La Cour décèle à demi-mots la formation d'une coutume abolitionniste en temps de paix, qui rendrait inopérant l'article 2 § 1 de la CEDH. La Comité des droits de l'homme rejoint la jurisprudence européenne en ce qu'il remarque aussi l'existence « d'un consensus international grandissant en faveur de l'abolition de la peine de mort »¹⁴¹. On voit donc de manière générale l'extension du champ d'applicabilité de l'article 3 de la CEDH, comme celui de l'article 7 du PIDCP. L'évolution en faveur d'une prohibition de la peine capitale est lente, mais bien réelle.

Nous avons vu dans ce chapitre qu'en matière de peine de mort, la tendance dans la pratique des Etats est indéniablement à l'abolition. Or l'évolution de l'interprétation des textes internationaux repose sur la pratique des Etats. Cela laisse-t-il présager l'émergence d'une coutume abolitionniste ? Sommes-nous en train d'assister à l'émergence d'une règle coutumière abolitionniste en Europe¹⁴², continent exempt de peine de mort ? Cela reste sujet à caution puisque, comme le reconnaît la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Shamayev et autres c. Russie et Géorgie* du 12 avril 2005, « un Etat contractant n'ayant pas ratifié le Protocole n° 6 et n'ayant pas adhéré au Protocole n° 13 est autorisé à appliquer la peine capitale sous certaines conditions conformément à l'article 2 § 2 de la Convention » (§333). Cependant, ces « conditions » ne sont-elles pas la preuve de l'émergence progressive d'une règle abolitionniste ? Ne peuvent-elles pas être elles-mêmes considérées comme un progrès sur la voie de l'abolition ? Il est désormais acquis, nous l'avons vu, que la peine de mort ne peut s'appliquer sans limitation, au bon vouloir des Etats.

Chapitre 2 : Le conservatisme des Etats

Le principal obstacle à une prohibition générale et universelle de la peine de mort, une fois acceptée la possibilité d'un amendement des textes internationaux par la pratique, reste le conservatisme des Etats. Cet état de fait peut surprendre : en effet, ne sont-ce pas les Etats qui parlent par la voix des organisations internationales de promotion des droits de l'homme,

¹³⁸ Wachsmann, Patrick, *Les Droits de l'Homme*, Dalloz, 5^e édition, 2008, p. 59.

¹³⁹ Wachsmann, Patrick, *op.cit.*, 2008, p. 59.

¹⁴⁰ *Öçalan c. Turquie*, 12 mai 2005, Grande Chambre, § 163.

¹⁴¹ Comité des droits de l'homme, décision *Judge c. Canada* du 5 août 2003.

¹⁴² Une règle coutumière peut en effet être régionale, c'est-à-dire ne pas prétendre à l'universalité et être obligatoire pour un nombre restreint d'Etats. Un texte conventionnel peut engendrer une coutume, et vice-et-versa. Enfin, une règle énoncée dans un traité peut devenir obligatoire pour un Etat tiers si elle est devenue une coutume.

organisations, on l'a vu, résolument abolitionnistes ? Cependant, la contradiction se résout aisément : le conservatisme des Etats en la matière se manifeste principalement dans la sphère domestique, où, contrairement à la sphère internationale, les manœuvres politiques et les échéances électorales changent les discours et les priorités. Les Etats rechignent donc parfois à appliquer au niveau national leurs engagements pris au niveau international. Une palette de possibilités s'offre en effet à eux pour retarder ou contourner la prohibition de la peine capitale : réserves aux traités, possibilité de leur dénonciation, invalidation de leur ratification par les Cours constitutionnelles, ... Nous remarquons par ailleurs depuis 2001 un certain recul de la cause abolitionniste dû à la montée du discours antiterroriste. Ce conservatisme relatif des Etats ne nous semble toutefois pas remettre en cause l'émergence lente et progressive d'une coutume prohibitive de la peine de mort.

Section 1. Les réserves et dénonciations des traités internationaux sur la peine de mort

La possibilité d'émettre des réserves lors de la ratification d'un instrument international est prévue par la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Elle autorise ainsi une modulation des engagements étatiques. Les dénonciations sont aussi autorisées par le droit international. La logique sous-jacente semble être la volonté d'obtenir un maximum de ratifications des textes, afin de leur donner un poids et une légitimité importante. Cependant, de telles dispositions ne sont-elles pas incompatibles avec la nature même des droits de l'homme, qui s'accordent mal avec les compromis ?

Sous-section 1. Réserves

Si l'on s'en tient au texte de la Convention de Vienne de 1969, les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme pourraient être considérées comme interdites à cause de l'objet et des buts poursuivis par ces dits traités.

Article 19 Formulation des réserves

Un Etat, au moment de signer, de ratifier, d'accepter, d'approuver un traité ou d'y adhérer, peut formuler une réserve, à moins : [...]

c) Que, dans les cas autres que ceux visés aux alinéas a et b, la réserve ne soit incompatible avec l'objet et le but du traité.

En effet, les droits de l'homme ne devraient autoriser aucun compromis : que serait une prohibition de la torture, si elle était permise, par exemple, dans certaines circonstances ? Quelle valeur et quelle légitimité pourraient avoir les principes de la Déclaration universelle des droits de l'homme s'ils ne s'appliquaient pas, par exemple, à une certaine catégorie de la population ? Ce serait vider de leur substance ces droits que de leur ôter leur universalité et leur intemporalité.

