



Quel intérêt à l'abolition constitutionnelle de la peine capitale en France

Delphine Chalus

DANS **REVUE FRANÇAISE DE DROIT CONSTITUTIONNEL** 2007/3 (N° 71), PAGES 471 À 498
ÉDITIONS **PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE**

ISSN 1151-2385

ISBN 9782130561460

DOI 10.3917/rfdc.071.0471

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2007-3-page-471.htm>



CAIRN.INFO
MATIÈRES À RÉFLEXION

Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...

Flashez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Presses Universitaires de France.

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

Quel intérêt à l'abolition constitutionnelle de la peine capitale en France

DELPHINE CHALUS

Lorsque le Président de la République Jacques Chirac a annoncé le 3 janvier 2006 son intention de faire procéder à une révision de la Constitution du 4 octobre 1958 afin d'y faire figurer l'interdiction de la peine capitale¹ a-t-on pu s'interroger sur la portée de cette annonce et l'interpréter comme un effet de manche afin de dissimuler une réforme constitutionnelle plus importante². Toutefois, un projet de loi constitutionnelle a été élaboré³, proposant que soit ajouté au titre VIII de la Constitution un article 66-1 ainsi rédigé : « Nul ne peut être condamné à la peine de mort »⁴. Il a été voté en termes identiques par l'Assemblée nationale le 30 janvier 2007 et par le Sénat le 7 février 2007. Présenté au Congrès le 19 février 2007, il a été adopté par 828 parlementaires, contre 26⁵.

Pourtant, il est possible de se questionner sur la nécessité d'une telle révision⁶. A l'issue d'une longue évolution⁷, la peine de mort a été abolie en France par la loi du 9 octobre 1981⁸. Avec la ratification et

Delphine Chalus, docteur en droit public, Observatoire des mutations étatiques européennes (OMEE), Faculté de droit et de science politique, Université d'Auvergne Clermont I.

1. Sur les motivations d'une telle réforme voir Jean-François Flauss, « Le Conseil constitutionnel et les engagements internationaux relatifs à l'abolition définitive de la peine de mort », *Revue générale de droit international public*, 2006, n° 1, p. 117 et Edwin 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 », *Revue de la recherche juridique-Droit prospectif*, 2005, n° 4, p. 2212-2213.

2. Voir *Le Figaro*, 4 janvier 2006, p. 6.

3. *Le Monde*, 28 décembre 2006 ; *Liberation*, 28 décembre 2006.

4. Décret tendant à soumettre trois projets de loi constitutionnelle au Parlement réuni en Congrès, 9 février 2007, *JO*, 10 février 2007, p. 2553.

5. *Le Figaro*, 20 février 2007, p. 8. C'est la loi constitutionnelle n° 2007-239 du 23 février 2007 relative à l'interdiction de la peine de mort, *JO*, 24 février 2007, n° 47, p. 3355.

6. Michel 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. 9.

7. Voir Jean Imbert, *La peine de mort*, Que sais-je ?, n° 1834, PUF, 1989, 1998, 3^e édition, 126 p. ; Jean-Marie Carbasse, *La peine de mort*, Que sais-je ?, n° 1834, PUF, 2002, 128 p.

Revue française de Droit constitutionnel, 71, 2007

l'entrée en vigueur du Protocole n° 6 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif à l'interdiction de la peine de mort en temps de paix⁹, on pouvait croire l'affaire close. Certes, il avait déjà été montré que le rétablissement de la peine capitale n'était pas impossible¹⁰ et parfois d'aucuns tentaient de relancer le débat sur cette question¹¹ mais le consensus se maintenait. Aussi, l'on pourrait même qualifier cette réforme de révision technique et inutile. Cependant, concernant la protection de la personne humaine peut-être peut-on supposer qu'aucune révision n'est inutile mais il n'est pas superflu de s'interroger sur la portée d'une telle réforme. Le droit positif apporte de nombreuses précisions, tant du point de vue international qu'interne. Néanmoins plusieurs questions restent en suspens.

C'est pourquoi il est permis de présumer que la révision projetée de la Constitution peut offrir une protection accrue contre l'hypothèse du rétablissement de la peine de mort. Dans quelle mesure cette révision parfait-elle le dispositif qui s'opposait jusqu'alors au législateur français ? D'une part, s'il existait déjà une limite explicite à la volonté du législateur par la ratification du Protocole n° 6 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, celle-ci peut apparaître comme insuffisante. A travers ses deux décisions relatives à la ratification de Protocoles internationaux abolissant la peine de mort¹², le Conseil constitutionnel a mis en exergue la fragilité relative de l'interdiction de la peine capitale s'opposant à la France. En effet, il a suivi une analyse des conditions de sauvegarde de la souveraineté nationale en cas de ratification des documents internationaux pertinents¹³. En répondant que

8. Loi n 81-908 du 9 octobre 1981 portant abolition de la peine de mort, *JO*, 10 octobre 1981, p. 2759. Cette loi a substitué la réclusion criminelle à perpétuité à la mort dans toutes les dispositions du Code pénal, du Code de procédure pénale et du Code de justice militaire.

9. Ratifié le 17 février 1986 (loi d'autorisation n°85-1485 du 31 décembre 1985, *JO*, 1^{er} janvier 1986, p. 16), le Protocole n° 6 est entré en vigueur en France le 1^{er} mars 1986.

10. Voir Denys de Béchillon, « Le rétablissement de la peine de mort. Aspects de droit public », Mario Cario (dir.), *La peine de mort au seuil du 3^e millénaire*, Mélanges Berstein, Eres, 1993, p. 83-103.

11. Depuis 1981, 28 propositions de loi visant à rétablir la peine de mort ont été déposées au Parlement. Des dirigeants de partis politiques, tels Philippe de Villiers ou Jean-Marie Le Pen, sont favorables à la peine capitale et ce dernier s'est régulièrement prononcé pour la remise en cause de l'abolition. Voir le programme du Mouvement pour la France (<http://www.mpf-villiers.com>) et du Front national (<http://www.frontnational.com>). Hors de toute considération électorale, des universitaires avertis continuent d'exprimer leur désaccord avec l'abolition. V. par ex., Jean-Louis Harouel, « De la légitimité de la peine de mort », *Le Figaro*, 1^{er} janvier 2007.

12. cc 85-188 dc, 22 mai 1985, *JO*, 23 mai 1985, p. 5795 ; *Rec.*, p. 15 ; *RJC*, p. 1-224 ; cc n°2005-524/525 dc, 13 octobre 2005, *Rec.*, p. 142, *JO*, 20 octobre 2005, p. 16609.

13. Sur la liaison entre sauvegarde de la souveraineté nationale et dénonciation des traités internationaux, voir Michel Verpeaux, *op. cit.* ; Florence Chaltiel, « Peine de mort et souveraineté : nouvelles précisions sur le principe constitutionnel de souveraineté nationale (A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 13 octobre 2005) », *Les petites affiches*, 8 décembre 2005, n° 244, p. 5-8.

d'un point de vue strictement juridique les Protocoles additionnels à la Convention européenne des droits de l'homme n° 6 et n° 13 peuvent être dénoncés tandis que ne peut pas l'être le second Protocole facultatif au Pacte de New York de 1966 relatif aux droits civils et politiques, le juge constitutionnel a rappelé que la volonté des pouvoirs publics constitutionnels ou du souverain (à travers une loi référendaire) n'est que partiellement ou temporairement limitée par le droit international (I). D'autre part, nonobstant les limites internationales, on peut s'interroger sur l'existence dans le corps même du « bloc de constitutionnalité » de dispositions faisant obstacle au rétablissement de la peine capitale. Mais, en l'absence de réponse définitive sur ce point (II), l'introduction dans le corpus constitutionnel de l'interdiction de la sanction capitale établit une limite explicite à la volonté du législateur que le Conseil constitutionnel serait en mesure de sanctionner.

I – LES LIMITES DU DROIT INTERNATIONAL AU RÉTABLISSEMENT DE LA PEINE CAPITALE

Les limites que le droit international relatif à l'abolition de la peine de mort oppose à la France sont, d'un point de vue juridique, incertaines. Ainsi, si la ratification des Protocoles européens n'implique pas la révision constitutionnelle c'est parce que la restriction à la loi pénale qu'ils prescrivent, aussi étendue soit-elle, ne s'impose à la France que tant qu'elle le veut bien (A). En revanche, si la France souhaite prohiber définitivement la peine capitale, la ratification du second Protocole facultatif au Pacte de New York sur les droits civils et politiques doit nécessairement être précédée de la révision constitutionnelle, même si, sur le fond, il est moins protecteur des droits de l'homme que Protocole n° 13 (B).

A – L'INTERDICTION DE LA PEINE CAPITALE PAR LES PROTOCOLES N° 6 ET N° 13 À LA CEDH

Il n'est pas nécessaire de recourir à la révision de la Constitution de 1958 pour procéder à la ratification des Protocoles additionnels à la CEDH n°6 et n°13. Or ces deux textes, surtout le plus récent, prévoit une interdiction en toutes circonstances de la peine capitale. Il s'agit donc d'un verrouillage de l'abolition totale de la peine capitale décidée par le législateur français en 1981 (1). Néanmoins, compte tenu des incertitudes qui demeurent sur le caractère définitif d'une telle abolition (2), on peut être tenté de considérer qu'une révision constitutionnelle puisse avoir une portée complémentaire à ces ratifications.

1 – La portée des Protocoles n° 6 et n° 13 à la CEDH

La prohibition de la peine capitale au niveau européen a été réalisée en deux temps. Il y a d'abord eu le Protocole n° 6 qui interdit la sanction suprême en temps de paix et auquel la France est déjà Partie, puis le Protocole n° 13 prohibant la peine capitale en toutes circonstances. La ratification de ce second Protocole, qui ne nécessite pas une révision constitutionnelle préalable, peut apparaître comme suffisante pour interdire définitivement la peine de mort en France.

Le Protocole n° 6 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort a été adopté par le Comité des ministres puis ouvert à la signature et à la ratification le 28 avril 1983. Il est entré en vigueur le 1^{er} mars 1985 après cinq ratifications¹⁴. La France, bien qu'ayant aboli la peine capitale en 1981, n'a procédé à la ratification de ce texte que le 17 février 1986¹⁵ après que le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République dans des termes très généraux, ait rendu sa décision le 22 mai 1985¹⁶.

