

Comparaison entre les dynamiques abolitionnistes à travers les systèmes européens et africains

Il est entendu que la peine de mort est une imposture. Son inutilité et son inhumanité ont été démontrées depuis longtemps. Critique utilitariste de Cesare Beccaria, reprise par Jeremy Bentham ou Diderot, mathématique sociale de Condorcet, théorie de la rétribution alternative d'Emmanuel Kant, humanisme engagé de Voltaire, Victor Hugo, Arthur Koestler, Albert Camus ou de M. Robert Badinter...¹ les esprits et les juristes les plus éclairés de leurs temps ont prouvés l'absurdité du châtement. Qu'elle soit dispensée en Afrique ou en Europe, la peine de mort, c'est la commission d'un crime pour en châtier un autre, la barbarie de la sanction pour répondre à la barbarie du crime².

En écho à ces théories, il existe depuis une trentaine d'années une tendance lourde à l'abolition universelle³. En 1976, seize pays avaient aboli la peine de mort en toutes circonstances, aujourd'hui c'est plus de cent Etats qui sont abolitionnistes, encore qu'il faille sous-distinguer ceux qui ménagent la possibilité d'y recourir en cas de guerre ou de menace de guerre.

A ce chiffre, l'ONU propose d'ajouter les Etats abolitionnistes « de fait », c'est-à-dire ceux qui tout en conservant la peine dans leur code pénal, ne la pratique plus depuis au moins dix ans ce qui porte le nombre d'Etats « abolitionnistes » à plus de cent-quarante. Cette statistique est néanmoins une statistique en trompe l'œil puisque l'histoire est riche d'exemples où, malheureusement, la peine de mort a été réactivée après une période prolongée de mise en sommeil. C'est le cas des Comores (1975-1996), de l'Île Maurice (1961-1984), de la Gambie (1965-1981), du Sierra-Léone (1975-1989), du Bénin (1974-1986) mais aussi des Etats-Unis puisque, de la première invalidation par la Cour suprême en 1967 jusqu'en 1977, la peine de mort ne sera plus exécutée ni prononcée. L'abolition *de facto* est avant tout de la rétention *de jure*.

Comme les moratoires auxquels ces abolitions de fait sont souvent associées, il s'agit d'un entre-deux, un palier intermédiaire qui doit être juridiquement mis de côté⁴. Du point de vue de la science juridique ne peuvent être prises en compte que trois situations : l'absence d'incrimination associée à la peine de mort, l'existence de crimes de droit commun

¹ S. Costa, *La peine de mort : de Voltaire à Badinter*, Paris, Flammarion, 2007, 128 p. Voir également I. Papadopoulos (dir.), J. Henri-Robert (dir.), *La peine de mort : droit, histoire, anthropologie, philosophie*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2000, 209 p.

² A. Koestler, A. Camus, *Réflexions sur la peine capitale*, Paris, Calmann-Lévy, 1957, 286 p. : « L'État n'a pas le droit de juger en dernier ressort du destin ultime de la personne humaine. (...) 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 ».

³ G. Cohen-Jonathan (dir.), *La peine capitale et le droit international des droits de l'homme*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2003, 275 p. Voir également M-A. Taube, F. Barré, « La peine de mort est-elle un enjeu des relations internationales ? », *Revue internationale et stratégique*, 2006, n° 64, p. 21-27.

⁴ Ass. gén. ONU, résolutions 62/149 du 18 décembre 2007 et 63/168 du 18 décembre 2008 : l'Assemblée générale demande à tous les États qui maintiennent encore la peine de mort d'observer les normes internationales garantissant la protection des droits des personnes passibles de la peine de mort, de limiter progressivement l'application de la peine de mort, de réduire le nombre d'infractions qui emportent cette peine, et d'instituer un moratoire sur les exécutions en vue de l'abolition de la peine de mort. A ceux qui ont abolis la peine de mort, elle demande de s'engager à ne pas la rétablir. Le moratoire en date du 19 novembre 2012 a été accepté par cent-dix Etats. Trente-neuf ont voté non et trente-six se sont abstenus.

sanctionnés par la mort, la peine de mort comme châtement exorbitant du droit commun c'est-à-dire réservée à des situations très exceptionnelles, guerre ou menace de guerre, ce que Beccaria appelle les « nécessités positives »⁵. La démarche de comptabilisation des Etats qui n'exécutent plus sans abroger les textes prévoyant la peine capitale vise indubitablement à soutenir la théorie d'un processus inéluctable d'abolition universelle. Elle empêche de se focaliser sur une autre réalité statistique : le recours à la peine de mort dans le monde augmente. En 2013, le nombre d'exécutions a augmenté de presque 15 % par rapport à 2012⁶.

Comparaison n'est pas raison. Les dynamiques de l'abolition ne sont pas nécessairement les mêmes d'un espace à un autre. Ceci est particulièrement vrai lorsque l'on juxtapose les systèmes européens et africains de protection des droits de l'homme. Certes, la finalité est identique : l'abolition. Mais il semble *a priori* impossible d'établir une grille de lecture qui permette d'appréhender les deux espaces juridiques de manière commune.

En premier lieu, les systèmes juridiques concernés sont très différents. D'un côté, il y a l'Europe qui se décline en deux systèmes juridiques et juridictionnels riches de plus de soixante ans d'expérience et ayant surmonté les difficultés ontologiques liées à leur légitimité. Deux systèmes distincts, celui de l'Union européenne et celui du Conseil de l'Europe mais caractérisés par un ensemble de valeurs communes, d'interactions organiques et matérielles. De l'autre côté, il y a l'Afrique. Elle aussi est dotée de deux systèmes, l'Union africaine et la CEDEAO, c'est-à-dire des systèmes jeunes. L'Union africaine a été instituée en 2001 sur l'héritage de l'Union des Etats africains elle-même née en 1963. Son organe juridictionnel, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples est entrée en fonction en 2006. Elle a rendu son premier arrêt le 15 décembre 2009. La CEDEAO date de 1975 et sa Cour de justice a été inaugurée en 1991.

La richesse des catalogues de droits disponibles tels qu'interprétés par leurs juges respectifs n'est en rien semblable. Comment confronter d'une part les 916 arrêts de la CEDH et les 434 arrêts auxquels il faut ajouter les 201 ordonnances de la CJUE pour l'année 2013 avec d'autre part la dizaine d'arrêts de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (8 arrêts pour l'année 2013) et de la Cour de justice de la CEDEAO (18 arrêts pour 2012) ? Par ailleurs, la juridiction de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme est obligatoire pour tous les Etats membres de leur organisation respective. Celle de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et de la Cour de justice de la CEDEAO reste facultative et soumise à l'acceptation des Etats, acceptation qu'il faut appréhender à la lumière d'éventuelles réserves. La même remarque peut être faite à propos du recours individuel introduit par le protocole du 19 janvier 2005 pour la Cour de justice de la CEDEAO. Effet inattendu de ce protocole signé à Accra, il a transformé la Cour de justice de la CEDEAO en juge de la violation des droits de l'homme et des libertés fondamentales grâce à une mise en synergie du recours individuel avec l'article 4 du Traité constitutif qui impose aux Hautes parties contractantes le respect, la promotion et la protection des droits de l'homme et des peuples conformément aux dispositions de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples⁷. *Mutadis mutandis*, c'est un peu comme si les éclairages de la Convention n'étaient pas venus de Strasbourg mais de Bruxelles.