Si en théorie tout le monde semble s'accorder sur ce point, il en va bien autrement dans la pratique. Ainsi, l'incompatibilité entre réserves et traités sur les droits de l'homme n'est absolument pas acquise. Certains de ces textes prévoient même la possibilité d'émettre des réserves à leur sujet : c'est le cas de la CEDH à son article 57. Il est intéressant de noter que le PIDCP ne fait pas mention de la possibilité de réserves, mais que cette absence a été interprétée par les Etats parties comme une autorisation implicite. Lors de leur adhésion au Pacte en 1992, les Etats-Unis ont ainsi émis des réserves, notamment sur l'application de la peine de mort aux mineurs. Leur réserve se lit comme suit : « 2. Les Etats-Unis se réservent

le droit, sous réserve des limitations imposées par leur Constitution, de prononcer la peine de mort contre toute personne (autre qu'une femme enceinte) dûment reconnue coupable en vertu de lois en vigueur ou futures permettant l'imposition de la peine de mort, y compris pour des crimes commis par des personnes âgées de moins de 18 ans. » Des objections à cette réserve ont été par la suite émises par l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la Finlande, la France, l'Italie, la Norvège, les Pays-Bas, la Portugal et la Suède. Cette réserve des Etats-Unis pourrait infirmer la thèse de l'existence d'une coutume en matière de non exécution de délinquants mineurs. Cependant, le fait que seuls les Etats-Unis aient émis une telle réserve, le grand nombre d'objections et l'évolution de la législation et de la jurisprudence américaine sur ce point, nous paraissent suffire à la confirmation de l'émergence d'une telle règle. Quant à la CADH, son article 75 stipule que « des réserves ne peuvent être faites sur la présente Convention qu'en conformité des dispositions de la Convention de Vienne sur le Droit des Traités souscrite le 23 mai 1969 ». Pour les raisons que nous avons exposées plus haut, cet article nous paraît ambigu : autorise-t-il les réserves pour toutes les dispositions du traité, ou bien seulement pour celles qui ne concernent ni son but ni son objet ? Autrement dit, dans le cas qui nous concerne, autorise-t-il les réserves aux articles relatifs à la peine de mort ? Quand on s'attarde sur les réserves faites par les Etats parties lors de la ratification de la CADH, on constate que ces dernières semblent bien être autorisées dans tous les cas : encore une fois, l'interprétation des Etats se fait dans le sens d'un certain conservatisme. Ainsi, la Barbade a émis une réserve à l'article 4 § 4 et 4 § 5, déclarant appliquer la peine de mort pour les crimes politiques, les mineurs de plus de 16 ans et les personnes de plus de 70 ans. Au moment de la ratification, le Guatemala avait aussi émis une réserve à l'article 4 § 4 de la CADH, déclarant appliquer la peine capitale aux personnes reconnues coupables de crimes de droit commun connexes à des délits politiques, mais a par la suite retiré cette réserve. Enfin, Trinité-et-Tobago a émis une réserve à l'article 4 § 5 car autorise dans sa législation l'exécution de personnes de plus de 70 ans.

En ce qui concerne les différents Protocoles relatifs à la peine de mort, remarquons qu'ils semblent être moins permissifs en matière de réserves. Le Protocole n° 6 à la CEDH les interdit, tout en autorisant les Etats parties à déclarer appliquer la peine capitale en temps de guerre si leur législation le prévoit¹⁴³. Le Protocole n° 13 prohibe quant à lui toute réserve. L'article 2 § 1 du Protocole à la CADH relatif à l'abolition de la peine de mort stipule : « Aucune réserve n'est admise au présent protocole. Néanmoins, au moment de la ratification ou de l'adhésion, les États parties à cet instrument peuvent déclarer qu'ils se réservent le droit d'appliquer la peine de mort en temps de guerre tel que défini par le droit international pour des délits très graves de caractère militaire. » Ainsi, sur les onze Etats parties au Protocole, seul le Brésil et le Chili ont, lors de leur adhésion, émis de telles déclarations. Les autres Etats ont donc de fait aboli la peine de mort en toutes circonstances. Le second Protocole facultatif au PIDCP contient une disposition similaire. Les réserves sont donc, dans ces deux Protocoles, autorisées, mais seulement dans le but d'appliquer la peine de mort en temps de guerre : toute réserve pouvant concerner les circonstances d'application de la peine capitale est interdite. Malgré un grand nombre de textes internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort, les Etats ont la possibilité de moduler leur engagement afin de contourner une prohibition totale. Cependant, un nombre toutefois relativement réduit d'Etats a usé de ces possibilités.

Sous-section 2. Dénonciations

¹⁴³ Chypre et l'Ukraine ont fait de telles déclarations, l'Ukraine la retirant par la suite.

