

**LE PROTOCOLE N° 13 A LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME :
L'ABOLITION TOTALE ET DÉFINITIVE DE LA PEINE DE MORT EN EUROPE ?**

par
Elise Cornu et Sonia Parayre *
Agents du Conseil de l'Europe

Résumé : L'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 2003, du treizième protocole à la Convention européenne des Droits de l'Homme portant abolition de la peine de mort en toutes circonstances, c'est-à-dire en temps de paix comme en temps de guerre, constitue l'aboutissement des efforts menés au sein du Conseil de l'Europe pour éradiquer la peine de mort à l'échelle du continent européen. Ce nouveau protocole laisse néanmoins une impression d'inachevé puisqu'il ne fait pas disparaître de la Convention européenne des Droits de l'Homme l'autorisation du recours à la peine de mort.

Développements récents : Depuis la rédaction de la présente contribution, achevée le 5 mars 2003, la Cour européenne des droits de l'Homme a rendu, le 12 mars, son arrêt au fond dans l'affaire *Öcalan*. Il peut être consulté sur le site de la Cour [www.echr.coe.int]. La Turquie ayant demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre, l'arrêt de la Cour n'est pas définitif.

De même, nous n'avons eu connaissance de la date d'entrée en vigueur du protocole qu'avec sa ratification par Andorre, le 26 mars 2003. Eu égard à l'importance de cette date, nous avons exceptionnellement décidé de la porter dans le texte qui ne la mentionnait pas dans sa version d'origine.

Enfin, le 3 avril 2003, la Serbie-Monténégro est devenue le 45^e Etat membre du Conseil de l'Europe et a signé les protocoles n° 6 et n° 13. – (7 avril 2003).

Le mouvement abolitionniste amorcé depuis quelques décennies franchit une nouvelle étape avec l'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 2003, du treizième protocole à la Convention européenne des Droits de l'Homme relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances¹. Longtemps en effet, l'abolition visée par les textes de protection des droits de l'homme concernait le temps de paix, les circonstances exceptionnelles de la guerre justifiant de laisser aux Etats la faculté de prononcer et/ou d'exécuter cette peine.

Or, en période de conflit armé, les garanties sont d'autant plus importantes qu'elles sont difficiles à appliquer. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe recommandait ainsi depuis 1994 au Comité des Ministres l'élaboration d'un nouveau protocole additionnel à la Convention abolissant la peine capitale en temps de paix comme en temps de guerre. Elle soulignait que « rien ne peut justifier que l'on inflige la peine capitale en temps de guerre, (...) les exécutions qui ont lieu en temps de guerre visent, en effet, à dissuader d'autres personnes de commettre des délits similaires et sont expédiées en général rapidement pour exercer leur effet dissuasif. Il en résulte, dans l'atmosphère passionnelle de la guerre, une absence de garanties juridiques et un risque accru d'exécuter un prisonnier innocent »².

* Les idées exprimées dans la présente contribution sont propres aux auteurs et n'engagent pas le Conseil de l'Europe. Cette contribution est également publiée dans la revue « L'Europe des Libertés » [<http://www-edl.u-strasbg.fr>].

¹ Série des Traités Européens (STE) n° 187, ouvert à la signature le 3 mai 2002. Le texte intégral des conventions conclues au sein du Conseil de l'Europe, les rapports explicatifs, l'état des signatures et des ratifications ainsi que les réserves et déclarations des Etats Parties peuvent être consultés sur le site du Bureau des Traités du Conseil de l'Europe [<http://conventions.coe.int>].

² Recommandation 1246 (1994) de l'Assemblée parlementaire relative à l'abolition de la peine de mort, 4 octobre 1994, § 5.

Avec l'adoption du protocole n° 13, le Conseil de l'Europe se présente comme faisant « une nouvelle fois oeuvre de pionnier en abolissant ce châtement barbare en toutes circonstances³ ». Le protocole constitue en effet l'aboutissement de nombreux efforts menés au sein du Conseil de l'Europe pour obliger les Etats Parties à abolir définitivement cette peine de leur législation pénale et à ne pas la réintroduire (I). Toutefois, si ce nouveau protocole constitue un pas important dans le processus abolitionniste, les conditions requises pour que ce pas soit définitif et mette un véritable terme à la peine capitale en Europe ne semblent pas pour l'heure réunies (II).