⁵ Beccaria, *Des délits et des peines*, 1764, p. 231.

⁶ *Condamnations à mort et exécutions en 2013*, rapport d'Amnesty international, 2014, Londres, Peter Benenson house, 49 p.

⁷ H.S. Adjolahoun, « The ECOWAS court as a human rights promoter ? Assessing five years' impact of the koraou salvery judgment », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 31/3, 2013, p. 342-371.

En second lieu, les limites d'une approche comparatiste se vérifient aussi par rapport à la problématique abolitionniste. Philosophiquement, les racines de l'abolitionnisme sont en Europe à tel point que beaucoup d'auteurs érigent désormais l'abolition en élément de l'identité européenne ou du patrimoine européen tel que mentionné dans le préambule du statut du Conseil de l'Europe et de la Convention européenne des droits de l'homme⁸. Dans les années 1990, l'Assemblée parlementaire a adopté toute une série de résolutions afin de manifester son hostilité à la peine de mort, « *peine inhumaine et dégradante* », « *violation du droit le plus fondamental de l'homme, le droit à la vie* », *incompatible avec toute société démocratique régie par l'Etat de droit* »⁹.

Juridiquement, les droits européens sont caractérisés par une affirmation et une réaffirmation forte de l'abolition dans des textes contraignants. La contrainte fut néanmoins relative car ce sont surtout des Etats abolitionnistes qui ont signé et ratifié les protocoles additionnels d'abolition. Ce fut le cas en 1983 pour le protocole n°6 qui prohibe la peine de mort sauf pour les actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre. L'Allemagne a aboli en 1949, la Suède en 1972, le Portugal en 1976, le Danemark en 1978, la Norvège en 1979, la France en 1981, les Pays-Bas en 1982. Quant à l'Italie, l'Espagne, la Belgique, la Grèce et le Royaume-Uni, cela fait des années qu'ils n'exécutent plus de condamnés. A ce jour, tous les membres ont signé ce texte. Seule la Russie ne l'a pas ratifié. Le protocole n°6 constate précisément en son préambule les « *développements intervenus dans plusieurs Etats membres du Conseil de l'Europe* » qui expriment une « *tendance générale en faveur de l'abolition* ».

A fortiori, on peut faire le même constat à propos du protocole n°13 qui abolit la peine de mort en toutes circonstances. La quasi-totalité des Etats le signe dès l'ouverture le 3 mai 2002 et le ratifient dans les deux ans qui suivent. Les Etats qui adhèrent par la suite, la Serbie, Monaco et le Monténégro le signent et le ratifient immédiatement. Seule la Turquie hésite avant de le signer et de le ratifier en 2003. Trois Etats continuent de se démarquer. L'Arménie n'a pas ratifié le protocole tandis que la Russie et l'Azerbaïdjan ne l'ont même pas signé. Après une première prolongation du moratoire engagé depuis 1999 suite à l'interdiction par la cour constitutionnelle russe de prononcer une peine de mort, la Douma s'est prononcée le 1^{er} janvier 2010 pour une seconde prolongation d'une durée indéfinie. A ces trois pays, on peut ajouter la Biélorussie qui, bien que n'étant pas membre du Conseil, est candidate à l'adhésion depuis 1993, continue d'exécuter ses condamnés malgré des invitations itératives à cesser émanant du Conseil de l'Europe, de l'Union européenne et de l'ONU¹⁰. La dernière exécution s'est tenue en 2014 dans des conditions particulièrement odieuses puisque, à la mode japonaise, la famille n'a été informée de l'exécution qu'après celle-ci. L'abolition est d'ailleurs devenue une condition d'adhésion ce qui créera une situation assez paradoxale et désolante si le moratoire russe aboutit au maintien de la peine de mort dans l'ordonnement juridique¹¹.

Le constat d'une abolition à l'échelle européenne par des Etats juridiquement abolitionnistes est davantage vérifiable dans le cadre de l'Union européenne. Premièrement, tous les Etats membres sont signataires de la Convention européenne des droits de l'homme et de ses deux protocoles. Deuxièmement, la Charte des droits fondamentaux de l'Union, rédigée en marge

⁸ G. Soulier, « Patrimoine constitutionnel européen et histoire de l'Europe », in *Le patrimoine constitutionnel européen*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 1997, p. 57.

⁹ ACPE, résolution 1044 (1994) relative à la peine de mort, 4 octobre 1994 ; ACPE, résolution 1097 (1996) relative à l'abolition de la peine de mort en Europe, 28 juin 1996 ; résolution 1187 (1999), relative à l'Europe continentale sans peine de mort, 26 mai 1999.

¹⁰ ACPE, résolution 1857 (2012) relative à la situation au Bélarus, 25 janvier 2012.

¹¹ APCE, résolution 1807 (2011), La peine de mort dans les Etats membres et observateurs du Conseil de l'Europe: une violation des droits de l'homme, 14 avril 2011.

du Traité de Nice en 2000 et élevée au rang de source primaire du droit de l'Union depuis le Traité de Lisbonne en 2007, dispose en toutes lettres dans son article 2 § 2 que « *nul ne peut être condamné à la peine de mort, ni exécuté* ». Troisièmement, l'abolition constitue un préalable à l'adhésion puisqu'ils doivent souscrire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Il faut d'ailleurs voir dans cette obligation la principale explication à la signature et la ratification du protocole n°13 par la Turquie. Enfin, l'Union européenne a inscrit la lutte contre la peine de mort à l'échelle universelle parmi les grandes priorités de sa politique étrangère. Elle a d'ailleurs joué un rôle majeur dans l'adoption par l'Assemblée générale des Nations-Unies de la résolution du 20 décembre 2012 relative à l'application de la peine de mort.

Les choses sont très différentes dans le cadre des deux systèmes africains. Tout d'abord, l'abolition n'est pas un acquis juridique. Elle est au mieux une orientation. Elle se discute au sein des deux organisations intergouvernementales et en partenariat avec les organisations non-gouvernementales très actives sur ce sujet. Parmi les membres de l'Union africaine, dix-sept Etats sont abolitionnistes sur cinquante-quatre¹². Ils sont six sur quinze à la CEDEAO mais le rapport de force devrait être prochainement rééquilibré¹³. En effet, en octobre 2014, le Niger a manifesté son intention de signer le protocole d'abolition de la peine du mort additionnel au PIDCP. Son parlement travaille actuellement sur la réalisation du projet. Certains Etats comme le Burkina-Faso envisagent eux aussi sérieusement l'abolition. Du côté des organisations intergouvernementales, les premiers jalons sont indubitablement posés. Depuis 2005, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples s'est dotée d'un groupe de travail sur la peine de mort. Conformément à l'article 6 § 2 du PIDCP, elle a adopté plusieurs résolutions importantes exhortant les Etats parties de l'Union africaine à limiter le supplice aux crimes les plus graves et observer un moratoire¹⁴. Le nombre d'Etats soutenant le principe du moratoire augmente sensiblement chaque année tandis que l'opposition et l'abstention s'érodent. Nonobstant, la majorité des Etats membres des deux organisations sont encore juridiquement rétentionnistes et certains d'entre eux refusent même la simple hypothèse d'un moratoire sur la question notamment au nom de leur domaine réservé.