Le Protocole n° 6 procède à une modification de l'article 2-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, lequel dispose que la peine de mort peut être prévue par la loi pour les crimes les plus graves¹⁷. L'article premier de ce Protocole n° 6 énonce : « La peine de mort est abolie. Nul ne peut être condamné à une telle peine ni exécuté. » En apparence générale, l'interdiction de la peine capitale est en réalité limitée *ratione temporis* puisque l'article 2 précise qu'un « État peut prévoir dans sa législation la peine de mort pour des actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre ». La peine de mort est donc interdite en temps de paix.

De plus, l'interdiction, même si elle est limitée *ratione temporis* n'en est pas moins forte puisque le Protocole exclut toute possibilité de dérogation (au titre de l'article 15 de la Convention européenne des

14. Les ratifications de l'Autriche, du Danemark, du Luxembourg, de l'Espagne et de la Suède ont permis cette entrée en vigueur.

15. *Op. cit.*

16. cc 85-188 DC, 22 mai 1985, *op. cit.*

17. Les conditions qui présidèrent en 1950 à la conservation de la peine capitale comme exception au droit à la vie n'existaient plus quelques années plus tard. Cf. Alphonse Spielman, « La Convention européenne des droits de l'homme et la peine de mort », *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. III, Bruylant, 1992, p. 1507. A de multiples reprises l'Assemblée parlementaire avait demandé au Comité des ministres de modifier le texte de la Convention ou de faire adopter un Protocole additionnel. Sur ce point, voir notre étude, « La peine capitale et les États post-soviétiques du Conseil de l'Europe », *Revue de droit international et de droit comparé*, n° 4, 2002, p. 368-369. Sur l'évolution du droit européen relativement à cette question : Henri Labayle, « L'abolition de la peine capitale, exigence constitutionnelles et mutations européennes », *Revue française de droit administratif*, 2006, n° 2, p. 309-313.

droits de l'homme¹⁸¹⁹ et toute possibilité de réserve²⁰. Ce Protocole est un des rares textes à interdire expressément toute réserve d'interprétation²¹. Par ailleurs, l'article 1^{er} du Protocole n° 6 abolit la peine de mort. « La formulation de cet article est intéressante : elle n'oblige pas les États à abolir la peine de mort, mais procède d'elle-même à cette abrogation »²². Il empêche le législateur de rétablir la peine capitale pour les situations qui ne correspondraient pas à un état de guerre ou de préparation à la guerre, même si celles-ci auraient néanmoins pu autoriser la mise en œuvre de l'article 16 de la Constitution française de 1958.

Avec le Protocole n° 13 additionnel à la CEDH le droit européen des droits de l'homme s'est attaché une nouvelle fois à accroître son refus de la peine capitale. Ce second Protocole prévoit l'interdiction de la peine capitale en toute circonstance²³, y compris pour les crimes commis en temps de guerre ou de danger de guerre. Ce nouveau texte prohibe tout recours à la peine de mort quelles que soient les situations. Il va donc plus loin que le Protocole n° 6 qui interdit cette sanction seulement en temps de paix. Il pallie donc les carences du Protocole n° 6.

Saisi sur la base de l'article 54 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a vérifié si la ratification de ce texte imposait une révision de la Constitution. Dans la décision Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort, le Conseil constitutionnel a déclaré que la ratification de ce texte n'impliquait pas de révision de la Constitution²⁴. Ainsi, la ratification de ce Protocole n° 13 peut être effectuée sans révision de la Constitution et sans même à avoir à procéder à une réforme législative puisque la loi d'abolition de la peine capitale adoptée en 1981 était générale et ne prévoyait pas le maintien exceptionnel de la sanction pénale suprême.

18. L'article 15 de la CEDH dispose : « 1. En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute haute partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international. 2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (§ 1) et 7. 3. Toute haute partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le secrétaire général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le secrétaire général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application ».

19. Article 3 du Protocole.

20. Article 4 du Protocole.

21. Frédéric Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, coll. Droit fondamental droit international, 1989, 2001, 5^e éd., p. 128.

22. Jean-François Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, Manuel, 2001, 2^e éd., p. 237.

23. Le Protocole n° 13 a été approuvé par le Comité des ministres le 21 février 2002. Il a été ouvert à la signature le 3 mai 2002. Voir l'état des signatures et ratifications de ces deux textes sur <http://conventions.coe.int>.

24. CC n° 2005-524/525 DC, 13 octobre 2005, *op. cit.*, § 6.

Une fois ratifiés, ces Protocoles s'opposent à la France en vertu du principe *pacta sunt servanda*. D'une part, le non respect de ses engagements internationaux expose la France à la mise en œuvre de sa responsabilité internationale. D'autre part, le principe *pacta sunt servanda* s'est vu reconnaître valeur constitutionnelle²⁵. En conséquence, l'un quelconque des pouvoirs publics qui rétablirait la peine capitale s'en s'être assuré au préalable de la dénonciation des traités pertinents violerait ainsi la Constitution.

En considération de ces éléments, l'abolition de la peine capitale et la ratification de Protocoles européens ayant le même objet peut permettre de conclure que la peine de mort est exclue de nos pratiques et de notre droit et ce, définitivement. Néanmoins, une telle affirmation fait abstraction de l'hypothèse d'une volonté politique affirmée de rétablir une telle peine ou de circonstances qui apporteraient une motivation suffisante en ce sens.

2 – Les limites au caractère contraignant des Protocoles n° 6 et 13

La ratification du Protocole n° 6 du 28 avril 1983 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'a pas mis fin à plusieurs interrogations autant constitutionnelles que conventionnelles auxquelles l'hypothèse de la ratification du Protocole n° 13 ne répond que partiellement. Trois séries de réflexions permettent de mettre en exergue la fragilité de l'abolition par la ratification du seul Protocole n° 6 à la Convention européenne des droits de l'homme.

En premier lieu, le Protocole n° 6 n'interdit la peine capitale qu'en temps de paix. Selon l'article 2 du Protocole un État peut prévoir dans sa législation la peine de mort pour des « actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre ». En droit international humanitaire, la notion de conflit armé remplace la notion sui generis de « guerre ». Cette distinction introduit une difficulté d'interprétation. « Les rédacteurs de l'article 2 visent la guerre et non pas les conflits armés », de sorte que des interrogations peuvent apparaître. C'est ainsi que l'on peut se demander si une guerre civile entre dans le cadre de cette réglementation²⁶. Ce premier problème serait résolu par la ratification du Protocole n° 13 puisque celui-ci interdit la peine capitale en toutes circonstances, cette expression incluant les temps de guerre au sens de conflit armé mais aussi toutes ces situations intermédiaires qui, parfois, échappent au droit des conflits armés mais n'en sont pas moins dangereuses pour les droits des personnes.

25. cc 92-308 DC, 9 avril 1992, *Rec.*, p. 55 ; *RJC*, p. I-496 ; *GDCC*, n° 45, § 7 ; 98-408 DC, 22 janvier 1999, *Rec.*, p. 29 ; *JO*, 24 janvier 1999, p. 1317, § 32.

26. Jean-François Renucci, *op. cit.*, p. 237.

En second lieu, le rétablissement de la peine de mort est une matière législative. C'est une condition à la constitutionnalité de la norme d'après le principe de légalité des délits et des peines affirmé aux articles 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et au titre de l'article 34 de la Constitution selon lequel « La loi fixe les règles concernant [...] la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ». C'est aussi une condition à sa conventionnalité selon l'article 2-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales²⁷, article qui ne peut pas être suspendu même en temps de crise par le recours à l'article 15 de la CEDH²⁸ et selon l'article 6-2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dit Pacte de New York²⁹. Mais plusieurs problèmes se posent.

D'une part, il y a un problème constitutionnel. D'un point de vue de droit interne, la norme de rétablissement de la peine capitale serait soit une loi, soit, en temps de crise permettant le recours à l'article 16, une « mesure » du Président de la République³⁰. Or, formellement, dans le cadre de l'article 16 de la Constitution de 1958, le Président n'adopte pas des « lois » lesquelles sont aux termes de l'article 34, al. 1^{er} de la Constitution « votées par le Parlement » en termes identiques par les deux chambres (sauf en cas d'échec de la commission mixte paritaire)³¹ et sont « l'expression de la volonté générale » selon l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789. Dans le cadre de l'article 16 de la Constitution, le Président de la République adopte des « mesures »³². Certes, celles-ci ont vu leur statut précisé. Suivant les domaines matériels dans lesquels elles interviennent elles se voient reconnaître valeur administrative ou valeur législative³³. Dans le premier cas, le Conseil d'État pouvant être saisi par l'intéressé, est compétent pour contrôler ces

27. Ratifiée par la loi n° 73-1227, 31 décembre 1973, *JO*, 3 janvier 1974, p. 67.

28. Article 15-2 de la CEDH.

29. Adopté le 16 décembre 1966, ouvert à la signature le 19 décembre de la même année, ce Pacte est entré en vigueur le 23 mars 1976. Il a été ratifié par la France par la loi n° 80-460 du 25 juin 1980, *JO*, 26 juin 1980, p. 1569.

30. Même si la décision du Conseil constitutionnel n'en fait pas mention, c'est relativement à l'article 16 que se pose essentiellement la question de la compatibilité avec le Protocole n° 6. Louis Favoreu, « La décision du Conseil constitutionnel du 22 mai 1985 relative au protocole n° 6 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme », *Annuaire français de droit international*, 1985, p. 869 et p. 874.

31. Article 45 de la Constitution.

32. L'article 16 alinéa 1^{er} de la Constitution de 1958 dispose : « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel ».