I. - L'ABOUTISSEMENT DE NOMBREUX EFFORTS VISANT A ERADIQUER LA PEINE DE MORT DU CONTINENT EUROPEEN

La faculté reconnue aux Etats membres du Conseil de l'Europe de prononcer ou d'appliquer la peine de mort a progressivement disparu. Toutefois, malgré les textes élaborés et les évolutions intervenues dans les Etats européens, l'inscription dans la Convention européenne des Droits de l'Homme (ci-après « la Convention ») de l'autorisation du recours à la peine de mort fragilise la protection du droit à la vie exercée par la Cour européenne des Droits de l'Homme (ci-après « la Cour »).

A. - L'autorisation sous conditions du recours à la peine de mort : la Convention et le protocole n° 6

La Convention prévoit à l'article 2, paragraphe 1, que « [l]a mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi ». Cette autorisation du recours à la peine de mort doit être replacée dans le contexte de l'époque. En effet, au moment de la rédaction de la Convention, la plupart des Etats membres du Conseil de l'Europe appliquaient toujours la peine de mort et les exécutions des criminels de guerre nazis étaient encore présentes dans la mémoire collective⁴. La peine de mort comme exception au droit à la vie a donc été inscrite dans la Convention⁵.

La tendance abolitionniste s'est ensuite progressivement renforcée en Europe pour aboutir, le 26 avril 1983, à l'ouverture à la signature du sixième protocole à la Convention qui procède à l'abolition de la peine de mort en temps de paix. La guerre demeure une situation dans laquelle une exception au droit à la vie est reconnue par tous les traités multilatéraux de protection des droits de l'homme. Le protocole n° 6 a toutefois la faiblesse de permettre la réintroduction de la peine de mort en temps de guerre dans le système répressif des Etats⁶.

Entré en vigueur le 1^{er} mars 1985, le protocole n° 6 a été ratifié par 41 des 44 Etats membres du Conseil de l'Europe. L'Arménie, la Fédération de Russie et la Turquie l'ont signé et appliquent des moratoires sur les exécutions capitales. L'engagement de devenir Partie au protocole n° 6 est de plus devenu une condition d'adhésion à l'Organisation non négociable⁷ et, aujourd'hui, 32 des Etats membres ont aboli la peine de mort en toutes circonstances.

Malgré l'adoption du protocole n° 6 et l'évolution des législations et des pratiques des Etats européens, la reconnaissance dans la Convention de la possibilité pour les Etats d'appliquer la peine de mort sous certaines conditions a considérablement limité la marge de manœuvre de la Cour.

³ Communiqué de presse du Conseil de l'Europe n° 240 (2002) du 3 mai 2002.

⁴ William A. SCHABAS, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, 3^{ème} éd., Cambridge, University Press, 2002, p. 260.

⁵ La Convention est toutefois en retrait par rapport à d'autres traités internationaux, élaborés par la suite il est vrai, notamment le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 6) et la Convention américaine relative aux droits de l'homme (article 4).

⁶ Dans le commentaire de l'article 2, le rapport explicatif précise qu'une telle dérogation peut résulter de « la législation actuelle ou future » d'un Etat.

⁷ Recommandations de l'Assemblée parlementaire 1246 (1994) du 4 octobre 1994 et 1302 (1996) du 28 juin 1996 relatives à l'abolition de la peine de mort.

La Cour n'a examiné, que rarement⁸ et de façon « indirecte », la conformité à la Convention de la peine capitale. Ainsi, dans l'affaire *Soering*⁹, le requérant lui-même n'a pas prétendu que la peine de mort constituait un traitement inhumain et dégradant et violait en soi l'article 3. Certes, la Cour a rappelé une jurisprudence constante, en vertu de laquelle « la Convention est un instrument vivant à interpréter (...) à la lumière des conditions de vie actuelles [et la Cour] ne peut pas ne pas être influencée par l'évolution et les normes communément acceptées de la politique pénale des Etats membres du Conseil de l'Europe dans ce domaine »¹⁰. Cependant, victime du décalage entre les normes conventionnelles qu'elle se doit d'appliquer et la réalité abolitionniste du continent européen, la Cour n'était pas en mesure d'aller plus loin et de qualifier la peine de mort *per se* de traitement inhumain et dégradant¹¹.