Ce rapide tour d'horizon illustre que, même si certains Etats africains, notamment ceux engagés dans un moratoire, semblent prêts, la situation africaine demeure singulière. Les obstacles extra-juridiques à surmonter ne sont pas identiques à ceux rencontrés en Europe. L'abolition se heurte à deux écueils spécifiques sur lesquels viennent se briser les initiatives : la faiblesse structurelle de l'Etat de droit et de la société démocratique qui caractérise de nombreux Etats africains ; l'emprise de la religion islamique sur le politique et le juridique. En effet, non seulement l'association du spirituel au temporel n'est pas proscrite en islam qui prône plutôt, et conformément à son étymologie, la soumission des institutions mais la peine de mort est légitimée par plusieurs sourates du coran, hadits du prophète Mahomet ainsi que par la sunna afin de sanctionner l'apostasie, le meurtre ou encore l'adultère¹⁵. Les autorités

¹² Sont abolitionnistes : Afrique du Sud, Angola, Bénin, Burundi, Cap-Vert, Côte d'Ivoire, Djibouti, Gabon, Guinée Bissau, Maurice, Mozambique, Namibie, Rwanda, São Tomé et Príncipe, Sénégal, Seychelles, Togo.

¹³ Sont rétentionnistes : Burkina-Faso, Gambie, Ghana, Guinée, Liberia, Mali, Niger, Nigeria, Sierra-Léone.

¹⁴ Com. ADHP, résolution 42(XXVI) appelant les Etats à envisager un moratoire sur la peine capitale, novembre 1999 ; résolution 136(XXXVIII) exhortant les Etats parties à observer un moratoire sur la peine de mort, 24 novembre 2008.

¹⁵ Sourate 2 « La vache », verset 178 (« *Ô les croyants! On vous a prescrit le talion au sujet des tués : homme libre pour homme libre, esclave pour esclave, femme pour femme. Mais celui à qui son frère aura pardonné en quelque façon doit faire face à une requête convenable et doit payer des dommages de bonne grâce. Ceci est un allègement de la part de votre Seigneur et une miséricorde. Donc, quiconque après cela transgresse, aura un châtiment douloureux* ») ; sourate 5 « La table servie », versets 32 (« *C'est pourquoi Nous avons prescrit pour*

religieuses faisant autorité considèrent la peine de mort comme islamique. Les opinions théologiques inverses sont plutôt isolées et dissidentes.

Ce tableau serait bien sombre si on ne mentionnait pas en parallèle les efforts significatifs en faveur de l'abolition. L'Afrique est probablement la région du monde où l'abolition progresse le plus. L'Union africaine et la CEDEAO ne sont pas étrangères à ce phénomène. Par ailleurs, aucun Etat africain rétionniste ne fait partie du quinté « perdant » des Etats qui tuent judiciairement, à savoir la Chine, l'Iran, l'Irak, l'Arabie saoudite et les Etats-Unis¹⁶.

L'abolition en droit européen résulte d'un alignement entre Etats abolitionnistes qui s'est traduit concomitamment de manière textuelle et jurisprudentielle. C'est d'ailleurs la méthode d'interprétation consensuelle qui a servi à la Cour européenne des droits de l'homme dans la plupart des affaires concernant la peine de mort. La contagion s'est faite essentiellement de manière ascendante pour une propagation ultérieure aux nouveaux ou futurs membres. Ni la Cour de justice de la CEDEAO ni la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ne peuvent recourir à cette démarche. La contagion par le haut d'un droit africain irriguant les droits des Etats membres dans la perspective d'une abolition continentale ne pourra se faire qu'à deux conditions : l'adoption de textes contraignants pour leurs signataires (1.) ; une démarche volontariste de la part des juges africains, afin de neutraliser la peine de mort (2).

1. Les sources exploitables en matière d'abolition

De prime abord, il y aurait les droits européens qui prohiberaient la peine de mort et le droit africain qui la toléreraient. Toutefois, les choses sont plus nuancées qu'il n'y paraît. De manière générale la peine de mort est une exception admise au droit à la vie en droit international des droits de l'homme (1.1.). Par ailleurs, même lorsque l'abolition bénéficie, comme en droit européen, de bases textuelles assurées, la possibilité de les dénoncer ou de se retirer des systèmes de protection en affecte considérablement la solidité (1.2.)

1.1. La peine de mort : une exception légitime au droit à la vie

Contrairement à une idée assez répandue, le droit à la vie énoncé à l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas un droit totalement intangible. Certes, il fait partie du noyau dur des droits conventionnels, ceux insusceptible de faire l'objet d'une dérogation au titre de l'article 15 de la Convention, c'est-à-dire en cas de guerre ou d'autre danger public menaçant la vie de la nation. Néanmoins, le second paragraphe de l'article 2 prévoit des hypothèses dans lesquelles la mort n'est pas considérée comme infligée en violation de la Convention, notamment pour assurer la défense d'une personne contre une violence illégale, effectuer une arrestation, empêcher une évasion ou réprimer une émeute. La seconde phrase du premier paragraphe vise quant à elle expressément la peine de mort, la

les Enfants d'Israël que quiconque tuerait une personne non coupable d'un meurtre ou d'une corruption sur la terre, c'est comme s'il avait tué tous les hommes. Et quiconque lui fait don de la vie, c'est comme s'il faisait don de la vie à tous les hommes. En effet Nos messagers sont venus à eux avec les preuves. Et puis voilà, qu'en dépit de cela, beaucoup d'entre eux se mettent à commettre des excès sur la terre » et 33 (« *La récompense de ceux qui font la guerre contre Allah et Son messenger, et qui s'efforcent de semer la corruption sur la terre, c'est qu'ils soient tués, ou crucifiés, ou que soient coupées leur main et leur jambe opposées, ou qu'ils soient expulsés du pays. Ce sera pour eux l'ignominie ici-bas; et dans l'au-delà, il y aura pour eux un énorme châtement »*).

¹⁶ *Condammations à mort et exécutions en 2013*, rapport d'Amnesty international, op.cit.

privation de vie « *en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi* ».

Ce régime d'exception est une empreinte persistante et courante en droit international des droits de l'homme. Classiquement, la peine de mort constitue la première des exceptions au droit à la vie. Le PIDCP consacre même un paragraphe intégral de son article 6 à la peine de mort : « *Dans les pays où la peine de mort n'a pas été abolie, une sentence de mort ne peut être prononcée que pour les crimes les plus graves, conformément à la législation en vigueur au moment où le crime a été commis et qui ne doit pas être en contradiction avec les dispositions du présent Pacte ni avec la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Cette peine ne peut être appliquée qu'en vertu d'un jugement définitif rendu par un tribunal compétent* ». L'article 4 de la Convention africaine des droits de l'homme et des peuples, pris *in fine*, ne dit pas autre chose : Tout être humain a droit à la vie et « *nul ne peut être privé arbitrairement de ce droit* ». *A contrario*, la privation non-arbitraire reste possible. Seule la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, élaborée à l'aube d'un nouveau siècle, dans un espace véritablement dépourvu de la peine capitale, échappe à ce péché originel du droit international des droits de l'homme et diffère radicalement sur ce point. L'article 2 interdit expressément la mise en œuvre mais également le prononcé de cette peine.

