

L'ABOLITION DE LA PEINE DE MORT ENTRE POLITIQUE ET JURIDICTION

Paolo Passaglia*

Table des matières

ABOUT PAOLO PASSAGLIA.....	3
A PROPOS DE PAOLO PASSAGLIA	4
INTRODUCTION	5
I. L'ABOLITION « POLITIQUE ».....	6
I.A. L'« ABOLITION-REVOLUTION ».....	6
I.A.1. <i>L'abolition et la fin de la dictature</i>	7
I.A.2. <i>L'abolition et l'indépendance</i>	11
I.B. L'« ABOLITION-REFORME ».....	13
I.B.1. <i>L'abolition « progressive »</i>	14
I.B.2. <i>L'abolition « instantanée »</i>	20
II. L'ABOLITION « JUDICIAIRE ».....	23
II.A. LES ABOLITIONS ACHEVEES.....	23
II.A.1. <i>Les abolitions provoquées par les juridictions</i>	23
II.A.2. <i>Les abolitions décidées par les juridictions</i>	30
II.B. LES ABOLITIONS INACHEVEES	35
II.B.1. <i>L'acceptation du principe de la peine de mort</i>	36
II.B.2. <i>Les limites à la peine de mort</i>	42
CONCLUSION.....	54

* Professeur de Droit comparé à l'Université de Pise (Italie), coordinateur scientifique de la Section de Droit comparé du Service des Études de la Cour constitutionnelle italienne.

Abstract

The complete or partial abolition of the death penalty is undoubtedly one of the most memorable decisions that can be adopted in a judicial system and a society.

Ethical, philosophical, religious, as well as criminological, economical and sociological arguments intervene in the realm of politics and law in order to support either the abolitionist option or the opposite one, which is sometimes referred to as “retentionist”. The aim of this study is not to contribute to the debate regarding these arguments, but simply to draw a picture of the main processes that can lead to the complete or partial abolition of the death penalty.

Résumé

L’abolition (totale ou partielle) de la peine de mort est incontestablement une des décisions les plus marquantes qui puissent être adoptées dans un système juridique et une société.

Les arguments éthiques, philosophiques, religieux, mais aussi criminologiques, économiques et sociologiques interviennent dans les champs de la politique et du droit afin de soutenir, alternativement, l’option abolitionniste ou l’option inverse, que l’on nomme parfois « rétentionniste ». Le but de cette étude n’est pas de participer au débat concernant ces arguments, mais, bien plus modestement, d’esquisser un tableau des principaux processus qui peuvent porter à l’abolition (totale ou partielle) de la peine de mort.

ABOUT PAOLO PASSAGLIA

Professor Paolo Passaglia's academic education began at the Faculty of Law of Pisa. His links with French legal culture date back to his doctoral curriculum in *cotutelle* with the Università di Pisa and the University of Aix-Marseille III, *cotutelle* which granted him the degree of doctor of law both in Italy and France.

The main areas of research and teaching of our author are comparative law, in particular Franco-Italian comparative law, and public law, with a particular interest in constitutional justice, subjects that he teaches at the Università di Pisa as a professor. Author of numerous articles in Italian, English and French, he is the scientific coordinator of the Department of Comparative Law of the Italian Constitutional Court and a member of the Board of Directors of the Italian Association of Comparative Law.

The contribution that the Sorbonne Student Law Review is pleased to present in this first issue is a revisited excerpt from its remarkable book *The Abolition of the Death Penalty. A comparative study* (Mnemosyne 2012). It is a rigorous comparative legal analysis, informed by historical and political elements, of the *processes* by which the death penalty has been abolished or challenged around the world.

The author leads us to think on the plurality of configurations whereby the abolitionist (or quasi-abolitionist) process can present - both in terms of mechanisms used and bodies and institutions mainly involved - as well as on the link that exists between this procedural aspect and the substance of the resulting abolition.

On the same subject, Professor Passaglia was able to lead the debate among Sorbonne students at a conference entitled "The death penalty between abolition and regulation" held last February. It was notably on this occasion that the Sorbonne Student Law Review team was able to meet him in order to engage in a collaboration that proved to be a real pleasure, especially for the author of these lines since it enabled her to meet again with one of her masters while she was herself a student at the Università di Pisa.

Giuliana Marino
Deputy Director of the Scientific Events of the Sorbonne Student Law Review
Doctoral Fellow, Sorbonne Law School

A PROPOS DE PAOLO PASSAGLIA

La formation académique du Professeur Paolo Passaglia a commencé auprès de la Faculté de droit de Pise. Ses liens avec la culture juridique francophone remontent à son parcours doctoral marqué par une cotutelle avec l'Università di Pisa et l'Université d'Aix-Marseille III lui ayant permis d'obtenir le grade de docteur en droit en Italie et en France.

Les principaux domaines de recherche et d'enseignement de notre auteur sont le droit comparé, notamment le droit comparé franco-italien, et le droit public, avec un intérêt particulier pour la justice constitutionnelle, sujets qu'il enseigne à l'Università di Pisa en qualité de professeur. Auteur de nombreux articles en italien, en anglais ainsi qu'en français, il assure la coordination scientifique du département de droit comparé de la Cour constitutionnelle italienne et est membre du conseil directif de l'Association italienne de droit comparé.

La contribution que la *Sorbonne Student Law Review* a le plaisir de présenter dans ce premier numéro est un extrait revisité de son remarquable ouvrage *L'abolition de la peine de mort. Une étude comparée* (Mnemosyne 2012). Il s'agit d'une rigoureuse analyse juridique comparée, nourrie d'éléments historiques et politiques, des *processus* par lesquels la peine de mort a pu être abolie ou remise en cause dans le monde.

L'auteur nous amène à réfléchir sur la pluralité des configurations que le *processus* abolitionniste (ou quasi-abolitionniste) peut présenter – à la fois en termes de mécanismes utilisés et d'organes et institutions principalement impliqués – ainsi que sur le lien qui existe entre cet aspect procédural et la substance de l'abolition qui en résulte.

Sur ce même sujet, le Professeur Passaglia a pu animer le débat chez les étudiants de la Sorbonne lors d'une conférence « *La peine de mort entre abolition et réglementation* » qui a eu lieu en février dernier. C'est notamment à cette occasion que l'équipe de la *Sorbonne Student Law Review* a pu le rencontrer afin d'engager une collaboration s'étant révélée être un véritable plaisir, notamment pour l'autrice de ces lignes puisqu'il lui a permis de retrouver l'un de ses maîtres alors qu'elle était elle-même étudiante à l'Università di Pisa.

Giuliana Marino

Directrice-adjointe des événements scientifiques de la Sorbonne Student Law Review
Doctorante contractuelle à l'École de droit de la Sorbonne

INTRODUCTION

L'abolition (totale ou partielle) de la peine de mort est incontestablement une des décisions les plus marquantes qui puissent être adoptées dans un système juridique et une société.

Les arguments éthiques, philosophiques, religieux, mais aussi criminologiques, économiques et sociologiques interviennent dans les champs de la politique et du droit afin de soutenir, alternativement, l'option abolitionniste ou l'option inverse, que l'on nomme parfois « rétentionniste ». Le but de cette étude n'est pas de participer au débat concernant ces arguments, mais, bien plus modestement, d'esquisser un tableau des principaux processus qui peuvent porter à l'abolition (totale ou partielle) de la peine de mort¹.

À ce propos, l'aspect qui paraît mériter une attention particulière tient au fait que l'importance de l'option entre abolitionnisme et rétentionnisme est telle qu'elle ne peut évidemment pas être adoptée par n'importe quelle autorité. Mais l'identification de l'autorité appelée à choisir est loin d'être simple, car elle dépend d'un grand nombre de variables, telles que l'histoire du système, la situation politique, les exigences du moment, etc.

La diversité des autorités s'associe à la variabilité des parcours qui conduisent ou qui peuvent conduire à l'abolition. Cela soumet le comparatiste à une grande difficulté lorsqu'il cherche à élaborer des catégories et des paradigmes dans lesquels s'inscrivent les processus, ou les actes d'abolition : à première vue, en effet, chaque système présente des traits d'originalité qui semblent empêcher toute assimilation à d'autres.

Dans le but de tenter une classification de ces processus, une distinction peut être dégagée entre les organes politiques et les juridictions. La plupart des abolitions sont le produit d'une décision des premiers : la peine de mort est abolie simplement parce qu'un acte contraignant issu d'une décision *politique*, adopté par une autorité qui en a le pouvoir, impose que la peine de mort soit effacée de l'ordre juridique.

¹ En raison de l'objectif limité de l'étude, on n'abordera pas le sujet de manière complète, mais on se contentera de prendre en considération seulement les quelques expériences qui s'avèrent plus significatives eu égard au point de vue adopté. Parmi les recherches de plus grande envergure, voy., récemment, J. Martschukat, A. Sarat (dir.), *Is the Death Penalty Dying? European and American Perspectives*, Cambridge University Press, 2011 ; R. Hood – C. Hoyle, *The Death Penalty. A Worldwide Perspective*, Oxford University Press, 5^e éd., 2015. Les opinions de l'auteur de cet écrit ont été en partie déjà exposées : voy., P. Passaglia, *L'abolition de la peine de mort. Une étude comparée*, Mnemosyne, 2012.

Bien que leur nombre soit beaucoup plus limité, on ne saurait négliger l'importance des cas où, à défaut d'une action politique, les juridictions ont pris soin de conduire un raisonnement juridique visant à vérifier si la peine capitale était compatible avec les principes constitutionnels. Et, parfois, le raisonnement a conduit à une déclaration d'inconstitutionnalité, frappant soit le châtement en tant que tel soit sa réglementation juridique.

I. L'ABOLITION « POLITIQUE »

L'histoire de l'abolition de la peine de mort adoptée par les autorités politiques dans les différents pays suggère l'existence de deux grandes catégories, identifiables par rapport à ce que l'abolition de la peine de mort représente du point de vue du passé du système.

La première catégorie est celle de l'« abolition-révolution » : l'abolition de la peine de mort est un choix de rupture par rapport au passé et marque – ou contribue à marquer – une nouvelle phase de l'histoire constitutionnelle du pays.

La seconde catégorie comprend les « abolitions-réformes » : dans ces cas, on ne peut pas parler de ruptures, puisqu'il existe bien une continuité entre la période qui précède et celle qui suit l'abolition. L'élimination de la peine capitale est donc une innovation, à l'évidence, majeure, qui est le produit d'un débat interne au système ; un débat qui voit primer de nouveaux principes ou de nouvelles forces, imposant un changement de politique criminelle.

I.A. L'« abolition-révolution »

Le processus qui porte à l'abolition de la peine de mort est souvent un processus très complexe, au sein duquel la suppression de ce pouvoir de priver de la vie, légalement, certains criminels, n'est qu'une des innovations que l'on vise à introduire dans le système. On peut même arriver à lier la révolution juridique concernant la peine capitale à l'existence d'une révolution juridique générale, c'est-à-dire un changement, non *dans* le système, mais *du* système.

Or, l'instauration d'un nouveau régime paraît être, en effet, la condition essentielle pour qu'il y ait une abolition-révolution. Cela est dû au fait que les abolitions-révolutions font partie d'actes normatifs, généralement de constitutions qui manifestent un changement radical dans l'ordre juridique. Dans ce cadre, l'abolition de la peine de mort a été conçue, la plupart du temps, comme une composante du nouvel élan constitutionnel qui ouvre à la démocratie, soit après une période de dictature soit une fois l'indépendance conquise.

I.A.1. L'abolition et la fin de la dictature

Un grand nombre d'États abolitionnistes ont éliminé la peine de mort, totalement ou pour les crimes de droit commun, après une expérience plus ou moins longue de dictature. L'affirmation ou la réaffirmation de la démocratie s'est associée à celle des droits de l'homme, parmi lesquels une place centrale a été souvent réservée à la protection de la vie, qui s'impose même aux pouvoirs publics².

L'expérience européenne est assez parlante : la fin des années quarante a été marquée par l'objectif de tourner la page de la désolation politique et morale des dictatures nazies et fascistes ; les années quatre-vingt-dix se sont engagées dans l'œuvre de démantèlement des régimes socialistes en Europe orientale. Dans les deux cas, le nouvel ordre a été fondé sur les principes issus de la doctrine constitutionnaliste et la crainte d'assister, dans l'avenir, aux abus et aux horreurs que l'on venait de vivre a considérablement accentué le souci d'assurer à la vie ainsi qu'aux droits et libertés des individus une protection adéquate. L'interdiction de la peine de mort s'est insérée dans un tel contexte.

À ce propos, le cas italien est très significatif, puisque l'abolition de la peine capitale pour les crimes commis en temps de guerre fut introduite par l'article 27, alinéa 4, de la Constitution de 1947 (« La peine de mort n'est pas admise, exceptée dans les cas prévus par les lois militaires de guerre »³) sans qu'aucune objection soit soulevée au sein de l'Assemblée constituante. La peine de mort était, en effet, un sujet politiquement révélateur, puisque l'abolition avait été une des manifestations les plus importantes du libéralisme qui animait le Code pénal de 1889 (le « Code Zanardelli », du nom du ministre de la Justice) et, au contraire, le rétablissement de la peine de mort avait figuré parmi les premières grandes mesures du régime fasciste, avant même que le Code pénal de 1930 ne fût adopté.

L'élimination de la peine de mort, du moins pour les crimes de droit commun, était donc la conséquence logique de la reconnaissance de la valeur de la personne, non seulement du fait que sa vie doit être conçue comme sacrée, mais aussi parce que, même pour le plus brutal des criminels, le châtement ne peut en aucun cas se limiter à une simple rétribution, mais doit chercher à protéger la dignité de la personne et, partant, à améliorer sa situation personnelle et

² L'affirmation de la protection de la vie est devenue un symbole d'un nouveau cours des choses même pour le droit international. La référence est, en particulier, l'article 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations Unies, aux termes duquel « [t]out individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne ».

³ La loi constitutionnelle du 2 octobre 2007, n° 1, abrogera les mots suivant la virgule, en rendant ainsi l'abolition complète.

son intégration sociale. La place de l'interdiction de la peine capitale au sein de la Constitution indique de manière très claire l'idée qui était propre au Constituant : l'alinéa qui la précède affirme les principes selon lesquels « [l]es peines ne peuvent consister en des traitements contraires aux sentiments d'humanité et elles doivent avoir pour but la rééducation du condamné »⁴.

On peut retrouver des idées largement communes à celles qui ont animé le Constituant italien dans l'élaboration du *Grundgesetz* allemand de 1949, dont l'article 102 affirme tout simplement – et sans réserve – que « [l]a peine de mort est abolie ».

Or, il est vrai que l'abolition de la peine de mort provenait d'une proposition qui était loin de condamner le passé. En effet, au sein du *Parlamentarischen Rats*, la question de l'abolition fut proposée par Hans-Christoph Seebohm, un député de droite (du *Deutschen Partei*)⁵, ce qui pourrait paraître paradoxal⁶, mais qui s'explique par l'objectif de s'opposer aux exécutions des criminels compromis avec la dictature national-socialiste⁷.

On a très vite remédié à ce « vice originaire », non seulement en raison du fait que l'abolition de la peine de mort, tout en étant un sujet débattu, a été votée par une majorité très forte⁸, mais aussi et surtout grâce à l'état d'esprit d'un grand nombre de députés qui l'ont votée. À cet égard, l'intervention du député Friedrich Wilhelm Wagner pendant la Cinquantième séance du Comité de direction⁹ n'aurait pas pu être plus efficace :

« Je pense qu'il est nécessaire que la nouvelle Loi fondamentale apporte également une décision sur [la] question. Il me semble indispensable que, dans cette nouvelle Loi fondamentale, dans laquelle il est dit que la vie doit être protégée, la peine de mort elle-même soit aussi abolie. Nous avons derrière nous une période difficile de barbarie et de la plus profonde humiliation de l'humanité. Il me semble donc indispensable d'apporter ici la preuve que le peuple allemand veut vraiment

⁴ Sur l'abolition de la peine de mort dans l'ordre juridique italien, voy., N. Bobbio, « Il dibattito attuale sulla pena di morte », *L'Età dei diritti*, Einaudi, 1977, pp. 201 et s. ; I. Mereu, *La morte come pena. Saggio sulla violenza legale*, Donzelli, 1982, rééd. 2000, pp. 127 et s. ; P. Costa (dir.), *Il diritto di uccidere : l'enigma della pena di morte*, Feltrinelli, 2010 ; D. Galliani, *La più politica delle pene. La pena di morte*, Cittadella, 2012, pp. 37 et s.

⁵ Il est quand même à noter que l'abolition de la peine de mort figurait dans le programme du Parti social-démocrate dès 1906 : voy., Y. Hötzel, *Debatten um die Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland von 1949 bis 1990*, de Gruyter, 2010, pp. 14 et s.

⁶ A. Hammel, « Civilized Rebels: Death-Penalty Abolition in Europe as Cause, Mark of Distinction, and Political Strategy » in J. Martschukat, A. Sarat (dir.), *Is the Death Penalty Dying?: European and American Perspectives*, Cambridge University Press, 2011, p. 188, parle d'une « surprise ».

⁷ Voy., R.J. Evans, *Rituals of Retribution: Capital Punishment in Germany, 1600-1987*, Oxford University Press, 1996, pp. 929 et s.

⁸ Sur les travaux préparatoires concernant l'article 103 (devenu le 102 dans la rédaction finale du *Grundgesetz*), voy., B. Düsing, *Abschaffung der Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland*, Bollwerk-Verlag, 1952 ; Y. Hötzel, *op. cit.*, pp. 10 et s.

⁹ Sten. Prot. S., pp. 669 et s.

renouveler sa vie et considérer un droit, le droit à la vie, d'une telle importance que l'État ne devrait pas avoir le droit de priver de la vie, puisqu'il ne l'a pas donnée. Il s'agit d'une question fondamentale [...].

Tant que nous aurons la peine de mort dans le pays et tant que nous saurons tous que la loi de l'État méconnaît la vie et en prive les personnes, il est, je crois, hors de question d'affirmer que nous avons fait beaucoup de chemin dans notre culture ».

Cette même intervention a été citée par le Tribunal constitutionnel fédéral, dans son arrêt de 1964 par lequel la portée de l'abolition de la peine de mort a été ainsi définie¹⁰ :

« Il s'agit d'une décision de grande importance du point de vue de la politique nationale et de la politique du droit. Elle comprend une reconnaissance de la valeur fondamentale de la vie humaine et une conception de l'État qui s'oppose à celle d'un régime politique pour lequel la vie de l'individu ne valait que peu et qui, par conséquent, a conduit, par l'usurpation du pouvoir sur la vie et la mort des citoyens, à des abus effrénés. Cette décision doit être considérée eu égard à la situation historique particulière dans laquelle elle a été adoptée »¹¹.

Le refus du national-socialisme et l'ouverture vers de nouveaux principes furent à l'origine des abolitions de la peine capitale, quoique limitées aux crimes de droit commun, dans d'autres pays fortement marqués par l'expérience dictatoriale, et notamment l'Autriche (1950) et la Finlande (1949).

Quelques années plus tard, à la fin d'une longue période de dictature, l'Espagne s'est ralliée aux pays abolitionnistes : la Constitution de 1978, qui a réaffirmé les valeurs démocratiques et celles du constitutionnalisme, a aboli la peine de mort pour les crimes de droit commun. L'article 15, en effet, associe l'interdiction de la peine capitale à la protection du droit à la vie en tant que droit fondamental : « Toute personne a droit à la vie et à l'intégrité physique et morale. Nul ne peut, en aucun cas, être soumis à la torture ni à des peines ou des traitements inhumains ou dégradants. La peine de mort est abolie, sauf dispositions prévues en temps de guerre par les lois pénales militaires ».