33. Conseil d'État, Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens et autres*, *Rec. p.* 143 ; *GAJA*, n° 96.

actes et les sanctionner si nécessaire³⁴. Dans le second cas, le problème juridique est plus compliqué. Tout d'abord quel peut être la juridiction compétente ? L'article 16 de la Constitution ne donne aucune précision. Il s'agit d'actes présidentiels, pris sous la forme d'actes administratifs mais relevant matériellement du domaine législatif. En conséquence, rien ne permet d'affirmer que le Conseil d'État soit compétent pour un tel contrôle. Dans l'arrêt *Rubin de Servens*, le juge du Palais Royal se reconnaît incompétent dès lors qu'il constate que la décision présidentielle prend des dispositions relevant de l'article 34 de la Constitution³⁵. Peu importe donc les mesures ainsi adoptées, le Conseil d'État ne pourrait en exercer le contrôle sur le fond. « La méconnaissance, par de telles décisions, des principes généraux du droit ne saurait, notamment, être censurée par le juge. De même ce dernier ne pourrait apprécier la régularité de ces décisions par rapport aux limites posées par l'article 16, d'après lequel les mesures prises par le Président de la République doivent "être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission". Bien mieux : porteraient-elles même une atteinte à des dispositions expresses de la Constitution (v. par ex. l'inamovibilité des magistrats du siège en Algérie), les décisions de caractère législatif prises en application de l'article 16 n'en demeureraient pas moins soustraites au contrôle du Conseil d'État »³⁶. Ensuite, si le Conseil constitutionnel devait connaître d'un tel acte, ce serait sur saisine d'une des autorités habilitées par la Constitution à saisir le Conseil constitutionnel puisqu'il n'existe pas de recours individuel. Or, la Constitution prévoit la saisine en contrôle de constitutionnalité des « lois » (article 61³⁷) mais non celle des « mesures ». Le Conseil constitutionnel lui-même a déjà refusé de se prononcer sur des lois qui n'auraient pas été votées par le Parlement, c'est-à-dire selon la définition de l'article 34 de la Constitution³⁸. Rien ne nous permet d'affirmer que le Conseil constitutionnel se reconnaîtrait compétent pour analyser des dispositions de nature législative contenues dans un acte qui n'est formellement pas une loi. Le silence de la Consti-

34. Cf. le commentaire dans *GAJA*, n° 96.

35. *Op. cit.*

36. *GAJA*, n° 96.

37. « Les lois organiques, avant leur promulgation, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil Constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.

Aux mêmes fins, les lois peuvent être déferées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs ».

38. Décision n° 62-20 DC, 6 novembre 1962, *Rec. p. 27*; *RJC*, p. 1-11; *GDCC*, n° 14. Dans cette décision, le Conseil affirme qu'« il résulte de l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics que les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le parlement et non point celles qui, adoptées par le peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale ».

tution sur ce point compromet gravement l'État de droit en n'assurant pas les personnes d'une possibilité de recours contre un acte pouvant mettre en péril leur propre vie. Là encore, la ratification du Protocole n°13, en interdisant la peine capitale en toutes circonstances, mettrait en partie fin à cette incertitude.

D'autre part, se pose le problème du contrôle du respect de la conventionnalité de la décision de rétablissement de la peine capitale. D'un côté, en France aucun juge ne se révélerait compétent pour contrôler l'acte de rétablissement de la peine capitale au regard de la Convention européenne et de son Protocole additionnel n° 6. En effet la formulation de l'article 2 du Protocole n° 6 a posé problème au regard de la compatibilité avec l'article 16 de la Constitution. La question était de savoir si la ratification du Protocole n° 6 ne constituerait pas un obstacle pour que Président de la République prenne « les mesures exigées par ces circonstances » afin de défendre « l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux », « le fonctionnement régulier des pouvoirs publics », selon les formules de l'article 16 de la Constitution de 1958. Dans sa décision du 22 mai 1985³⁹, le Conseil constitutionnel a simplement répondu que la ratification du Protocole n° 6 « n'est pas incompatible avec le devoir pour l'État 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 » (second considérant). Ainsi, selon le Conseil constitutionnel, le Protocole n° 6 ne porte pas atteinte à la souveraineté nationale. Mais le juge constitutionnel ne fournit pas de réponse sur le possible rétablissement de la peine capitale par le chef de l'État et comme le souligne le doyen Favoreu, « nul ne serait à même de faire apprécier la régularité de cette démarche et sa conformité au Protocole n° 6, car, en l'état actuel de notre droit, il n'y a pas de juge compétent pour porter cette appréciation »⁴⁰. Ce problème demeure. Il ne resterait donc aux personnes concernées que le recours devant la Cour européenne des droits de l'homme.

En troisième lieu, se pose le problème de la dénonciation des Protocoles européens. La ratification de ces Protocoles peut être effectuée parce que le Conseil constitutionnel, saisi à deux reprises sur la base de l'article 54 de la Constitution, a répondu qu'il n'y avait pas d'incompatibilités entre la Constitution et l'abolition prévue par ces textes⁴¹. Cette solution, même si elle repose sur une analyse formelle ou « théorique »⁴² des modalités de dénonciation de ces textes, n'en est pas moins parfaite-

39. *Op. cit.*

40. Louis Favoreu, *op. cit.*, p. 874.

41. CC 85-188 DC, 22 mai 1985, *op. cit.* ; CC 2005-524/525 DC, 13 octobre 2005, *op. cit.*, § 6.

42. Guillaume Le Floch, « Note sous décision », *Revue générale de droit international public*, 2006, n° 1, p. 216-217.

ment fondée juridiquement. En effet, le Conseil constitutionnel s'est borné à vérifier l'existence d'une clause de dénonciation, clause qui permettrait ainsi à la France d'échapper au principe *pacta sunt servanda*, afin de prendre les dispositions qui pourraient permettre de sauvegarder les intérêts vitaux de la Nation. Les Sages ne semblent pas, dans leurs décisions, avoir pris en considération la réalité de la procédure de dénonciation de ces Protocoles et, en particulier, ont ignoré que cette procédure est peu claire et fait l'objet d'un débat. En effet, aucun de ces deux Protocoles ne prévoit une clause de dénonciation mais chacun procède au renvoi, sur cette question, à l'article 58, ancien article 65 de la Convention européenne des droits de l'homme. Celui-ci dispose : « 1. Une haute partie contractante ne peut dénoncer la présente Convention qu'après l'expiration d'un délai de cinq ans à partir de la date d'entrée en vigueur de la Convention à son égard et moyennant un préavis de six mois, donné par une notification adressée au secrétaire général du Conseil de l'Europe, qui en informe les autres parties contractantes [...] ». Le débat apparemment occulté par les décisions du Conseil constitutionnel repose sur une double interrogation : la dénonciation séparée des Protocoles et de la CEDH, et la détermination des délais préalables à la dénonciation⁴³. D'une part, il n'est pas certain que les Protocoles additionnels à la Convention européenne des droits de l'homme puissent être dénoncés sans que cette décision s'étende à la CEDH. Or, on voit mal la France dénoncer la Convention européenne des droits de l'homme. D'autre part, il n'est pas précisé si le délai de cinq ans avant toute dénonciation s'écoule à partir de la date d'entrée en vigueur de la Convention ou du dernier instrument européen ratifié. Ainsi, si l'on souscrit à l'hypothèse de la « séparabilité » lors de la dénonciation des Protocoles, alors la procédure de dénonciation de l'article 58 de la Convention (ancien article 65) s'applique de manière autonome et intégralement à chaque Protocole. La dénonciation ne paraît alors pouvoir être menée à bien qu'après une attente de cinq ans suivant l'entrée en vigueur de chaque Protocole et à l'issue d'un préavis de six mois, selon les termes de l'article 58 de la Convention. En revanche, la thèse de l'inséparabilité renvoie à une solution procédurale plus aisée – puisque, quelle que soit la date de la dernière ratification d'un instrument européen lié à la CEDH, dès lors que la ratification de cette dernière date d'au moins cinq ans, le tout peut être dénoncé dans les six mois – mais aux conséquences substantielles sur le plan de la protection des individus. En outre, le Conseil constitutionnel ne semble pas prêter attention au fait que cette procé-

43. Ce débat s'applique autant au Protocole n° 6 qu'au Protocole n° 13. Voir Jean-François Flauss, « De la dénonciation partielle de la Convention européenne des droits de l'homme », *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. II, Bruylant, 1992, p. 1255-1261 et « Le Conseil constitutionnel et les engagements internationaux relatifs à l'abolition définitive de la peine de mort », *op. cit.*

ture, même dans l'hypothèse de la solution la moins contraignante pour la souveraineté de la France, présente une « lourdeur » qui « ne paraît guère compatible avec l'objectif d'efficacité poursuivi » par l'article 16 de la Constitution⁴⁴. L'analyse de cette procédure de ratification et la prise en compte de tous les éléments peut permettre de considérer que la dénonciation des Protocoles européens est impossible et qu'ainsi la peine capitale ne pourrait plus être rétablie en France.

Cependant, affirmer que les dirigeants français ne prendront pas le risque de dénoncer la Convention européenne, c'est supposer que l'enjeu qui rendrait éventuellement nécessaire la peine capitale serait inférieur au maintien de la France dans le Conseil de l'Europe. On peut tout aussi remarquer que si l'on prend en compte les arguments de stratégie politique, on doit aussi poser l'hypothèse inverse, celle qui est dans la logique de l'article 16 de la Constitution : une crise telle que les volontés souverainistes et les politiques « de la dernière chance » s'imposeraient comme moyen dans un état d'exception susceptible d'exclure les considérations classiques de l'État de droit et de la coopération internationale pour mettre en place un régime politique dans lequel le pouvoir est concentré, les moyens d'opposition limités dans le but unique de sauver la République.

En conséquence, en l'absence d'interprétation authentique de l'article 58 de la Convention, il n'est pas sûr que ces Protocoles constituent une entrave au rétablissement de la peine capitale en France. Le Conseil constitutionnel reconnaît implicitement que ces Protocoles présentent une limite importante mais ne composent pas un empêchement irrémédiable à la volonté des dirigeants français de procéder au rétablissement de la peine capitale. C'est une entrave politique mais non juridique⁴⁵.

En revanche, la ratification du second Protocole facultatif au Pacte de New York relatif aux droits civils et politiques du 15 décembre 1989, en ne prévoyant pas de procédure de dénonciation, crée une véritable entrave juridique au rétablissement de la peine capitale... en temps de paix.