La possibilité de dénoncer un traité relatif aux droits de l'homme pose les mêmes interrogations que l'autorisation des réserves. « Le caractère objectif des traités de protection des droits de l'homme implique-t-il l'irréversibilité de l'engagement de l'Etat partie ? »¹⁴⁴ Autrement dit, les instruments relatifs aux droits de l'homme peuvent-ils être dénoncés ? Il n'existe pas de réponse claire du droit positif à cette question. « La présence d'une clause de dénonciation ou de retrait vient à l'appui du caractère dénonçable des traités de protection des droits de l'homme. Parmi les conventions à portée générale, seules la CEDH (art. 65) et la CADH (art. 78) prévoient une clause, similaire, de dénonciation. »¹⁴⁵. Seule la Grèce, le 12 décembre 1969, a utilisé cette possibilité offerte par l'article 65 de la CEDH, pour redevenir partie à la Convention le 28 novembre 1974. En revanche, aucun des Protocoles additionnels à la CEDH ne contient de clause de dénonciation. La question s'est alors posée de savoir si le pouvoir de dénonciation conféré par la CEDH pouvait s'appliquer à un Protocole seul. Le Conseil constitutionnel français a estimé que le Protocole n° 13 à la CEDH relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances est solidaire de la Convention, et par conséquent, qu'un Etat peut s'y soustraire en dénonçant la Convention dans son entier¹⁴⁶. Ainsi, « selon une opinion apparemment majoritaire, la dénonciation à titre autonome d'un Protocole additionnel ne serait pas concevable¹⁴⁷ ». En effet, les protocoles peuvent être considérés comme faisant partie intégrante de la Convention par les Etats les ayant ratifiés, cela évite ainsi une hiérarchisation abusive des droits consacrés dans la Convention et dans les textes additionnels. A cause de la pression des autres Etats parties, l'obligation de dénoncer en bloc la Convention afin de se délier d'un protocole additionnel constitue politiquement une contrainte de poids pour tout Etat souhaitant rétablir la peine de mort, et paraît donc peut envisageable. Une dénonciation de la Convention est par ailleurs de nature à remettre en cause l'appartenance de l'Etat au Conseil de l'Europe. L'appartenance de l'Etat à l'Union européenne constitue également un puissant facteur de paralysie du droit de dénonciation de la CEDH. La position de l'UE à l'égard de la peine de mort, on l'a vu, est résolument abolitionniste.

Le Comité des droits de l'homme quant à lui, se prononce très clairement en faveur de l'irréversibilité des engagements internationaux. En se fondant sur l'article 56 de la Convention de Vienne sur le droit des traités¹⁴⁸, il considère ainsi que la dénonciation d'un traité protecteur des droits de l'homme se heurte à la nature spécifique de ce traité. A

¹⁴⁴ Sudre, Frédéric, *op. cit.*, 2006, p. 76.

¹⁴⁵ Sudre, Frédéric, *op. cit.*, 2006, p. 76.

¹⁴⁶ Voir déc. 2005-524/525 DC, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort*, 13 octobre 2005, JCP G 2005, II, 10171, note B. Mathieu ; Gaz. Pal., 20-22 novembre 2005, 15, note J.-E. Schoettl ; RGDIP, 2006, 117, note J.-F. Flauss. Sur la doctrine qui considère comme possible de dénoncer les protocoles séparément de la CEDH, voir notamment : B. Genevois, « *La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1985* », Annuaire international de justice constitutionnelle, 1985, Presses universitaires d'Aix-Marseille III, p. 431 ; G. Guillaume, « *Protocole n°6, articles 1 à 4* », in L.E. Pettiti et autres, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 1071 ; J.-F. Flauss, « *La Convention européenne des droits de l'homme – A propos de la dénonciation des protocoles* », Les Petites Affiches, 1989, n°4, p. 10.

¹⁴⁷ Flauss, Jean-François, *op. cit.*, p. 122. Sur ce point, voir entre autres, J. Pradel, *Droit pénal général*, Paris, Cujas, 15° édit., 2004, n°0575, M. Puech, *Droit pénal général*, Paris, Litec, 1998, n°1204, R. Errera, « *Les juridictions administratives françaises et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme* », 1992, p. 327.

¹⁴⁸ L'article stipule : 1. Un traité qui ne contient pas de dispositions relatives à son extinction et ne prévoit pas qu'on puisse le dénoncer ou s'en retirer ne peut faire l'objet d'une dénonciation ou d'un retrait, à moins : a) Qu'il ne soit établi qu'il entrerait dans l'intention des parties d'admettre la possibilité d'une dénonciation ou d'un retrait ; ou b) Que le droit de dénonciation ou de retrait ne puisse être déduit de la nature du traité.