Or les débats qui ont conduit à l'adoption de la nouvelle Constitution n'ont pas mis en exergue la condamnation de la pratique du régime précédent, de sorte que l'abolition partielle de la peine de mort a été surtout soutenue par référence à des considérations liées à son inutilité¹². Cependant, le fait même d'avoir introduit la prohibition de la peine de mort dans

¹⁰ *Bundesverfassungsgericht*, Premier Sénat, 30 juin 1964 – 1 BvR 93/64 –, BVerfGE 18, 112.

¹¹ *Ibid.*, 117.

¹² Voy. notamment, l'intervention du député socialiste Gregorio Peces-Barba Martínez, qui a proposé d'introduire dans la Constitution la prohibition de la peine de mort, qui ne figurait pas dans l'avant-projet : séance du 18 mai 1978 de la Commission des « *Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas* » du Congrès des députés (*Diario*

l'article consacrant le droit à la vie en tant que droit fondamental est la preuve du lien qui existe entre l'abolition et la conception nouvelle des rapports entre les pouvoirs publics et l'individu. Selon cette conception, ce n'est plus à l'individu de servir les pouvoirs publics, mais c'est à ces derniers d'agir au profit de l'individu. Autrement dit, l'élimination de la peine de mort est un des éléments qui marquent la rupture entre la dictature franquiste et l'État démocratique¹³.

Le même esprit a guidé les pays de l'Europe orientale lorsque les régimes socialistes ont implosé. La transition – plus ou moins longue selon les pays – vers un régime de démocratie libérale a vu également partout l'abolition de la peine de mort. À quelques exceptions près, au cours des années quatre-vingt-dix tous les pays ont procédé à l'abolition d'un châtement que l'on a qualifié de « barbare »¹⁴. Parfois une telle décision a été adoptée dès les premières grandes réformes, visant à exprimer ainsi le changement de régime par rapport au passé¹⁵.

L'abolition de la peine de mort en tant qu'élément (parmi d'autres) destiné à souligner la clôture définitive d'une expérience dictatoriale n'est pas, cependant, une prérogative européenne. En Amérique latine aussi de telles abolitions ont été décrétées, par exemple au Brésil et au Pérou, en 1979, ainsi qu'en Argentine, en 1984, pour les crimes de droit commun.

Des tournants autres que le passage de la dictature à la démocratie peuvent créer des conditions favorables à l'abolition de la peine de mort, notamment lorsque le changement, radical parfois, est inspiré par l'émergence de forces progressistes.

Les exemples sont évidemment moins nombreux que ceux auxquels on a fait allusion dans les paragraphes précédents. Un des plus significatifs est certainement celui du Venezuela, où l'abolition de la peine de mort remonte à 1863. La date n'est pas sans intérêt, mais pas seulement pour souligner la précocité du choix opéré (le Venezuela est, notamment, le premier État souverain à avoir aboli la peine capitale). En effet, en 1863, le Traité de Coche mit fin à la

de Sesiones, 1978, n° 59, p. 2477). Sur l'élaboration de l'article 15 de la Constitution espagnole, voy., J.-F. Higuera Guimerá, *La prévision constitutionnelle de la peine de mort (commentaire à l'article 15, deuxième incise, de la Constitution Espagnole de 1978)*, Bosch, 1980 ; Y. Gómez Sánchez, « La pena de muerte », *Revista de Derecho Político*, 1992, pp. 178 et s. ; voy. aussi, pour un résumé, A.C. Andrés Domínguez, E. García de Viedma, « La pena de muerte en la legislación comparada y en el Derecho español », *La Pena de Muerte y Su Abolición en España*, Amnistía Internacional – Los Libros de la Catarata, 1995, pp. 15 et s.

¹³ G. Rodríguez Mourullo, « Artículo 15. Derecho a la vida », *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Artículos 10 a 23 de la Constitución Española de 1978*, Edersa, 1996, p. 292, parle de « [l]a constitucionalización de la abolición de la pena de muerte » comme d'un « signo de civilización y progreso ».

¹⁴ L'expression est du Président de la Tchécoslovaquie, Vaclav Havel, qui prôna l'introduction de l'interdiction de la peine de mort juste après la Révolution de velours. Le Parlement tchécoslovaque adoptera une loi remplaçant la peine de mort avec la réclusion à perpétuité le 3 mai 1990.

¹⁵ Voy. S. Frankowski, « Post-Communist Europe » in P. Hodgkinson, A. Rutherford (dir.), *Capital Punishment. Global Issues and Prospects*, Waterside Press, 1996, pp. 225 et s.

Guerre fédérale, une guerre civile qui opposa, pendant cinq ans, les conservateurs et les partisans du fédéralisme et du libéralisme. La victoire alla à ceux-ci, qui imposèrent un nouveau cours aux institutions vénézuéliennes, inspiré de la doctrine libérale. L'abolition de la peine de mort, prévue par le *Decreto de Garantías* du 16 août 1863 puis consacrée par l'article 14 de la nouvelle Constitution (approuvée le 28 mars 1864)¹⁶, représenta l'une des innovations les plus remarquables découlant du changement imprimé à l'État.

I.A.2. L'abolition et l'indépendance

La fin du colonialisme a eu sans doute une influence majeure sur l'application de la peine de mort. Cette constatation est loin de permettre de conclure que l'accès à l'indépendance implique le refus de la peine capitale : au contraire, la plupart des anciennes colonies ont maintenu ce châtiment, du moins pour une certaine période. Bien que minoritaires, les pays qui ont fait un choix différent sont tout de même assez nombreux.

Il s'agit, toutefois, de préciser les effets concrets de l'accès à l'indépendance sur l'application de la peine de mort. À ce propos, on peut déceler deux grandes catégories de systèmes en se fondant sur un critère d'ordre chronologique.

(a) Dans les pays qui se sont affranchis de la domination étrangère avant les années quatre-vingt du XX^e siècle, l'indépendance n'a pas porté à l'abolition de la peine de mort, mais, tout au plus, dans un certain nombre de cas, à sa désuétude.

L'absence d'exécutions après la domination coloniale est, en effet, une situation que l'on retrouve aux latitudes les plus diverses, de Malte (déclarée indépendante en 1964) au Venezuela (indépendant depuis 1830, une fois séparé de la Grande Colombie), à l'Océanie (Samoa, 1962 ; Nauru, 1968 ; Fidji, 1970) à un certain nombre d'États africains (Côte d'Ivoire et Madagascar, 1960 ; Cap-Vert, Sao Tomé-et-Principe et Angola, 1975 ; Seychelles, 1976 ; Djibouti, 1977) et, encore, à des États de l'Asie méridionale (Maldives, 1965 ; Brunei, 1984). Allant au-delà de ce cadre chronologique, la désuétude de la peine de mort a pu être constatée en Érythrée (à partir de 1993)¹⁷ ainsi que dans quelques-uns des États issus de l'éclatement des

¹⁶ L'article 14, alinéa 1, de la Constitution des États-Unis de Venezuela de 1864 établit le principe selon lequel « [l]a Nación garantiza a los venezolanos [...] la inviolabilidad de la vida, quedando abolida la pena capital, cualquiera que sea la ley que la establezca » (« La Nation garantit aux Vénézuéliens [...] l'inviolabilité de la vie, la peine capitale étant abolie, quelle que soit la loi qui l'a établie »).

¹⁷ Il est quand même à constater que la peine de mort en Érythrée reste un sujet de débat, car à défaut de communications officielles par les autorités étatiques, la désuétude ne peut pas être confirmée. On suivra, tout de même, la thèse plus favorable à l'abolition.

fédérations soviétique (Arménie, Kirghizistan, Moldavie, dès 1991) et yougoslave (Bosnie-Herzégovine, dès 1992).

Il est à noter que la plupart des États mentionnés ci-dessus sont, actuellement, des États formellement abolitionnistes ou qui n'admettent en principe la peine de mort que pour des crimes particulièrement graves (Fidji). La désuétude a donc conduit, au fil des ans, à une ratification successive¹⁸, qui est intervenue tantôt assez vite (au Cap-Vert et en Bosnie-Herzégovine, l'attente n'a duré que six ans), tantôt après des décennies (par exemple, les Samoa n'y sont arrivées qu'après 42 ans et la Côte d'Ivoire après 40 ans).

Dans quelques cas la désuétude n'a pas (encore ?) conduit à une abolition : c'est ce qui s'est vérifié à Madagascar, en Érythrée, aux Maldives, à Nauru et au Brunei, pays qui sont donc à ranger, actuellement, parmi les abolitionnistes de fait.

(b) Les pays qui sont arrivés plus tard à l'indépendance, et notamment ceux dont la souveraineté a été reconnue à partir des années quatre-vingt du siècle dernier, ont connu une démarche différente, caractérisée par le fait que lorsque l'abolitionnisme était en mesure de s'imposer, l'abolition de la peine de mort, en fait et en droit, a été immédiate, comme en Namibie (indépendante de l'Afrique du Sud depuis 1990)¹⁹ et au Timor oriental (2002²⁰). La liste devient longue en Océanie, où tous les pays devenus indépendants après 1978 ont fait le choix d'une abolition totale et immédiate : les Îles Salomon et les Tuvalu en 1978, les Kiribati en 1979, le Vanuatu en 1980, les Îles Marshall et la Micronésie en 1986, les Palaos en 1994.

Enfin, des abolitions immédiates ont été enregistrées au moment de l'accession à l'indépendance d'anciens membres de la Yougoslavie (Croatie, Macédoine et Slovaquie, en 1991)²¹.

Bien évidemment, les pays dont la souveraineté a été reconnue plus tardivement ont pu bénéficier de la montée du courant abolitionniste mondial et donc s'inspirer de modèles désormais bien ancrés dans la culture constitutionnelle, du moins dans certaines aires de la

¹⁸ Sur ce point, voy., *infra*, paragraphe 3.

¹⁹ Les trois autres pays africains de récente indépendance ont fait des choix différents : l'Érythrée figure, on l'a vu, dans la première catégorie, tandis que le Zimbabwe (indépendant depuis 1980) est un pays rétentionniste, ainsi que le Soudan du Sud (indépendant depuis 2011).

²⁰ En réalité, au Timor oriental la peine de mort avait été abolie dès 1999 par l'administration provisoire des Nations Unies. Le Brunei, l'autre pays de l'Asie indépendant depuis moins de trente ans, a été rangé dans la première catégorie.

²¹ L'indépendance du Monténégro, en 2006, et du Kosovo, en 2008, n'a pas influencé le choix abolitionniste, qui avait été déjà fait par la Serbie-et-Monténégro en 2002.

planète. Cela explique, semble-t-il, l'augmentation des abolitions plus « audacieuses » liées à la fin du colonialisme.

Du point de vue chronologique, les deux grandes exceptions sont représentées par le Panama et la Norvège. Le Panama est devenu indépendant en 1903 et a aboli immédiatement la peine de mort : il s'agit du seul État du continent américain à avoir fait un tel choix, puisque même les pays qui se sont plus récemment affranchis de la domination étrangère (Antigua-et-Barbuda et Belize, en 1981 ; Saint-Christophe-et-Niévès, en 1983) ont opté pour le maintien de la peine de mort, du moins provisoirement²². On ne saurait négliger toutefois qu'en 1903, en Amérique latine, les exemples d'États abolitionnistes étaient loin de faire défaut. De ce fait, l'exception panaméenne peut trouver une explication et justifier le rapprochement avec les pays de plus récente indépendance.

Le cas de la Norvège est plus difficile à situer, puisque l'indépendance de la Suède, en 1905, conduisit à l'abolition immédiate de la peine de mort en temps de paix. La législation norvégienne pouvait effectivement compter sur d'autres exemples, même en Europe. Cependant, force est de constater la particularité norvégienne, due vraisemblablement à la forte empreinte des idées libérales qui a, dès le début, caractérisé le droit pénal norvégien²³.

I.B. L'« abolition-réforme »

L'abolition de la peine de mort, on l'a vu, est souvent le produit d'une « révolution » au sein de l'ordre juridique. Toutefois, il n'en est pas toujours ainsi : en effet, on est souvent arrivé à l'abolition dans la continuité, c'est-à-dire à la fin d'un processus de maturation, parfois même assez long, au cours duquel l'idée abolitionniste a gagné progressivement du terrain, jusqu'à primer sur la tradition rétentionniste.

Une telle évolution, aboutissant à des « abolitions-réformes », s'est produite dans un certain nombre d'États, dans tous les continents. On mentionnera quelques exemples, qui sont à ranger, pour des raisons diverses, parmi les plus intéressants, en distinguant entre les cas où l'abolition s'est produite de manière progressive et ceux qui ont été caractérisés par des bouleversements liés à des choix nets entre rétentionnisme et abolitionnisme, d'où la nature « instantanée » de l'abolition.

²² Belize et Antigua-et-Barbuda figurent actuellement parmi les pays abolitionnistes de fait.

²³ Sur les rapports entre le droit pénal et le droit constitutionnel en Norvège, voy., E. Smith, « Constitutions et droit pénal » – « Norvège », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2010, pp. 301 et s.

I.B.1. L'abolition « progressive »

Au Royaume-Uni, les réformes ayant conduit à l'abolition de la peine capitale remontent au début du XIX^e siècle, lorsque les crimes faisant partie de ce que l'on dénommait le « *Bloody Code* », c'est-à-dire les crimes passibles de la peine de mort, étaient au nombre de deux cent vingt-deux. Un nombre tellement élevé que l'un des opposants historiques à la peine de mort, *Sir Samuel Romilly*, pouvait s'adresser ainsi à ses collègues de la Chambre des communes : « *there [is] no country on the face of the earth in which there [have] been so many different offences according to law to be punished with death as in England* »²⁴.

Des réformes importantes se succédèrent, visant, d'une part, à conférer aux juges le pouvoir de décider, sur la base du cas d'espèce, si la peine de mort pouvait ne pas être infligée²⁵ et, de l'autre, à limiter le nombre de crimes susceptibles de conduire à l'exécution du condamné. Plusieurs lois furent approuvées dans ce but, la plus importante étant sans doute le *Punishment of Death, etc. Act 1832* (c. 62), qui réduisit le nombre de *capital offences* à soixante environ. Cinq ans après, grâce à l'*Offences against the Person Act 1837* (c. 85) et à d'autres lois mineures, ces crimes n'étaient plus qu'au nombre de seize. À la suite de réductions ultérieures, avec le *Criminal Law Consolidation Act 1861* (c. 100), les *capital offences*, hormis celles prévues par le droit militaire, n'étaient plus qu'au nombre de cinq : meurtre, espionnage, haute trahison, incendie dans un chantier naval, un navire, un magasin ou un entrepôt royal et piraterie avec violence.

Au cours du XIX^e siècle, l'œuvre de réduction n'alla pas plus loin, bien que quelques occasions se fussent présentées. La plus importante fut sans doute celle offerte, en 1864, par la mise en place de la *Royal Commission on Capital Punishment*. La Commission n'arriva pas à recommander l'abolition de la peine de mort, mais ses recommandations n'eurent pas une portée négligeable, notamment celle qui prônait une graduation des meurtres pour faire en sorte que seuls les plus graves pussent donner lieu à une condamnation à mort, et celle qui visait à éliminer les exécutions en public²⁶. Seule la seconde, toutefois, eut des résultats concrets, car le *Capital Punishment Amendment Act 1868* (c. 24) mit fin aux exécutions publiques, ne

²⁴ *Parl. Deb. Commons*, 15, Feb. 9, 1810, p. 366, cité par V. Bailey, « The Shadow of the Gallows: The Death Penalty and the British Labour Government, 1945-51 », *Law and History Review*, 2000, vol. 18, n. 2, pp. 305 et s.

²⁵ Voy., *Judgement of Death Act 1823* (c. 48).

²⁶ Voy., *Report of the Capital Punishment Commission*, Eyre and Spottiswoode for Her Majesty's Stationery Office, 1866.

permettant tout au plus aux shérifs que d'admettre la présence de la presse et d'autres témoins, y compris les parents des victimes.

Les décennies successives furent caractérisées par des réformes sectorielles, parmi lesquelles figurèrent celle qui empêchait l'exécution des mineurs de moins de seize ans²⁷ et celle qui distinguait de l'homicide l'infanticide commis par la mère de manière à éviter à celle-ci la peine de mort²⁸. Mais l'abolitionnisme dut attendre la fin des années vingt pour connaître une nouvelle montée en puissance, associée, en large mesure, à la conquête du pouvoir par le Parti travailliste. Les partisans de l'abolition, qui avaient désormais un grand parti politique de leur côté, bénéficièrent, au mois d'octobre 1929, d'un débat public déclenché par une motion abolitionniste du député William Brown. Le débat aboutit à la mise en place d'un *Select Committee on Capital Punishment*, dans le rapport final duquel la majorité travailliste proposa la suspension des exécutions à titre expérimental pour cinq ans. L'opposition farouche du Parti conservateur et la réticence du Gouvernement firent en sorte qu'une telle proposition ne fut pas mise à l'ordre du jour de la Chambre des communes avant la chute du cabinet, en août 1931.

L'abolition temporaire fut proposée à nouveau au mois de novembre 1938, cette fois par un député conservateur, Vyvyan Adams. La motion fut approuvée, mais avec une majorité qui était loin d'être écrasante, dans une Chambre des communes où le nombre de parlementaires absents était assez élevé pour permettre au Premier ministre conservateur, Neville Chamberlain, de contester la représentativité du vote. Quelques mois plus tard, lors de l'examen du *Criminal Justice Bill*, on chercha par un amendement à introduire ce moratoire. L'éclatement de la Seconde Guerre mondiale imposa de mettre de côté la proposition de loi et, par conséquent, le même sort fut réservé à la question de la suspension des exécutions.

Mais cette mise de côté n'était que provisoire. À la fin du conflit, avec une majorité travailliste à la Chambre des communes, le *Criminal Justice Bill* fut présenté à nouveau, mais privé de la clause sur l'abolition temporaire de la peine de mort. Un nouvel amendement fut alors présenté visant à suspendre les exécutions pendant cinq ans. Le Gouvernement laissa les députés de la majorité libres de faire leur choix, tout en se déclarant opposé à l'amendement, pour des raisons d'opportunité. À la surprise générale, au mois d'avril 1948, l'amendement dit Silverman, du nom du proposant, fut adopté (245 voix contre 222). Mais en juin, le vote de la

²⁷ *Children Act* 1908 (c. 67). L'âge sera élevé à dix-huit ans par le *Children and Young Persons Act* 1933 (c. 12).

²⁸ *Infanticide Act* 1922 (c. 18).

Chambre des Lords fut moins surprenant : le projet de loi fut approuvé, mais fut « épuré » de l'« amendement Silverman ».

La crainte d'un conflit entre les deux Chambres, sur un sujet délicat et politiquement sensible, et le risque d'un décalage excessif entre la chambre élue et l'opinion publique suggérèrent aux responsables du Parti travailliste de ne pas insister sur l'amendement abolitionniste.

Une fois le conflit politique quelque peu apaisé, au mois de novembre, le *Home Secretary*, James Chuter Ede, annonça l'institution d'une *Royal Commission on Capital Punishment*, qui fut mise en place de manière officielle en janvier 1949. C'était, à l'évidence, une bonne occasion pour étudier le sujet, mais aussi un excellent moyen pour gagner du temps.

Le rapport de la Commission n'arriva, en effet, qu'en 1953. Un rapport très long et détaillé, sur un grand nombre de questions. Son impact fut cependant plutôt limité, en raison, entre autres, de l'alternance qui avait porté à nouveau, en 1951, le Parti conservateur au pouvoir. Sur l'abolition de la peine capitale, d'ailleurs, la Commission n'avait pas pris de position définitive, optant pour le rétentionnisme « à moins qu'il n'y ait une écrasante majorité dans l'opinion publique en faveur de l'abolition ».