Cette spécificité du droit international des droits de l'homme est problématique car cela suppose une abolition par voie de protocole additionnel là où la jurisprudence aurait pu abolir dans le silence des textes. Subséquemment, l'abolition emprunte le visage de deux protocoles facultatifs en droit de la Convention européenne. Le protocole n°6 interdit le recours à la peine de mort sauf pour les actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre. Le protocole n°13 prohibe le supplice en toutes circonstances. Ces deux interdictions ne peuvent ni faire l'objet de dérogations au titre de l'article 15 de la Convention ni de réserves au titre de l'article 57 de la Convention. En l'état, la peine de mort n'est donc totalement inconventionnelle que pour les Etats qui ont dûment signé et ratifié ces deux textes, c'est-à-dire quarante-quatre des quarante-sept membres du Conseil de l'Europe.

En marge, il existe une opinion persistante mais juridiquement fautive selon laquelle l'article 2 § 1 de la Convention européenne n'autoriserait plus la peine de mort. Cette méprise résulte d'une interprétation consensuelle et extensive par le juge européen elle-même réinterprétée de manière idéaliste et extensive par une partie de la doctrine. En effet, dans l'arrêt *Öcalan c/ Turquie* du 12 mai 2005 la Cour européenne des droits de l'homme a ouvertement manifesté son hostilité à ce qu'elle désigne comme une forme inacceptable de sanction. La Cour consacre de longs développements au sujet et considère, eut égard au nombre important de ratification des protocoles d'abolition, qu'il est « *tout à fait possible* » de traduire cette « *franche tendance* » à l'abolition comme un accord des Etats contractants pour abroger, ou du moins modifier, la deuxième phrase de l'article 2 § 1. Ces précautions syntaxiques vident l'affirmation de toute portée. Par ailleurs, le dispositif conclut à l'unanimité à l'absence de violation de l'article 2 de la Convention. Quant au raisonnement sur l'article 3, c'est-à-dire l'interdiction des peines et traitements inhumains et dégradants, la Cour refuse de dresser cette disposition contre l'exception prévue à l'article 2 § 1 : « *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* »¹⁷.

¹⁷ CEDH, 12 mai 2005, *Öcalan c/ Turquie*, § 162.

Dans le prolongement, l'arrêt *Al-Saadoon et Mufdhi c/ Royaume-Uni* du 2 mars 2010 n'exclut pas la possibilité que l'article 2 de la Convention se trouve déjà modifié de telle manière qu'il ne ménage plus d'exception autorisant la peine de mort. L'argument est le même que dans l'arrêt *Öcalan* : les statistiques combinées à la pratique des Etats-membres « *tendent fortement à démontrer* » que l'article 2 de la Convention interdit aujourd'hui la peine de mort en toutes circonstances et « *n'interdisent plus* » d'interpréter les mots « *peine ou traitement inhumain ou dégradant* » de l'article 3 comme s'appliquant à la peine de mort et non plus uniquement à son environnement juridique ou factuel¹⁸. Ici encore les formulations « *tendent fortement à démontrer* », « *n'interdisent plus* » empêchent d'imputer au juge de la Convention une réécriture prétorienne de la Convention. De plus, le dispositif de l'arrêt permet de rétablir l'orthodoxie conventionnelle puisque la Cour refuse de se prononcer sur la violation ou l'absence de violation de l'article 2.

La Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, convention à laquelle la Cour ne cesse de se référer dans sa jurisprudence tout en se réclamant être une juridiction internationale¹⁹, prévoit dans son article 39 qu'un traité, sauf dans la mesure où il en dispose autrement, « *ne peut être amendé que par l'accord entre les parties* ». Quant à une modification, l'hypothèse est prévue à l'article 41 de la dite-convention. Elle ne peut intervenir que par accord et de manière restrictive, c'est-à-dire dans les relations entre certaines parties et si le traité en prévoit la possibilité ou à défaut, ne l'interdit pas. En tout état de cause, la modification ne doit pas toucher ni aux droits et obligations des autres parties, ni aller à l'encontre des buts et objet dudit traité. Par conséquent, la Convention ne pourra être juridiquement purgée de la peine de mort qu'avec l'adoption d'un nouveau protocole, obligatoire, signé et ratifié par l'ensemble des Hautes parties contractantes. Cette proposition d'amendement a d'ailleurs été formulée à plusieurs reprises par l'Assemblée parlementaire²⁰.

Dans l'attente, le système européen propose donc toujours une abolition « à la carte » qui permet de distinguer trois situations juridiques : les Etats soumis au respect du protocole n°13 qui abolissent totalement (quarante-quatre membres), les Etats soumis au respect du protocole n°6 qui abolissent sauf actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre (quarante-six membres), les Etats rétentionnistes à propos desquels on peut ensuite s'interroger sur l'application effective du châtement et / ou la fragilité des moratoires (un Etat)²¹.

L'abolition en Europe est donc élastique et progressive. Cette marque de réalisme, la « *politique des petits pas* », est probablement un gage de réussite. C'est aussi la voie dans laquelle l'Union africaine semble s'être engagée lors de la première conférence continentale intégralement consacrée à la peine mort qui s'est déroulée au Bénin en 2014. A cette occasion, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a adopté une déclaration dans laquelle elle appelle les Etats membres de l'Union africaine à envisager un protocole additionnel à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples sur l'abolition de la peine de mort. Elle mentionne, en outre, sa « *profonde préoccupation concernant de*

¹⁸ CEDH, 4 octobre 2010, *Al-Saadoon et Mufdhi c/ Royaume-Uni*, § 120.

¹⁹ CEDH, 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, § 29.

²⁰ APCE, recommandation 891 (1980) relative à la Convention européenne des droits de l'homme, 22 avril 1980 ; résolution 727 (1980) relative à la peine de mort, 22 avril 1980.

²¹ S. Manacorda, « L'abolition de la peine capitale en Europe : le cercle vertueux de la politique criminelle et les risques de rupture », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2008, n°3, p. 563-573.

l'application de la peine de mort dans un nombre significatif d'États africains »²². Par ailleurs, l'Union africaine a repris la logique onusienne antérieure au deuxième protocole du PIDCP en transposant dans son ordre juridique les interdictions du recours à la peine de mort formulées à l'article 6 § 5 du PICDP : « *Une sentence de mort ne peut être imposée pour des crimes commis par des personnes âgées de moins de 18 ans et ne peut être exécutée contre des femmes enceintes* ».

En premier lieu, la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant adoptée à Addis-Abeba (Ethiopie) en juillet 1990 prohibe la peine de mort pour les enfants dans son article 5 § 3 : « *La peine de mort n'est pas prononcée pour les crimes commis par des enfants* ». Ce texte est aujourd'hui ratifié par quarante-et-un Etats dont le Nigeria. C'est le moyen qui a été utilisée devant la Cour de justice de la CEDEAO dans l'affaire *Maimuna Abdulmumini* afin d'obtenir un sursis à exécution puisque la requérante a été condamnée à mort pour un crime commis alors qu'elle n'était âgée que de 13 ans. Le Nigeria est également partie au PIDCP qu'il a ratifié le 29 juillet 1993.