propos du PIDCP, le Comité fera remarquer que « le Pacte n'est pas le type de traité qui, en raison de sa nature, implique un droit de dénonciation » et que le Pacte n'a pas « le caractère provisoire caractéristiques »¹⁴⁹ des instruments dénonçables. On peut extrapoler ce raisonnement à la CEDH, la CADH et leurs différents Protocoles. La doctrine de non dénonciabilité du PIDCP a été forgée à l'occasion de la tentative de retrait en 1997 de la Corée en Nord. En l'absence de clause de dénonciation dans le Pacte, le retrait unilatéral d'une partie contractante paraissait impossible, à moins que tous les Etats contractants y consentent, cette absence montrant bien l'intention d'exclure toute possibilité de dénonciation. Il en va autrement pour les Protocoles additionnels, la pratique relative aux instruments onusiens différant sur ce point de la pratique européenne. En 1997, la Jamaïque, ayant fait l'objet de nombreuses condamnations par le Comité des droits de l'homme sur l'application de la peine de mort et les lenteurs de procédures, dénonce le 2^o Protocole au PIDCP¹⁵⁰, mais pas le Pacte dans son ensemble. Cette dénonciation est licite, mais représente cependant une régression au regard des efforts entrepris en vue d'aboutir à une ratification universelle des conventions de l'ONU relatives aux droits de l'homme. La pratique est la même en ce qui concerne la CADH : en mai 1998, Trinité-et-Tobago a manifesté son intention de dénoncer la CADH. Les arguments avancés furent les mêmes que dans le cas de la Jamaïque, et basés à nouveau sur *Pratt et Morgan* : des délais excessifs, supérieurs à cinq ans. La pratique internationale, à rebours de la doctrine, est donc en faveur de la dissociabilité des Protocoles.

Les Etats se sont servis de l'autorisation des réserves et dénonciations afin d'éviter d'avoir à modifier leur législation en vue d'une plus grande prohibition de la peine capitale. Dans cette mesure, une telle autorisation des modulations des engagements internationaux dessert les efforts abolitionnistes et retarde l'avancée des droits de l'homme en général. Ces concessions faites à la souveraineté des Etats, consacrant la supériorité, de fait sinon de droit, du droit national, est inhérent à la nature même du droit international, qui est obligé de composer avec les exigences des Etats, à la fois source et sujets du droit. Les réserves et dénonciations, qui restent malgré tout des faits marginaux, ne doivent donc pas s'interpréter comme un refus absolu d'abolir la peine de mort, mais plutôt comme des caractéristiques regrettables mais, pour le moment, inévitables du droit international.

Section 2. Le rôle des Cours constitutionnelles

Un Etat est constitué d'un pouvoir judiciaire : les Cours constitutionnelles traduisent elles aussi une certaine pratique étatique, différente de la pratique de l'exécutif. On l'a vu, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas encore fait de lien direct entre traitement inhumain et peine de mort, ce sont « les circonstances entourant une sentence capitale »¹⁵¹ qui sont visées. A cet égard, certaines Cours constitutionnelles ont parfois été moins

¹⁴⁹ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 26, 29 octobre 1997

¹⁵⁰ Cette décision fait suite à l'arrêt *Pratt et Morgan* (1994) du Comité Judiciaire du Conseil Privé : toute peine capitale exécutée après l'écoulement d'un délai de cinq ans à compter de son prononcé doit être considérée comme une peine ou un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 17 § 1 de la Constitution jamaïcaine. Passé ce délai de cinq, il est recommandé de commuer la peine capitale en détention à perpétuité. Cette décision a été motivée par le souci d'éviter l'application d'une double peine (emprisonnement et peine de mort). Cependant, il y a inévitablement beaucoup de délais, notamment dus aux nombreux recours possibles. Toute exécution constituerait une peine inhumaine et dégradante, et serait donc inconstitutionnelle, ce qui mènerait à l'abolition de la peine de mort de facto. La Jamaïque a refusé une telle situation, et a donc dénoncé le protocole.

¹⁵¹ Arrêt *Soering* du 7 juillet 1989, Cour européenne des droits de l'homme, (1/1989/161/217), § 103.

frileuses que les instances juridictionnelles internationales, remettant en cause, certes dans le cas de certains Etats seulement, l'idée d'un conservatisme étatique poussé. En effet, la plupart du temps, l'abolition de la peine de mort nécessite un changement des législations internes, et la ratification des instruments internationaux, l'aval des Cours compétentes. Les Cours nationales ont donc un rôle important à jouer dans la promotion de l'abolition de la peine de mort. Certaines Cours constitutionnelles ont ainsi fait preuve d'une étonnante audace, à rebours de la timidité des instances juridictionnelles internationales. La Cour constitutionnelle hongroise (le 24 octobre 1990), la Cour constitutionnelle sud-africaine (le 6 juin 1995), la Cour constitutionnelle lituanienne (le 9 décembre 1998), la Cour constitutionnelle ukrainienne (le 29 décembre 1999) et la Cour constitutionnelle albanaise (le 11 novembre 1999) ont par exemple toutes conclu que la peine de mort était soit incompatible avec l'interdiction des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, soit violait le droit à la vie¹⁵².