Apparemment sans trop d'importance, le rapport eut, en réalité, l'effet de donner aux partisans de l'abolitionnisme de nouveaux arguments. Ce fut à nouveau le député Sydney Silverman, qui introduisit, en 1955, un *Death Penalty (Abolition) Bill*, visant à abolir la peine ou, du moins, à suspendre les exécutions. La proposition de loi fut approuvée par la Chambre des communes, mais l'opposition de la Chambre haute rendit impossible son approbation définitive. En contrepartie partielle, les *Lords* acceptèrent toutefois l'adoption du *Homicide Act 1957* (c. 11) qui, en premier lieu, limita la notion de « meurtre », en l'excluant lorsque l'auteur « *was suffering from such abnormality of mind [...] as substantially impaired his mental responsibility for his acts and omissions in doing or being a party to the killing* » (*section 2(1)*).

La même loi, en outre, distingua entre les meurtres susceptibles de donner lieu à la peine capitale et les meurtres pour lesquels la peine de mort était exclue.

La section 5(1) de la loi conserva la peine de mort pour « (a) any murder done in the course or furtherance of theft ; (b) any murder by shooting or by causing an explosion ; (c) any murder done in the course or for the purpose of resisting or avoiding or preventing a lawful

arrest, or of effecting or assisting an escape or rescue from legal custody ; (d) any murder of a police officer acting in the execution of his duty or of a person assisting a police officer so acting ; (e) in the case of a person who was a prisoner at the time when he did or was a party to the murder, any murder of a prison officer acting in the execution of his duty or of a person assisting a prison officer so acting ». La section 6(1) ajouta les récidivistes aux individus susceptibles d'être condamnés à mort.

Pour tous les autres cas, le meurtre n'aurait plus conduit à la peine de mort (*section 7 du Homicide Act*).

La restriction de l'application de la peine capitale eut l'effet de réduire considérablement le nombre d'exécutions : l'adoption par la Chambre des communes du *Death Penalty (Abolition) Bill* de 1955 avait induit le *Home Secretary* à suspendre les exécutions, qui n'eurent pas lieu au cours de l'année 1956 ; l'adoption définitive du *Homicide Act* conduisit à une reprise des exécutions. Mais à partir de 1957, le nombre des exécutions par an ne dépassa plus les sept (le chiffre atteint en 1961), tandis qu'avant 1955 – si l'on fait abstraction des huit exécutions de 1948 – chaque année les exécutions avaient été d'au moins douze (en 1947 et en 1955), sans compter qu'au cours de certaines années, le chiffre avait grimpé de manière considérable, notamment en 1952, lorsque les exécutions furent au nombre de vingt-trois.

Les deux dernières exécutions eurent lieu en 1964. La victoire du Parti travailliste lors des élections nationales de cette année donna aux abolitionnistes un nouvel élan. Ce fut, encore une fois, le député Silverman qui présenta un *private member's bill*, qui, finalement, fut adopté par les deux Chambres du Parlement.

Par le *Murder (Abolition of Death Penalty) Act 1965* (c. 71), la peine prévue pour les meurtres que l'*Homicide Act 1957* sanctionnait par la peine de mort, devenait la réclusion à perpétuité dans tout le Royaume-Uni sauf en Irlande du Nord. La loi visait à une suspension provisoire des condamnations pendant cinq ans et subordonnait l'abolition définitive à une *affirmative resolution* des deux Chambres avant le 19 juillet 1970. La Chambre des communes vota une telle *resolution* le 16 décembre 1969 ; le même vote de la Chambre des *Lords* arriva deux jours plus tard. La peine de mort était ainsi abolie pour le crime de meurtre.

À ce moment-là, en Grande-Bretagne, la peine de mort ne restait en vigueur que pour l'espionnage, la haute trahison, l'incendie dans un chantier naval, un navire, un magasin ou un entrepôt royal et la piraterie avec violence. Le droit militaire prévoyait, en outre, la peine capitale pour six crimes, notamment la faute grave au cours des actions militaires, l'aide à

l'ennemi, l'obstruction aux opérations militaires, le fait d'avoir envoyé de faux signaux aériens, la mutinerie ou l'incitation à la mutinerie, le fait de ne pas avoir réprimé la mutinerie afin d'aider l'ennemi.

Au fil des ans, la peine de mort fut supprimée pour tous ces crimes, sans qu'il y eût, entre-temps, aucune exécution : le *Criminal Damage Act* 1971 (c. 48) élimina la peine capitale pour l'incendie dans un chantier naval, un navire, un magasin ou un entrepôt royal ; le *Armed Forces Act* 1981 (c. 55) l'élimina pour l'espionnage ; la peine de mort pour haute trahison et piraterie fut abolie, au mois de juillet 1998, par le *Crime and Disorder Act* 1998 (c. 37).

La *section* 21(5) du *Human Rights Act* 1998 (c. 42), du 9 novembre 1998, élimina complètement la peine de mort, en la supprimant pour les crimes prévus par le droit militaire. Lors de la ratification, le 20 mai 1999, du Protocole n° 6 à la Convention européenne des droits de l'homme, le Royaume-Uni avait donc déjà fait le choix de l'abolitionnisme total. La ratification du Protocole n° 13 à la Convention européenne, le 10 octobre 2003, a consacré ce choix au niveau international, choix qui, sur la base de ce que l'on a pu constater, a été le produit d'une longue évolution, marquée par des progrès parfois minimes, de sorte que le Royaume-Uni est peut-être l'exemple le plus sûr d'une abolition découlant d'une (série de) réforme(s)²⁹.

L'évolution britannique a eu, bien évidemment, des effets majeurs sur les territoires liés à la Couronne, notamment l'Irlande Nord : dans celle-ci, une fois comblé le retard concernant la peine pour le crime de meurtre, grâce au *Northern Ireland (Emergency Provisions) Act* 1973 (c. 53), il a été procédé d'une manière parallèle à celle des autres composantes du Royaume-Uni. Dans les dépendances de la Couronne britannique, la peine de mort a été abolie plus tard, au moment où l'on a donné effet au Protocole n° 13³⁰ ; dans l'Île de Man, toutefois, la peine a été abolie bien avant, par le *Capital Punishment (Abolition) Act* 1993, quelque cent vingt et un ans après la dernière exécution³¹. Dans les territoires d'outre-mer, la peine de mort pour les crimes de meurtre a été abolie en 1991, par un *order in council* venant de Londres.

Mais l'approche britannique à l'égard de l'abolition a vraisemblablement inspiré la politique abolitionniste d'autres pays historiquement très proches du Royaume-Uni.

²⁹ Au sujet du long chemin de l'abolitionnisme britannique, voy., B.P. Block, J. Hostettler, *Hanging in the balance: a history of the abolition of capital punishment in Britain*, Waterside Press, 1997.

³⁰ Par exemple, en ce qui concerne l'Île Jersey, la peine de mort a été éliminée définitivement par le *Human Rights (Amendment) (Jersey) Order* 2006.

³¹ Voy., P.W. Edge, *The Law and Practice of Capital Punishment in the Isle of Man*, 1996, disponible en ligne : <http://firedrake.org/drpete/manx2.htm>.

Un exemple révélateur est sans doute tiré de l'expérience canadienne. Au Canada, en effet, certains aspects du parcours vers l'abolition sont assez similaires à ceux qui ont marqué le Royaume-Uni. D'abord, le choix d'une réduction progressive des crimes susceptibles de conduire à la peine de mort, une fois constatée l'impossibilité de procéder à une abolition immédiate qui avait pourtant été proposée dès 1914. L'évolution dans ce sens a conduit à l'exclusion de la peine pour viol, en 1954, et, sept ans plus tard, à une réforme du Code criminel visant à distinguer entre les meurtres sanctionnés par la mort, notamment l'homicide prémédité et l'homicide d'un agent de police ou d'un gardien de prison en service, et les meurtres pour lesquels d'autres peines étaient prévues.

Cette réforme eut pour effet une raréfaction considérable des exécutions, si bien que la dernière exécution de l'histoire canadienne eut lieu en décembre 1962. La désuétude que l'on entrevoyait amena à une première motion abolitionniste en 1966, qui fut néanmoins rejetée par la Chambre des communes.

À l'instar de ce qui avait été tenté à plusieurs reprises et qui venait de se produire au Royaume-Uni, la voie vers l'abolition définitive fut ouverte par un moratoire. En 1967, le projet de loi C-168, présenté par le Gouvernement libéral de Lester B. Pearson, fut approuvé : un moratoire de cinq ans fut ainsi établi, jusqu'au 29 décembre 1972, avec pour seules exceptions les homicides des agents de police ou des gardiens de prison. À la fin du quinquennat, quoiqu'avec quelques mois de retard, le moratoire fut réitéré (le 29 mai 1973). Cette fois, avant que les cinq ans de suspension des exécutions ne s'écoulent, le Gouvernement libéral de Pierre Trudeau présenta le projet de loi C-84, visant à l'abolition de la peine de mort à l'exception des cas prévus par le droit militaire. Le 14 juillet 1976 le projet fut adopté par une majorité à la Chambre des communes de 130 voix contre 124, le Gouvernement ayant laissé liberté de vote à ses députés. Onze ans après, un nouveau vote à la Chambre des communes confirma le choix abolitionniste, en rejetant, par un vote libre (148 voix contre 127) une motion visant au rétablissement de la peine capitale.

Comme au Royaume-Uni, une fois éliminée la peine de mort pour les crimes de droit commun, un certain temps s'est avéré nécessaire pour éradiquer de l'ordre juridique les derniers vestiges de ce châtement. Au Canada, cette élimination s'est produite le 10 décembre 1998, à l'occasion de l'adoption d'une réforme de la Loi sur la défense nationale par laquelle ont été

supprimés tous les cas de peine capitale qui demeuraient dans le droit militaire (notamment pour les crimes de trahison et de mutinerie)³².

L'expérience canadienne est donc un autre exemple très parlant d'une abolition progressive qui a été soutenue par un grand parti, le Parti libéral en particulier, sans que ce soutien implique pour autant que l'accession au pouvoir du parti conduisît à une abolition immédiate.

I.B.2. L'abolition « instantanée »

Parmi les abolitions dérivant d'un bouleversement des choix entre rétentionnisme et abolitionnisme, on peut indiquer, tout d'abord, la Suisse, où la peine de mort pour les crimes de droit commun fut abolie, pour la seconde fois, et définitivement, en 1942. Dans ce pays, le sort de la peine capitale a été fortement marqué par des référendums : le 18 mai 1879, le peuple se prononça par 52,5 % des suffrages en faveur de la proposition de réintroduire dans la Constitution la peine de mort pour les crimes de droit commun qui avait été abolie en 1874. Le sujet resta, toutefois, très débattu, et les réserves contre l'application de la peine de mort restèrent très fortes, ce qui est prouvé par le nombre restreint (neuf, au total) des exécutions entre 1879 et 1940. Au fil des ans, la cause abolitionniste devint de plus en plus forte. Ceci est attesté par le fait que, par le référendum du 3 juillet 1938, par une majorité de 53,5 % des suffrages, le Code pénal fut amendé dans le but d'éliminer la peine capitale pour les crimes de droit commun. La majorité était claire, mais loin d'être plébiscitaire, surtout en raison du fait que les rétentionnistes étaient en majorité dans un bon nombre de Cantons, voire dans la plupart de ceux-ci. C'est en effet dans un petit canton, Obwald, où la cause rétentionniste avait obtenu près des quatre cinquièmes des suffrages, qu'eut lieu la dernière exécution pour des crimes commis en temps de paix. C'était le 18 octobre 1940³³, deux ans après le référendum, mais plus d'un an avant que la réforme du Code pénal qui avait été votée n'entrât en vigueur (1^{er} janvier 1942)³⁴.

³² Au sujet du processus qui a conduit à l'abolition de la peine de mort au Canada, voy., C. Strange, « The Lottery of Death: Capital Punishment, 1867-1976 », *Manitoba Law Journal*, 1996, vol. 23, pp. 594 et s. ; C. Strange, « The Undercurrents of Penal Culture: Punishment of the Body in Mid-Twentieth-Century Canada », *Law and History Review*, 2001, vol. 19, pp. 343 et s. ; A.S. Thompson, « Uneasy Abolitionists : Canada, the Death Penalty, and the Importance of International Norms, 1962-2005 », *Journal of Canadian Studies*, 2008, vol. 42, pp. 172 et s. ; J. Carter, « Capital Punishment: A Struggle to Satisfy Evolving Standards of Decency – Reviewing the Debate in the United States and Canada », *Southwestern Journal of International Law*, 2011, vol. 17, pp. 249 et s.

³³ L'année précédente une autre exécution avait eu lieu, dans le Canton de Zoug, où l'option en faveur du maintien de la peine de mort avait obtenu, lors du référendum, presque 55 % des voix.

³⁴ Voy., F. Vassaux, « Peine de mort. L'histoire du dernier tueur tué », *L'illustré*, disponible en ligne : http://www.illustre.ch/peine-mort-hans-vollenweider-comdamne-guillotine_56930_.html.

L'abolition de la peine de mort en Suisse a donc été le résultat d'une majorité populaire étroite qui a basculé au cours des décennies, grâce à plusieurs facteurs, parmi lesquels figure certainement la raréfaction des exécutions, qui a progressivement privé les rétentionnistes de l'argument selon lequel la peine capitale est un instrument indispensable pour lutter contre la criminalité.

Le deuxième exemple, celui de la France, est sans doute plus significatif, puisqu'il montre un véritable bouleversement politique qui conduit à l'abolition de la peine de mort. Un bouleversement aussi fort que l'on serait tenté même de ranger l'abolition française parmi les « abolitions-révolution » ; à proprement parler, toutefois, aucune révolution a eu lieu : en 1981, lorsque le choix abolitionniste fut opéré, aucun changement constitutionnel ne s'est produit, les institutions et les principes fondateurs du système étant restés les mêmes, du moins en théorie. L'abolition française doit donc être rangée parmi les « abolitions-réformes », même si l'on doit remarquer le caractère de rupture qu'a eu cette réforme du point de vue politique.

La France a été le dernier pays de l'Europe occidentale à exécuter des condamnés³⁵ et le dernier à entreprendre le parcours abolitionniste. Cela peut surprendre, car la peine de mort avait été mentionnée déjà dans les cahiers de doléance de l'époque révolutionnaire et, depuis 1791, de nombreuses propositions de loi avaient été déposées visant à limiter voire à abolir l'application de la peine capitale. En 1908, le Gouvernement avait même présenté un projet de loi prévoyant l'abolition de la peine de mort et son remplacement par une peine d'internement perpétuel : à la suite d'un débat très vif, le projet avait pourtant été rejeté, par 330 voix contre et 201 pour.

Après cela, aucun gouvernement ne s'était plus engagé sur le sujet, laissant aux parlementaires le soin de trancher la question ; cependant, les propositions de loi, qui n'avaient pas manqué au cours de la Troisième, de la Quatrième et de la Cinquième République, n'avaient jamais rencontré le soutien nécessaire au sein du Parlement³⁶.

Le « retard français » s'est tout de même accumulé principalement au cours de la Cinquième République, ce qui peut s'expliquer par le fait que l'opposition entre abolitionnistes

³⁵ La dernière exécution remonte au 10 septembre 1977.

³⁶ Les grands débats parlementaires sur l'abolition de la peine de mort ont été reproduits dans le dossier de La Documentation française, *L'abolition de la peine de mort en France*, mis à jour le 3 mai 2002, disponible en ligne : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/d000141-l-abolition-de-la-peine-de-mort-en-france>. Voy. aussi Sénat, *Les grandes pages de l'histoire de l'abolition de la peine de mort en France*, disponible en ligne : <http://www.senat.fr/evenement/archives/D22/abolition1.html>, ainsi que R. Micheli, *L'émotion argumentée : l'abolition de la peine de mort dans le débat parlementaire français*, Éditions du Cerf, 2010.

et rétentionnistes correspondait, en large mesure, à celle entre la gauche, d'un côté, et le centre et la droite, de l'autre, la première faisant de l'abolition un sujet marquant de son programme et les seconds étant très majoritairement favorables au maintien de la peine.

La longue hégémonie des partis de droite pendant la Cinquième République a donc été un obstacle, pour ne pas dire un verrou, à l'élimination de la peine capitale. Et la preuve vient du fait que l'un des premiers fruits de l'alternance au pouvoir a été justement l'abolition de la peine de mort.

L'engagement pris pendant la campagne électorale par le candidat à la présidence de la République François Mitterrand a été respecté : quelques semaines après les élections législatives, le 26 août 1981, le Conseil des ministres a arrêté le projet de loi visant à abolir la peine de mort. Soutenu lors des débats par un garde des Sceaux très inspiré, M. Robert Badinter, le projet a été adopté en première lecture, le 18 septembre 1981, par l'Assemblée nationale, par 363 voix contre 117³⁷ ; le 30 septembre, le Sénat a adopté, à son tour, le projet, par 160 voix favorables contre 126. Par ces votes, la peine de mort a été abolie, en France, pour tous les crimes, et il lui a été substitué « la réclusion criminelle à perpétuité ou la détention criminelle à perpétuité suivant la nature du crime concerné » (article 3 de la loi n° 81-908 du 9 octobre 1981 portant abolition de la peine de mort)³⁸.

À l'évidence, la victoire abolitionniste a été rendue possible par le bouleversement résultant de l'accès au pouvoir de la gauche. Cette thèse ne saurait être contredite par la constatation qu'un certain nombre de députés (37) – parmi lesquels figurait le futur président de la République, Jacques Chirac – et surtout de sénateurs de centre et de droite a voté en faveur de l'abolition. Le ralliement sur ce sujet d'une partie de la minorité à la majorité paraît davantage être la preuve que le temps était venu de permettre à la France de rejoindre le reste de l'Europe occidentale, ce qui est confirmé par le rejet de toute proposition visant à rétablir la peine de mort déposée aux bureaux des Chambres au cours des années quatre-vingt³⁹.

³⁷ La vidéo du débat est disponible en ligne (sur le site internet de l'Assemblée nationale, au sein du dossier sur la *Loi du 9 octobre 1981 portant abolition de la peine de mort*, mis à jour en février 2010) : <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/peinedemort/>.

³⁸ Sur l'abolition de la peine de mort en France, voy., J.-M. Carbasse, *La peine de mort*, PUF, 2002 ; S. Costa (dir.), *La peine de mort : de Voltaire à Badinter*, Flammarion, 2007 ; R. Badinter, *L'abolition de la peine de mort*, Dalloz, 2007 ; R. Badinter, *L'abolition*, Librairie générale française, 2011 ; R. Badinter, *Contre la peine de mort : écrits 1970-2006*, Librairie générale française, 2011.

³⁹ La liste complète des propositions visant au rétablissement est disponible en ligne (sur le site internet de l'Assemblée nationale, dans le dossier sur la *Loi du 9 octobre 1981 portant abolition de la peine de mort*, précité) : <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/peinedemort/retablissement.asp>.

II. L'ABOLITION « JUDICIAIRE »

L'abolition de la peine de mort est généralement le fruit d'une décision politique. Cela n'empêche pas que la jurisprudence ait pu parfois jouer un rôle majeur, voire décisif, dans le processus aboutissant à l'abolition. À cette fin, la jurisprudence a été appelée, dans plusieurs pays, à se prononcer sur la constitutionnalité de la peine capitale et, à l'évidence, les solutions ont été les plus diverses.

Dans certains pays, la question a porté sur la déclaration d'inconstitutionnalité, d'où l'achèvement par voie judiciaire de l'effacement de la peine de l'ordre juridique. Dans d'autres pays, les juridictions ne sont pas arrivées à ce stade, car elles n'ont pas censuré l'existence de la peine de mort ; elles ont tout au moins limité son application, de manière parfois même considérable.

II.A. Les abolitions achevées

L'abolition par voie judiciaire est le résultat de deux typologies d'interventions de la part des juridictions. La première se produit lorsqu'un ou plusieurs arrêts créent des conditions favorables à l'abolition, qui se réalise par un acte ou par une omission du législateur : l'abolition est donc *provoquée* par la jurisprudence. La seconde implique que les juridictions décrètent directement l'abolition : l'abolition *délibérée* par la jurisprudence présuppose que l'élimination de la peine capitale n'est pas un *choix*, mais plutôt une *nécessité*, qui découle de la constatation de son incompatibilité avec des dispositions et des principes supérieurs.