En second lieu, l'article 4 § 2 j) du protocole additionnel à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de femmes en date du 11 juillet 2003 oblige les Etats à prendre les mesures appropriées et effectives pour s'assurer que, dans les pays où elle existe encore, la peine de mort ne soit pas prononcée à l'encontre de la femme enceinte ou allaitante. Le texte est actuellement contraignant pour dix-huit des Etats membres.

1.2. La réversibilité des normes régionales abolitionnistes

Lois, constitutions, traités, normes en général... selon la formule attribuée au Doyen Vedel pour désigner la Constitution, il ne s'agit bien souvent que de « barrières de papier ». Elles peuvent être réécrites, abrogées, révisées et, en matière de droit international des droits de l'homme, dénoncées. Le système de l'Union européenne, de la Convention européenne de sauvegarde, de la CEDEAO ou de l'Union africaine ont un point commun : les Etats peuvent se retirer et, partant se soustraire aux normes abolitionnistes qu'elles soient générales ou sélectives.

Pour la Convention européenne, la procédure et les conditions de dénonciation sont prévues à l'article 58. Un débat a opposé la doctrine pour savoir s'il était possible de dénoncer le protocole n°13 sans dénoncer la Convention elle-même. Les avis sont partagés et il est préférable que cette question reste du domaine de la doctrine même s'il est plutôt admis en droit international que les protocoles additionnels puissent être dénoncés séparément²³. En ce qui concerne le droit de l'Union européenne, la possibilité d'un retrait volontaire et unilatéral a été introduite à l'article 50 du TUE par le Traité de Lisbonne de 2007. L'État membre souhaitant se retirer notifie son intention au Conseil européen lequel présente des orientations pour la conclusion d'un accord fixant les modalités du retrait. Cet accord est conclu à la majorité qualifiée par le Conseil après approbation du Parlement européen. S'agissant de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, elle ne comprend aucune clause de dénonciation. Toutefois, l'acte constitutif de l'Union africaine du 11 juillet 2000 organise la possibilité de se retirer dans son article 31. Enfin, l'article 91 du Traité révisé de la CEDEAO permet à tout Etat membre désireux de se retirer de la Communauté

²² Déclaration de la Conférence continentale sur l'Abolition de la Peine de Mort en Afrique, Cotonou, 4 juillet 2014.

²³ J-F. Flauss, « La Convention européenne des droits de l'homme, A propos de la dénonciation des protocoles », *LPA*, 9 janvier 1989, n° 4, p. 10

La question n'est malheureusement pas rhétorique. Il existe un précédent, l'affaire *Rawle Kennedy c/ Trinité et Tobago*. En l'espèce, le Comité des droits de l'homme avait invalidé une réserve de l'Etat défendeur au premier protocole additionnel du PIDCP, réserve qui excluait la compétence du Comité pour connaître des communications concernant les condamnés à mort²⁴. En réaction, Trinité et Tobago a dénoncé le protocole avec effet immédiat. Depuis, ce petit Etat est devenu un des fers de lance du rétentionnisme en votant systématiquement contre les propositions de moratoire présentées devant l'Assemblée générale des Nations-Unies.

A cet égard, le deuxième protocole facultatif du PIDCP est un texte particulier puisqu'il tente de verrouiller juridiquement l'abolition. En effet, il ne peut faire l'objet d'aucune dénonciation. Adopté par l'Assemblée générale des Nations-Unies dans sa résolution 44/128 du 15 décembre 1989, ce protocole est entré en application le 11 juillet 1991 après sa dixième ratification. C'est le premier texte obligatoire à portée universelle qui, au nom de la dignité humaine, prohibe et de manière irréversible la peine capitale. Le Comité des droits de l'homme a souligné l'impossibilité de déduire une clause tacite de dénonciation²⁵. Tout d'abord, ce type de clause a délibérément été omis. Ensuite, le Pacte n'entre pas dans les traités qui, en raison de leur nature peuvent être dénoncés notamment au regard de leur caractère provisoire.

Ce verrou n'a rencontré qu'un succès très relatif auprès des Etats membres des systèmes africains. Sur les quinze membres de la CEDEAO, quatre seulement l'ont signé et ratifié²⁶. Le Niger s'apprête à signer. Pire, le Libéria a rétabli la peine de mort dans son ordonnancement juridique alors qu'il avait signé et ratifié le protocole d'abolition onusien le 16 septembre 2005. A l'Union africaine, on compte uniquement une dizaine de signataires communs de ce texte et de la Charte des droits africains des droits de l'homme et du peuple²⁷. A l'instar de la majorité des textes internationaux abolissant la peine de mort, le protocole a essentiellement été signé et ratifié par des Etats abolitionnistes. Son caractère irréversible et l'atteinte à la souveraineté qu'il suggère ont probablement aggravé ce manque d'intérêt. Beaucoup d'Etats ont préféré la para-constitutionnalité des systèmes juridiques régionaux à la supra-constitutionnalité qu'il induit. En Europe, l'exemple de la France est significatif. Pays crispé sur la notion de souveraineté, la Constitution a dû être révisée suite à la décision du Conseil constitutionnel du 13 octobre 2005 afin de permettre sa ratification²⁸. La loi constitutionnelle n°2007-233 du 24 février 2007 introduit un article 66-1 aux termes duquel : « *Nul ne peut être condamné à la peine de mort* »²⁹. Les apparences et la pyramide des normes étaient sauvées³⁰.

²⁴ CDH, 2 novembre 1999, *Rawle Kennedy c/ Trinité et Tobago*.

²⁵ CDH, Observation générale n°26, Continuité des obligations, 29 octobre 1997.

²⁶ Bénin, Cap-Vert, Guinée-Bissau, Libéria.

²⁷ Afrique du Sud, Bénin, Cap Vert, Djibouti, Libéria, Mozambique, Namibie, Rwanda, Seychelles.

²⁸ Cons. const., déc. n°2005/524-525, 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort*. Voir B. Mathieu, « Examen de la compatibilité à la Constitution de deux protocoles additionnels concernant l'abolition de la peine de mort », *JCP G*, n°49, 7 décembre 2005, n°49, 10171 ; A. Ondoua, « A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 13 octobre 2005 n°2005-524 DC, abolition de la peine de mort et constitution », *Recueil Dalloz*, 2006, n°9, p. 634-637

²⁹ D. Chalus, « Quel intérêt à l'abolition constitutionnelle de la peine capitale en France », *RFDC*, 2007, n°71, p. 471-498 ; B. de Lamy, « A propos de la loi constitutionnelle n° 2007-239 du 23 février 2007 relative à l'interdiction de la peine de mort : de l'abolition à l'interdiction », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2008, n°1, p. 126-130 ; M-L. Rassat, « Mort de la peine de mort », *JCP G*, 2007, n° 13, p. 3-4 ; M. Verpeaux, « La peine de mort et la Constitution : commentaire de la décision n°524/525 DC du 13 octobre 2005 du Conseil constitutionnel », *Europe*, 2006, n°6, p. 7-9.

2. Les stratégies de neutralisation jurisprudentielle de la peine de mort

Malgré une différence importante entre la jurisprudence européenne riche de standards bien établis et les jurisprudences africaines naissantes qui offrent surtout des perspectives, les premiers arrêts semblent indiquer que la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et la Cour de justice de la CEDEAO s'engagent sur un chemin similaire à celui emprunté par la Cour européenne des droits de l'homme avant elles mais aussi le Comité des droits de l'homme.