Dans la jurisprudence de la Cour, le droit à la vie « constitue un attribut inaliénable de la personne humaine et (...) forme la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme »¹². D'ailleurs, le protocole n° 13 s'inscrit parfaitement dans cette logique et vise précisément la protection du droit à la vie¹³. Toutefois, ne pouvant protéger de façon directe le droit à la vie d'un individu face à la peine de mort, la Cour témoigne d'une certaine audace dans l'utilisation « 'd'armes' de substitution »¹⁴. Elle va ainsi renforcer, dans des cas où les faits sont d'une gravité certaine, l'exigence des garanties procédurales accordées à l'individu par le biais de l'article 6, paragraphe 1 (droit à un procès équitable) et/ou de l'article 13 (droit à un recours effectif)¹⁵.

Ce glissement procédural, amorcé dans une jurisprudence récente¹⁶, a été confirmé dans l'affaire *Öcalan*, où la Cour est amenée, pour la première fois, à examiner la conformité à la Convention du recours à la peine capitale dans un Etat membre du Conseil de l'Europe. Dans cette affaire, la Cour a demandé à l'Etat défendeur de prendre, en vertu de l'article 39 du Règlement de la Cour, « toutes les mesures nécessaires pour que la peine capitale ne soit pas exécutée, afin que la Cour puisse poursuivre efficacement l'examen de la recevabilité et du fond des griefs que le requérant formule sur le terrain de la Convention »¹⁷. Or, les mesures provisoires concernaient ici et pour la première fois un risque de violation de l'article 6 de la Convention¹⁸.

Dans cette affaire, la Cour pourrait se référer au protocole n° 13 au titre de sa jurisprudence classique sur l'évolution des conditions de vie actuelles et l'influence exercée par « l'évolution et les normes communément acceptées de la politique pénale des Etats membres du Conseil de l'Europe dans ce domaine ». Cependant, l'adoption du protocole n° 13 risque de lui être d'un faible secours pour qu'elle considère l'application de la peine capitale comme un traitement inhumain et dégradant, et *a fortiori* comme une atteinte au droit à la vie. Ainsi, c'est davantage la récente signature du protocole n° 6 par l'Etat mis en cause¹⁹ qui permettra à la Cour de « neutraliser »²⁰ l'article 2 de la Convention. En effet,

⁸ Voir les affaires répertoriées par Gilbert GUILLAUME, « Protocole n° 6, articles 1 à 4 », in Louis-Edmond PETTITI, Emmanuel DECAUX et Pierre-Henri IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, 2^{ème} éd., Paris, Economica, 1995, pp. 1071-1072.

⁹ Arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, Série A, n° 161.

¹⁰ Arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni* du 25 avril 1978, Série A, n° 26, § 31.

¹¹ C'est ce qu'a souligné avec force et justesse le Juge de Meyer dans son opinion concordante à l'arrêt *Soering c./ Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, Série A, n°161.

¹² Arrêt *Sterletz, Kessler et Krenz c./ Allemagne* du 22 mars 2001, § 94.

¹³ Préambule du protocole n°13, 1^{er} et 2^{ème} considérants, voir également le § 1 du rapport explicatif.

¹⁴ Jérôme BENZIMRA-HAZAN, « L'affaire Öcalan devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits Fondamentaux*, n° 1, juillet-décembre 2001 [www.droits-fondamentaux.org].

¹⁵ Voir notamment Gérard COHEN-JONATHAN, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, Economica, 1989, p. 279. Notez qu'en droit international humanitaire, l'exigence du respect de garanties procédurales dans un procès dont l'issue peut être une condamnation à mort est devenue une norme coutumière en temps de guerre (Anne SOULELIAC, « Peine de mort et Droit international », *L'Astrée*, 2001, n° 16, p. 36).