B – LA RATIFICATION DU DEUXIÈME PROTOCOLE FACULTATIF AU PACTE DE NEW YORK RELATIF AUX DROITS CIVILS ET POLITIQUES DU 15 DÉCEMBRE 1989

Le deuxième Protocole facultatif du Pacte de New York relatif aux droits civils et politiques vise à abolir la peine de mort en temps de

44. Henri Labayle, *op. cit.*, p. 316.

45. Cf. les réflexions de Jean-François Flauss, « Le Conseil constitutionnel et les engagements internationaux relatifs à l'abolition définitive de la peine de mort », *op. cit.*, p. 125-127.

paix⁴⁶, comme le fait le Protocole n°6 à la CEDH, déjà ratifié. La ratification de ce texte par la France se heurte néanmoins à une difficulté de compatibilité avec la Constitution, ce qui impose une révision constitutionnelle préalable. On peut donc mettre en doute la nécessité de cette révision en considérant que la ratification de ce Protocole est inutile puisqu'elle ferait doublon avec celle du Protocole n° 6 ou à une portée matérielle moins étendue que le Protocole n° 13. Néanmoins, en l'absence de ratification du Protocole n° 13, ce Protocole onusien présente le double avantage de ne pouvoir être dénoncé (ce qui rend nécessaire la révision constitutionnelle) (A) et d'être plus restrictif sur le recours à la peine capitale que le Protocole n° 6 (B).

1 – La nécessité de la révision constitutionnelle
pour procéder à la ratification
du deuxième Protocole facultatif au Pacte de New York

Saisi par le Président de la République, en application de l'article 54 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a été appelé à se prononcer sur la compatibilité entre la Constitution de 1958 et d'une part le deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort et d'autre part le Protocole n° 13 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances⁴⁷.

Si dans un premier temps de sa réflexion le Conseil constitutionnel n'a pas considéré que l'un ou l'autre des textes internationaux ne contient de clause contraire à la Constitution et ne met en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis, il a néanmoins décidé d'analyser la question de l'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale à part⁴⁸. Sur ce point, le Conseil constitutionnel constate que, contrairement au Protocole n° 13 à la CEDH (et finalement au Protocole n° 6, dans sa précédente décision sur ce sujet), le second Protocole au Pacte de New York ne peut être dénoncé⁴⁹ alors même « que porte atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale l'adhésion irrévocable à un engagement interna-

46. Le Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort, a été adopté à New York par l'Assemblée générale des Nations Unies le 15 décembre 1989. Il est entré en vigueur le 11 juillet 1991.

47. *Op. cit.*

48. § 4.

49. Ce problème avait déjà été anticipé par Dominique Breillat, « L'abolition mondiale de la peine de mort. A propos du 2^e Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort », *Revue de science criminelle*, 1991, n° 2, p. 275-277.

tional touchant à un domaine inhérent à celle-ci » (§ 5). En conséquence, le Conseil ne peut que conclure « que cet engagement lierait irrévocablement la France même dans le cas où un danger exceptionnel menacerait l'existence de la Nation ; qu'il porte dès lors atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » (§ 7). Dans ces conditions il ne peut être procédé à la ratification de ce Protocole qu'après révision de la Constitution.

Cette conclusion n'est pas sans nécessiter quelques précisions. Le Conseil constitutionnel semble avoir fait sienne la thèse discutée de « l'indéniabilité » du Pacte de New York relatif aux droits civils et politiques, fruit d'une pratique récente des organes des Nations unies et de l'application des dispositions à caractère coutumier de la Convention de Vienne de 1969 relative au droit des traités, et qu'il a étendu au second Protocole facultatif relatif à la peine capitale⁵⁰. Mais cette interprétation officieuse du droit onusien des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel ne signifie pas que ce soit celle qui prévaudrait au cas où la réalité rejoindrait l'hypothèse : une telle interprétation ne peut s'imposer ni aux pouvoirs publics constitutionnels de la République française – puisque aucune autorité de la chose jugée ne peut y être attachée – ni au Comité des droits de l'homme (encore que ce dernier semble favorable à une telle lecture).

Si on peut regretter la brièveté de ce raisonnement⁵¹, il n'en est pas moins très logique et très contraignant : pour procéder à la ratification de ce Protocole, il faut tout d'abord réviser la Constitution. Mais une fois la révision constitutionnelle réalisée, c'est l'intérêt de la ratification du second Protocole onusien qui apparaît incertain.

2 – L'intérêt de la ratification du deuxième Protocole facultatif au Pacte de New York

L'article premier du second Protocole facultatif au Pacte de New York dispose : « 1. Aucune personne relevant de la juridiction d'un État partie au présent Protocole ne sera exécutée. 2. Chaque État partie prendra toutes les mesures voulues pour abolir la peine de mort dans le ressort de sa juridiction ». Ce texte prohibe toutes les réserves d'interprétation sauf concernant « l'application de la peine de mort en temps de

50. C'est ce que l'on peut conclure au regard du commentaire de cette décision par le secrétaire général du Conseil constitutionnel : Jean-Éric Schoettl, « Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort », *Gazette du palais*, 20-22 novembre 2005, n° 325-326, p. 18-20. Cette prise de position n'est pas sans soulever le problème de l'inconstitutionnalité de la ratification du Pacte de New York, non questionné à l'époque. Cf. Jean-François Flauss, « Le Conseil constitutionnel et les engagements internationaux relatifs à l'abolition définitive de la peine de mort », *op. cit.*, p. 127-132.

51. Denys Simon, Flavien Mariatte, « Le Conseil constitutionnel et l'abolition définitive de la peine de mort : oui et non », *Europe*, 2005, n° 12, p. 4.

guerre à la suite d'une condamnation pour un crime de caractère militaire, d'une gravité extrême, commis en temps de guerre »⁵² et, en dehors de cette réserve spéciale, interdit les dérogations⁵³. Bien qu'auto-orisant, tout comme le Protocole n° 6 à la Convention européenne des droits de l'homme, l'application de la peine capitale en temps de guerre, le second Protocole facultatif au Pacte de New York est néanmoins plus restrictif que le texte européen et ceci sur plusieurs points⁵⁴.

En effet, en premier lieu, contrairement au texte européen qui fait référence non seulement aux actes commis en temps de guerre mais aussi à ceux commis en « en danger imminent de guerre », le Protocole onusien fait seulement référence aux temps de guerre. Par conséquent, le texte additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme prévoit un champ temporel d'interdiction de la peine capitale plus étroit que le texte de New York puisqu'il autorise la peine capitale durant les phases préalables au conflit armé. De plus, alors que le Protocole n° 6 laisse ouverte la possibilité de prévoir, par le dépôt d'une réserve, le recours à la peine de mort en temps de guerre, que cette législation existe ou non au moment de la ratification⁵⁵, une telle réserve au deuxième Protocole ne peut être invoquées que si la législation relative à la peine capitale en temps de guerre préexiste à la ratification du deuxième Protocole. C'est ce qui ressort de la combinaison des points 1 et 2 de son article 2⁵⁶. Or, tel n'est pas le cas en France puisque l'article 3 de la loi du 9 octobre 1981 a aboli la peine capitale de manière générale, « dans tous les textes en vigueur prévoyant que la peine de mort est encourue »⁵⁷. Le Protocole onusien s'avère donc moins enclin à ménager la souveraineté des États que le Protocole n° 6.

En second lieu, contrairement au texte européen, le texte de New York précise la notion de crime qui autorise le recours à la peine capitale en cas de guerre. Il s'agit d'un crime « d'une gravité extrême » et « de caractère militaire », « commis en temps de guerre ». Ces trois conditions, que l'on ne peut interpréter que cumulativement, réservent la peine capitale aux crimes qui occupent les sommets de la hiérarchie des

52. Article 2-1 du Protocole.

53. Article 6-2 du Protocole.

54. Sur le Protocole onusien et sa comparaison avec le Protocole n° 6 : Dominique Breillat, *op. cit.*, p. 269-277.

55. Gilbert Guillaume, « Protocole 6 », Louis-Edmond Pettiti et alii (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 1995, p. 1069.

56. « 1. Il ne sera admis aucune réserve au présent Protocole, en dehors de la réserve formulée lors de la ratification ou de l'adhésion et prévoyant l'application de la peine de mort en temps de guerre à la suite d'une condamnation pour un crime de caractère militaire, d'une gravité extrême, commis en temps de guerre. 2. L'Etat partie formulant une telle réserve communiquera au Secrétaire général de l'organisation des Nations unies, lors de la ratification ou de l'adhésion, les dispositions pertinentes de sa législation interne qui s'appliquent en temps de guerre ».

57. Références déjà citées.

crimes commis en temps de guerre mais surtout excluent qu'il puisse s'agir d'infractions sans lien explicite avec les événements puisqu'elles doivent revêtir un « caractère militaire ». Bien sûr cette dernière expression rend nécessaire une interprétation mais l'on peut affirmer que des crimes de droit commun dont l'objet ou le mobile serait extérieur aux circonstances de guerre sont exclus de la liste des infractions capitales.

En troisième lieu, pour un texte comme pour l'autre, les conditions procédurales garanties par les conventions dont ils sont des dispositions additionnelles s'appliquent, sauf dérogations. Ainsi, les dispositions procédurales des articles 2 et 7⁵⁸ de la CEDH, qui ne peuvent faire l'objet de dérogations au sens de l'article 15 de la Convention, s'appliquent « en cas de guerre ou de danger imminent de guerre » (expression du Protocole n° 6) ou « d'autre danger public menaçant la vie de la nation » (selon l'expression de l'article 15) à un procès en peine capitale. Donc la peine capitale ne pourrait être prononcée et appliquée que d'après une sentence d'un tribunal et en vertu du principe de légalité des crimes et des peines. C'est finalement très peu alors que les circonstances de crise sont celles qui sont les plus propices à favoriser la violation des droits des personnes.