La différence principale entre les deux catégories d'abolitions jurisprudentielles est que la peine de mort n'est condamnée en tant que telle que dans la seconde, tandis que dans la première, la peine de mort n'est pas considérée comme incompatible en soi avec les principes fondateurs du système, l'incompatibilité découlant plutôt de la réglementation concrète que le législateur a adoptée.

II.A.1. Les abolitions provoquées par les juridictions

C'est aux États-Unis, et notamment dans certains États membres, que l'on trouve les décisions judiciaires qui ont conduit à l'abolition de la peine de mort sans pour autant déclarer, à deux exceptions près, l'impossibilité théorique d'infliger un tel châtement. La jurisprudence de la Cour suprême fédérale, qui n'a jamais condamné la peine de mort en tant que telle⁴⁰, a

⁴⁰ Voy., *infra*, paragraphe II.B.1.

évidemment influencé la quasi-totalité des juridictions, qui ne sont pas arrivées à contester la peine capitale de manière radicale. Cependant, plusieurs arrêts, dans un certain nombre d'États, ont révélé une attitude très critique vis-à-vis de la peine de mort, attitude qui a conduit à des déclarations d'inconstitutionnalité de dispositions législatives régissant l'application de la peine de mort au motif que les conditions dans lesquelles la condamnation était prononcée ou le châtement infligé portaient atteinte à des normes de la Constitution fédérale ou de celle de l'État.

Ce type de décisions a été à l'origine de l'abolition de la peine de mort dans quatre des États actuellement abolitionnistes : le Massachusetts, le Rhode Island, l'État de New York et le Delaware.

(a) Au Massachusetts, les années soixante-dix et le début des années quatre-vingt ont été cruciaux pour le sort de la peine capitale, sujet qui a vu une opposition très forte de la *Supreme Judicial Court* vis-à-vis du législateur.

Déjà en 1975, la Cour suprême de l'État avait déclaré l'inconstitutionnalité, pour méconnaissance de l'interdiction de traitements cruels et inusités, des dispositions qui prévoyaient la condamnation à mort obligatoire en cas de meurtre au cours d'un viol ou d'une tentative de viol⁴¹.

Deux ans après, les juges de la *Supreme Judicial Court* avaient été sollicités par la *House of Representatives* afin de rendre un avis sur un projet de loi concernant la prévision de la peine de mort pour assassinat. L'avis rendu avait été défavorable, sur la base de la constatation que la disposition de la Constitution de l'État interdisant les traitements cruels et inusités « *forbids the imposition of a death penalty [...] in the absence of a showing on the part of the Commonwealth that the availability of that penalty contributes more to the achievement of a legitimate State purpose [...] than the availability in like cases of the penalty of life imprisonment* »⁴².

Bien que par cet avis la Cour suprême eût considérablement limité la marge d'appréciation du législateur, en lui imposant de justifier la prévision de la peine de mort par la preuve de son efficacité dans la poursuite d'un but légitime, le législateur n'avait cependant pas renoncé puisqu'au mois de novembre 1979 il avait adopté une loi portant sur l'application de

⁴¹ Voy., *Commonwealth vs. Robert E. O'Neal (O'Neal II)*, 369 Mass. 242 (1975), 22 décembre 1975, disponible en ligne : <http://masscases.com/cases/sjc/369/369mass242.html>.

⁴² Voy., *Opinions of the Justices to the House of Representatives*, 372 Mass. 912 (1977), 8 juin 1977, disponibles en ligne : <http://masscases.com/cases/sjc/372/372mass912.html>, p. 917.

la peine de mort pour assassinat qui correspondait, pour l'essentiel, au texte ayant fait l'objet de l'avis de 1977. Saisie de la question de sa constitutionnalité, en 1980, la *Supreme Judicial Court*, était arrivée à déclarer la peine de mort, en tant que telle, contraire à l'article 26 de la Constitution du Massachusetts, en conséquence de la méconnaissance de l'interdiction de traitements cruels et inusités⁴³ : la condamnation de la peine de mort reposait sur son incompatibilité avec les « *evolving standards of decency* »⁴⁴ et sur l'arbitraire qui caractérisait son application et qui se traduisait dans la cruauté de la peine.

La Cour suprême du Massachusetts était donc arrivée à franchir le pas qu'aucune autre cour des États-Unis, à l'exception de la Cour suprême de Californie⁴⁵, n'avait franchi, celui de la condamnation de la peine de mort en tant que telle.

Cependant, le rétentionnisme pouvait encore compter sur de farouches partisans dans le milieu politique. La question d'une déclaration d'inconstitutionnalité ayant comme objet le texte adopté en 1979 avait amené à déclencher, avant même que la Cour suprême ne se prononce, une procédure référendaire visant à donner un fondement constitutionnel à la peine de mort. La déclaration d'inconstitutionnalité avait confirmé les craintes du front rétentionniste et renforcé au sein de celui-ci l'idée que le référendum était désormais une nécessité. Le référendum eut effectivement lieu en novembre 1982 et vit la majorité des suffrages exprimés (54 %) approuver un amendement à la Constitution qui ajoutait à la disposition interdisant les « *cruel or unusual punishments* », la précision selon laquelle « *[n]o provision of the Constitution [...] shall be construed as prohibiting the imposition of the punishment of death* ». La décision de la Cour suprême de l'État censurant la peine de mort en tant que traitement cruel venait donc d'être invalidée par un amendement constitutionnel reconnaissant expressément la peine de mort.

Sur la base du cadre constitutionnel ainsi renouvelé, le législateur n'avait guère hésité à adopter, en décembre 1982, une nouvelle loi prévoyant la peine de mort pour le crime d'assassinat.

⁴³ Voy. *District Attorney for the Suffolk District vs. Watson & others*, 381 Mass. 648 (1980), 28 octobre 1980, disponible en ligne : <http://masscases.com/cases/sjc/381/381mass648.html>.

⁴⁴ Sur la notion de « *evolving standards of decency* », telle qu'elle a été élaborée par la jurisprudence de la Cour suprême fédérale, voy., *infra*, paragraphe 2.1.

⁴⁵ Voy., *infra*, paragraphe suivant.

Cette loi a fait l'objet, elle aussi, d'un contrôle de constitutionnalité, opéré par la *Supreme Judicial Court* en 1984⁴⁶. Le contrôle déclenché appelait la Cour à trancher une question qui était à la fois ancienne et inédite, car la réforme constitutionnelle de 1982 privait d'effets l'arrêt de 1980, que l'on aurait eu donc du mal à définir comme un « précédent » au sens propre du terme. En effet, sur la base de la nouvelle rédaction de l'article 26 de la Constitution, il était désormais impossible de déclarer l'inconstitutionnalité de la peine de mort en tant que telle. Le texte de l'amendement laissait tout de même à la Cour une marge d'intervention : d'un côté, on constatait que l'« *art. 26 [...] prevent[ed] th[e] court from construing any provision of the Massachusetts Constitution, including art. 26 itself, as forbidding the imposition of the punishment of death* » ; mais de l'autre, les juges remarquaient qu'ils ne voyaient « *anything in the new language of art. 26 which prevent[ed] [them] from invalidating a particular death penalty statute under the Massachusetts Constitution on a ground other than the imposition of the punishment of death [was] forbidden* »⁴⁷.

En d'autres termes, l'obligation d'interpréter le droit positif de manière à ne pas interdire la peine de mort ne pouvait pas impliquer l'impossibilité pour la Cour de vérifier si la réglementation de la peine de mort était constitutionnellement acceptable, même si un tel contrôle pouvait aboutir à l'interdiction de la peine de mort, telle que prévue par le législateur. D'ailleurs, si cette approche n'était pas suivie, l'adoption de l'approche alternative aurait signifié, par exemple, « *that a statute establishing the death penalty for members of one particular race only or providing for the imposition of the death penalty without trial would be valid under the Massachusetts Constitution* »⁴⁸.

Une fois que la Cour suprême avait pu ainsi (ré)affirmer sa compétence pour opérer le contrôle de la constitutionnalité de la loi prévoyant la peine de mort, elle a procédé à un examen des dispositions législatives : la conclusion a été une nouvelle déclaration d'inconstitutionnalité, fondée cette fois sur la méconnaissance de l'article 12 de la Constitution du Massachusetts, aux termes duquel « *the legislature shall not make any law, that shall subject any person to a capital or infamous punishment, excepting for the government of the army and navy, without trial by jury* ». En effet, la loi de 1982 faisait en sorte que « *[t]hose who plead[ed] guilty in cases in which death would be a possible sentence after trial thereby avoid[ed] the risk*

⁴⁶ Voy., *Commonwealth vs. Colon-Cruz*, 392 Mass. 150 (1984), 18 octobre 1984, disponible en ligne : <http://masscases.com/cases/sjc/393/393mass150.html>.

⁴⁷ Voy., *Commonwealth vs. Colon-Cruz*, précité, *opinion* de la majorité, rédigée par le Juge Liacos, p. 158.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 161.

of being put to death » : la peine de mort était évitée automatiquement lorsque l'accusé se déclarait coupable, puisque le procès se déroulait alors sans jury ; « *[t]he inevitable consequence [wa]s that defendants [we]re discouraged from asserting their right not to plead guilty and their right to demand a trial by jury* »⁴⁹. Autrement dit, le législateur ne pouvait pas imposer à l'accusé le choix « tragique » entre revendiquer un droit qui lui était propre (le *trial by jury*) et risquer une condamnation à mort qu'il aurait pu éviter automatiquement en renonçant à exercer son droit.

Le problème de la légitimité de la peine de mort restait en arrière-plan, car l'arrêt se concentrait sur le respect des droits individuels dans la procédure pénale. L'effet était tout de même celui d'invalider la législation concernant la peine capitale, qui devenait à nouveau, après la décision de la Cour suprême, dépourvue de toute base légale.

L'arrêt ne faisait toutefois pas obstacle à l'adoption d'une nouvelle loi rétablissant la peine. Mais, en 1984, les équilibres politiques avaient changé par rapport au passé, notamment du fait que, depuis 1983, l'abolitionniste Michael Dukakis était à nouveau devenu le Gouverneur du Massachusetts. L'adoption d'une nouvelle loi était donc difficile à envisager. La preuve en est qu'au cours des années suivantes, de nouvelles propositions ont été présentées, mais aucune d'entre elles n'est arrivée à rétablir la peine de mort au Massachusetts.

L'abolition de la peine de mort dans cet État a donc été le résultat d'un arrêt que la classe politique – ou, plus exactement, une partie de la classe politique – a subi sans avoir la force et/ou l'intention de renverser⁵⁰.

(b) L'abolition de la peine de mort au Rhode Island n'a pas fait l'objet d'une opposition entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir politique comparable à celle du Massachusetts.

En 1973, en réagissant à des émeutes qui avaient eu lieu dans les établissements pénitentiaires, le législateur avait adopté une loi qui prévoyait la peine de mort pour le coupable d'un meurtre commis en état de réclusion. En 1979, la Cour suprême de l'État avait été saisie d'une affaire concernant un détenu condamné à mort sur la base de cette loi⁵¹. La décision de la Cour avait conduit à la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi, pour violation du huitième amendement à la Constitution fédérale, en matière d'interdiction de traitements cruels et

⁴⁹ *Ibid.*, p. 163.

⁵⁰ À propos de l'abolition de la peine de mort au Massachusetts, voy., A. Rogers, *Murder and the Death Penalty in Massachusetts*, University of Massachusetts Press, 2008.

⁵¹ Voy., *State v. Cline & State v. Anthony*, 397 A.2d 1309 (R.I. 1979), 19 février 1979.

inusités, découlant de l'automatisme par lequel la condamnation était infligée, sans que le juge puisse considérer les circonstances atténuantes⁵².

La Cour n'avait évidemment pas pris position à l'égard de la légitimité de la peine de mort en tant que telle. Toutefois, en fait, à la suite de cet arrêt, aucun crime n'était plus susceptible de conduire à la condamnation à mort. Cinq ans après la décision, le législateur a tiré les conséquences de cette situation, en éliminant toute référence à la peine capitale dans le droit positif. Depuis, les abolitionnistes ont été confrontés à plusieurs tentatives de rétablissement, qui ont cependant toutes échouées. Les conséquences de l'arrêt de la Cour suprême de 1979 demeurent donc le fondement de l'abolition de la peine de mort.

(c) Ce qui s'est passé au Rhode Island s'est en large mesure répété, quelque vingt-cinq ans plus tard, dans l'État de New York, où la peine de mort avait été rétablie en 1995, après plus de vingt ans d'abolitionnisme.

En 2004, la législation sur la peine capitale a fait l'objet du contrôle de la *New York Court of Appeals*, la Cour suprême de l'État, qui l'a déclarée inconstitutionnelle en raison d'un aspect particulier de la procédure prévue, c'est-à-dire le sort d'un procès se terminant par une impasse au sein du jury, incapable de déterminer si la peine de mort ou la réclusion à perpétuité sans possibilité de libération devait être infligée au coupable⁵³. Dans ce cas, le juge, qui devait préalablement instruire les jurés sur les conséquences de cette impasse, se voyait conférer par la loi étatique la possibilité de déterminer lui-même la peine, qui devait être au moins de vingt ans de réclusion et qui pouvait arriver au maximum à la réclusion à perpétuité sans possibilité de libération. La *New York Court of Appeals* a jugé que de telles prévisions étaient inconstitutionnelles en raison des conditionnements qu'elles pouvaient créer chez les jurés : l'impasse au sein du jury, en donnant au juge le pouvoir de déterminer la peine, était susceptible de produire l'effet de réduire sensiblement la condamnation (jusqu'à vingt ans de réclusion) ; cela pouvait conduire les jurés favorables à la réclusion à perpétuité, si le risque d'impasse était réel, à accepter la peine de mort, plutôt que de laisser au juge la possibilité de prononcer une

⁵² De cette manière, la Cour suprême du Rhode Island s'était conformée à la jurisprudence de la Cour suprême fédérale (voy., *infra*, paragraphe 2.1.). Sur l'abolition jurisprudentielle de la peine de mort au Rhode Island, voy., P.T. Conley, R.G. Flanders Jr., *The Rhode Island State Constitution: a reference guide*, Praeger Publishers, 2007, pp. 81 et s.

⁵³ Voy., *People v. LaValle*, 3 N.Y.3d 88 (2004), 24 juin 2004, disponible en ligne : http://www.law.cornell.edu/nyctap/I04_0098.htm.

condamnation bien plus douce. En définitive, la loi méconnaissait la *due process clause* de l'article I, section 6, de la Constitution de l'État de New York.

Comme au Rhode Island, l'arrêt de la juridiction suprême de l'État de New York ne mettait pas en cause le principe de la peine de mort, mais se limitait à censurer la procédure qui avait été choisie par le législateur pour l'application en concret de la peine. L'opposition entre les Républicains, partisans de la peine de mort, qui contrôlaient le Sénat de l'État, et les Démocrates, hostiles à cette peine, qui contrôlaient l'Assemblée, a conduit à un blocage dont l'effet a été de conserver le *statu quo*. Et comme la déclaration d'inconstitutionnalité de 2004 empêchait l'application concrète des normes sur la peine capitale, l'État de New York a fini par devenir abolitionniste. La transformation définitive s'est produite en 2007, lorsque le dernier condamné présent dans les couloirs de la mort en raison d'une condamnation antérieure à l'arrêt de 2004, a vu sa condamnation invalidée par la *New York Court of Appeal*, qui a suivi la *ratio decidendi* élaborée en 2004 et l'a appliquée à cette nouvelle affaire⁵⁴. L'année suivante, le Gouverneur David Paterson, démocrate, a ordonné la clôture et le démantèlement des couloirs de la mort, renforçant ainsi par une décision politique le choix que le pouvoir judiciaire avait suggéré⁵⁵.

(d) Plus récemment, en 2016, dans le Delaware, une abolition provoquée par la jurisprudence s'est aussi produite, lorsque la Cour suprême de l'État a déclaré l'inconstitutionnalité de la procédure aboutissant à la condamnation à mort en raison de la marge discrétionnaire excessive laissée aux juges au détriment des pouvoirs des jurés⁵⁶. La décision a été rendue dans un contexte où le législateur étatique avait déjà entrepris une procédure visant à l'abolition de la peine capitale, procédure qui avait été suspendue justement dans l'attente de la décision de la Cour suprême.

Eu égard à la confluence entre l'opinion juridique de la Cour et l'action politique du législateur de l'État, quoique simplement « provoquée », l'abolition judiciaire de la peine de mort au Delaware aurait pu être considérée susceptible de se consolider et d'éliminer ainsi de manière stable le châtement de l'ordre juridique. Au cours des mois suivant l'arrêt de la Cour

⁵⁴ Voy., *People v. Taylor*, 9 N.Y.3d 129 (2007), 23 octobre 2007, disponible en ligne : http://www.law.cornell.edu/nyctap/107_0135.htm.

⁵⁵ Sur l'abolition jurisprudentielle de la peine de mort dans l'État de New York, voy., A. Marzullo, « *Last Man Out: People v. Taylor and Its Precursors in New York Death Penalty Jurisprudence* », *University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, 2007-2008, vol. 11, pp. 271 et s.

⁵⁶ Voy., *Benjamin Rauf v. State of Delaware*, 145 A.3d 430 (Del. 2016), 2 août 2016, disponible en ligne : <https://courts.delaware.gov/Opinions/Download.aspx?id=244410>.

suprême, toutefois, le climat politique a changé de manière significative, jusqu'à ce que la Chambre des représentants adopte, au mois de mai 2017, un projet de loi visant au rétablissement de la peine de mort. Au Sénat, l'examen du projet de loi a été retardé et, à ce jour, n'a pas été soumis à un vote. Le sort de la peine de mort au Delaware est donc encore un sujet de débat.

II.A.2. Les abolitions décidées par les juridictions

Les arrêts rendus par les juridictions des États membres des États-Unis mentionnés au paragraphe précédent ont démontré que l'abolition peut être bien la conséquence indirecte d'un arrêt judiciaire. Dans certains cas, toutefois, l'abolition a été une conséquence directe, puisque la peine de mort a été éliminée par le juge, sans que le législateur fût mis dans les conditions de pouvoir la rétablir (une réforme de la constitution étant à cet effet indispensable).

(a) *L'expérience américaine.* – Parmi les expériences dont on a parlé jusqu'à présent, le seul cas d'abolition délibérée enregistré est celui de l'arrêt de la *Supreme Judicial Court* du Massachusetts de 1980. Cet arrêt toutefois n'a pas été le premier, car en 1972, la Cour suprême de Californie avait déjà déclaré inconstitutionnelle la peine de mort, du fait de sa cruauté, de son incompatibilité avec la dignité humaine et de la possibilité d'atteindre les objectifs de sûreté par d'autres moyens⁵⁷.

Les efforts de la Cour suprême de Californie ont été très vite frustrés. Quelques mois après l'arrêt, un amendement à la Constitution californienne a été adopté dans le but d'exclure expressément la possibilité de qualifier la peine de mort de « traitement cruel ou inusité » et de confirmer, par conséquent, la validité de toutes les lois concernant la peine de mort qui étaient en vigueur lorsque la Cour avait rendu son arrêt déclarant la peine inconstitutionnelle⁵⁸. Devant une réaction aussi forte, la Cour suprême estimera ensuite ne pas pouvoir s'opposer à la volonté populaire⁵⁹.

⁵⁷ Voy., *People v. Anderson*, (1972) 6 C3d 628, 18 février 1972, disponible en ligne : <http://online.ceb.com/calcases/C3/6C3d628.htm>.