¹⁶ Arrêt *Selmouni c./ France* du 28 juillet 1999, § 101.

¹⁷ Indications en mesures provisoires prononcées par la Cour le 30 novembre 1999. L'article 39 du Règlement de la Cour relatif aux mesures provisoires prévoit que : « 1. La chambre ou, le cas échéant, son président peuvent, soit à la demande d'une partie ou de toute autre personne intéressée, soit d'office, indiquer aux parties toute mesure provisoire qu'ils estiment devoir être adoptée dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure. 2. Le Comité des Ministres en est informé. 3. La chambre peut inviter les parties à lui fournir des informations sur toute question relative à la mise en œuvre des mesures provisoires recommandées par elle ».

¹⁸ Jérôme Benzimra-Hazan souligne que « [r]éalisant l'irradiation « du noyau dur » des droits de l'homme dans la procédure, les mesures provisoires rendent ainsi le procès équitable indissociable du droit à la vie, et il est alors difficile de savoir si, en l'absence d'un tel enjeu vital pour le requérant, la Cour aurait indiqué de telles mesures » (*op. cit.*).

¹⁹ La Turquie a signé le protocole n° 6 le 15 janvier 2003.

²⁰ Expression de William A. Schabas, *op. cit.*, p. 296.

en tant qu'Etat signataire - et même s'il ne l'a pas encore ratifié -, la Turquie a l'obligation de ne pas priver de son sens l'objet et le but du protocole, conformément à l'article 18 (a) de la Convention de Vienne sur le droit des traités²¹.

Le décalage entre la seconde phrase de l'article 2, paragraphe 1, de la Convention et la position très abolitionniste des pays européens est d'autant plus frappante que plus des deux tiers des Etats membres du Conseil de l'Europe ont aboli la peine de mort en toutes circonstances²². Franchir une nouvelle étape est devenu nécessaire et les conditions politiques rendaient un tel projet réalisable.

B. - L'abolition de la peine de mort en temps de guerre et de danger imminent de guerre : le protocole n° 13

Lors de la Conférence ministérielle réunie à Rome en novembre 2000 à l'occasion du 50e anniversaire de la Convention, le Comité des Ministres a été invité à examiner la faisabilité d'un nouveau protocole à la Convention excluant le recours à la peine de mort en temps de guerre. Les négociations se sont alors déroulées très rapidement. Dès le mois suivant, la Délégation suédoise a soumis au Comité des Ministres une proposition de protocole dont l'étude a été confiée au Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH). La phase d'examen de la faisabilité technique d'un tel protocole n'a ainsi pas fait l'objet de réelles discussions, puisqu'un projet était déjà prêt. Deux réunions du Comité d'experts pour le développement des droits de l'homme (DH-DEV) ont suffi pour approuver le projet et le transmettre au Comité des Ministres pour adoption.

Le protocole entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2003. Son contenu et sa forme sont un calque du protocole n° 6 : à l'exception de l'article 2, il en reprend en substance toutes les dispositions.

Le protocole s'ouvre sur la conviction des Etats membres signataires « que le droit de toute personne à la vie est une valeur fondamentale dans une société démocratique, et que l'abolition de la peine de mort est essentielle à la protection de ce droit et à la pleine reconnaissance de la dignité inhérente à tous les êtres humains ». La force de cette première affirmation est de clore définitivement le débat sur l'abolition de la peine de mort entre les Etats membres du Conseil de l'Europe.

L'article 1, strictement identique à celui du protocole n° 6, dispose que : « La peine de mort est abolie. Nul ne peut être condamné à une telle peine ni exécuté ».

La version anglaise de la première phrase diffère toutefois quelque peu (« *the death penalty shall be abolished* ») et impose aux Etats l'obligation d'abolir la peine de mort alors que la version française a une tonalité plutôt *self-executing*²³. Le Juge Guillaume avait également décelé une inspiration moniste derrière la formulation française et constatait qu'« elle ne fait pas obligation aux Etats Parties d'abolir la peine de mort, mais procède elle-même à cette abrogation en usant d'une rédaction qui semblerait à première vue plus appropriée pour une loi interne que pour une convention internationale »²⁴.