Mais toutes les Cours gardiennes des constitutions n'ont pas agi de la sorte. A cet égard, l'exemple de la France est emblématique. Le devoir de l'Etat d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la nation et la garantie des droits et libertés des citoyens, inscrit dans la Constitution, a été l'appui à des décisions relatives aux engagements internationaux en matière de peine de mort. L'article 54 de la Constitution française permet en effet la saisine du Conseil constitutionnel aux fins d'examiner si un engagement international comporte une clause contraire à la constitution. De plus, en vertu de l'article 61 de la Constitution, dans la mesure où la ratification d'un traité doit être autorisée par la loi (ce qui est le cas en matière des droits de l'homme, puisqu'il y a modification de dispositions législatives), celle-ci pourra être déférée au Conseil constitutionnel aux fins d'examiner la conformité des lois à la Constitution. Ni la Convention européenne ni les pactes internationaux n'ont fait l'objet d'une de ces procédures. En revanche, pour désarmer les critiques adressées à la constitutionnalité du Protocole n° 6 à la CEDH, le Président de la République a demandé au Conseil Constitutionnel de se prononcer en application de l'article 54. L'examen de constitutionnalité interdit l'atteinte aux libertés constitutionnelles, des engagements qui seraient jugés dangereux pour la sauvegarde de l'ordre public ou qui prévoiraient des mécanismes jugés excessivement attentatoires à la souveraineté nationale¹⁵³. Le Conseil a révélé que la peine de mort pouvait être maintenue pour des actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre et que le protocole pouvait être dénoncé dans les conditions fixées par l'article 65 de la CEDH. Il a ensuite estimé que « cet engagement international n'est pas incompatible avec le devoir pour l'Etat d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la nation et la garantie des droits et libertés des citoyens » et que, dès lors, « le protocole n° 6 ne porte pas atteinte aux conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale et ne contient aucune clause contraire à la Constitution »¹⁵⁴.

A l'inverse du n° 6, le Protocole n° 13 interdit la peine de mort en toutes circonstances. La loi constitutionnelle abolissant la peine de mort conduit ainsi, selon une partie de la

¹⁵² Pour plus de détails, voir AI, *Normes Internationales relatives à la peine de mort*, janvier 2006, p.3.

¹⁵³ Voir à cet égard les décisions du Conseil constitutionnel du 22 janvier 1999 sur le statut de la CPI et du 13 octobre 2005 sur les engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort.

¹⁵⁴ Conseil constitutionnel, décision 85-188 du 22 mai 1985. La compatibilité du Protocole n° 6 avec l'article 16 de la Constitution a provoqué un vif débat. Voir notamment la décision du Conseil d'Etat *Fidan* (27/02/87) et *Gacern* sur les extraditions.

doctrine¹⁵⁵, à une émasculatation de l'article 16 de la Constitution : le chef de l'Etat n'est plus en mesure d'user de ses pouvoirs exceptionnels pour rétablir, même temporairement, la peine capitale relativement à des circonstances non couvertes par le protocole n° 6 de la CEDH. En ce qui concerne le second Protocole au PIDCP relatif à la peine de mort, le problème réside dans le fait que le pacte ne comporte pas de clause de dénonciation. « L'irréversibilité d'un engagement international ne constitue pas, à elle seule, un motif d'inconstitutionnalité. Au-delà du cas des engagements résultant d'un accord international, reste ouverte la question de savoir si la soumission de la France à une norme de droit international impératif, dans un domaine inhérent à la souveraineté nationale, serait elle aussi frappée d'inconstitutionnalité »¹⁵⁶. Puisque le protocole n°13 a été déclaré constitutionnel¹⁵⁷, faut-il en conclure que l'abolition de la peine capitale ne porte pas atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ? Si la question semble désormais réglée en France, Etat abolitionniste constitutionnellement et partie à tous les traités internationaux en la matière, le processus a été long, et le Conseil constitutionnel saisi de nombreuses fois. Ce dernier, loin de faire des déclarations audacieuses et politiquement fortes, par exemple sur l'incompatibilité de la peine de mort et du droit à la vie ou de la prohibition des peines cruelles et inhumaines, s'est seulement penché sur des considérations relatives au respect de la souveraineté nationale.

La pratique des Cours constitutionnelles varient beaucoup d'un Etat un à un autre, certaines faisant preuve d'un activisme marqué, d'autre préférant se cantonner à un rôle de gardien de la souveraineté étatique, ne permettant donc pas un développement rapide du droit international.

Section 3. Une incompatibilité entre abolition de la peine de mort et guerre contre le terrorisme ?

Depuis les attentats du 11 septembre 2001 sur le sol américain, et le lancement consécutif de la « guerre contre le terrorisme », on peut noter un recul relatif de la pratique abolitionniste, au moins dans certains Etats. En premier lieu, les tribunaux militaires, mis en place afin de juger les personnes suspectés d'activités terroristes, violent les Garanties pour les personnes passibles de peine de mort car ne garantissent pas de procès équitables, sont le fait de juridictions d'exceptions et d'une législation spéciale¹⁵⁸. Aux Etats-Unis, ces tribunaux militaires ont été mis en place par G.W. Bush dès novembre 2001¹⁵⁹. Ces tribunaux pourront prononcer la peine de mort à la majorité de 2/3 des juges. Ils sont constitués seulement de juges militaires, n'autorisent pas les appels, ne respectent pas les règles de preuve, n'ont pas de jurés. La seule possibilité d'appel est l'expression d'une demande en ce sens auprès du président lui-même. La constitutionnalité du Patriot Act est problématique au regard du Cinquième Amendement de la Constitution américaine qui stipule que « nul ne sera tenu de répondre d'un crime capital ou infamant sans un acte de mise en accusation, spontané ou provoqué, d'un Grand Jury, sauf en cas de crimes commis pendant que l'accusé

¹⁵⁵ Voir notamment Flauss, Jean-François, *Le Conseil constitutionnel et les engagements internationaux relatifs à l'abolition définitive de la peine de mort*, RGDIP 2006-1, p. 118.

¹⁵⁶ Flauss, Jean-François, *op. cit.*, RGDIP 2006-1, p. 119.