⁵⁸ L'article I, section 27, de la Constitution californienne, issu de l'adoption par référendum de la *Proposition 17*, est ainsi rédigé : « *All statutes of this State in effect on February 17, 1972, requiring, authorizing, imposing, or relating to the death penalty are in full force and effect, subject to legislative amendment or repeal by statute, initiative, or referendum. The death penalty provided for under those statutes shall not be deemed to be, or to constitute, the infliction of cruel or unusual punishments within the meaning of Article 1, Section 6 nor shall such punishment for such offenses be deemed to contravene any other provision of this constitution* ».

⁵⁹ Voy., *People v. Frierson*, (1979) 25 C3d 142, p. 189, 31 août 1979, disponible en ligne : <http://online.ceb.com/calcases/C3/25C3d142.htm>.

Malgré un impact limité en pratique, l'arrêt californien reste une pierre angulaire dans l'histoire de l'abolition jurisprudentielle, avec l'arrêt rendu, huit ans plus tard, au Massachusetts.

Ces deux arrêts partagent plusieurs éléments qui contribuent à les rendre singuliers, en les distinguant aussi des autres arrêts qui arriveront à des résultats équivalents concernant l'inconstitutionnalité de la peine de mort.

D'abord, ce sont les deux premiers cas dans lesquels une cour suprême a déclaré l'inconstitutionnalité de la peine de mort en tant que telle : pour d'autres décisions arrivant à de pareilles conclusions, il faudra attendre les années quatre-vingt-dix. Ce passage n'est pas sans influence, puisque toutes les cours qui ont déclaré l'inconstitutionnalité de la peine capitale plus récemment ont pu trouver un soutien fort à leurs positions en faisant référence aux actes de droit international, ce qui, évidemment, n'était possible ni en Californie ni au Massachusetts⁶⁰. Cela a contribué à différencier les normes constitutionnelles de référence, qui, pour les cours américaines, étaient limitées essentiellement à l'interdiction des traitements cruels et/ou inusités, alors que les autres cours ont pu compter sur un paramètre constitutionnel bien plus riche.

Un autre élément que la Californie et le Massachusetts partagent est l'échec : l'un comme l'autre des arrêts abolitionnistes ont été contournés par une réforme de la constitution étatique mise en place dans le but spécifique de réagir à l'abolition judiciaire de la peine de mort. Les cours abolitionnistes des années quatre-vingt-dix ne seront pas confrontées à de telles résistances, puisque le pouvoir politique se soumettra, ou n'aura pas la force de s'opposer.

(b) *Les autres expériences.* – Parmi les raisons qui peuvent expliquer l'acceptation de la part du pouvoir politique des abolitions délibérées par voie judiciaire on ne saurait exclure l'influence de la situation politique et institutionnelle : dans les six cas que l'on va mentionner, la juridiction constitutionnelle a déclaré l'inconstitutionnalité de la peine de mort en tant que telle au cours d'une période de transition, plus ou moins avancée, vers un système de démocratie libérale. Ce type d'abolition a caractérisé un bon nombre de pays de l'Europe orientale, notamment la Hongrie (1990), la Bosnie-Herzégovine (1997), la Lituanie (1998), l'Albanie

⁶⁰ Même s'il n'est pas à négliger que l'arrêt de la Cour suprême de Californie, tout en n'ayant pas les moyens de recourir au droit international, a tout de même fait emploi de l'argument comparatiste : en effet, dans l'arrêt figure un cadre assez détaillé de la situation de la peine de mort aux États-Unis et dans les autres pays, aboutissant à la constatation que la peine capitale était, « *literally, an unusual punishment among civilized nations* » (arrêt *People v. Anderson*, *opinion* du *Chief Justice* Wright, p. 656).

(1999) et l'Ukraine (1999). La liste des abolitions jurisprudentielles est complétée par l'Afrique du Sud (1995), dont l'histoire récente peut effectivement suggérer un rapprochement, du point de vue de la politique abolitionniste, avec les expériences européennes précitées.

Les abus commis dans le passé ont vraisemblablement eu l'effet d'accroître le consensus autour de décisions qui bridaient les pouvoirs publics, en évitant par cela que des dérives débouchant sur la privation arbitraire de la vie ne puissent se produire à nouveau dans l'avenir. Autant dire que l'abolition judiciaire de la peine de mort a contribué à fonder un nouvel ordre dans le système de protection des droits individuels, d'où la possibilité de la définir comme une « abolition-révolution », même si la décision n'est souvent intervenue qu'avec quelques années de retard par rapport au changement de régime. On peut même s'interroger sur la nécessité d'une correspondance entre l'abolition judiciaire et l'« abolition-révolution » pour garantir une stabilité aux effets des arrêts abolitionnistes : bien que les « abolitions-réformes » des cours suprêmes de Californie et du Massachusetts paraissent donner un soutien à la thèse affirmative, on ne saurait aller au-delà de la simple constatation que l'« abolition-révolution » augmente les probabilités que l'arrêt soit bien reçu par l'opinion publique et la classe politique. Ces probabilités, en effet, se réduisent – semble-t-il – dans le cas d'une « abolition-réforme » judiciaire : intervenant dans une démocratie « stable », l'arrêt abolitionniste risque d'être interprété – les cas américains en sont la preuve – comme un empiètement des juges dans le domaine politique.

Il s'agit, bien entendu, de remarques dérivant de l'observation du passé, qui pourraient très bien être démenties, dans l'avenir, par des « abolitions-réformes » par voie judiciaire ayant un succès durable.

L'alternative entre abolition-révolution et abolition-réforme, d'ailleurs, ne paraît pas aussi décisive que ce qu'on pourrait penser, puisque d'autres aspects sont également à prendre en considération si l'on veut chercher à expliquer l'impact différent qu'ont eu les arrêts européens et sud-africains par rapport aux arrêts américains précités.

On ne saurait sous-estimer, en particulier, les arguments fondant l'inconstitutionnalité de la peine capitale : les cinq cours européennes ont toutes fait référence à l'existence d'une incompatibilité entre les dispositions nationales prévoyant la peine capitale et les engagements internationaux du pays, ce qui a fait de la décision d'abolition une décision en quelque sorte conditionnée, voire obligée.

À ce propos, le cas de l'abolition partielle de la peine capitale en Bosnie-Herzégovine est emblématique, même si force est de constater que les particularités de l'arrêt de 1997 de la Chambre des droits de l'homme pour la Bosnie-Herzégovine⁶¹ dérivent, en large mesure, de la particularité de la situation de transition dans laquelle l'arrêt a été rendu ainsi que des dispositions constitutionnelles très ouvertes vers le droit international qui caractérisent le système.

L'inconstitutionnalité de la peine de mort pour les crimes commis en temps de paix a été fondée, effectivement, sur la méconnaissance de l'article I de l'Annexe 6 des Accords de Dayton du 14 décembre 1995, qui ont mis fin aux combats interethniques. L'article cité est ainsi rédigé : « *[t]he Parties shall secure to all persons within their jurisdiction the highest level of internationally recognized human rights and fundamental freedoms, including the rights and freedoms provided in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols and the other international agreements listed in the Appendix to this Annex* ».

Les engagements internationaux, décisifs dans le cas de la Bosnie-Herzégovine, ont également joué un rôle central dans l'arrêt de 1999 de la Cour constitutionnelle albanaise⁶². Avant d'aborder la question du point de vue des dispositions constitutionnelles internes, la Cour a en effet souligné que « la République d'Albanie [avait] signé et ratifié la Convention européenne des droits de l'homme, les protocoles additionnels 1, 2, 4, 7 et 11 à cette Convention, et s'[était] acquittée de nombre d'obligations imposées par l'Assemblée parlementaire et le Comité des ministres du Conseil de l'Europe ».

Tout en regrettant le retard dans la ratification du protocole, la Cour constitutionnelle a pu constater que la Constitution a été élaborée sur la base des mêmes principes qui inspirent et ont inspiré le Conseil de l'Europe, d'où la conséquence que « les citoyens albanais, faisant partie de l'espace européen où l'abolition de la peine de mort est devenue une nécessité », ne pouvaient pas être mis « dans une situation défavorable [par rapport] à celle des autres citoyens européens » quant à « la jouissance de leurs droits et libertés fondamentaux ».

⁶¹ Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina, *Damjanović v. Federation of Bosnia and Herzegovina* (affaire n° CH/96/30, 5 septembre 1997), disponible en ligne : <http://www.hrc.ba/database/decisions/CH96-30%20Damjanovic%20Merits%20E.pdf>.

⁶² Cour constitutionnelle de la République d'Albanie, 10 décembre 1999, n° 65, dont le texte intégral, traduit en français, est disponible en ligne : <http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>.

Une telle déclaration n'est pas restée purement théorique : la déclaration d'inconstitutionnalité de la peine de mort frappera, en effet, les dispositions du droit pénal albanais mais uniquement en tant qu'il prévoyait la peine de mort en temps de paix ; et cela du fait que « [l]a Constitution, en étant l'acte fondamental de l'État, est élaborée en pleine conformité avec les principes du Statut du Conseil de l'Europe, avec la CEDH et les autres traités internationaux prohibant l'application de la peine de mort en temps de paix »⁶³.

Dans les arrêts des autres cours constitutionnelles européennes, le droit supranational (international et, surtout, du Conseil de l'Europe) a eu, également, une influence remarquable, tout en n'arrivant pas à fonder, à lui seul, la déclaration d'inconstitutionnalité. En Lituanie et en Ukraine, les cours ont fait référence à plusieurs reprises aux sources supranationales pour interpréter les dispositions constitutionnelles, tandis qu'en Hongrie la mention du Pacte de New York de 1966, et notamment de son article 6, alinéa 6, a permis de reconnaître une indiscutable évolution vers l'abolition de la peine de mort, évidemment renforcée par les deux autres textes cités, c'est-à-dire l'article 2 alinéa 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme et le Protocole n° 6⁶⁴.

L'idée d'une avancée de l'abolitionnisme a été relancée et développée dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle lithuanienne, qui se caractérise pour avoir fait précéder les argumentations concernant la conformité des dispositions législatives à la Constitution d'une longue introduction portant sur les aspects théoriques généraux concernant la peine de mort et sur l'évolution à cet égard du droit international général et régional⁶⁵.

Les références au droit international, ainsi qu'au droit comparé, n'ont évidemment pas eu les mêmes effets légitimant pour la Cour constitutionnelle sud-africaine, bien que l'analyse très ponctuelle de la jurisprudence américaine, de l'arrêt de la Cour constitutionnelle hongroise, ainsi que de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme aient représenté un soutien très important, voire parfois nécessaire aux argumentations qui ont conduit à déclarer l'inconstitutionnalité des normes portant sur la peine de mort. Cela dit, il faut tout de même

⁶³ La limitation de la règle abolitionniste dérive du fait que la Cour ait rendu son arrêt avant que le Protocole n° 13 soit même rédigé.

⁶⁴ « [A] *development towards the abolition of capital punishment* » : Cour constitutionnelle de Hongrie, 31 octobre 1990, n° 23/1990, dont le texte intégral, traduit en anglais, est disponible dans G. Brunner, L. Sólyom, *Constitutional judiciary in a new democracy: the Hungarian Constitution Court*, University of Michigan Press, 2000, pp. 118 et s. (le passage cité est à la page 123). Il est à remarquer que dans une opinion concurrente (celle des Juges Lábady et Tersztyánszky) le droit supranational est l'argument qui fonde l'inconstitutionnalité de la peine de mort (voy., pp. 124 et s.).

⁶⁵ Voy., Cour constitutionnelle de la République de Lituanie, 9 décembre 1998, n° 2/98 (dont le texte intégral, traduit en anglais, est disponible en ligne dans l'infobase Codices), §. 3.2.

constater que les problèmes concernant la légitimité de la Cour sud-africaine pour trancher une question aussi délicate que la peine de mort avaient été exclus *a priori* lors de l'élaboration de la *Interim Constitution*, en 1991 : en effet, la *South African Law Commission* avait expressément déféré la question, très discutée dans le milieu politique (malgré le moratoire en vigueur depuis 1989), à la Cour constitutionnelle qui allait être mise en place :

« *the Law Commission decided [...] to adopt a “Solomonic solution” under which a constitutional court would be required to decide whether a right to life expressed in unqualified terms could be circumscribed by a limitations clause contained in a bill of rights* »⁶⁶.

En Afrique du Sud, on est donc arrivé à renverser les coordonnées généralement adoptées lors du processus aboutissant à l'abolition de la peine de mort : au lieu de réserver au pouvoir politique une décision sur une question « *highly controversial* », on a confié à un arbitre-garant des droits le soin, voire le devoir, de la trancher, pour éviter que la *rule of constitutional law* – qui venait à peine d'être restaurée – ne s'effaçât au profit du retour à un système de *parliamentary sovereignty*⁶⁷.

II.B. Les abolitions inachevées

Dans les régimes rétentionnistes, à défaut d'une « abolition politique », l'alternative de l'« abolition judiciaire » est assez souvent expérimentée. L'objectif n'est atteint qu'en des occasions rarissimes, du fait que les juridictions ont la tendance à ne pas empiéter sur un domaine aussi politiquement sensible que le châtement des criminels les plus dangereux : le principe de la peine de mort est, par conséquent, très souvent accepté par les juridictions. Il n'en demeure pas moins que la saisine des juges constitutionnels ou des cours suprêmes est loin d'être dépourvue de toute efficacité pour le justiciable et pour la société, puisque le refus d'abolir la peine de mort s'accompagne parfois de l'adoption de conditions d'application impératives et d'obstacles à son imposition, afin de rendre sa réglementation et sa mise en œuvre conformes aux principes inspirateurs du système.

⁶⁶ Voy., Cour constitutionnelle, *State v Makwanyane and Another* (CCT 3/94), [1995] ZACC 3 (6 juin 1995), §. 21. L'arrêt a été cité *supra*, Chapitre II, paragraphe 1.3., et Chapitre III, paragraphe 2.2.2. Sur cet arrêt, voy., T. Metz, « Human dignity, capital punishment, and an African moral theory: Toward a new philosophy of human rights », *Journal of Human Rights*, 2010, vol. 9, pp. 81 et s. ; selon cet auteur, la Cour constitutionnelle sud-africaine a pu se référer implicitement à la valeur de la dignité humaine telle qu'elle est reconnue par la tradition culturelle de l'Afrique subsaharienne.

⁶⁷ *Ibid.*, §§. 17 et s.

II.B.1. L'acceptation du principe de la peine de mort

Dans les systèmes rétionnistes, il n'est pas rare que les justiciables s'adressent aux juges pour contester la constitutionnalité de la peine de mort. On a analysé, plus haut, les cas où de telles instances ont conduit à l'abolition de la peine de mort. Toutefois, les cas où ce résultat n'a pas été atteint sont bien plus fréquents. Il serait impossible d'en dresser une liste, compte tenu du nombre d'arrêts par pays et, surtout, de la difficulté d'identifier les instances dans lesquelles l'inconstitutionnalité de la peine capitale a fait l'objet d'une des nombreuses questions que l'on a posées. On ne saurait cependant omettre de mentionner quelques-uns des exemples les plus importants.

(a) Le premier de ces exemples ne peut être que celui des États-Unis, où la peine de mort a été longtemps pratiquée sans que soit soulevé aucun doute sur sa compatibilité avec la Constitution fédérale⁶⁸.

S'il est vrai que la Déclaration d'indépendance du 4 juillet 1776 aurait pu soulever quelque doute à cet égard, du fait d'avoir consacré la vie (à l'instar de la liberté et de la recherche du bonheur) comme un des droits inaliénables dont les hommes ont été « doués par le Créateur », la Constitution fédérale, et notamment le *Bill of Rights* intégré dans la Constitution en 1791, a offert à la cause de la peine de mort des arguments très forts. Le cinquième amendement, en effet, prévoit que « *no person shall [...] be deprived of life, liberty, or property, without due process of law* » ; d'où la reconnaissance, implicite mais trop claire

⁶⁸ Une bibliographie sur la peine de mort aux États-Unis, tout en n'étant pas exhaustive, occuperait plusieurs pages de cet article. On se contentera donc de citer quelques-unes des contributions, choisies parmi les plus significatives et parmi les plus récentes, tout en admettant d'ores et déjà le caractère forcément arbitraire de la sélection : M.V. Tushnet, *The Death Penalty*, Facts on File, 1994 ; H.A. Bedau (dir.), *The Death Penalty in America: Current Controversies*, Oxford University Press, 4^e éd., 1998 ; R. Goldman, *Capital Punishment*, CQ Press, 2002 ; H.A. Bedau, *Killing as Punishment: Reflections on the Death Penalty in America*, Northeastern University Press, 2004 ; P.N. Stearns, *Revolutions in Sorrow: The American Experience of Death in Global Perspective*, Paradigm Publishers, 2007 ; F.R. Baumgartner, A.E. Boydston, S.L. DeBoef, *The Decline of the Death Penalty and the Discovery of Innocence*, Cambridge University Press, 2008 ; L.E. Carter, S.W. Howe, E.S. Kreitzberg, *Understanding Capital Punishment Law*, LexisNexis Matthew Bender, 2^e éd., 2008 ; J.L. Culbert, *Dead Certain: The Death Penalty and the Problem of Judgment*, Stanford University Press, 2008 ; D. Garland, *Peculiar Institution. America's Death Penalty in an Age of Abolition*, Oxford University Press, 2010 ; W.W. Berry, « Criminal Law : Repudiating Death », *Journal of Criminal Law & Criminology*, 2011, vol. 101, pp. 441 et s. ; D. Garland – R. McGowen – M. Meranze (dir.), *America's Death Penalty. Between past and Present*, New York, New York University Press, 2011 ; J.D. Bessler, *Cruel & Unusual. The American Death Penalty and the Founders' Eighth Amendment*, Northeastern University Press, 2012 ; L.S. Entzeroth, « The End of the Beginning: The Politics of Death and the American Death Penalty Regime in the Twenty-First Century », *Oregon Law Review*, 2012, vol. 90, pp. 797 et s. ; L.J. Palmer, Jr., *The Death Penalty in the United States. A Complete Guide to Federal and State Laws*, McFarland, 2^e éd., 2014 ; A. Sarat (dir.), *Final Judgments: The Death Penalty in American Law and Culture*, Cambridge University Press, 2017. En français, voy., notamment, A. Garapon, I. Papadopoulos, *Juger en Amérique et en France*, Odile Jacob, 2003, pp. 277 et s. ; A. Kaspi, *La peine de mort aux États-Unis*, Plon, 2003 ; N. Norberg, « La peine de mort aux États-Unis : évolutions jurisprudentielles et sociales », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2008, pp. 575 et s.

pour être contestée, de la possibilité pour les pouvoirs publics de *priver de la vie*, pourvu que cela soit fait dans le respect d'une procédure légale régulière⁶⁹. Ce principe étant posé, on n'en saurait trouver un démenti dans le huitième amendement, qui interdit d'infliger « *cruel and unusual punishments* », d'autant que cette même formule, introduite en Angleterre par le *Bill of Rights* de 1689, n'empêchait pas, depuis plus d'un siècle, l'application de la peine capitale.

Les débats qui ont accompagné l'adoption des dix premiers amendements à la Constitution sont, à ce propos, assez éloquents. Nous ne faisons pas référence aux débats qui ont eu lieu au sein du Congrès fédéral, où l'expression « châtiments cruels et inusités » a été surtout critiquée pour son ambiguïté⁷⁰, mais plutôt à ceux qui se sont déroulés lors de la ratification du *Bill of Rights* par les États membres. D'où l'on a pu conclure que l'expression était surtout conçue comme un obstacle insurmontable à la torture et à l'infliction de châtiments qui auraient abouti à des souffrances inutiles pour les condamnés⁷¹.