Par la seconde phrase de l'article 1 - « Nul ne peut être condamné à une telle peine ni être exécuté » -, les auteurs ont voulu souligner que le droit reconnu est un droit subjectif de l'individu²⁵. Tous les individus relevant de la juridiction des Etats Parties sont ainsi protégés. Ils peuvent s'en prévaloir devant leurs juridictions nationales et agir devant la Cour européenne.

La similarité de l'article 1 des deux protocoles a nécessité un éclaircissement. Le rapport explicatif du protocole n° 6 précisait en effet que l'article 1 devait être lu conjointement avec l'article 2, qui autorise le recours à la peine de mort en temps de guerre. L'objet du protocole n° 6 était par conséquent limité à l'abolition de la peine de mort en temps de paix, même si son titre - « protocole concernant l'abolition de la peine de mort » - pouvait suggérer l'abolition en toutes circonstances. Très

²¹ Dans le cas de figure du protocole n° 6, le prononcé ou l'exécution de la peine capitale priverait le texte de son objet et de son but. Voir en ce sens Jörg POLAKIEWICZ, *Treaty-Making in the Council of Europe*, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, pp. 30-31.

²² Au moment de la rédaction du protocole n° 6, seuls les 8 Etats suivants avaient complètement aboli la peine de mort sur les 21 que comptait alors le Conseil de l'Europe : l'Autriche, le Danemark, l'Allemagne, l'Islande, le Luxembourg, la Norvège, le Portugal et la Suède (cf. CM (79) 303 du 21 décembre 1979, p. 13).

²³ William A. SCHABAS, *op. cit.*, p. 288.

²⁴ Gilbert GUILLAUME, *op. cit.*, p. 1068.

²⁵ Rapports explicatifs des protocoles n° 6 (commentaires sous l'article 1) et n° 13 (§ 14).

logiquement, et afin de souligner l'apport du protocole n° 13, son rapport explicatif fait également référence à une lecture combinée de l'article 1 et de l'article 2, lequel interdit toute dérogation²⁶.

L'article 2 interdit en effet de recourir aux dérogations relatives à l'état d'urgence prévues par l'article 15 de la Convention²⁷. Le protocole n° 6 contient la même disposition à l'article 3 mais le sens de cette interdiction pose toutefois question. En effet, cela signifierait que, contrairement à l'article 15, la peine de mort peut être prononcée et exécutée en cas de guerre ou de danger imminent de guerre, mais pas en cas d'un autre danger public menaçant la vie de la nation. La Cour n'a jamais eu à interpréter cette disposition ni à identifier un danger public menaçant la vie de la nation qui ne soit pas la guerre ou un danger imminent de guerre²⁸. Le protocole n° 13 résout ce problème puisque son objet et son but sont d'abolir la peine de mort en toutes circonstances, soit en temps de paix, de guerre, de danger imminent de guerre et de danger public menaçant la vie de la nation. La suppression de l'exception de l'article 2 du protocole n° 6 a permis de présenter l'élaboration du protocole n° 13 comme visant à « combler les lacunes »²⁹ contenues dans le protocole n° 6.

L'article 3 du protocole n° 13, à l'instar de l'article 4 du protocole n° 6, interdit les réserves. L'interdiction de la peine de mort a ainsi un caractère absolu. Dans la mesure où les Etats avaient déjà la possibilité, en vertu de l'article 2, de limiter l'abolition de la peine de mort aux actes commis en temps de paix, l'admission de réserves ne pouvait que vider de son sens l'objet même du protocole n° 6.

Si le protocole n° 13 constitue une avancée historique dans le combat pour l'abolition de la peine capitale, il laisse néanmoins certaines questions non résolues.

II. - UN PROCESSUS INACHEVE

L'un des intérêts d'un nouveau protocole résidait notamment dans la possibilité d'amender l'article 2 de la Convention. On peut ainsi regretter que la proposition d'amendement de la Convention formulée par l'Assemblée parlementaire dès 1980 n'ait pas été retenue³⁰. Certes le protocole permet de modifier la portée de la Convention et du protocole n° 6, mais il ne va pas jusqu'au bout du processus en retirant purement et simplement la possibilité de recours à la peine capitale du texte originel.