Le Pacte de New York relatif aux droits civils et politiques est un peu plus protecteur. Plusieurs dispositions sont applicables en cas de sanction de mort. D'un côté l'article 6-2 précise quelles sont les conditions procédurales⁵⁹. Outre le principe de légalité des crimes et des peines et le prononcé par un tribunal, que le droit européen prévoit également, le Pacte de New York ajoute qu'il s'agit d'un tribunal « compétent » et d'un « jugement définitif », ce qui paraît exclure les jugements fantaisistes par des juridictions auto-proclamées et les exécutions immédiates, le caractère définitif d'un jugement supposant l'expiration d'un délai de recours ou d'un délai tout court. De l'autre côté, l'article 6-5 interdit la peine capitale pour les mineurs de moins de 18 ans au moment de leur crime et les femmes enceintes, ce que ne fait ni l'article 2 de la CEDH, ni le Protocole n° 6⁶⁰.

58. « 1. Nul ne peut être condamné pour une action ou un omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. 2. Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droits reconnus par les nations civilisées ».

59. « 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 ».

60. Cf. Dominique Breillat, *op. cit.*, p. 265-266.

Par conséquent, plus restrictif que le Protocole n° 6 à la Convention européenne des droits de l'homme, le second Protocole au Pacte de New York relatif aux droits civils et politiques restreint les possibilités pour le législateur français (qu'il soit le Parlement ou le Président de la République en application de l'article 16 de la Constitution) de rétablir la peine capitale pour les temps de guerre, sauf à violer la Constitution et les engagements internationaux de la France⁶¹. Il nous semble donc, contrairement à ce qui a pu être affirmé⁶², que la ratification de ce Protocole s'avère nécessaire pour satisfaire aux ambitions abolitionnistes. Et si le législateur français décidait désormais de ne plus procéder aux ratifications des Protocoles n° 13 et additionnel au Pacte de New York, la récente révision constitutionnelle l'empêche de rétablir la peine capitale. Toutefois, on peut se demander si d'autres dispositions constitutionnelles n'auraient pas pu également le limiter.

II – LES LIMITES CONSTITUTIONNELLES AU RÉTABLISSEMENT DE LA PEINE CAPITALE

Si la question de la constitutionnalité de la peine capitale n'a jamais été posée en France et si le Conseil constitutionnel s'est jusqu'à présent refusé à envisager la compatibilité des traités relatifs à cette sanction sous l'angle des droits fondamentaux⁶³, il n'en demeure pas moins que les interrogations demeurent. Le premier droit auquel la peine capitale porte préjudice est évidemment le droit à la vie. Néanmoins, parmi les normes constitutionnelles opposables au Parlement français, il n'existe aucune disposition relative à ce droit. Le Conseil constitutionnel ne peut ainsi recevoir une requête argumentée sur ce fondement⁶⁴. Néanmoins, il

61. On peut d'ailleurs observer à travers le raisonnement du Conseil constitutionnel que celui-ci semble ne pas considérer que le rétablissement de la peine capitale durant la mise en œuvre de l'article 16 puisse être « au rang des moyens nécessaires pour parvenir à cet objectif » que sont « la sauvegarde des institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux » et le retour à un « fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels ». Henri Labayle, *op. cit.*, p. 314 ; Jean-Eric Schoettl, *op. cit.*, p. 17.

62. Eva Bruce, « Chronique annuelle de jurisprudence », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2005, n° 21, p. 566 ainsi que les doutes reproduits par Alain Ondoua, « L'abolition de la peine de mort et la Constitution », *Dalloz*, 2006, n° 9, p. 637.

63. Bertrand Mathieu, « Conseil constitutionnel : examen de la compatibilité à la Constitution de deux protocoles additionnels concernant l'abolition de la peine de mort », *Semaine juridique (JCP)*, 2005, n° 49, p. 2268-2271. L'auteur signale l'ambiguïté du positionnement adopté par les Sages en affirmant que « le Conseil constitutionnel fait l'économie d'une analyse qui amènerait à se prononcer sur la constitutionnalité de la peine de mort, tout en laissant implicitement entendre que son rétablissement, dans certaines conditions, ne serait pas, en lui-même, nécessairement inconstitutionnel ».

64. Il s'y est tout d'abord refusé dans deux « grandes » décisions : celle du 15 janvier 1975 (74-54 DC, *Rec.*, p. 19, *RJC* p. 1-30, relayée par celle 2001-446 DC, 27 juin 2001, *Rec.*,

existe des voies de contrôle dans le texte de la Constitution. Ainsi, il nous semble que le Préambule de 1946, à travers le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine (A) et la Déclaration des droits de l'homme de 1789, en particulier les principes de légalité, de nécessité et de proportionnalité de la peine (B) offrent, à la lumière de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, des bases de réflexion sur la constitutionnalité d'une loi rétablissant la peine capitale.

A – LE PRINCIPE DE SAUVEGARDE DE LA DIGNITÉ DE LA PERSONNE HUMAINE

En plaçant son analyse des Protocoles dont il était saisi dans la perspective de la préservation de la souveraineté nationale, le Conseil constitutionnel a soigneusement évité de confronter ce concept au principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Si on peut regretter qu'il ne l'ait pas fait⁶⁵, on peut aussi comprendre qu'il aurait ainsi outrepassé les termes des saisines dont il faisait l'objet, lesquelles lui demandait seulement s'il fallait une révision constitutionnelle avant les ratifications⁶⁶. Toutefois, cette liaison n'est pas sans poser d'intéressantes questions. Notamment, si le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine peut constituer un fondement convaincant à une saisine (1), rien ne permet d'affirmer, au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qu'elle puisse aboutir (2).

1 – La pertinence du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine relativement à la peine capitale

Le concept philosophique de dignité de la personne humaine fait l'objet d'une large diffusion dans le droit français⁶⁷ et tend aujourd'hui à recevoir une définition juridique et à passer à un statut de droit subjectif⁶⁸. Bien que récemment apparu dans la jurisprudence du Conseil

p. 74 ; *JO*, 7 juillet 2001, p. 10828 ; *GDCC*, n° 23) à propos de l'interruption volontaire de grossesse puis celle du 27 juillet 1994 sur les lois consacrées à la bioéthique (cc 94-343-344 dc, *Rec.*, p. 100. ; *RJC* p. I-592 ; *GDCC*, n° 47).

65. Henri Labayle, *op. cit.*, p. 316.

66. Les saisines du Président de la République peuvent être consultées sur le site du Conseil constitutionnel (www.conseil-constitutionnel.fr).

67. Emmanuel Dreyet, « Les mutations du concept juridique de dignité », *Revue de la recherche juridique-Droit prospectif*, 2005, n° 1, p. 19-44.

68. Voir Charlotte Girard, Stéphanie Hennette-Vauchez (dir.), *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, Droit et justice, 2005, 318 p. L'ouvrage analyse l'usage juridictionnel et doctrinal du concept mais l'on peut regretter l'absence de regard sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans ce domaine. Pour combler cette carence on peut se référer à Sandrine Coursoux-Bruyère, « Le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine », *Revue de la Recherche juridique-Droit prospectif*, 2005, n° 3, p. 1392-1403.

constitutionnel à travers le rappel du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, il peut permettre un questionnement de la constitutionnalité d'une loi qui rétablirait la peine capitale.

C'est le Conseil constitutionnel qui s'est référé pour la première fois au principe de la dignité dans sa décision du 27 juillet 1994⁶⁹ et en a fait un principe à valeur constitutionnelle. Il s'est appuyé sur le Préambule de la Constitution de 1946. Celui-ci dispose : « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction [...] possède des droits inaliénables et sacrés ». Cet élément est la justification des droits énoncés par le refus de tout ce qui, dans les années précédentes avait porté atteinte à la dignité de la personne. D'après cet alinéa, le Conseil constitutionnel peut ainsi affirmer « que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle ». En utilisant des mots tels que « dégradation » et « asservissement », de la même famille que ceux du Préambule de 1946, le Conseil constitutionnel montre qu'il ne fait que reprendre ce que le constituant avait déjà établi et assure ainsi la légitimité de ce principe⁷⁰. Le Conseil constitutionnel ne s'est pas arrêté à rappeler l'existence de ce principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, il l'a également utilisé comme référence lors de contrôles de conformité de traités internationaux⁷¹ ou lors de contrôles de constitutionnalité de lois en matière sociale⁷², bio-éthique⁷³ et en droit pénal. C'est dans ce dernier domaine que le recours au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine comme norme de référence devient le plus fréquent. Ainsi, il y a eu la décision *Perquisitions de nuit*⁷⁴, la décision sur la loi d'orientation et de programmation pour la justice⁷⁵, la décision relative à la loi sur la sécurité intérieure⁷⁶, la décision *Maîtrise de l'immigration*⁷⁷, la décision dite

69. cc 94-343-344 DC, 27 juillet 1994, *op. cit.*

70. Le Conseil d'État l'a suivi dans son raisonnement dans l'arrêt Conseil d'État, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Marsang-sur-Orge*, *Rec.*, p. 372 ; *GAJA*, n° 119.

71. Décision 98-408 DC, 22 janvier 1999, *op. cit.*

72. Pour en déduire que l'accès à un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle (cc 94-359 DC, 19 janvier 1995, *Rec.*, p. 179 ; *RJC*, p. I-622 ; *JO*, 31 janvier 1995, p. 1651) ; à propos du Pacte civil de solidarité (cc 99-419 DC, 9 novembre 1999, *Rec.*, p. 116 ; *JO*, 16 novembre 1999, p. 16962).

73. cc 2001-446 DC, 27 juin 2001, *Rec.*, p. 74 ; *JO*, 7 juillet 2001, p. 10828.

74. cc 96-377 DC, 16 juillet 1996, *Rec.*, p. 87 ; *RJC*, p. I-671 ; *JO*, 23 juillet 1996, p. 11108.

75. cc 2002-461 DC, 29 août 2002, *Rec.*, p. 204 ; *JO*, 10 septembre 2002, p. 14953, § 84.

76. cc 2003-467, 13 mars 2003, *Rec.*, p. 211 ; *JO*, 19 mars 2003, p. 4789.

77. cc 2003-484 DC, 20 novembre 2003, *Rec.*, p. 438 ; *JO*, 27 novembre 2003, p. 20154, § 81.

« Perben II »⁷⁸, ainsi que la décision relative au statut de la Cour pénale internationale⁷⁹.