¹⁵⁷ Conseil constitutionnel, décision n° 2005-524/525 DC du 13 octobre 2005.

¹⁵⁸ Sur l'indépendance et l'impartialité des Cours de sûreté, voir notamment, *Öçalan c. Turquie*, *op. cit.*, §106-118.

¹⁵⁹ Décret du 13 novembre 2001, après approbation par le Congrès le 25 octobre 2001 du Patriot Act.

servait dans les forces terrestres ou navales, ou dans la milice, *en temps de guerre ou de danger public* ; nul ne pourra [...] être privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière ». La guerre contre le terrorisme n'est pas une guerre au sens légal du terme, puisqu'il n'y a pas eu déclaration de guerre avec consentement du Congrès. La menace d'attaques terroristes, difficilement mesurable et vérifiable par ailleurs, est-elle constitutive d'un « danger public » ? Autant de questions qui remettent en cause la légalité des tribunaux militaires, et des peines de mort y ayant été prononcées.

Le 7 mars 2005, Les USA ont averti le Secrétaire général de l'ONU qu'ils se retiraient du protocole additionnel qui permet de faire régler par la CIJ les différends concernant l'interprétation et l'application de la convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires prévoyant que les étrangers arrêtés dans un Etat partie à ce traité doivent recevoir l'assistance de leur consulat. « De nombreux étrangers ont été condamnés aux Etats-Unis à la peine capitale sans avoir bénéficié auparavant de l'assistance consulaire à laquelle ils pouvaient prétendre »¹⁶⁰. Le dernier arrêt rendu par la CIJ donnant tort aux Etats-Unis, dans des affaires d'étrangers condamnés à la peine capitale, datait du 31 mars 2004. Avec ce retrait, les USA se protègent contre tout nouveau recours devant la Cour de La Haye. En septembre 2006, toujours aux États-Unis, la loi sur les commissions militaires (Military Commissions Act) du Congrès a autorisé l'imposition de la peine de mort aux « combattants ennemis illégaux étrangers ». Ces développements récents montrent un recul significatif du droit international et des droits de l'homme, et une avancée de la peine capitale dans le cadre de ladite guerre contre le terrorisme¹⁶¹. Face à ces reculs des libertés fondamentales, l'Europe a adopté, par le biais du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, le 11 juillet 2002, des Lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme. Ces dernières rappellent que « en aucun cas, une personne accusée d'activités terroristes ne peut encourir de condamnation à mort ; dans l'éventualité d'une condamnation à une telle peine, celle-ci ne peut pas être exécutée » (Ligne X § 2). La réponse de l'Europe aux évolutions outre-Atlantique est donc sans ambiguïté : guerre contre le terrorisme et abolition de la peine de mort ne sont pas incompatibles.

Avec la multiplication récente des juridictions d'exception, on peut déceler un certain retour de la peine de mort, retour symbolisé par l'exécution ultra-médiatisée par pendaison de Saddam Hussein le 30 décembre 2006. Ces reculs, cantonnés à certaines régions seulement, nous rappellent que les Etats restent maîtres chez eux. Et que si l'on souhaite une abolition générale et définitive, il faut lier ces mêmes Etats par des engagements internationaux irrévocables, dont les dispositions sont retranscrites en droit interne. Autrement, la prohibition de la peine capitale restera tributaire des aléas politiques et socio-économiques. Ainsi, depuis quelque mois, l'abolitionnisme revient en force, non pas grâce à une sensibilisation des populations aux droits de l'homme, mais à cause des coûts très élevés de la peine de mort¹⁶². La peine capitale, nouvelle et inattendue victime de la crise financière...

¹⁶⁰ M. Martin, Pierre, *Un nouveau pas en arrière pour le droit international*, Recueil Dalloz, 2005, n°14, p. 905, Voir aussi Recueil Dalloz 2002, p. 823 ; 2003, p. 1450 ; 2004, p. 2446.

¹⁶¹ A titre comparatif, voir Coutu, Michel et Giroux, Marie-Hélène, *La Charte canadienne des droits et libertés dans la foulée de l'Après-11 septembre : l'expulsion des réfugiés et les normes du droit international*, RUDH, 2004, p.52, pour une présentation des conséquences du 11 septembre sur les libertés fondamentales au Canada.

¹⁶² Le coût d'une sentence à mort peut être jusqu'à 7 fois plus important qu'un emprisonnement à vie, notamment à cause multiple recours.

Conclusion de la Partie II

La mise en œuvre des traités internationaux, tant au niveau domestique que supranational, varie d'une région à l'autre, d'un pays à l'autre, d'une juridiction à l'autre. Cette diversité nous empêche de constater l'existence d'un droit coutumier en matière d'abolition au niveau international. Il peut cependant en aller autrement au niveau régional, et principalement au niveau européen. Le continent, déjà à la pointe du combat abolitionniste en matière de régime juridique, a montré par sa pratique une détermination marquée à l'éradication totale de la peine capitale. La Cour européenne a toutefois refusé de reconnaître cette tendance, et semble vouloir attendre que l'intégralité des Etats parties à la CEDH ait ratifié le protocole n°13 pour considérer l'abolition de la peine de mort comme une coutume régionale. Cette frilosité est malvenue : l'Europe est abolitionniste de fait, et n'a de cesse de manifester son intention de le devenir en droit, tant par la voix du Conseil de l'Europe, que par le biais de certaines juridictions nationales. Les récentes évolutions en matière d'application de la peine de mort ne font que nous le rappeler, l'Europe se refusant à entrer dans le jeu américain. Et les constatations faites au niveau européen, se retrouvent dans une moindre mesure, au niveau sud-américain. Ces évolutions sont encourageantes dans une perspective abolitionniste, comme dans celle du développement du droit international en général.