La jurisprudence de la Cour suprême fédérale fit longtemps référence à ces débats, puisqu'elle a interprété huitième amendement comme interdisant les châtiments qui étaient conçus comme « cruels et inusités » lors de l'adoption du *Bill of Rights*⁷². Cette jurisprudence fut confirmée jusqu'en 1910, lorsque la Cour suprême adopta une approche évolutive⁷³, qui la conduisit, par la suite, à établir un lien entre l'interprétation à donner du huitième amendement et les « *evolving standards of decency* » : il s'agissait d'assurer le respect du principe inspirateur de l'amendement même, à savoir « *the dignity of man* »⁷⁴.

La compatibilité de la peine de mort avec le huitième amendement, qui, auparavant, n'était pas contestable, devenait désormais une question à trancher⁷⁵. Au cours des années

⁶⁹ Voy., par exemple, L.S. Entzeroth, *op. cit.*, p. 801.

⁷⁰ Voy., l'arrêt de la Cour suprême fédérale *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972), disponible en ligne : http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0408_0238_ZO.html, p. 262.

⁷¹ Voy., M.D. Dean, *op. cit.*, pp. 383 et s. Sur l'introduction du Huitième Amendement, voy., C. Rumann, *op. cit.*, pp. 661 et s.

⁷² Voy., J.D. Bukowski, *op. cit.*, pp. 419 et s.

⁷³ Voy., l'arrêt *Weems v. United States*, 217 U.S. 349 (1910), disponible en ligne : <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/217/349>.

⁷⁴ « *The basic concept underlying the Eighth Amendment is nothing less than the dignity of man* » ; « *[w]hile the State has the power to punish, the Amendment stands to assure that this power be exercised within the limits of civilized standards* » ; « *the words of the Amendment are not precise, and that their scope is not static* », « *[t]he Amendment must draw its meaning from the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society* » : Cour suprême des États-Unis, *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1957), disponible en ligne : http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0356_0086_ZO.html, pp. 100 et s.

⁷⁵ Et ceci bien que dans l'arrêt *Trop v. Dulles* la Cour ait expressément exclu la cruauté de la peine de mort : « *Whatever the arguments may be against capital punishment, both on moral grounds and in terms of accomplishing the purposes of punishment – and they are forceful – the death penalty has been employed throughout our history, and, in a day when it is still widely accepted, it cannot be said to violate the constitutional concept of cruelty* » (arrêt précité, p. 99).

soixante et au début de la décennie suivante, la jurisprudence de la Cour suprême démontra toutefois une attitude très peu favorable à la cause abolitionniste⁷⁶, qui avait pourtant gagné du terrain dans l'opinion publique⁷⁷, parallèlement à une diminution considérable des exécutions, dont le nombre était tombé, de quarante-sept par an en 1962, à sept en 1965, pour arriver à une seule exécution en 1966 et à deux en 1967. Depuis lors, aucune exécution n'avait plus eu lieu lorsque la Cour suprême, en 1972, rendit son célèbre arrêt *Furman v. Georgia*.

Par cette décision, la Cour déclara l'inconstitutionnalité de la peine de mort infligée de manière arbitraire : c'était la première fois que la Cour affirmait que la peine capitale méconnaissait le huitième amendement (ainsi que le quatorzième). Cependant, la structure de l'arrêt était loin d'être tranchante, car si la majorité de cinq juges s'était formée sur le dispositif, leurs opinions divergeaient de manière significative quant aux motifs qui conduisaient à l'inconstitutionnalité.

La base de la déclaration était à rechercher, pour deux juges (Brennan et Marshall), dans l'incompatibilité de la peine de mort en tant que telle avec le huitième amendement ; les trois autres, par contre, étaient arrivés à la même déclaration eu égard à la réglementation concrète de la peine de mort et à son application, qui s'avérait arbitraire : un juge (Douglas) avait mis en exergue l'application discriminatoire des normes régissant la peine ; un autre (Stewart) avait plutôt censuré l'imprévisibilité d'une peine qui était infligée au hasard à un justiciable plutôt qu'à un autre ; le troisième (White) avait dénoncé l'application concrète de la peine de mort qui avait perdu son efficacité, du fait qu'elle n'était que rarement demandée et infligée.

On aurait pu penser qu'à la suite de l'arrêt *Furman* la peine de mort aurait vite disparu de l'ordre juridique des États-Unis : cinq ans après la dernière exécution, la Cour suprême avait rendu inconstitutionnelles toutes les réglementations de la peine de mort, fédérales et des États membres. Les conditions paraissaient donc très favorables pour que l'abolition « provoquée » par le pouvoir judiciaire soit en quelque sorte complétée par l'inactivité des législateurs, qui aurait eu l'effet de ne pas introduire une nouvelle réglementation de la peine de mort qui

⁷⁶ Voy., notamment, l'arrêt *McGautha v. California*, 402 U.S.183 (1971), disponible en ligne : <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/402/183>, qui fera l'objet d'un revirement jurisprudentiel lors de l'arrêt *Furman v. Georgia*, de l'année suivante.

⁷⁷ Pour la seule fois jusqu'à présent, en 1967, le sondage mené chaque année sur les opinions en matière de peine de mort avait donné comme résultat une majorité défavorable (47 % contre 42). Voy., l'analyse des sondages effectués au cours des décennies qui est disponible en ligne : <http://www.gallup.com/poll/1606/death-penalty.aspx>. À propos de l'attitude de l'opinion publique des États-Unis vis-à-vis de la peine capitale, voy. K.J. Cook, *Divided Passions: Public Opinions on Abortion and the Death Penalty*, Northeastern University Press, 1997 ; A. Normandeau, « L'opinion publique et la peine de mort aux États-Unis », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2004, pp. 983 et s.

substituée celle qui était devenue inapplicable à la suite de la déclaration d'inconstitutionnalité. En fait, l'arrêt eut des effets exactement contraires : l'opinion publique se tourna de manière indiscutable vers l'option rétionniste et les législateurs furent moins influencés par les deux juges contraires au principe de la peine de mort que par les trois qui avaient censuré sa réglementation ou son application concrète. De ce fait, la plupart des États (trente-cinq au total) et la Fédération adoptèrent de nouvelles lois concernant la peine capitale, de manière à éviter que son application ne puisse plus encourir la censure fondée sur l'arbitraire qui avait été la base de l'inconstitutionnalité de l'arrêt *Furman*⁷⁸. C'est à ce moment-là que cet arrêt, qui avait été perçu comme une victoire de l'abolitionnisme, se transforma en occasion perdue⁷⁹. Une occasion qui ne se présentera plus par la suite, même si les nouvelles lois firent l'objet, dès 1976, d'autres arrêts de la Cour suprême.

Mais, en 1976, la société et le contexte politique n'étaient plus les mêmes qu'en 1972, ce qui aurait rendu plus difficile pour la Cour d'arriver à une « abolition délibérée ». Et en effet, lorsque la Cour eut à se prononcer sur la constitutionnalité de la peine de mort en tant que telle, la réponse y fut favorable.

Dans l'arrêt *Gregg v. Georgia*⁸⁰, la Cour avait été saisie de la question de savoir si la peine de mort pour le crime de meurtre était en soi incompatible avec le huitième amendement. Dans le but d'exclure une telle incompatibilité, la Cour souligna d'abord que « *[t]he imposition of the death penalty for the crime of murder has a long history of acceptance both in the United States and in England* » et que « *the penalty continued to be used into the 20th century by most American States* »⁸¹. Ensuite, elle fit référence aux dispositions de la Constitution fédérale, dont l'analyse conduisait à reconnaître « *that the existence of capital punishment was accepted by the Framers* »⁸². Les mêmes conclusions étaient suggérées par la jurisprudence de la Cour suprême, jusqu'à l'arrêt *Furman*, dont l'élément nouveau n'était représenté que par l'opinion

⁷⁸ Sur l'impact de l'arrêt *Furman*, voy., R.M. Hills Jr., « Counting States », *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2009, vol. 32, pp. 17 et s. ; A. Frost, « Defending the Majoritarian Court », *Michigan State Law Review*, 2010, pp. 757 et s.

⁷⁹ Voy., la *concurring opinion* du Juge O'Connor dans l'arrêt *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815 (1988), disponible en ligne : http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0487_0815_ZS.html. « *We now know that any inference of a societal consensus rejecting the death penalty would have been mistaken. But had this Court then declared the existence of such a consensus, and outlawed capital punishment, legislatures would very likely not have been able to revive it. The mistaken premise of the decision would have been frozen into constitutional law, making it difficult to refute, and even more difficult to reject* » (p. 855).

⁸⁰ *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976), disponible en ligne : http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0428_0153_ZS.html. L'arrêt est le principal d'une série de cinq, les *July 2 Cases*, tous concernant la peine de mort et tous rendus le 2 juillet 1976.

⁸¹ *Ibid.*, pp. 176 et s.

⁸² *Ibid.*, p. 177.

de deux juges seulement⁸³. Mais précisément, la réception de l'arrêt *Furman* par le Congrès et par les législateurs des États membres rendait évident que « *a large proportion of American society* » percevait encore la peine de mort « *as an appropriate and necessary criminal sanction* »⁸⁴ :

« [the] recently adopted statutes have attempted to address the concerns expressed by the Court in *Furman* primarily (i) by specifying the factors to be weighed and the procedures to be followed in deciding when to impose a capital sentence, or (ii) by making the death penalty mandatory for specified crimes » ; « [b]ut all of the post-*Furman* statutes make clear that capital punishment itself has not been rejected by the elected representatives of the people »⁸⁵.

Certes, l'acceptation de la peine de mort par la société ne pouvait pas suffire en elle-même, car « the sanction imposed cannot be so totally without penological justification that it results in the gratuitous infliction of suffering »⁸⁶ ; dans ce but, cependant, la Cour ne manquait pas de mettre en exergue que « [t]he death penalty is said to serve two principal social purposes: retribution and deterrence of capital crimes by prospective offenders »⁸⁷.

En définitive, « [c]onsiderations of federalism⁸⁸, as well as respect for the ability of a legislature to evaluate, in terms of its particular State, the moral consensus concerning the death penalty and its social utility as a sanction, require[d the Court] to conclude, in the absence of more convincing evidence, that the infliction of death as a punishment for murder [was] not without justification, and thus [was] not unconstitutionally severe »⁸⁹.

Sur la base des arguments évoqués, la conclusion n'aurait pas pu être différente.

En fait, cet arrêt a marqué un tournant jurisprudentiel : si, auparavant, le principe de la peine de mort pouvait être contesté, par la suite il n'a presque plus été remis en question⁹⁰. La jurisprudence de la Cour suprême a sans doute évolué depuis, mais c'est dans la perspective de ne censurer, tout au plus, que certains aspects de la réglementation de la peine de mort ou de

⁸³ *Ibid.*, pp. 178 et s.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 179.

⁸⁵ *Ibid.*, pp. 180 et s.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 183.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ La Cour suprême avait été saisie d'une affaire relevant du droit pénal de la Géorgie.

⁸⁹ *Ibid.*, pp. 186 et s.

⁹⁰ Le cas le plus récent de contestation est peut-être celui du recours qui a donné lieu à l'arrêt *Glossip v. Gross*, 576 U.S. (2015), *docket* n° 14-7955, 29 juin 2015, disponible en ligne : http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-7955_aplc.pdf. Le Juge Breyer, dans son opinion dissidente, a souligné de manière très forte son idée que la peine capitale porte atteinte au Huitième Amendement.

son application. Les résultats n'ont pas été négligeables dans la pratique, il n'en reste pas moins que l'abolition jurisprudentielle n'a plus été vraiment envisageable.

(b) La jurisprudence fédérale des États-Unis n'est évidemment pas la seule qui a été confrontée au problème de la constitutionnalité de la peine de mort. Parmi les nombreuses expériences que l'on pourrait citer, une place à part est à réserver à l'Inde, où la constitutionnalité de la peine de mort a été contestée à partir des années soixante-dix. Dans une affaire datant de 1972⁹¹, la Cour suprême exclut la prétendue méconnaissance des droits reconnus par la Constitution, et notamment du droit à la vie, dont la protection n'est pas absolue, car l'article 21 de la Charte en admet la privation « *according to procedure established by law* ». Cette approche fut confirmée huit ans plus tard par la Cour suprême⁹², dans un arrêt qui pourtant imposa de vérifier au cas par cas l'existence d'alternatives à la condamnation à mort. La Cour suprême a ainsi ouvert la voie à une jurisprudence de plus en plus restrictive vis-à-vis de la peine capitale, sans toutefois conduire, jusqu'à présent, à une déclaration d'inconstitutionnalité de la peine en tant que telle⁹³. Et, du reste, l'approche adoptée ne fait pas entrevoir un revirement sur ce point : la Cour suprême a récemment pris soin de préciser les limites propres au pouvoir judiciaire dans ce domaine en affirmant que « *[i]t is only the legislature which can abolish the death penalty and not the courts* » ; « *[a]s long as the death penalty exists in the statute book it has to be imposed in some cases, otherwise it will tantamount to repeal of the death penalty by the judiciary* » ; « *[i]t is not for the judiciary to repeal or amend the law, as that is in the domain of the legislature* »⁹⁴.

(c) Le cas du Japon est aussi à mentionner, car, en l'absence de toute référence dans la Constitution⁹⁵, la peine de mort a été contestée dès la fin des années quarante, comme étant un traitement cruel, méconnaissant en cela l'article 36 de la Charte, aux termes duquel

⁹¹ Supreme Court of India, *Jagmohan Singh vs State of U.P.* (3 octobre 1972), 1973 AIR 947, disponible en ligne : <http://indiankanoon.org/doc/1837051/>.

⁹² Supreme Court of India, *Bachan Singh vs State of Punjab* (9 mai 1980), AIR 1980 SC 898, disponible en ligne : <http://www.indiankanoon.org/doc/307021/>.

⁹³ Sur cette jurisprudence, voy., P.R. Advani, A. Saha, « The Death Penalty: A New Perspective in Light of Santosh Bariyar Case », *NUJS Law Review*, 2009, vol. 2, pp. 669 et s.

⁹⁴ Voy., Supreme Court of India, *Ajitsingh Harnamsingh Gujral vs State of Maharashtra*, 13 septembre 2011, disponible en ligne : <http://indiankanoon.org/doc/1844894/>.

⁹⁵ L'article 13 de la Constitution, qui reconnaît le droit à la vie, paraît toutefois donner des arguments non négligeables en faveur de la constitutionnalité de la peine de mort : si « [t]ous les citoyens devront être respectés comme individus », « [l]eur droit à la vie, à la liberté, à la poursuite du bonheur [...] demeure le souci suprême du législateur et des autres responsables du gouvernement », mais ceci seulement « dans la mesure où il ne fait pas obstacle au bien-être public ».

« [l']imposition de tortures ou de châtements cruels par un fonctionnaire est absolument interdite ».

Saisie de la question, la Cour suprême a exclu que la peine capitale pût être qualifiée de « traitement cruel », la portée de l'interdiction constitutionnelle étant seulement de limiter les méthodes d'exécution⁹⁶. L'approche de la Cour n'a pas manqué de soulever des critiques⁹⁷. Cependant, au cours des décennies, la jurisprudence est restée fidèle au précédent de 1948⁹⁸, jusqu'à en faire une pierre angulaire du rétentionnisme japonais⁹⁹.

(d) En Corée du Sud le rétentionnisme a également trouvé un soutien judiciaire, notamment à l'occasion de l'arrêt de février 2010, par lequel la Cour constitutionnelle, à une majorité de cinq juges contre trois dissidents et un partiellement dissident, a précisé que le droit à la vie, tout en étant un droit fondamental, peut subir des limitations, pourvu que celles-ci soient prévues par la loi et s'avèrent nécessaires « pour la sécurité nationale, le maintien de la loi et de l'ordre public ou pour le bien-être de tous » (article 37, alinéa 2, de la Constitution). Sur la base de cette prévision, la peine de mort n'a pas été jugée incompatible avec la Constitution, une fois constaté que son application était justifiée par les objectifs de prévention qu'elle poursuit et par l'impossibilité de les poursuivre autrement de manière aussi efficace¹⁰⁰.

II.B.2. Les limites à la peine de mort

Le principe de la peine de mort n'étant pas en question ou étant rendu juridiquement indiscutable, les juridictions ont souvent pris soin de préciser dans quelles conditions sont admissibles la prévision de la peine ainsi que son application. Les limites que l'on a imposées

⁹⁶ Voy., Cour suprême du Japon, en banc, 12 mars 1948, cité par P. Schmidt, *Capital punishment in Japan*, Brill, 2001, p. 91. L'arrêt a été adopté à la majorité des juges ; une minorité n'est pas arrivée à contester la constitutionnalité de la peine de mort, mais a donné de la notion de « cruauté » une interprétation différente, en la rattachant au sentiment public, qui ne percevait pas cette peine comme cruelle, mais qui, dans l'avenir, aurait bien pu changer d'avis, ce qui aurait pu entraîner une déclaration d'inconstitutionnalité.

⁹⁷ Voy., P. Schmidt, *op. cit.*, pp. 92 et s.

⁹⁸ Voy., par exemple, l'arrêt rendu par la Cour suprême le 21 septembre 1993.

⁹⁹ Sur la peine de mort au Japon, voy., P. Schmidt, *op. cit.* ; M. Puéchavy, « La peine de mort au Japon et aux États-Unis. Derniers développements », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2009, n° 79, pp. 709 et s. ; K. Takayama, M.V. Yamamoto, « The death penalty in Japan », *Towards universal abolition of death penalty, op. cit.*, pp. 291 et s. Pour ce qui concerne la pratique, voy. notamment, International Federation for Human Rights, *The Death Penalty in Japan: A Practice Unworthy of a Democracy, Report of the International mission of investigation*, n° 359/2, mai 2003, disponible en ligne : <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/ngos/IFDH.pdf> ; D.T. Johnson, « Japan's Secretive Death Penalty Policy : Contours, Origins, Justifications, and Meanings », *Asian-Pacific Law & Policy Journal*, 2006, vol. 7, n. 2, pp. 62 et s. ; J.M. Ramseyer, « Who Hangs Whom for What? The Death Penalty In Japan », *Journal of Legal Analysis*, 22 août 2012, disponible en ligne : <http://jla.oxfordjournals.org/content/early/2012/08/21/jla.las013.full.pdf+html>.

¹⁰⁰ Voy., Cour constitutionnelle de Corée, 25 février 2010, affaire 2008Hun-Ka23, dont la traduction en anglais est disponible en ligne (voy., *Major Decisions*) : <http://english.ccourt.go.kr/>.

dans un bon nombre de systèmes juridiques concernent des aspects divers de la réglementation et de sa mise en œuvre. Ci-dessus, certaines de ces limites seront très brièvement évoquées.

(a) *La peine de mort comme châtement exceptionnel.* – Parmi les limites qui s'imposent à la réglementation de la peine de mort, la plus importante est, vraisemblablement, celle qui a trait à sa qualification de châtement exceptionnel.

En effet, dans un grand nombre de pays, la peine capitale est désormais conçue comme une sanction à laquelle il n'est possible de recourir que dans des conditions très rigoureuses du point de vue des crimes susceptibles de provoquer cette condamnation (i). Le caractère exceptionnel de la peine de mort se traduit aussi par la nécessité de laisser aux juges une marge d'appréciation lors de la condamnation, pour que l'infliction du châtement suprême soit réservée aux cas extrêmes (ii).

i. La réglementation de la peine de mort peut être – et c'est souvent le cas – limitée, en premier lieu, par l'obligation de respecter le principe de proportionnalité entre crime et sanction, de manière à ne permettre une telle condamnation que pour des crimes très graves. Cette limitation figure dans plusieurs actes de droit international, et notamment dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966¹⁰¹ et dans la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969¹⁰², qui, en outre, exclut expressément la peine de mort pour les délits politiques¹⁰³.

Sur la base de ces prévisions, les organes internationaux ont pu développer une jurisprudence plutôt restrictive, visant à n'admettre la peine de mort que dans les cas où les crimes commis auraient eu pour effet de priver la victime de la vie¹⁰⁴ ou auraient été commis dans des circonstances tout à fait exceptionnelles¹⁰⁵.