La doctrine s'est emparée de ce principe. Selon cette dernière, si l'on songe que tout droit subjectif semble pouvoir trouver son fondement dans le concept de dignité de la personne humaine, on observera alors qu'il s'agit d'un « principe matriciel »⁸⁰. En outre un tel droit ne saurait être écarté, amoindri, ni restreint auquel cas il faut lui reconnaître un caractère absolu. Il peut cependant également être vu comme un « principe méta-juridique » dont la valeur constitutionnelle est destinée à donner une cohérence et une « unité de sens à la diversité des droits fondamentaux »⁸¹ et qui ne saurait donc être invoqué directement que rarement, comme source d'interprétation des droits fondamentaux⁸².

Ainsi même difficilement défini, le concept de dignité humaine peut être un outil opérant pour contrôler la constitutionnalité de la peine capitale, comme l'ont fait d'autres juridictions constitutionnelles : les Cours suprêmes des États-Unis, d'Inde, des Caraïbes orientales, les Cours constitutionnelles d'Afrique du Sud, de Hongrie, de Lituanie, d'Albanie. A l'exception des deux premières, ces juridictions ont d'ailleurs affirmé la contrariété entre le principe de la peine capitale et le respect de la dignité humaine⁸³.

De plus, sans nécessairement avoir à développer et préciser ce qu'il entend par « sauvegarde de la dignité de la personne humaine », le Conseil constitutionnel pourrait se prononcer sur des dispositions législatives qui concrétisent ce principe et sanctionner l'atteinte qui lui serait portée. En effet, un recours pourrait montrer que le rétablissement de la peine capitale porte atteinte au corps humain dans ses caractères d'inviolabilité⁸⁴ et d'intégrité⁸⁵. A l'heure actuelle, il ne peut être dérogé à ce principe législatif qu'en cas de nécessité médicale pour la personne et avec son consentement, sauf si son état ne le permet pas⁸⁶. Certes, l'inviolabilité et l'intégrité du corps humain ne sont pas dotées d'une valeur constitutionnelle. Néanmoins, dans sa première décision *Bioéthique*, le

78. cc 2004-492 DC, 2 mars 2004, *Rec.*, p. 66 ; *JO*, 10 mars 2004, p. 4637 ; *GDCC*, n° 50, § 16.

79. Décision n° 98-408 DC, 22 janvier 1999, *op. cit.*

80. Bertrand Mathieu, « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *Dalloz chron.*, 1995, p. 211.

81. Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Domat droit public, Montchrestien, 2001, 6^e éd., p. 133.

82. Le débat doctrinal sur ce concept est discuté par Charlotte Girard, Marc Loiseau, « Le principe de dignité dans la doctrine constitutionnaliste », Charlotte Girard, Stéphanie Henne-Nette-Vauchez (dir.), *op. cit.*, p. 39-53.

83. Voir notre étude : « Dignité humaine et peine capitale dans la jurisprudence constitutionnelle », *Revue de Justice constitutionnelle est-européenne*, 2004, n° 4, p. 135-177.

84. Article 16-1, deuxième alinéa du Code civil.

85. Article 16-3 du Code civil.

86. *Idem*.

Conseil constitutionnel a affirmé « que lesdites lois énoncent un ensemble de principes au nombre desquels figurent la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de la vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine ; que les principes ainsi affirmés tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine »⁸⁷. Il a articulé le principe législatif d'intégrité et d'inviolabilité du corps humain comme support à la mise en œuvre du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Cet élément bénéficie ainsi de l'effet « cliquet »⁸⁸ : le législateur peut difficilement modifier le régime de ce principe législatif et en tout cas ne peut le rendre moins effectif. De par cet enchaînement, le Conseil constitutionnel pourrait être amené à reconnaître la violation du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine par la peine capitale ou au moins appliquer l'effet « cliquet » et sanctionner cette loi portant atteinte, sans assurer de garanties équivalentes, au principe législatif d'intégrité et d'inviolabilité du corps humain.

En outre, compte tenu de la gravité des enjeux (la vie humaine) et de l'impossibilité de rendre au condamné par erreur ce qu'une telle peine lui ôte, le Conseil constitutionnel pourrait également tenir compte de la nature même de la peine capitale et du caractère indigne de la chose : tout comme certaines manipulations sur l'embryon humain portent atteinte à l'espèce humaine⁸⁹, comme le fait de vivre entassés dans des logements insalubres impose des conditions de survie intolérables⁹⁰, comme utiliser une personne comme projectile rabaisse l'être humain au rang d'objet⁹¹, la peine capitale exclut le condamné de l'humanité en lui faisant subir le même sort qu'un animal dangereux que l'on euthanasie⁹². L'exclusion de l'humanité porte atteinte au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine.

Toutefois, il n'est pas certain que saisi d'une loi rétablissant la peine capitale, et en l'absence de dispositions interdisant expressément une telle peine, le Conseil constitutionnel suive cette voie. L'usage que le juge constitutionnel français fait du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine montre sa réticence à trop y recourir.

87. cc 94-343-344 dc, 27 juillet 1994, *op. cit.*, § 18.

88. *GDCC*, n° 47, § 15.

89. cc 94-343-344 dc, 27 juillet 1994, *op. cit.*

90. cc 94-359 dc, 19 janvier 1995, *op. cit.*

91. Conseil d'État, 27 octobre 1995, *Commune de Marsang-sur-Orge*, *op. cit.*

92. L'inconstitutionnalité de la peine capitale pour non respect du droit à la dignité est la solution retenue par les Cours constitutionnelles d'Afrique du Sud, de Hongrie, de Lituanie, d'Albanie. Cf. notre article, *op. cit.*

2 – L'incertitude du principe de sauvegarde
de la dignité de la personne humaine
comme fondement à l'inconstitutionnalité de la peine capitale

Tout comme pour d'autres juridictions, la seule utilisation comme norme de référence d'un principe constitutionnel de respect de la dignité humaine ne suffit pas à conclure à l'inconstitutionnalité de la peine capitale⁹³. Après avoir utilisé le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine de manière confuse, le Conseil constitutionnel revient aujourd'hui à une pratique parcimonieuse. Il n'a pas même saisi l'occasion lors du contrôle des Protocoles onusien et n° 13 abolissant la peine capitale alors qu'ils font référence à la dignité humaine dans leur Préambule. De plus en plus souvent invoqué dans les saisines⁹⁴, le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine n'est cependant pas accueilli par le juge constitutionnel pour censurer les dispositions qu'il contrôle.

Tout d'abord, bien qu'invoqué par les parlementaires saisissants, le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine n'est pas évoqué par les Sages dans la décision *Bioéthique* de 2004⁹⁵. De même dans la décision *Sécurité intérieure*⁹⁶, les requérants invoquent l'atteinte à la dignité dans la définition de l'infraction de racolage passif⁹⁷ mais le Conseil constitutionnel ne répond pas à l'argument⁹⁸. Puis, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine apparaît parfois comme pouvant être écartée dans certaines circonstances. Ainsi, le moyen n'est pas pertinent compte tenu de la gravité des infractions ou de l'âge des délinquants (même mineurs) s'agissant du port du bracelet électronique⁹⁹, ou compte tenu de ce que les prélèvements externes pratiqués pour les besoins de l'enquête ne sont pas douloureux ou intrusifs ou attentatoire à la dignité¹⁰⁰ ou compte tenu des précisions de la loi qui en prévoyant une procédure et en limitant le recours à l'interruption de grossesse aux cas de détresse empêche toute fraude à la loi pouvant conduire à l'eugénisme¹⁰¹. Ensuite, le juge constitutionnel affirme parfois constater que le législateur a entendu poursuivre le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine en adoptant certaines dispositions : les salles

93. L'approche procédurale des Cours suprêmes des États-Unis et d'Inde leur permet d'affirmer la constitutionnalité de principe de la peine capitale. Cf. notre article, *op. cit.*

94. Celles-ci peuvent être consultées sur le site du Conseil constitutionnel (www.conseil-constitutionnel.fr).

95. CC 2004-498 DC, 29 juillet 2004, *Rec.*, p. 122 ; *JO*, 7 août 2004, p. 14077.

96. CC 2003-467 DC, 13 mars 2003, *op. cit.*

97. § 59.

98. § 61-63.

99. CC 2002-461 DC, 29 août 2002, *op. cit.*, § 86.

100. CC 2003-467 DC, 13 mars 2003, *op. cit.*, § 55.

101. CC 2001-446 DC, 27 juin 2001, *op. cit.*, § 5. Les requérants s'inquiétaient des risques d'eugénisme que l'allongement du délai de recours à l'IVG ferait peser compte tenu de ce qu'ainsi il y a plus de possibilités pour détecter le sexe ou les « imperfections » du fœtus.

d'audience à proximité des lieux de rétention des étrangers en situation irrégulière limitant les transferts contraires à la dignité¹⁰² ; les faits portant atteinte à la dignité des personnes ont pu être définis comme infraction et se voir appliquer une procédure spécifique¹⁰³. Enfin, le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine est considéré par le Conseil constitutionnel comme assuré dès lors que des solutions procédurales existent. Ainsi dans sa décision sur le Pacte civil de solidarité (PACS), le Conseil a affirmé que le principe n'était pas violé par la faculté de rompre unilatéralement le PACS dans la mesure où des recours, notamment en responsabilité au titre de l'article 1382 du Code civil, étaient ouverts¹⁰⁴. De même, dans sa décision du 16 juillet 1996, contrairement aux arguments de la saisine¹⁰⁵, il a décidé que la répression à l'aide au séjour d'étrangers en situation irrégulière ne portait pas atteinte à la dignité dans la mesure où la loi pénale devant être interprétée strictement par le juge en raison du principe de légalité, le risque d'arbitraire est écarté¹⁰⁶.