Conclusion

Ce qui se voit au plan de la pratique, rejoint ce que nous voyons dans le cadre du régime juridique : certains organes, juridictionnels ou non, usent de stratégies périphériques afin de limiter l'application de la peine de mort, plutôt que de proposer son abolition frontalement. Cette lenteur du mouvement d'abolition pousse certains à être pessimistes quant à l'émergence d'une éventuelle norme coutumière prohibant, de manière générale et universelle, la peine de mort. De même, toutes les restrictions imposées à l'application de la peine capitale, et les garanties à respecter, sont parfois interprétées comme autant de signes d'une autorisation de la peine de mort en droit international, autorisation difficilement dépassable tant les Etats s'attachent à leur souveraineté.

Pourtant, d'autres signes nous poussent à adopter une position contraire. Les textes internationaux et régionaux relatifs à la peine de mort se sont multipliés ces dernières années, poussant de plus en plus loin les restrictions à son application, jusqu'à l'interdire purement et simplement en Europe. Par ailleurs, les diverses organisations internationales et régionales, et leurs organes quasi-juridictionnels, ont multiplié les incitations à l'abolition. Et ces organisations interétatiques ne sont-elles pas, pour une grande part, un vecteur d'expression pour les Etats qui les créent et les composent ? De même, malgré un manque d'audace indéniable, les Cours n'ont-elles pas remis en cause l'autorisation de la peine de mort ? Elles se sont basées sur ces mêmes restrictions et garanties que certains regrettent pour invalider des condamnations à mort.

On peut donc discerner l'émergence, à un niveau international, de règles coutumières, voire de jus cogens, créées par ces décisions, et traduites dans les textes. Il semble ainsi désormais acquis que la peine capitale est interdite pour les mineures et les femmes enceintes ou allaitantes. A un niveau régional, même, la peine de mort est interdite et considérée comme une violation du droit à la vie et de la prohibition des peines cruelles, inhumaines et dégradantes : l'Europe est totalement abolitionniste et une règle coutumière en ce sens n'attend plus qu'une reconnaissance jurisprudentielle pour véritablement s'imposer. En attendant une telle décision, il est acquis que la peine de mort en temps de paix est un châtement inacceptable. L'abolition peut alors être considérée comme un objectif, et l'encadrement comme une étape sur cette voie. Avec le développement du droit international et des droits de l'homme recule progressivement la peine de mort.

Bibliographie sélective

Ouvrages

- Bernaz, Nadia, *Le droit international et la peine de mort*, La Documentation Française, 2008.
- Camus, Albert, Koestler, Arthur, *Réflexions sur la peine capitale*, Editions Pocket, 1957.
- Foucault, Michel, *Histoire de la sexualité, La volonté de savoir (t.1)*, Gallimard, 1976, pp 175-211. « Droit de mort et pouvoir sur la vie ».
- Hugo, Victor, *Ecrits sur la peine de mort*, Actes Sud, 1979.
- Pettiti, L.-E., Decaux, Emmanuel, Imbert, P.-H. (sous la direction de), *La CEDH, commentaire article par article*, 2^e édition, 1999.
- Schabas, William A., *The abolition of the death penalty in international law*, Cambridge University Press, 2002.
- Sudre, Frédéric (sous la direction de), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008, pp. 754-757.
- Sudre, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 8^e édition, 2006.
- Wachsmann, Patrick, *Les Droits de l'Homme*, Dalloz, 5^e édition, 2008.

Articles et rapports

- Amnesty International, *Normes Internationales relatives à la peine de mort*, ACT 50/001/2006, janvier 2006.
- Amnesty International, *Les dispositions constitutionnelles qui interdisent la peine de mort*, ACT 50/009/2005, avril 2005.
- Amnesty International, *Condamnations à mort et exécutions recensées en 2008*, ACT 50/003/2009, mars 2009.
- Commission des droits de l'homme, *Exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires*, Rapport présenté le 6 janvier 1999.
- Coutu, Michel et Giroux, Marie-Hélène, *La Charte canadienne des droits et libertés dans la foulée de l'Après-11 septembre : l'expulsion des réfugiés et les normes du droit international*, RUDH, 2004, p. 49.