¹⁰¹ Voy., l'article 6, alinéa 2, du Pacte : « 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 [...] ».

¹⁰² Voy., l'article 4, alinéa 2, de la Convention : « Dans les pays qui n'ont pas aboli la peine de mort, celle-ci pourra être infligée qu'en punition des crimes les plus graves [...] ».

¹⁰³ Voy., l'article 4, alinéa 4, de la Convention : « En aucun cas la peine de mort ne peut être infligée pour des délits politiques ou pour des crimes de droit commun connexes à ces délits ».

¹⁰⁴ C'est la position du Comité des droits de l'homme : voy., par exemple, *Chisanga c/ Zambie*, Communication n° 1132/2002 (2005), disponible en ligne : <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/d52555073a526481c12570c20057fd58?Opendocument> (la traduction en français est disponible en ligne : <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/French/jurisprudence/1132-2002.html>), §. 7.4.

¹⁰⁵ Voy., l'*advisory opinion* OC-3/83 du 8 septembre 1983, *Restrictions to the Death Penalty (arts. 4(2) and 4(4) American Convention on Human Rights)*, de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, disponible en ligne : http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_03_ing.pdf : « *The fact that the Convention limits the imposition of the death penalty to the most serious of common crimes not related to political offenses indicates that it was designed to be applied in truly exceptional circumstances only* » (§. 54).

L'approche restrictive, toutefois, n'est pas propre aux seules instances internationales, car plusieurs juridictions nationales ont aussi délimité le champ d'application de la peine de mort, dans le but d'en faire une mesure visant à sanctionner uniquement certains crimes.

La jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis est très révélatrice à cet égard. La référence assez récente est, en particulier, l'arrêt *Kennedy v. Louisiana*¹⁰⁶, dans lequel la prévision de la peine de mort pour le crime de viol d'un enfant n'ayant pas abouti à la mort de celui-ci a été déclarée inconstitutionnelle¹⁰⁷, du fait que « [a]s it relates to crimes against individuals, [...] the death penalty should not be expanded to instances where the victim's life was not taken »¹⁰⁸.

Il en résulte qu'en ce qui concerne les crimes contre des individus, seuls les meurtres peuvent conduire à la condamnation à mort. Il est à noter que l'arrêt *Kennedy v. Louisiana* a expressément limité la portée du principe établi aux crimes commis contre des individus, de ce fait pour les crimes d'autres types, et notamment les crimes contre l'État, la question reste à trancher¹⁰⁹.

La Cour suprême indienne est peut-être allée plus loin, en établissant, dans un arrêt de 1980, que la peine de mort ne peut être infligée que dans des cas rarissimes (« *the rarest of rare case* »), c'est-à-dire lorsque le crime et la responsabilité de l'auteur sont tellement graves que l'on ne saurait indiquer des peines alternatives¹¹⁰.

¹⁰⁶ 554 U.S. 407 (2008), disponible en ligne : <http://www.law.cornell.edu/supct/html/07-343.ZS.html>.

¹⁰⁷ Dans les années soixante-dix, la Cour suprême fédérale avait déclaré inconstitutionnelle la prévision de la peine capitale pour le crime de viol d'un adulte : voy., l'arrêt *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977), disponible en ligne : http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0433_0584_ZS.html.

¹⁰⁸ Voy., l'arrêt *Kennedy v. Louisiana*, précité, p. 434.

¹⁰⁹ « *Our concern here is limited to crimes against individual persons. We do not address, for example, crimes defining and punishing treason, espionage, terrorism, and drug kingpin activity, which are offenses against the State* » : *ibid.*, p. 434.

¹¹⁰ « *A real and abiding concern for the dignity of human life postulates resistance to taking a life through law's instrumentality* » ; « [t]hat ought not to be done save in the rarest of rare cases when the alternative option is unquestionably foreclosed » : arrêt *Bachan Singh vs State of Punjab*, précité, p. 207. Dans l'arrêt *Machhi Singh vs State of Punjab* (20 juillet 1983), 1983 SCR (3) 413, disponible en ligne : <http://indiankanoon.org/doc/545301/>, la règle concernant « *the rarest of rare case* » a été détaillée de manière plus précise : « (i) *the extreme penalty of death need not be inflicted except in gravest cases of extreme culpability* ; (ii) *[b]efore opting for the death penalty the circumstances of the 'offender' also require to be taken into consideration along with the circumstances of the 'crime'* » ; « (iii) *[l]ife imprisonment is the rule and death sentence is an exception* » ; « (iv) *[a] balance sheet of aggravating and mitigating circumstances has to be drawn up and in doing so the mitigating circumstances has to be accorded full weightage and a just balance has to be struck between the aggravating and the mitigating circumstances before the option is exercised* » (p. 433). Plus récemment, la Cour suprême a introduit des précisions complémentaires, visant à réduire encore l'application de la peine de mort. À cette fin, elle a fait découler de la règle concernant « *the rarest of rare case* » la nécessité d'un contrôle à double détente : d'une part, l'évaluation traditionnelle de la responsabilité de l'auteur du crime et de la gravité de celui-ci, de l'autre l'analyse portant sur la possibilité d'une réinsertion du coupable (voy., l'arrêt *Santosh Bariyar vs State of Maharashtra*, 13 mai 2009,

ii. Le souci de limiter les condamnations aux cas les plus graves se heurte au fait qu'il est parfois prévu que des condamnations soient obligatoirement prononcées dès qu'est constatée la commission d'un certain crime ou l'existence de certaines conditions.

Il y a encore dans un bon nombre de systèmes des normes limitant de manière absolue le pouvoir d'appréciation du juge, mais une tendance à leur élimination est désormais très forte sous toutes les latitudes¹¹¹.

À ce sujet aussi, l'expérience des États-Unis est très intéressante, car la marge d'appréciation laissée aux juges et aux jurés à l'occasion d'une condamnation à mort a donné lieu à des arrêts fondamentaux. La référence est, en premier lieu, l'arrêt *Furman v. Georgia*, qui a acquis une portée générale, mais dont le dispositif a déclaré l'inconstitutionnalité des modalités qui régissaient la procédure d'infliction de la peine capitale au motif que le pouvoir discrétionnaire des juges et des jurés était trop élevé pour ne pas risquer de déboucher sur l'arbitraire.

Or, la réaction du Congrès et des législateurs des États membres a conduit à l'adoption de nouvelles réglementations visant à limiter cette marge d'appréciation. Et parmi les solutions élaborées, figurait celle qui éliminait complètement l'aléa par l'introduction de « *mandatory sentences* ». Il s'agissait d'une solution qui n'avait guère été expérimentée, du moins dans les décennies les plus récentes, puisque sa compatibilité avec la Constitution était loin d'être acquise, eu égard notamment aux principes découlant d'un arrêt de 1937, par lequel la Cour

disponible en ligne : <http://www.indiankanoon.org/doc/1312651/>). La Cour suprême japonaise a adopté la même approche, notamment dans l'arrêt de la deuxième chambre basse du 8 juillet 1983, qui a souligné que « [l]a peine capitale ne peut être appliquée que lorsque la responsabilité de l'auteur du crime est extrêmement grave et que la peine maximale est inévitable du point de vue de l'équilibre entre le crime et le châtement ainsi que du point de vue général de la prévention, en tenant compte des circonstances, notamment la nature, le motif et les modalités du crime, en particulier la persistance et la cruauté du moyen de mise à mort, la gravité des conséquences, en particulier le nombre de victimes tuées, les sentiments des proches en deuil, les effets sociaux, l'âge et les antécédents de l'auteur du crime et les circonstances qui suivent la commission de celui-ci » (voy., Comité des droits de l'homme, *Examen des rapports présentés par les États parties conformément à l'article 40 du Pacte. Cinquièmes rapports périodiques des États parties attendus en 2002 – Japon*, CCPR/C/JPN/5, 25 avril 2007, disponible en ligne : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/415/74/PDF/G0741574.pdf?OpenElement>, p. 34).

¹¹¹ Voy., S. Lehrfreund, « International Legal Trends and the Mandatory Death Penalty in the Commonwealth Caribbean », *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 2001, vol. 1, pp. 171 et s. ; B. Tittmore, « The Mandatory Death Penalty in the Commonwealth Caribbean and the Inter-American Human Rights System: An Evolution in the Development and Implementation of International Human Rights Protections », *William & Mary Bill of Rights Journal*, 2004, vol. 13, pp. 445 et s. ; E. Fitzgerald, K. Starmer, *A Guide to Sentencing in Capital Cases*, The Death Penalty Project Ltd., 2007, disponible en ligne : http://www.deathpenaltyproject.org/documents/A_Guide_to_Sentencing_in_Capital_Cases.pdf ; A. Novak, « The Decline of the Mandatory Death Penalty in Common Law Africa : Constitutional Challenges and Comparative Jurisprudence in Malawi and Uganda », *Loyola Journal of Public Interest Law*, 2009, vol. 11, pp. 19 et s.

suprême fédérale avait reconnu la nécessité de moduler toute condamnation en tenant compte des faits mais aussi de toutes les circonstances et de la condition personnelle de l'auteur¹¹².

La Cour suprême a donc été vite saisie de la question concernant la conformité à la Constitution du régime des condamnations obligatoires. La déclaration d'inconstitutionnalité a été prononcée en 1976, par l'un des cinq arrêts sur la peine de mort rendus le 2 juillet¹¹³. La Cour a exclu que la condamnation obligatoire puisse être une réponse efficace aux exigences mises en exergue dans l'arrêt *Furman*¹¹⁴, car elle traitait de manière égale des situations qui auraient pu ne pas l'être. Elle excluait, en particulier, toute possibilité de prendre en considération des éléments et des arguments dont le condamné aurait pu bénéficier : cette neutralité absolue, loin de se révéler un élément de justice, se traduisait par une méconnaissance des valeurs qui fondent le huitième amendement, et notamment le respect de l'être humain en tant que tel, d'où le refus de tout « automatisme condamnatore ».

L'attitude de la Cour suprême des États-Unis à l'égard des « *mandatory sentences* » a été imitée dans beaucoup d'autres pays.

On peut mentionner, en premier lieu, le système indien, où l'inconstitutionnalité de la condamnation obligatoire, déclarée en 1983¹¹⁵, a pu être identifiée comme un corollaire de la règle concernant « *the rarest of rare case* »¹¹⁶ : « *[a] standardized mandatory sentence, and that too in the form of a sentence of death, fails to take into account the facts and circumstances of each particular case* » ; « *[i]t is those facts and circumstances which constitute a safe guideline for determining the question of sentence in each individual case* »¹¹⁷.

¹¹² Voy., l'arrêt *Pennsylvania ex rel. Sullivan v. Ashe*, 302 U.S. 51 (1937), disponible en ligne : <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/302/51>.

¹¹³ Supreme Court of the United States, *Woodson v. North Carolina*, 428 U.S. 280 (1976), disponible en ligne : http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0428_0280_ZS.html.

¹¹⁴ « *[A] mandatory death penalty statute may reasonably be expected to increase the number of persons sentenced to death, it does not fulfill Furman's basic requirement by replacing arbitrary and wanton jury discretion with objective standards to guide, regularize, and make rationally reviewable the process for imposing a sentence of death* » : *ibid.*, p. 303.

¹¹⁵ Supreme Court of India, *Mithu vs State of Punjab*, 7 avril 1983, 1983 SCR (2) 690, disponible en ligne : <http://www.indiankanoon.org/doc/590378/>.

¹¹⁶ Voy., P.R. Advani, A. Saha, *op. cit.*, pp. 680 et s.

¹¹⁷ Arrêt *Mithu vs State of Punjab*, précité, p. 707.

Plus récemment, les condamnations obligatoires ont fait l'objet de censure par des organes internationaux, et notamment par la Commission interaméricaine des droits de l'homme¹¹⁸ et par le Comité onusien des droits de l'homme¹¹⁹.

De telles censures ont vraisemblablement eu une influence significative sur l'évolution des systèmes rétionnistes des Caraïbes. En effet, à partir de l'an 2001, la Cour d'appel des Caraïbes orientales¹²⁰, puis, à partir de 2002, le Comité judiciaire du Conseil privé ont déclaré illégitimes les normes des divers pays soumis à leur juridiction prévoyant des condamnations à mort obligatoires¹²¹. Ceci en raison du fait que « *to deny the offender the opportunity, before sentence has been passed, to seek to persuade the court that in all the circumstances to condemn him to death would be disproportionate and inappropriate is to treat him as no human being should be treated and thus to deny his basic humanity* »¹²².

Cette jurisprudence a eu un impact qui est allé bien au-delà des Caraïbes. Même l'évolution récente des droits africains a bénéficié en large mesure de la jurisprudence du *Privy Council*, à laquelle il a été fait référence à plusieurs reprises, ainsi qu'aux arrêts précédemment cités des Cours suprêmes des États-Unis et de l'Inde. C'est la Cour constitutionnelle ougandaise qui a ouvert la voie, en déclarant l'inconstitutionnalité des dispositions prévoyant les condamnations à mort obligatoires, principalement parce qu'elles portaient atteinte au principe de la séparation des pouvoirs : il a été jugé incompatible avec l'exercice des missions confiées au pouvoir judiciaire le fait que le Parlement puisse limiter, voire exclure le pouvoir

¹¹⁸ Les premières censures remontent, semble-t-il, aux affaires *Downer and Tracey (Jamaica)*, Report No. 41/00, et *Baptiste (Grenada)*, Report No. 38/00, 13 avril 2000 (les reports sont disponibles en ligne : <http://www.cidh.org/annualrep/99eng/merits/Jamaica12.023.htm> ; <http://www.cidh.org/annualrep/99eng/merits/Grenada11.743.htm>).

¹¹⁹ Voy., *Eversley Thompson v Saint Vincent and the Grenadines*, Communication n° 806/1998 (2000), dans *Selected Decisions of the Human Rights Committee on the Optional Protocol*, vol. 7, pp. 102 et s., disponible en ligne : <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/SDecisionsVol7en.pdf>.

¹²⁰ Eastern Caribbean Court of Appeal, *Spence & Hughes -v- The Queen (St Vincent and the Grenadines and St Lucia)*, 2 avril 2001, non répertorié, disponible en ligne : <http://www.internationaljusticeproject.org/pdfs/spence.pdf>.

¹²¹ Judicial Committee of the Privy Council, *Reyes v the Queen*, [2002] 2 AC 235. L'arrêt, qui concernait le Belize, a vu sa portée étendue aux autres pays des Caraïbes britanniques par d'autres arrêts du même Conseil privé : voy., les arrêts *R v Hughes*, [2002] 2 AC 259, concernant Sainte-Lucie ; *Fox v R*, [2002] 2 AC 284, pour Saint-Christophe-et-Niévès ; *Boyce and Joseph v the Queen*, [2005] 1 AC 400, à l'égard des Barbados ; *Matthew v The State*, [2005] 1 AC 433, pour Trinité-et-Tobago ; *Watson v The Queen*, [2005] 1 AC 472, concernant la Jamaïque ; *Bowe and Davis v The Queen*, [2006] 1 W.L.R. 1623, à l'égard des Bahamas. Tous les arrêts cités sont disponibles en ligne (sur le site du *Privy Council*) : <http://privycouncil.independent.gov.uk/judicial-committee/judgments/>.

¹²² Voy., l'*opinion* de Lord Bingham dans l'arrêt *Reyes v the Queen*, précité, §. 43.

d'appréciation réservé aux juges, qui ne pouvaient que prononcer des « *blind sentences on convicted persons* »¹²³.

La violation des principes régissant le procès équitable ainsi que la méconnaissance de l'interdiction de traitements inhumains et dégradants ont conduit à la même conclusion dans des arrêts de la Haute Cour du Malawi¹²⁴ et de la Cour d'appel du Kenya¹²⁵.

(b) *Les justiciables susceptibles d'être condamnés.* – Dans maints pays, la peine de mort connaît des limitations significatives par rapport aux justiciables mêmes, susceptibles d'être condamnés. Les limitations peuvent avoir trait, notamment, (i) à l'âge et (ii) à la santé mentale.

i. Dans beaucoup de systèmes rétentionnistes, la condamnation à mort est interdite pour les individus qui n'avaient pas atteint la majorité lorsqu'ils ont commis un crime capital : dans ce cas, c'est l'élément de la responsabilité atténuée par le défaut de maturité qui prime incontestablement sur les autres.

La peine de mort infligée aux mineurs est devenue très rare, étant interdite par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966¹²⁶, par la Convention américaine relative aux droits de l'homme¹²⁷, par la Convention internationale des droits de l'enfant de

¹²³ Voy., Constitutional Court of Uganda, *Kigula v. Attorney General*, Constitutional Petition No. 6 of 2003, 10 juin 2005, dont le texte intégral, en anglais, est disponible en ligne dans l'infobase Codices. À cet argument, la Cour supreme, ensuite, en a associé un autre, tiré du principe d'égalité : la condamnation obligatoire a été censurée aussi parce que « *[i]t provides in essence that a person accused of stealing a chicken may not only be heard in mitigation, but may actually request the court to inquire into his character and antecedents for purposes of assessing appropriate sentence for him, while on the other hand, a person accused of murder and whose very life is at stake, may not do likewise* » ; cette constatation se heurtait à celle que « *[n]ot all murders are committed in the same circumstances, and all murderers are not necessarily of the same character* », « *[o]ne may be a first offender, and the murder may have been committed in circumstances that the accused person deeply regrets and is very remorseful* » ; la Cour ne voyait pas de raison « *why these factors should not be put before the court before it passes the ultimate sentence* » (voy., Supreme Court of Uganda at Mengo, *Attorney General v. Susan Kigula & 417 Others*, Constitutional Appeal No. 03 of 2006, 21 janvier 2009, disponible en ligne : [http://www.eji.org/files/Attorney%20General%20v.%20Susan%20Kigula%20\(Supreme%20Court%20of%20Uganda\)_0.pdf](http://www.eji.org/files/Attorney%20General%20v.%20Susan%20Kigula%20(Supreme%20Court%20of%20Uganda)_0.pdf), p. 18).

¹²⁴ High Court of Malawi, *Kafantayeni v. Malawi*, Constitutional Case No. 12 of 2005, 27 avril 2007, [2007] MWHC 1, disponible en ligne : <http://www.eji.org/files/Kafantayeni%20v.%20Attorney%20General.pdf>.

¹²⁵ Court of Appeal of Kenya at Mombasa, *Mutiso v. Republic*, Criminal Appeal No. 17 of 2008, 30 juillet 2010, disponible en ligne : http://kenyalaw.org/Downloads_FreeCases/76411.pdf.

¹²⁶ Voy., l'article 6, alinéa 5, du Pacte : « *[u]ne 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* ».

¹²⁷ Voy., l'article 4, alinéa 5, de la Convention, précité.

1989¹²⁸, par la Charte arabe des droits de l'homme de 1994¹²⁹ ainsi que par certaines constitutions nationales¹³⁰. Certes, quelques exceptions peuvent encore être recensées : des exécutions de mineurs ont été récemment attestées, par exemple, en Iran ; au Japon, puisque la majorité est fixée à vingt ans, le seuil des dix-huit ans prévus pour la peine de mort n'exclut pas la condamnation à mort des mineurs. Il peut être assez surprenant que les États-Unis figurent, jusqu'en 2005, parmi les exceptions : en 1988, la Cour suprême fédérale avait déclaré l'inconstitutionnalité des dispositions prévoyant la peine de mort pour les délinquants de moins de seize ans¹³¹, mais l'année suivante les individus ayant atteint cet âge avaient été expressément assimilés aux adultes¹³². Sur ce point, un revirement ne se produira qu'en 2005, avec l'interdiction des condamnations pour tous les mineurs de moins de dix-huit ans¹³³.

ii. L'infliction de la peine de mort devrait se fonder sur la responsabilité de l'auteur du crime : c'est sur cette base, en particulier, que les mineurs ne devraient pas être condamnés ; et c'est sur cette même base que se posent les problèmes concernant la condamnation et/ou l'exécution des personnes frappées d'aliénation mentale ou atteintes de handicap mental.