Il est possible de distinguer deux catégories de stratégies : les premières à usage interne (2.1.), les secondes à usage externe (2.2.).

2.1. Les stratégies jurisprudentielles à usage interne

Les catalogues de droits européens, africains mais aussi onusiens sont des inhibiteurs en puissance de la peine de mort dans les pays rétentionnistes. Ils permettent d'y endiguer le prononcé du châtement puis d'empêcher son exécution. Il s'agit de contrôler l'environnement et les circonstances entourant la sentence puis sa mise en œuvre. L'enserrement de la peine de mort dans un carcan d'exigences périphériques destiné à la priver d'effectivité est un domaine qui offre les illustrations les plus topiques du mimétisme et de l'enrichissement mutuel entre jurisprudences internationales des droits de l'homme. Ainsi dans l'arrêt *Öcalan c/ Turquie*, la Cour européenne des droits de l'homme se réfère à plusieurs arrêts, rapports ou observations du Comité des droits de l'homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme³¹.

Le premier levier d'étranglement de la peine de mort réside dans les garanties procédurales offertes par l'intégralité des pactes, chartes, traités ou conventions et qui permettent de dégager des modèles régionaux et internationaux de justice. La Cour européenne des droits de l'homme dispose de sources abondantes pour encadrer le prononcé de la peine de mort : l'article 2 de la Convention qui conditionne la condamnation à mort par l'intervention d'un tribunal et la légalité de la peine, l'article 6 relatif au droit à un procès équitable, l'article 7 qui impose la légalité des peines et le principe de non rétroactivité de la loi pénale et des peines, l'article 13 sur le droit à un recours effectif renforcé en matière pénale par l'article 2 du protocole n°7 qui donne droit à un double degré de juridiction. La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et la Cour de justice de la CEDEAO se référeront essentiellement à deux articles de la Charte africaine : l'article 4 qui précise que nul ne peut être arbitrairement privé du droit à la vie et l'article 7 qui énonce les principales garanties du justiciable : droit de voir sa cause entendue par une juridiction nationale compétente pour tout acte violant les droits fondamentaux reconnus et garantis par les conventions, les lois, règlements et coutumes en vigueur, présomption d'innocence, droits de la défense, non rétroactivité de la loi pénale et des peines. A l'instar des normes conventionnel ou encore des articles 6 § 2 et 14 du PIDCP, ces textes sont bien assez flous pour permettre une jurisprudence dynamique dotée d'une finalité abolitionniste.

³⁰ E. Matutano, « L'interdiction de la peine de mort et la hiérarchie des normes en droit français à la lumière de la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 13 octobre 2005 », *RRJ*, 2005, n°4, p. 2209-2219.

³¹ CEDH, 12 mai 2005, *Öcalan c/ Turquie*, § 60.

Dans l'affaire *Thankgod Ebhos*, si la Cour de justice de la CEDEAO a ordonné au Nigeria de retirer le requérant de la liste de condamnés à mort c'est précisément afin de lui permettre de jouir d'un recours effectif et au motif que la peine capitale avait été prononcée par un tribunal spécial instauré par le régime militaire³². L'appréciation est similaire à celle de la Cour européenne lorsque cette dernière conclut dans l'arrêt *Öcalan* à la violation de l'article 6 § 1. La présence d'un magistrat militaire dans une formation de jugement ayant prononcé une condamnation à mort, en l'espèce la Cour de sûreté de l'Etat, altère inévitablement le caractère équitable de la procédure. Selon une jurisprudence bien établie, la Cour européenne estime que le statut des juges militaires rend sujet à caution leur indépendance vis-à-vis de l'exécutif³³. De plus, outre les doutes jetés sur la régularité de la procédure liés à la présence, même temporaire, d'un juge militaire, le requérant n'avait pas, en l'espèce, bénéficié de la pleine assistance d'un avocat et d'un accès satisfaisant à son dossier. A Genève, le Comité des droits de l'homme considère depuis longtemps que l'inobservation des garanties inscrites à l'article 14 du PIDCP entraîne la violation de l'article 6 § 2 en cas d'exécution de la sentence de mort³⁴.

Le second levier d'étranglement repose sur l'interdiction des peines et des traitements inhumains et dégradants. L'intérêt de cette interdiction est double. Elle permet d'appréhender l'exposition du condamné à mort à des souffrances excessives avant son exécution puis de disqualifier certaines méthodes d'exécution. On la retrouve inscrite en termes analogues à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme qui, selon les termes du juge européen « *consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques* », « *ne prévoit pas de restrictions, et il ne souffre nulle dérogation d'après l'article 15* »³⁵, à l'article 5 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et à l'article 7 du PIDCP. Détail intéressant, la Charte africaine est le seul de ces trois textes qui mentionne expressément le principe de dignité humaine duquel transpire l'interdiction des peines ou traitements inhumains et dégradants. En droit de la Convention européenne, il a fallu, dans le silence des textes, que la Cour européenne le tire de son écrin d'évidence³⁶.

L'exposition au syndrome du couloir de la mort, « *l'angoisse omniprésente et croissante de l'exécution de la peine capitale pendant une longue période* », a ainsi fait l'objet d'une jurisprudence abondante de la Cour européenne des droits de l'homme. L'arrêt de référence est déjà ancien. Il s'agit de l'arrêt *Soering c/ Royaume-Uni* du 7 juillet 1989 dont la solution a été déclinée de nombreuses fois dans les affaires concernant l'Ukraine et la Bulgarie à une époque ces deux Etats comptaient encore des détenus en attente d'exécution dans leurs centres pénitentiaires³⁷. Dans cette affaire, la Cour mobilise une interprétation évolutive de l'article 3 de la Convention, c'est-à-dire « *à la lumière des conditions de vie actuelle* », afin de déduire la contrariété de cette stipulation avec le système et de la durée de détention des condamnés à mort en Virginie avant leur exécution, six à huit ans en moyenne. L'extradition du requérant en vue d'être jugé aux Etats-Unis pour assassinat avec une forte probabilité de se voir condamné à mort, l'exposerait, par conséquent, à un risque réel de traitement dépassant le seuil de souffrance acceptable et inhérent à une condamnation à mort³⁸. Le Comité des

³² CJ-CEDEAO, 10 juin 2014, *Thankgod Ebhos/ Nigeria*.

³³ CEDH, 9 juin 1998, *Incal c/ Turquie*, § 68 ; 28 octobre 1998, *Çıraklar c/ Turquie*, § 39.

³⁴ CDH, 20 juillet 1990, *Carlton Reid c/ Jamaïque*.

³⁵ CEDH, 28 février 2008, *Saadi c/ Italie*, § 127.

³⁶ CEDH, 25 avril 1978, *Tyrer c/ Royaume-Uni*.

³⁷ CEDH, 29 avril 2003, *Poltoratski c/ Ukraine*, *Kouznetsov c/ Ukraine*, *Nazarenko c/ Ukraine*, *Dankevitch c/ Ukraine*, *Aliiev c/ Ukraine* et *Khokhlitch c/ Ukraine* ; 11 mars 2004, *G.B. c/ Bulgarie* et *Iorgov c/ Bulgarie*.