Compte tenu de la pratique du Conseil constitutionnel quant au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, il n'est pas certain qu'une saisine qui soulèverait ce moyen soit accueillie favorablement. Il pourrait très bien considérer que si la répression des crimes capitaux est soumise au respect de tous les principes du droit pénal et de la procédure pénale, il n'est pas porté atteinte à la dignité des personnes. C'est la démarche qu'il paraît avoir suivie dans sa décision sur la Cour pénale internationale¹⁰⁷. Après avoir cité le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine en norme de référence, il vérifie si les dispositions du statut de Rome correspondent aux principes du droit pénal prévus par le Préambule de la Constitution de 1958. Il constate ainsi que la présomption d'innocence est assurée par la charge de la preuve incombant au procureur, que le principe de légalité est garanti par l'interprétation stricte et la motivation des décisions, que la précision des éléments matériels et intentionnels constitutifs de l'infraction correspond à l'exigence de légalité des délits et des crimes, que la non rétroactivité est assurée, que la nécessité des peines est effective par

102. CC 2003-484 DC, 20 novembre 2003, *op. cit.*, § 81.

103. CC 2004-492 DC, 2 mars 2004, *op. cit.*, § 16-19.

104. CC 99-419 DC, 9 novembre 1999, *op. cit.* Les requérants ont fait valoir que la rupture unilatérale du PACS s'apparente à une répudiation laquelle est attentatoire à la dignité. Le Conseil répond que le PACS n'étant pas un mariage, la rupture unilatérale de ce contrat ne peut être une répudiation mais est au contraire une nécessité pour respecter la liberté du mariage. En outre, reste ouverte la faculté d'obtenir réparation si celui à qui la rupture de contrat est imposée a subi un préjudice. Cette disposition assure donc le respect de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789.

105. Selon les requérants, la répression à l'aide au séjour des étrangers en situation irrégulière place ces derniers dans une situation d'isolement qui porte atteinte à leur dignité.

106. CC 96-377 DC, 16 juillet 1996, *op. cit.*

107. Décision n° 98-408 DC, 22 janvier 1999, *op. cit.*

l'ajustement de la peine en fonction de l'infraction et de la personne du condamné. Il n'est pas fait mention de l'existence ou non d'une peine attentatoire à la dignité, telle que pourrait l'être la peine capitale.

En conséquence, l'absence de précision sur le régime juridique du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine laisse ouverte la possibilité de ne pas sanctionner la loi au nom de cette norme en raison de la présence et de l'efficacité des garanties juridictionnelles applicables en procédure pénale. De ce fait, l'insertion dans la Constitution d'une interdiction explicite de recourir à la peine de mort est assurément une garantie contre un éventuel rétablissement de cette sanction pénale, d'autant que même si d'autres principes constitutionnels applicables à la matière pénale existent, ils sont soumis aux mêmes contraintes d'interprétation que le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine.

B – LES PRINCIPES DE LÉGALITÉ, DE NÉCESSITÉ ET DE PROPORTIONNALITÉ DES PEINES

Les grands principes du droit pénal ayant acquis valeur constitutionnelle au travers des articles 7, 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, à de multiples reprises, le Conseil constitutionnel en a précisé le contenu¹⁰⁸. Il permet ainsi d'encadrer l'activité répressive de l'État, source traditionnelle d'atteintes aux droits des personnes¹⁰⁹. Même si jusqu'à présent le Conseil constitutionnel a évité de se prononcer sur la nature même de la sanction pénale de mort, dans la jurisprudence qu'il a produite, plusieurs éléments peuvent permettre de contrôler une loi qui rétablirait la peine capitale : d'une part le principe de légalité des peines (1) et d'autre part découlant de ce premier point, les principes de nécessité et de proportionnalité des peines (2).

1 – Le principe de légalité des peines

En s'appuyant sur les articles 7¹¹⁰ et 8¹¹¹ de la Déclaration des droits de 1789 et sur l'article 34 de la Constitution de 1958, le juge constitu-

108. Voir Loïc Philip, « La constitutionnalisation du droit pénal français », *Revue de science criminelle*, 1985, n° 4, p. 711-723 ; Louis Favoreu, « L'apport du droit constitutionnel au droit pénal et à la procédure pénale », *Mélanges Vitu*, Cujas, 1989, p. 167-207.

109. Voir Danielle Mayer, « L'apport du droit constitutionnel au droit pénal en France », *Revue de science criminelle*, 1988, p. 439-446.

110. « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites [...] ».

111. « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».

tionnel a affirmé la valeur constitutionnelle du principe de légalité des délits et des peines¹¹². De la manière dont le Conseil constitutionnel le conçoit, il semble possible d'utiliser ce fondement pour contrôler une loi qui rétablirait la peine capitale.

Du principe de légalité des peines, outre la non rétroactivité des lois pénales plus sévères¹¹³ sur lequel nous ne reviendrons pas, le Conseil constitutionnel a déduit « la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire »¹¹⁴. Le Conseil constitutionnel est attentif à ce principe. Il a pris l'habitude de vérifier le degré de précision de la définition des infractions. Cette exigence de précision a été utilisée à de nombreuses reprises pour sanctionner la loi¹¹⁵ et le Conseil constitutionnel en attend autant la détermination de l'auteur de l'infraction¹¹⁶ que la définition matérielle des infractions et que l'élément moral de celles-ci c'est-à-dire l'intention¹¹⁷. L'on ne voit pas quelles raisons juridiques l'empêcherait de procéder de même s'agissant d'infractions capitales.

Cependant on peut douter que cette jurisprudence puisse être d'un quelconque recours s'agissant du rétablissement de la peine capitale car sur un plan technique, une telle réforme ne consisterait pas en la modification ou la création de nouvelles infractions mais en la substitution d'une peine à une autre. En conséquence l'exigence de précision dans la définition ne pourrait à la rigueur porter que sur la manière de provoquer la mort du condamné. En continuité de cette jurisprudence, le

112. Le principe de légalité des délits et des peines a été mis en pratique très souvent. Voir par ex. : 73-80 L, 28 novembre 1973, *Rec.*, p. 45 ; *RJC*, p. II-57 ; *JO*, 6 décembre 1973, p. 12949 ; 82-145 DC, 10 novembre 1982, *Rec.*, p. 64 ; *RJC*, p. I-133 ; *JO*, 11 novembre 1982, p. 3393 ; 83-164 DC, 29 décembre 1983, *Rec.*, p. 67 ; *RJC*, p. I-166 ; *GDCC*, n° 34 ; 84-176 DC, 25 juillet 1984, *Rec.*, p. 55 ; *RJC*, p. I-192 ; *JO*, 28 juillet 1984, p. 2492 ; 84-181 DC, 10-11 octobre 1984, *Rec.*, p. 78 ; *RJC*, p. I-192 ; *JO*, 13 octobre 1984, p. 3200 ; *GDCC*, n° 36, § 20, 23, 30-31 ; 84-483 DC, 18 janvier 1985, *Rec.*, p. 32 ; *RJC*, p. I-210 ; *JO*, 20 janvier 1985, p. 820 ; 86-210 DC, 29 juillet 1986, *Rec.*, p. 110 ; *RJC*, p. I-270 ; *JO*, 30 juillet 1986, p. 9393, § 25-26 ; 86-213 DC, 3 septembre 1986, *Rec.*, p. 122 ; *RJC*, p. I-275 ; *JO*, 5 septembre 1986, p. 10786, § 1-6 ; 92-307 DC, 25 février 1992, *RJC*, p. I-493, § 25 ; 93-325 DC, 12-13 août 1993, *Rec.*, p. 224 ; *RJC*, p. I-539, *GDCC*, n° 46, § 38 ; cc 96-377 DC, 16 juillet 1996, *op. cit.*, § 7 ; 98-408 DC, 22 janvier 1999, *Rec.*, p. 29 ; *JO*, 24 janvier 1999, p. 1317 ; 2003-467 DC, 13 mars 2003, *op. cit.*, § 62 ; 2004-492 DC, 2 mars 2004, *op. cit.*, § 13-14 ; 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *JO*, 3 août 2006, p. 11541, § 10, 33.

113. Au travers de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, le Conseil constitutionnel vérifie s'il n'y a pas application rétroactive des lois pénales plus sévères. cc 92-307 DC, 25 février 1992, *op. cit.*, § 25 ; 93-325 DC, 12-13 août 1993, *op. cit.*, § 47 ; 96-377 DC, 16 juillet 1996, *op. cit.*, § 29 ; 82-155 DC, 30 décembre 1982, *Rec.*, p. 88 ; *RJC*, p. I-149 ; *JO*, 31 décembre 1982, p. 4034 (en matière fiscale).

114. cc 80-127 DC, 19-20 janvier 1981, *Rec.*, p. 15 ; *RJC*, p. I-91 ; *GDCC*, n° 30, § 7.

115. cc 83-164 DC, 29 décembre 1983, *op. cit.* ; 84-181 DC, 10-11 octobre 1984, *op. cit.*, § 30-31 ; 84-483 DC, 18 janvier 1985, *op. cit.* ; 98-399 DC, 5 mai 1998, *Rec.*, p. 245 ; *JO*, 12 mai 1998, p. 7092 ; 99-411 DC, 16 juin 1999, *Rec.*, p. 75, *JO*, 19 juin 1999, p. 9018 ; 2006-540, 27 juillet 2006, *op. cit.*, § 54, 56-61.

116. cc 84-181 DC, 10-11 octobre 1984, *op. cit.*, § 30-31.

117. 99-411 DC, 16 juin 1999, *op. cit.*

Conseil constitutionnel pourrait donc censurer une loi rétablissant la peine capitale qui ne définirait pas les modalités d'exécution. Or, ce choix imposerait nécessairement aux représentants de la nation des discussions délicates, pour le moins sordides, afin de déterminer ce qui conviendrait le mieux à la France : le retour de la guillotine en respect de la tradition ou opter pour d'autres techniques (pendaison, peloton d'exécution, injection létale, etc.) dont aucune n'a définitivement fait ses preuves dans les pays qui les pratiquent. Procéder à de tels débats pourrait ainsi décourager le législateur et le détourner de ses projets. Le principe constitutionnel de légalité des peines, lui, ne paraît pas poser une limite infranchissable à la décision du législateur.

Il en est de même des principes de nécessité et de proportionnalité des peines.