En ce qui concerne les aliénés, toute condamnation à mort devrait en principe être exclue, eu égard aux principes qui régissent la responsabilité pénale. La question se pose pour ce qui concerne les condamnés à mort qui sont frappés d'aliénation mentale dans l'attente de l'exécution. À ce propos, le Conseil économique et social des Nations Unies a interdit, dès 1984, une telle pratique¹³⁴, que le Comité des droits de l'homme a pu qualifier, dès 1995, de

¹²⁸ Voy., l'article 37 de la Convention, aux termes duquel « [l]es États parties veillent à ce que : a) Nul enfant ne soit soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants : ni la peine capitale ni l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération ne doivent être prononcés pour les infractions commises par des personnes âgées de moins de 18 ans ; [...] ».

¹²⁹ Voy., l'article 12 de la Charte : « [l]a peine de mort ne peut être appliquée contre des personnes âgées de moins de dix-huit ans, contre une femme enceinte jusqu'à son accouchement et contre une mère nourrice jusqu'à l'expiration de deux ans après la naissance de l'enfant ».

¹³⁰ Voy. par exemple, l'article 18 de la Constitution du Guatemala, l'article 33 de la Constitution du Soudan et l'article 21 de la Constitution du Soudan du Sud.

¹³¹ Supreme Court of the United States, *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815 (1988), précité.

¹³² Supreme Court of the United States, *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361 (1989), disponible en ligne : http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0492_0361_ZS.html.

¹³³ Supreme Court of the United States, *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), disponible en ligne : <http://www.law.cornell.edu/supct/html/03-633.ZS.html>.

¹³⁴ Voy., les *Garanties pour la protection des droits des personnes passibles de la peine de mort*, approuvées par le Conseil économique et social dans sa résolution 1984/50 du 25 mai 1984 (§. 3), dont le texte est disponible en ligne : http://www2.ohchr.org/french/law/garantie_dp.htm.

traitement cruel et inhumain¹³⁵. Les États, du moins en principe, se sont conformés à cette jurisprudence, et l'ont parfois anticipée, comme cela a été le cas des États-Unis¹³⁶.

Si l'interdiction d'exécuter les personnes frappées d'aliénation mentale fait l'objet d'un consensus très répandu, le consensus devient beaucoup moins large dans le cas du handicap mental.

Le Conseil économique et social des Nations Unies, en 1989, a recommandé aux États membres de supprimer la peine capitale « tant au stade de la condamnation qu'à celui de l'exécution pour les handicapés mentaux ou les personnes dont les capacités mentales sont extrêmement limitées »¹³⁷. Cependant, dans la pratique des États, les condamnations et les exécutions des handicapés mentaux demeurent une réalité. Parfois, ceci est dû au refus pur et simple de l'interdiction : les États-Unis ont longtemps été un exemple à ce sujet, car la Cour suprême fédérale, encore en 1989, avait admis en principe l'exécution d'un handicapé mental¹³⁸, et n'a changé de jurisprudence qu'en 2002, lorsqu'elle a déclaré inconstitutionnelle, en tant qu'incompatible avec le huitième amendement, la législation de la Virginie admettant l'exécution de ces handicapés¹³⁹.

Toutefois, la question des handicapés mentaux et de leur éventuelle exécution ne relève pas toujours d'une approche strictement juridique. En effet, des exécutions de handicapés mentaux sont parfois mises en œuvre ou, plus exactement, les exécutions sont parfois contestées en raison de la santé mentale du condamné : cela s'explique par la difficulté de définir de manière précise la notion de « handicap mental », s'agissant d'une notion qui n'est pas dépourvue d'un certain subjectivisme et dont l'application n'est presque jamais incontestable.

(c) *La question des couloirs de la mort.* – La détention dans les couloirs de la mort a été qualifiée de traitement inhumain, notamment par la Cour européenne des droits de l'homme,

¹³⁵ Voy., *Francis v. Jamaica*, Communication n° 606/1994 (1995), disponible en ligne : <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws606.htm>.

¹³⁶ Voy., Supreme Court of the United States, *Ford v. Wainwright*, 447 U.S. 399 (1986), disponible en ligne : http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0477_0399_ZS.html. L'arrêt a été depuis confirmé par la jurisprudence de la Cour suprême, et notamment par l'arrêt *Panetti v. Quarterman*, 551 U.S. 930 (2007), disponible en ligne : <http://www.law.cornell.edu/supct/html/06-6407.ZS.html>.

¹³⁷ Voy., la résolution 1989/64 du 24 mai 1989 du Conseil économique et sociale sur l'*Application des Garanties pour la protection des droits des personnes passibles de la peine de mort*, §. 1, lettre (d), disponible en ligne : <http://www.peinedemort.org/document.php?choix=3267>.

¹³⁸ Voy., Supreme Court of the United States, *Penry v. Lynaugh*, 492 U.S. 302 (1989), disponible en ligne : http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0492_0302_ZS.html.

¹³⁹ Voy., Supreme Court of the United States, *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002), disponible en ligne : <http://www.law.cornell.edu/supct/html/00-8452.ZS.html>.

qui, dans son arrêt *Soering*¹⁴⁰, est arrivée à la conclusion que si la décision ministérielle d'extrader un ressortissant allemand détenu en Angleterre vers les États-Unis avait reçu exécution, il y aurait eu une violation de l'article 3 de la Convention, aux termes duquel « [n]ul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ». En effet :

« [e]u égard [...] à la très longue période à passer dans le “couloir de la mort” dans des conditions [...] extrêmes, avec l'angoisse omniprésente et croissante de l'exécution de la peine capitale, et à la situation personnelle du requérant, en particulier son âge et son état mental à l'époque de l'infraction, une extradition vers les États-Unis exposerait l'intéressé à un risque réel de traitement dépassant le seuil fixé par l'article 3 [de la Convention] »¹⁴¹.

Le syndrome du « couloir de la mort » a donc été indiqué comme la manifestation d'un traitement inhumain qui est interdit, en tant que tel, par la Convention.

Les couloirs de la mort sont pourtant une conséquence inévitable de l'existence de la peine capitale : de ce fait, soit on admet leur présence soit on déclare l'inconstitutionnalité de la peine de mort, car l'alternative serait de mettre en œuvre l'exécution juste après la condamnation, ce qui méconnaîtrait de manière patente les garanties dérivant du droit à l'appel et/ou à la révision de la condamnation¹⁴².

Or, si dans les États rétentionnistes la légitimité des couloirs de la mort n'est pas contestable, cela n'a pas empêché les juridictions de censurer parfois les conditions de la détention, notamment en raison du temps excessif que le condamné a été obligé de passer dans l'attente de l'exécution.

La Cour suprême indienne, en 1983¹⁴³, a parlé d'un « dehumanising factor of prolonged delay in the execution of a sentence of death »¹⁴⁴, pour conclure dans le sens que « [m]aking all reasonable allowance for the time necessary for appeal and considered of reprieve, [...] delay exceeding two years in the execution of a sentence of death should be considered sufficient to

¹⁴⁰ Cour européenne des droits de l'homme, plén., *Soering c/ Royaume-Uni*, req. n° 14038/88, du 7 juillet 1989. L'arrêt est disponible en ligne (sur le site internet de la Cour européenne, en accédant à la base de données Hudoc) : <http://www.echr.coe.int/ECHR/fr/Header/Case-Law/Decisions+and+judgments/HUDOC+database/>.

¹⁴¹ Arrêt *Soering c/ Royaume-Uni*, précité, §. 111.

¹⁴² Sur ce point, voy. aussi, Cour suprême du Canada, *Kindler c. Canada (ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, 26 septembre 1991, disponible en ligne : <http://www.canlii.org/fr/ca/csc/doc/1991/1991canlii78/1991canlii78.html>.

¹⁴³ Voy., Supreme Court of India, *T.V. Vatheeswaran vs State of Tamil Nadu*, 16 février 1983, 1983 SCR (2) 348, disponible en ligne : <http://indiankanon.org/doc/1536503/>.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 354.

entitle the person under sentence of death to [...] demand the quashing of the sentence of death »¹⁴⁵.

Dix ans plus tard, la Cour suprême du Zimbabwe s'est référée expressément à la jurisprudence indienne afin de qualifier d'inhumaine et de dégradante la détention de condamnés à mort qui s'était prolongée 52 à 72 mois, eu égard à l'« *acute mental suffering and brooding horror of being hanged* » qui a atteint les condamnés « *over the long lapse of time since the passing of sentence of death* »¹⁴⁶.

Une approche similaire a été adoptée, toujours en 1993, par le Privy Council, dans un arrêt concernant la Jamaïque, où l'on a conclu que « in any case in which execution is to take place more than five years after sentence there will be strong grounds for believing that the delay is such as to constitute “inhuman or degrading punishment or other treatment” », une fois constaté que « [t]here is an instinctive revulsion against the prospect of hanging a man after he has been held under sentence of death for many years »¹⁴⁷.

Ces arrêts ont été repris par la Cour constitutionnelle ougandaise, qui a constaté que les trois ans généralement passés par les condamnés dans les couloirs de la mort étaient un « *reasonable time* », tout en admettant que si la période était plus longue, alors s'imposerait la constatation de l'atteinte portée aux droits des détenus¹⁴⁸.

Assez curieusement, cette jurisprudence n'a eu que de très faibles échos aux États-Unis, où les cours ont rejeté, en principe, les arguments visant à censurer une détention longue dans les couloirs de la mort, et ont plutôt souligné que la longueur de la détention est, en soi, un allongement de la vie du condamné, qui permet, en outre, de nourrir l'espoir que des décisions favorables à son égard puissent survenir¹⁴⁹.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 361.

¹⁴⁶ Voy., Supreme Court of Zimbabwe, *Catholic Commission for Justice and Peace in Zimbabwe v. Attorney General of Zimbabwe*, 24 juin 1993, disponible en ligne : http://www.unhcr.org/refworld/country,,ZWE_SC,,ZWE,,3ae6b6c0f,0.html.

¹⁴⁷ Voy., Judicial Committee of the Privy Council, *Pratt and Morgan v Attorney General of Jamaica*, 2 AC 1 (1993).

¹⁴⁸ Voy., Constitutional Court of Uganda, *Kigula v. Attorney General*, précité.

¹⁴⁹ Voy., par exemple l'arrêt rendu par la Cour d'appel du Neuvième Circuit dans l'affaire *McKenzie v. Day*, 57 F.3d 1461 (9th Cir. 1995), disponible en ligne : <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F3/057/57.F3d.1461.95-99006.html>.

Le sujet n'a pas encore été abordé par la Cour suprême fédérale, qui a jusqu'à présent déclaré irrecevables toutes les demandes de *certiorari* qui lui sont parvenues, bien que des opinions dissidentes aient pu se manifester à cet égard¹⁵⁰.

(d) *Les méthodes d'exécution.* – L'exécution d'un condamné doit être mise en œuvre de manière à la rendre le moins pénible possible. Le Conseil économique et social des Nations Unies l'a souligné dès 1984¹⁵¹ et le Comité des droits de l'homme l'a confirmé, en 1992, en énonçant le principe selon lequel la peine de mort doit « être exécutée de manière à causer le moins de souffrances possible, physiques ou mentales »¹⁵².

Le principe étant acquis, des questions se posent en ce qui concerne les méthodes concrètement adoptées. À ce propos, s'il n'a pas été possible d'identifier la méthode qui assure le moins de souffrances, on a parfois censuré certaines méthodes comme étant cruelles et/ou dégradantes.

Le Comité des droits de l'homme a pu constater, notamment, que l'asphyxie par le gaz de cyanure ne répond pas au critère du minimum de souffrances possible et, de ce fait, constitue un traitement cruel et inhumain, en violation de l'article 7 du Pacte onusien de 1966 : cette méthode peut en effet provoquer des souffrances et une agonie prolongées et n'entraîne pas la mort aussi rapidement que possible, « puisque l'asphyxie par le gaz de cyanure peut prendre plus de 10 minutes »¹⁵³.

Mais c'est au niveau national que les méthodes d'exécution ont fait le plus souvent l'objet de contrôle de la part des juridictions. L'expérience la plus riche en ce domaine est vraisemblablement celle des États-Unis, où les cours ont eu l'occasion de déclarer la méconnaissance de l'interdiction de traitements cruels et inusités dérivant de l'adoption des

¹⁵⁰ Voy. notamment, les opinions dissidentes du Juge Breyer dans les déclarations d'irrecevabilité *Elledge v. Florida*, 525 U.S. 944 (1998), disponible en ligne : <http://www.law.cornell.edu/supct/html/98-5410.ZD.html>, et *Knight v. Florida*, 528 U.S. 990 (1999), disponible en ligne : <http://www.law.cornell.edu/supct/html/98-9741.ZA.html>. La question des couloirs de la mort a été évoquée aussi au Japon, où, toutefois, la Cour suprême, dans son arrêt du 19 juillet 1985, cité par K. Takayama, M.V. Yamamoto, *op. cit.*, p. 295, a exclu que trente ans passés dans les couloirs de la mort puissent être qualifiés de traitement cruel.

¹⁵¹ Voy., les *Garanties pour la protection des droits des personnes passibles de la peine de mort*, précitées, §. 9 : « [I]orsque la peine capitale est appliquée, elle est exécutée de manière à causer le minimum de souffrances possibles ».

¹⁵² Voy., l'*Observation générale no. 20 : Remplacement de l'observation générale 7 concernant l'interdiction de la torture et des traitements cruels (art. 7)*, 10 mars 1992, disponible en ligne : [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/720dfcebc8e2a75d80256523004b0109?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/720dfcebc8e2a75d80256523004b0109?Opendocument).

¹⁵³ Voy., la constatation du 5 novembre 1993, *Ng c/ Canada*, communication n° 469/1991 (en français dans *Sélection de décisions du Comité des droits de l'homme prises en vertu du Protocole facultatif*, vol. 5, New York – Genève, 2005, pp. 109 et s., disponible en ligne : <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/SDecisionsVol5fr.pdf>), §§. 16.3. et s.

méthodes de la chambre à gaz¹⁵⁴ et de l'électrocution¹⁵⁵, mais ne sont pas arrivées aux mêmes conclusions à l'égard de la pendaison¹⁵⁶ et, plus récemment, de l'injection létale¹⁵⁷.

S'il est vrai que ces dernières décisions sont loin d'être incontestables, il est tout aussi vrai que bien d'autres méthodes actuellement employées semblent beaucoup plus cruelles. On ne saurait toutefois proposer un classement macabre des souffrances.

CONCLUSION

Des remarques qui précèdent on constate que les différences entre les deux catégories d'autorités qui abolissent la peine capitale se reflètent également sur le type d'abolition qu'ils décrètent, ce qui renforce l'idée d'une opposition entre l'« abolition politique » et l'« abolition judiciaire ». Il ne s'agit pas simplement d'identifier l'autorité – politique ou juridictionnelle – qui a procédé à l'abolition et les arguments qui ont été évoqués à cet effet et/ou qui pouvaient l'être ; l'opposition se fonde aussi, et peut-être principalement, sur la portée de l'abolition, car selon la nature de l'autorité qui la décrète, la portée de l'abolition change considérablement.

En effet, l'« abolition politique » est le fruit d'une décision qui paraît, en principe, toujours contestable et, par cela, susceptible de révision, voire d'élimination, à la suite de changements du contexte institutionnel, politique et/ou social : lorsque l'abolition est adoptée par voie politique, l'enjeu véritable est celui de lui assurer une stabilité, de la mettre à l'abri des contestations et des retours en arrière ; il en résulte que la variable fondamentale de la décision politique a trait à la force formelle qu'on lui confère, c'est-à-dire au rang de l'acte normatif où sont insérées les dispositions portant l'abolition.

Par contre, en ce qui concerne l'« abolition jurisprudentielle », la déclaration par laquelle on élimine la peine de mort de l'ordre juridique paraîtrait forcément plus stable, puisqu'elle, en principe, ne pourrait être mise en question qu'à la suite d'une contestation radicale de la décision, une contestation qui ne pourrait qu'affecter la légitimité même de l'organe qui l'a

¹⁵⁴ Voy., l'arrêt rendu par la Cour d'appel du Neuvième Circuit dans l'affaire *Fierro v. Gomez*, 77 F.3d 301 (9th Cir. 1996), disponible en ligne : <http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F3/77/77.F3d.301.94-16775.html>.

¹⁵⁵ Voy., Supreme Court of Georgia, *Dawson v. Georgia*, 274 Ga. 327 S.E.2d (2001), disponible en ligne : http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=2001691554SE2d137_2689.xml&docbase=CSLWAR-2-1986-2006, et Supreme Court of Nebraska, *State v. Mata*, 275 Neb. 1 N.W.2d 229 (2008), disponible en ligne : <http://caselaw.findlaw.com/ne-supreme-court/1182026.html>.

¹⁵⁶ Voy., United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Campbell v. Wood*, 18 F.3d 662 (9th Cir. 1994), disponible en ligne : http://www.eji.org/files/Campbell%20v.%20Wood_1.pdf.

¹⁵⁷ Voy., Supreme Court of the United States, *Baze v. Rees*, 553 U.S. 35 (2008), disponible en ligne : <http://www.law.cornell.edu/supct/html/07-5439.ZS.html> ; plus récemment, le sujet est retourné à l'attention de la Cour suprême dans l'arrêt *Glossip v. Gross*, précité.

rendue, généralement une cour constitutionnelle ou une cour suprême. Dans la pratique, notamment aux États-Unis, on a pu constater que cela s'est produit de manière assez frappante, au point que, pour faire en sorte que la décision juridictionnelle ait un impact réel dans le système, la collaboration des autorités politiques, du moins sous la forme d'une omission d'initiatives contraires, est indispensable pour assurer des effets concrets à l'« arrêt abolitionniste ».

C'est peut-être pour cette raison que, lorsque le consensus politique est loin d'être acquis pour la cause abolitionniste, les juridictions s'engagent plutôt à limiter les aspects les plus contestables de la réglementation ou de la mise en œuvre de la peine de mort. L'expérience américaine suivant l'arrêt *Furman* de 1972, est assez parlante à l'égard des effets pervers d'une décision trop fort contraire à l'opinion politique dominante. Le *self-restraint* est donc le moyen pour assurer des résultats, quoique partiels, visant à rendre un peu plus humain un châtement qui a bien peu d'humanité, comme en témoignent les réflexions d'Albert Camus :

« l'exécution capitale n'est pas simplement la mort. Elle est aussi différente, en son essence, de la privation de vie, que le camp de concentration l'est de la prison. Elle est un meurtre, sans doute, et qui paie arithmétiquement le meurtre commis. Mais elle ajoute à la mort un règlement, une préméditation publique et connue de la future victime, une organisation, enfin, qui est par elle-même une source de souffrances morales plus terribles que la mort. Il n'y a donc pas équivalence. Beaucoup de législations considèrent comme plus grave le crime prémédité que le crime de pure violence. Mais qu'est-ce donc que l'exécution capitale, sinon le plus prémédité des meurtres, auquel aucun forfait de criminel, si calculé soit-il, ne peut être comparé ? Pour qu'il y ait équivalence, il faudrait que la peine de mort châtiât un criminel qui aurait averti sa victime de l'époque où il lui donnerait une mort horrible et qui, à partir de cet instant, l'aurait séquestrée à merci pendant des mois. Un tel monstre ne se rencontre pas dans le privé »¹⁵⁸.

¹⁵⁸ A. Camus, « Réflexions sur la guillotine » in A. Camus, A. Koestler, *Réflexions sur la peine capitale*, Calmann-Lévy, 1957, pp. 141 et s.