³⁸ CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, § 111.

droits de l'homme considère dans le même sens que le stress psychologique intense et la dégradation de santé psychique du condamné à mort provoqué par sa détention emporte violation de l'article 7 du PIDCP relatif à l'interdiction des traitements cruels, inhumains ou dégradants³⁹. Toutefois, Le temps n'est pas un facteur décisif. Le Comité refuse d'envisager la durée de la détention préalable comme étant, en elle-même, contraire à cette stipulation⁴⁰. L'attente, dans les couloirs de la mort, même très longue, n'est pas contraire au PIDCP « *aussi cruelle, dégradante et inhumaine qu'elle puisse paraître* ». Seule l'existence de circonstances impérieuses peut faire basculer le rapport de nécessité. En revanche, indépendamment de l'angoisse provoquée par une attente injustifiée, le Comité des droits de l'homme a jugé que certains comportements en liaison avec le supplice peuvent entraîner une violation de l'article 7 du Pacte : l'information tardive d'un sursis à exécution⁴¹, des railleries ou injures faites au condamné⁴², une simulation d'exécution⁴³... autant de raisonnements facilement transposables et exploitables dans les jurisprudences africaines des droits de l'homme.

Quant à l'exécution proprement dite, le Comité des droits de l'homme invite les Etats à ce que les condamnés soient exposés « *au moins de souffrances possibles, physiques ou mentales* »⁴⁴. En pratique, il opère une dichotomie entre les méthodes d'exécution acceptables et les autres. Sont visées deux catégories de procédés : les exécutions à caractère public⁴⁵ ; les méthodes d'exécution « *particulièrement horribles* » qui entraînent des souffrances physiques et morales dépourvues de nécessité. C'est le cas de l'asphyxie ou encore de la lapidation⁴⁶. A l'inverse, l'injection létale ou le peloton d'exécution ne sont pas, selon le Comité, assimilables à des traitements cruels, inhumains ou dégradants⁴⁷.

Pour la Cour européenne des droits de l'homme, la façon de mettre à mort a longtemps été un des éléments d'appréciation des circonstances de nature à faire naître un doute sur la conventionnalité. Elle a ainsi stigmatisé avec force certains procédés comme la lapidation⁴⁸. Toutefois, depuis l'arrêt *Al-Saadoon et Mufdhi*, la Cour tend à reléguer cette question au second rang. La Cour n'engage pas le débat sur les arguments avancés par les parties pour discuter l'inhumanité ou non de la pendaison. On retrouve, en creux l'idée que toute exécution est susceptible d'entraîner la violation de l'article 3 de la Convention quelle que soit la façon d'exécuter⁴⁹. Le raisonnement est acrobatique puisqu'il laisse penser que la seconde phrase de l'article 2 § 1 pourrait être neutralisée par une interprétation extensive de l'article 3. De fait la Cour conclut à la violation de l'article 3 consécutivement à la « *Crainte d'être condamné à mort* ». L'audace est calculée car l'affaire ne concerne pas une situation exclusivement interne rendue improbable par l'adhésion aux protocoles n°6 et 13 de la quasi-totalité des Etats membres du conseil de l'Europe mais une violation conditionnelle de la Convention dans le cadre d'une mesure d'éloignement d'un étranger pour être jugé dans son pays.

³⁹ CDH, 6 avril 1989, *Pratt et Morgan c/ Jamaïque* ; 25 juillet 1995, *Clément Francis c/ Jamaïque*.

⁴⁰ CDH, 24 mars 1993, *Howard Martin c/ Jamaïque*, § 16.

⁴¹ CDH, 6 avril 1989 *Earl Pratt et Ivan Morgan c/ Jamaïque*.

⁴² CDH, 15 juillet 1994, *Dwayne Hylton c/ Jamaïque*.

⁴³ CDH, 2 novembre 1992, *Linton c/ Jamaïque*.

⁴⁴ CDH, Observation générale 20/44 relative à l'article 7 du PIDCP, 3 avril 1992.

⁴⁵ CDH, Observations finales sur le rapport initial du Nigeria, 24 juillet 1996.

⁴⁶ CDH, 5 novembre 1993, *Ng c/ Canada* ; Commission des droits de l'homme, résolutions 2003/67 et 2004/67 relatives à l'examen du rapport périodique du Yémen.

⁴⁷ CDH, 30 juillet 1993, *Kindler c/ Canada*, § 15.3 ; CDH, 3 avril 2003, *Mariya Staselovich c/ Belarus*, § 9.2.

⁴⁸ CEDH, 11 octobre 2000, *Jabari c/ Turquie*, § 41.

⁴⁹ CEDH, 4 octobre 2010, *Al-Saadoon et Mufdhi c/ Royaume-Uni*.

2.2. Les stratégies jurisprudentielles à usage externe

Il n'appartient pas, en principe, à un juge de statuer sur l'existence ou l'absence de violation virtuelle des normes qu'il est chargé de faire respecter. C'est pourtant l'option qu'a choisie la Cour européenne des droits de l'homme lorsque, consécutivement à une mesure d'éloignement, il existe des motifs sérieux et avérés de croire que la remise de l'étranger se soldera par une violation de l'article 2 ou de l'article 3 de la Convention dans le pays de destination.

Cet effet, dit « *extraterritorial* » de la Convention, s'est fait ressentir pour la première fois dans l'arrêt *Soering*, c'est-à-dire une affaire dont la peine de mort constituait la toile de fond. Les violations conditionnelles ou virtuelles permettent, le cas échéant, d'engager la responsabilité d'un État contractant au titre de la Convention et de neutraliser par ricochet la peine de mort dans un Etat tiers⁵⁰. En l'espèce, la Cour a conclu qu'une extradition vers les États-Unis exposerait le requérant à un risque réel de traitement contraire à l'article 3 de la Convention du fait non pas de sa condamnation à mort mais de son exposition au syndrome du couloir de la mort. Cette politique jurisprudentielle de neutralisation de la peine de mort par ricochet s'est rapidement développée. La Cour a ainsi évité à plusieurs condamnées à mort ou susceptibles de l'être dans des circonstances inconventionnelles d'être extradées : absence de procédure équitable dans l'affaire *Baber et Kanbor c/ Suède*⁵¹, attente interminable avant l'exécution dans l'affaire *Soering c/ Royaume-Uni*, méthode d'exécution dans l'affaire *Jabari c/ Turquie*⁵²...

La Cour vient récemment de franchir une étape supplémentaire dans son arrêt *Al Nashiri c/ Pologne* du 24 juillet 2014. Elle a conclu à la violation des articles 2 et 3 de la Convention combinés avec l'article 1^{er} du protocole n°6 d'une part et de l'article 6 § 1 de la Convention d'autre part en raison de ce que l'Etat défendeur avait permis à la CIA de déférer le requérant à une commission militaire et l'avait ainsi exposé à un risque sérieux et prévisible de se voir condamné à la peine de mort à l'issue d'un procès inéquitable. Dans la droite ligne de l'arrêt *Al-Saadoon et Mufdhi*, cette jurisprudence indique que les Hautes parties contractantes ne peuvent tout simplement plus extradier une personne susceptible d'être condamnée à mort. Une question reste dès lors en suspens : *quid* de la Russie qui extradierait une personne risquant d'être condamnée à mort après un procès équitable, la possibilité de recours effectifs, de demander sa grâce, sans être soumise au syndrome du couloir de la mort et selon un méthode d'exécution tolérée ? La proposition est volontairement provocatrice. Elle relève plus de la science-fiction que de la réalité mais la position du Comité des droits de l'homme sur ce point a le mérite de la cohérence puisqu'il soumet uniquement les Etats abolitionnistes à l'interdiction de procéder à une mesure d'éloignement lorsque l'étranger risque la peine de mort dans le pays de destination⁵³.