2 – Les principes de nécessité et de proportionnalité des peines

On pourrait supposer que le Conseil constitutionnel est habilité par la norme constitutionnelle à vérifier la nécessité même d'une sanction, l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 énonçant que « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires »¹¹⁸. Cependant, le juge constitutionnel a adopté une position qui l'empêche, en principe, de procéder à un tel contrôle.

Dans la décision *Sécurité et liberté* de 1981, le Conseil constitutionnel a affirmé que « l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique au Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déferées à son examen »¹¹⁹. Dans ce considérant de principe il affirme que vérifier la nécessité d'une peine requiert un pouvoir d'appréciation que ne lui confère pas la Constitution et qui revient au seul Parlement. Néanmoins, en s'appuyant probablement sur la notion d'évidence dont traite l'article 8 de la Déclaration de 1789, il ouvre une possibilité de vérification et de sanction en cas d'appréciation manifestement erronée du législateur. Ainsi il déclare : « que, dans le cadre de cette mission, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci, alors qu'aucune disposition du titre premier de la loi n'est manifestement contraire au principe posé par l'article 8 de la Déclaration de 1789 »¹²⁰. Le Conseil constitutionnel définit ainsi une

118. Danielle Mayer, *op. cit.*, p. 443. L'auteur paraît affirmer que cette disposition constitutionnelle conduit à conclure à l'inconstitutionnalité de la peine de mort.

119. cc 80-127 DC, 19-20 janvier 1981, *op. cit.*, § 12.

120. cc 80-127 DC, 19-20 janvier 1981, *op. cit.*, § 13.

position qui sera constamment la sienne : il ne contrôle pas la nécessité des peines dont l'appréciation revient au Parlement à moins qu'il y ait une erreur manifeste d'appréciation de sa part¹²¹.

D'après la pratique du Conseil constitutionnel, il ressort que ce sont les disproportions graves qui s'avèrent la marque d'une erreur manifeste du législateur dans l'appréciation de la nécessité de la sanction. Ainsi, le Conseil constitutionnel a fondé sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 l'exigence de la proportionnalité des peines à la gravité des infractions. Depuis, il vérifie qu'il n'y a pas disproportion entre la peine établie par le législateur et la gravité de l'infraction à laquelle elle s'applique¹²². Dans cette appréciation, le Conseil constitutionnel pousse donc son contrôle très loin. Ainsi dans la décision du 16 juillet 1996, le juge observe qu'il lui appartient « de vérifier, qu'eu égard à la qualification des faits en cause, la détermination des sanctions dont sont assorties les infractions correspondantes n'est pas entachée d'erreur manifeste d'appréciation ». Il affirme qu'en l'espèce « le législateur a entaché son appréciation d'une erreur manifeste » en soumettant l'aide aux étrangers en situation irrégulière à des procédures de poursuite et des punitions semblables à celles prévues pour les actes de terrorisme¹²³.

Comme dans le contrôle d'autres lois pénales, lors d'un contrôle sur une loi rétablissant la peine capitale, le Conseil constitutionnel pourrait contrôler la proportionnalité entre les infractions définies comme capitales et la sanction de mort. Si ce type de vérification n'autorise pas nécessairement le Conseil constitutionnel à réfuter le principe de la peine capitale, la logique de cette jurisprudence le conduirait néanmoins à sanctionner l'application de la peine de mort, sanction la plus grave prévue par le Code pénal, pour des infractions qui n'occuperaient pas le sommet de la classification des infractions. De plus, le Conseil constitutionnel a tiré du principe de nécessité des peines l'interdiction des peines automatiques¹²⁴. Il insiste ainsi pour que le juge criminel ait la possibilité d'une appréciation dans le prononcé de la peine, ce qui semble être

121. C'est une jurisprudence constante que le Conseil constitutionnel se refuse à une telle appréciation. cc 84-176 DC, 25 juillet 1984, *op. cit.* ; 86-215 DC, 3 septembre 1986, *Rec.*, p. 130 ; *RJC*, p. 1-278 ; *JO*, 5 septembre 1986, p. 10788, § 7 ; 92-307 DC, 25 février 1992, *op. cit.* ; 93-325 DC, 12-13 août 1993, *op. cit.* ; 93-334 DC, 20 janvier 1994, *Rec.*, p. 27 ; *RJC*, p. 1-573, *JO*, 26 janvier 1994, p. 1380 ; 94-345 DC, 29 juillet 1994, *Rec.*, p. 106 ; *RJC*, p. 1-595, *JO*, 2 août 1994, p. 11240 ; 96-377 DC, 16 juillet 1996, *op. cit.* ; 99-411 DC, 16 juin 1999, *op. cit.* ; 2003-467, 13 mars 2003, *op. cit.*, § 72.

122. cc 84-176 DC, 25 juillet 1984, *op. cit.* ; 92-307 DC, 25 février 1992, *op. cit.* ; 93-325 DC, 12-13 août 1993, *op. cit.*, § 39 ; 93-334 DC, 20 janvier 1994, *op. cit.* ; 94-352 DC, 18 janvier 1995, *Rec.*, p. 170 ; *RJC*, p. 1-612, *JO*, 21 janvier 1995, p. 1154 ; 99-411 DC, 16 juin 1999, *op. cit.* ; 2003-467, 13 mars 2003, *op. cit.*, § 57, 63, 72, 73, 105.

123. cc 96-377 DC, 16 juillet 1996, *op. cit.* Il censure également le législateur dans sa décision cc 87-237 DC, 30 décembre 1987, *Rec.*, p. 63 (en matière fiscale).

124. cc 92-307 DC, 25 février 1992, *op. cit.* ; 93-325 DC, 12-13 août 1993, *op. cit.*, § 49 ; 94-345 DC, 29 juillet 1994, *op. cit.*

un corollaire à la proportionnalité des peines¹²⁵. On peut conclure de cette jurisprudence que le Conseil constitutionnel censurerait une loi prévoyant que la peine capitale soit la seule peine que le juge puisse prononcer pour certains crimes définis comme capitaux.

Tout autant que lorsque le juge administratif recourt à ce type de contrôle, il est difficile, dans le cas du contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, de définir ce qui constitue une erreur si évidente alors que la majorité des représentants s'est prononcée en sa faveur. Ce contrôle empreint d'opportunité laisse une possibilité pour que le Conseil constitutionnel décide de se prononcer sur la nécessité de rétablir la peine capitale, mais elle n'est ni évidente, ni sans risque. A coup sûr, le Conseil des Sages ne franchirait ce pas que pour affirmer l'inconstitutionnalité de cette peine, l'absence de contrôle de la nécessité plaidant, quant à elle, pour la constitutionnalité. Mais sur un sujet aussi passionnel, appliquer une telle technique ne manquerait pas de susciter critiques et remises en cause de sa légitimité.

Enfin, le Conseil constitutionnel a porté une appréciation très intéressante sur la finalité et donc sur la définition de la sanction pénale. Dans la décision du 20 janvier 1994, il a affirmé que « l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion »¹²⁶. Le Conseil constitutionnel a ainsi reconnu à la peine privative de liberté la fonction de réinsertion. A-t-il également entendu par là étendre cette fonction à la sanction pénale sui generis auquel cas toute peine doit répondre à cet impératif de réinsertion ? Dans ce sens, la peine capitale ne répond pas à ces critères puisqu'elle exclut la réinsertion dans la mesure où l'élimination du condamné postule son caractère irrécupérable et son incapacité à la resocialisation¹²⁷. Ainsi, et en l'absence de définition de la peine par le législateur¹²⁸, si telle était l'interprétation du Conseil constitutionnel, la peine capitale ne serait pas envisageable ou du moins ce raisonnement constituerait un appui à une argumentation relative à une erreur manifeste d'appréciation quant à la nécessité ou à la proportionnalité de la peine de mort.

125. Cette volonté est particulièrement visible dans sa réserve d'interprétation de la décision CC 96-377 DC, 16 juillet 1996, *op. cit.*, § 28 : « Considérant que les peines prévues par ces articles, qui peuvent être prononcées pour un montant ou une durée inférieure par le juge, ne sont pas entachées de disproportion manifeste » ou dans les décisions censurant la loi : 99-410 DC, 15 mars 1999, *Rec.*, p. 51 ; *JO*, 21 mars 1999, p. 4234 ; 2003-467, 13 mars 2003, *op. cit.*

126. Décision n° 93-334 DC, 20 janvier 1994, *op. cit.*, § 12.

127. Bernard Bouloc, *Pénologie, Exécution des sanctions adultes et mineurs*, Dalloz, Précis, 1998, 2^e éd., p. 9.

128. Frédéric-Jérôme Pansier, *La peine et le droit*, Que sais-je ?, PUF, 1994, 1998, p. 8.

En conséquence, bien qu'il existe des fondements constitutionnels permettant de contrôler la constitutionnalité d'une loi instituant la peine de mort, force est de constater que compte tenu de la compétence que la Constitution attribue au Conseil constitutionnel ou que ce dernier s'est reconnu tout au long de sa jurisprudence, le juge constitutionnel dispose en réalité d'une marge de manœuvre très étroite pour procéder à un tel contrôle. Rien ne nous permet donc d'affirmer que l'état du droit constitutionnel antérieur à la révision de février 2007 assurait les personnes d'être protégées contre le rétablissement de la peine capitale.

En conclusion, dans une réflexion organisée autour de la protection des individus contre le rétablissement de la peine capitale, les bases juridiques susceptibles de fournir des éléments de réponse ne manquent pas mais aucune n'apporte de réponse définitive. Aussi, l'introduction dans le corps de la Constitution d'une disposition précisant que « nul ne peut être condamné à la peine de mort » constitue une limite explicite à la peine capitale. Elle offre un fondement dénué d'ambiguïté, y compris au cas où il surviendrait une crise si grave que la mise en œuvre de l'article 16 de la Constitution soit nécessaire. Une telle disposition exclut la peine capitale des moyens dont pourrait se prévaloir le chef de l'État dans de telles circonstances, à moins de violer la Constitution. De même si l'on a ratifié plusieurs Protocoles, certains peuvent être dénoncés ou le droit international bafoué. Car bien sûr aucune garantie n'est définitive contre une volonté non libérale. Aussi, la multiplication des obstacles au rétablissement de la peine capitale peut paraître complémentaire tout autant que redondante.