- Flauss, Jean-François, *Le Conseil constitutionnel et les engagements internationaux relatifs à l'abolition définitive de la peine de mort*, RGDIP 2006-1, p. 117.
- Frumer, Philippe, *Dénonciation des traités et remise en cause de la compétence des organes de contrôle*, RGDIP 2000-4, p. 942.
- Kolb, Robert, *La jurisprudence internationale en matière de torture et de traitements inhumains ou dégradants*, RUDH, 2003, p. 254.
- Martin, Pierre M., *Un nouveau pas en arrière pour le droit international*, Recueil Dalloz, 2005, n°14, p. 905.
- Normandeau, André, *Le terrorisme international et la peine de mort*, Revue de Science Criminelle et de droit pénal, 2006, p. 895.
- Nowak, Manfred, *Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement*, Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 14 janvier 2009, A/HRC/10/44, pp. 7-16.
- Rosenezveig, Jean-Pierre, *Une chance pour les droits de l'homme et surtout une espérance*, Recueil Dalloz n°16/7201, 21 avril 2005.
- Sudre, Frédéric, *Extradition et peine de mort : arrêt Soering de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 1989*, RGDIP, 1990, pp. 103-121.

Annexes

Chronologie des abolitions

Abréviations: **Date (A)** = date de l'abolition pour tous les crimes

Date (AO) = date de l'abolition pour les crimes de droit commun

Date (last ex.) = date de la dernière exécution

K = date de la dernière exécution connue

Ind. = pas d'exécutions depuis l'indépendance

L'ABOLITION DE LA PEINE DE MORT EN DROIT INTERNATIONAL

Country	Date (A)	Date (AO)	Date (last ex.)
ALBANIA	2007	2000	
ANDORRA	1990		1943
ANGOLA	1992		
ARGENTINA	2008	1984	
ARMENIA	2003		
AUSTRALIA	1985	1984	1967
AUSTRIA	1968	1950	1950
AZERBAIJAN	1998		1993
BELGIUM	1996		1950
BHUTAN	2004		1964K
BOSNIA-HERZEGOVINA	2001	1997	
BULGARIA	1998		1989
BURUNDI	2009		
CAMBODIA	1989		
CANADA	1998	1976	1962
CAPE VERDE	1981		1835
COLOMBIA	1910		1909
COOK ISLANDS	2007		
COSTA RICA	1877		
COTE D'IVOIRE	2000		
CROATIA	1990		1987
CYPRUS	2002	1983	1962
CZECH REPUBLIC	1990		
DENMARK	1978	1933	1950
DJIBOUTI	1995		Ind.
DOMINICAN REPUBLIC	1966		
ECUADOR	1906		
ESTONIA	1998		1991
FINLAND	1972	1949	1944
FRANCE	1981		1977
GEORGIA	1997		1994K
GERMANY	1987		
GREECE	2004	1993	1972
GUINEA-BISSAU	1993		1986K
HAITI	1987		1972K
HONDURAS	1956		1940
HUNGARY	1990		1988
ICELAND	1928		1830
IRELAND	1990		1954
ITALY	1994	1947	1947
KIRIBATI			Ind.
LIECHTENSTEIN	1987		1785
LITHUANIA	1998		1995
LUXEMBOURG	1979		1949
MACEDONIA	1991		
MALTA	2000	1971	1943
MARSHALL ISLANDS			Ind.
MAURITIUS	1995		1987
MEXICO	2005		1937
MICRONESIA			Ind.
MOLDOVA	1995		
MONACO	1962		1847
MONTENEGRO	2002		
MOZAMBIQUE	1990		1986
NAMIBIA	1990		1988K
NEPAL	1997	1990	1979

Source : Amnesty International

Liste recapitulative des limitations et garanties relatives a la peine de mort

Abréviations

Garanties ECOSOC : Garanties pour la protection des droits des personnes passibles de la peine de mort, adoptées en 1984 par le Conseil économique et social des Nations unies

3e CG, 4e CG : Troisième et quatrième Conventions de Genève de 1949

Art. 3 CG : Article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949

1er PA, 2e PA : Protocoles additionnels de 1977 aux Conventions de Genève de 1949

ECOSOC 1989/64 : Résolution 1989/64 du Conseil économique et social des Nations unies, adoptée le 24 mai 1989

Commission des droits de l'homme 2005/59 : Résolution 2005/59 de la Commission des droits de l'homme des Nations unies, adoptée le 20 avril 2005

Droit à un procès équitable	X	X	X	Art. 3 CG	X	X	X
Droit d'appel ou de réexamen	X	X	X	Art. 3 CG	X	X	X
Droit d'exercer un recours en grâce	X	X	X	GC IV	X	X	X
Délai entre le prononcé de la condamnation à mort et l'exécution				3 ^e et 4 ^e CG			
Pas d'exécution pendant qu'une procédure d'appel ou de recours en grâce est en instance	X	X	X			X	X

Source : Amnesty International

Liste des abreviations utilisees

- § :paragraphe
- AI : Amnesty International
- c. :contre
- CADH : Convention interaméricaine des droits de l'homme
- CEDH :Convention européenne des droits de l'homme
- CIDE :Convention internationale relative aux droits de l'enfant
- CPI :Cour pénale internationale
- CIJ :Cour internationale de justice
- DUDH : Déclaration universelle des droits de l'homme
- ECOSOC :Conseil économique et social des Nations unies
- ONU :Organisation des Nations unies
- *op. cit.* :*opere citato*
- PIDCP :Pacte international relatif aux droits civils et politiques
- PUF :Presse universitaire de France
- RGDIP :Revue générale de droit international public
- RUDH :Revue universelle des droits de l'homme
- TPIR :Tribunal pénal international pour le Rwanda
- TPIY :Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
- UE :Union Européenne