Enfin, le système conventionnel, comme le système mis en place par la Charte africaine, possède un outil précieux dont la conjugaison avec le contrôle des violations conditionnelles s'est avéré particulièrement efficace : les mesures provisoires. Cette technique repose sur la notion de bonne administration de la justice qui implique que ne soient accomplis, en cours de procédure, des actes irréparables.

⁵⁰ CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, § 90-91.

⁵¹ CEDH, 8 novembre 2005, *Bader et Kanbor c/ Suède*.

⁵² CEDH, 11 octobre 2000, *Jabari c/ Turquie*.

⁵³ CDH, 5 août 2003, *Judge c/ Canada*.

En droit de la Convention européenne, l'article 39 du règlement de procédure de la Cour la possibilité pour une chambre ou son président, soit à la demande d'une partie ou de toute autre personne intéressée, soit d'office, indiquer aux parties toute mesure provisoire qu'ils estiment devoir être adoptée dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure. C'est précisément en matière d'éloignement lorsque pèse sur la personne une menace pour son intégrité vitale ou physique que l'application de cette possibilité a été la plus fréquente et la plus spectaculaire. Depuis l'arrêt *Mamatkulov et Askarov c/ Turquie*, la Cour ne fonde plus l'autorité des mesures prononcées sur l'obligation de coopération loyale de Etats mais sur la contrainte juridique, plus précisément sur une combinaison entre les articles 1^{er} et 34 de la convention européenne des droits de l'homme respectivement relatifs aux obligations des Etats et au recours individuel. La Cour considère désormais que « *l'inobservation par un Etat défendeur de mesures provisoires met en péril l'efficacité du droit de recours individuel* »⁵⁴. Non seulement, la Cour opte pour une obligation juridique contraignante mais il s'agit, au regard du régime d'exécution de ces mesures, d'une obligation renforcée⁵⁵. L'argument en défense tiré de la non-réalisation du dommage est inopérant. Seul compte de savoir si l'Etat s'est ou ne s'est pas conformé à la mesure provisoire.

En droit de la Charte africaine, c'est l'article 27.2 du protocole portant création de la Cour qui prévoit la possibilité de prononcer des mesures provisoires. Cette présence dans le protocole n'exclut pourtant pas une réflexion sur la valeur et la portée exacte des dites-mesures car, parallèlement, l'article 30 du dit-protocole n'affirme l'autorité que des « *décisions rendues par la Cour* ». Une interprétation restrictive permettrait de ne prendre en compte que les arrêts. On peut souhaiter que la Cour africaine ne cèdera pas sur ce point eu égard à l'expérience douloureuse de la Commission africaine dans l'affaire Ken Saro-Wiwa. Le Nigéria avait fait bien peu de cas de l'injonction de surseoir à l'exécution de l'écrivain qui lui avait été adressée, certes sous forme de note verbale⁵⁶.

*

* *

En conclusion, une approche comparée entre systèmes européens et africains en matière d'abolition de la peine de mort donne surtout le sentiment que le droit de la Convention est un modèle à exporter. Les textes abolitionnistes sont contraignants et presque unanimement acceptés. La jurisprudence est stable et comporte peu d'ambiguïtés. Contrairement aux espaces africains, l'abolition ne relève plus de la conquête mais de la vigilance. La notion d'élément du patrimoine européen fait appel au registre de l'acquis et du définitif. C'est une idée simplificatrice et dangereuse. Il n'existe pas de sens de l'histoire dont l'abolition serait un des jalons. En France, la récente progression du pourcentage d'opinions favorables à la peine de mort, plus de 10 % en deux ans montre à quel point la vigilance sera toujours de rigueur⁵⁷. Le discours favorable au rétablissement de la peine de mort n'est pas l'apanage de

⁵⁴ CEDH, 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c/ Turquie*.

⁵⁵ CEDH, 10 mars 2009, *Paladi c/ Moldavie*, § 89.

⁵⁶ Com. ADHP, 31 octobre 1998, *International PEN, Constitutional Rights, Interights au nom de Ken SaroWiwa Jr. et Civil Liberties Organisation c/ Nigéria*.

⁵⁷ Quatrième vague du baromètre de la confiance politique publié par le CEVIPOF, en partenariat avec le Conseil économique social et environnemental. L'enquête a été réalisée par Opinionway du 5 au 20 décembre 2012 auprès d'un échantillon de 1509 personnes représentatif de la population française en âge de voter.

quelques voix isolées et politiquement connotées hors du champ républicain qui voient dans l'abolition les effets d'un « aveuglement technocratique » auquel il faudrait impérativement mettre un terme⁵⁸. Suite à l'attentat perpétré contre le journal satirique Charlie Hebdo, une de premières réaction politique à l'extrême-droite a été d'appeler à un référendum sur la peine de mort⁵⁹.

Par ailleurs, le succès de l'abolitionnisme tend à faire oublier que, dans le vide laissé par l'abolition, s'est insinué en remplacement un autre supplice moins visiblement cruel : la réclusion criminelle à perpétuité parfois réelle ou assortie de périodes de sûreté incompressibles particulièrement longues. Cette substitution qui permet souvent de mieux faire accepter l'abolition à une opinion publique réticente est une proche parente de la peine capitale. Certes, la réclusion à perpétuité et les peines très longues ne possèdent pas le caractère irréversible de la peine de mort mais il s'agit aussi de disqualifier, d'éliminer le condamné de la société. Il s'agit probablement du prochain horizon du droit conventionnel en matière de peine et de dignité humaine⁶⁰. En effet, alors que la Cour européenne des droits de l'homme a longtemps refusé de s'interroger sur la conventionnalité de la réclusion à perpétuité au regard de l'article 3 de la Convention pour concentrer son contrôle sur l'article 5 et la régularité de la détention dans le temps, elle vient enfin de considérer, dans un arrêt *Trabelsi c/ Belgique* du 4 septembre 2014, que les peines perpétuelles incompressibles sont inhumaines et dégradantes⁶¹.

Yannick Lécuyer

Maître de conférences HDR - Angers

Membre de l'Institut international des droits de l'homme

⁵⁸ R. Micheli, *L'émotion argumentée : l'abolition de la peine de mort dans le débat parlementaire français*, Paris, Éditions du Cerf, 2010. 487 p.

⁵⁹

⁶⁰ Y. Lécuyer, « La perpétuité, la dignité humaine et la Cour européenne des droits de l'homme », *RPDP*, 2010, n°3, p. 563-572 ; *La perpétuité perpétuelle : Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité et les longues peines*, dir. Y. Lécuyer, Rennes, PUR, 2011, 202 p.

⁶¹ CEDH, 4 septembre 2014, *Trabelsi c/ Belgique*. Cet arrêt doit être lu en parallèle avec l'arrêt *Bodein c/ France* du 13 novembre 2014 dans lequel la Cour valide la conventionnalité du système français de réclusion criminelle à perpétuité qui prévoit une période de sûreté pouvant aller jusqu'à vingt-deux ans.