A. - Une portée limitée

Les rédacteurs du protocole n° 13 souhaitaient donner à l'interdiction du recours à la peine de mort une portée générale et garantir sa non-réintroduction dans les législations nationales. La clause territoriale contenue dans le protocole n° 13 tend toutefois à relativiser sa portée générale.

L'article 4 contient en effet une clause qui permet aux Etats de désigner les territoires auxquels le protocole s'appliquera. Le maintien de cette clause classique dans le protocole a soulevé des questions dans la mesure où elle s'accorde mal avec l'interdiction absolue du recours à la peine de mort. En effet, cela signifie concrètement que la peine de mort peut continuer à être appliquée en temps de guerre sur les territoires exclus du champ d'application du protocole par l'Etat concerné. Au moment de sa ratification, le Danemark a ainsi exclu l'application du protocole pour le Groenland et les Iles Féroé³¹.

²⁶ Rapports explicatifs des protocoles n° 6 (commentaires sous l'article 1) et n° 13 (§ 14).

²⁷ Article 15, paragraphe 1 : « En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international ».

²⁸ William A. Schabas relève que pour certains auteurs le terme de « guerre » dans le protocole n° 6 exclut la guerre civile (*op. cit.*, p. 289).

²⁹ Note sur la proposition du gouvernement suédois, CDDH (2001) 7 prov. du 5 février 2001, *Proposition suédoise pour un nouveau Protocole à la Convention européenne des Droits de l'Homme excluant la possibilité de maintenir la peine de mort pour les actes commis en temps de guerre ou de danger imminent*, p. 5.

³⁰ Recommandation 891 (1980) et Résolution 727 (1980) du 22 avril 1980 relatives à l'abolition de la peine de mort.

³¹ Déclaration consignée dans une lettre du Ministre des Affaires étrangères du Danemark déposée avec l'instrument de ratification, le 28 novembre 2002.

En vertu du paragraphe 3 de l'article 4, « toute déclaration faite en vertu des deux paragraphes précédents pourra être retirée ou modifiée, en ce qui concerne tout territoire désigné dans cette déclaration, par notification adressée au Secrétaire Général. Le retrait ou la modification prendra effet le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de la notification par le Secrétaire Général ». A la faculté de retrait reconnue aux Etats dans le protocole n° 6 (article 5), a été ajoutée la possibilité de modifier la déclaration.

Le rapport explicatif donne de ce paragraphe 3 l'éclairage suivant : « cette clause a été incluse dans le seul but de faciliter une ratification, une acceptation ou une approbation rapide par les Etats concernés. L'objet du paragraphe 3 est de prévoir une modification ou un retrait formel dans le cas où l'Etat Partie cesse d'assurer les relations internationales de tout territoire désigné dans une telle déclaration, mais en aucune manière de permettre à un Etat Partie de réintroduire la peine de mort dans ce territoire »³². Même si le rapport explicatif fait œuvre pédagogique en précisant le but de cette clause territoriale, il n'en demeure pas moins que la portée du protocole est affaiblie.

Le projet de protocole présenté par la Délégation suédoise reprenait les cinq paragraphes de la clause territoriale du douzième protocole à la Convention portant interdiction de toute discrimination (article 2)³³. Or, ses deux derniers paragraphes prévoient que la juridiction de la Cour sur les territoires désignés n'est obligatoire que si l'Etat a fait une déclaration en ce sens.

Très controversée³⁴, cette proposition a finalement été écartée. En effet, le protocole n° 6 - dont le protocole n° 13 constitue le prolongement - ne contenait pas de telles dispositions. Il était donc impératif de les supprimer du projet de protocole n° 13. Ce faisant, toute référence expresse à la possibilité pour les Etats de ne pas reconnaître la juridiction de la Cour a été écartée. Les auteurs ont donc pris soin de signaler au paragraphe 18 du rapport explicatif que « toutes les dispositions de [la Convention] s'appliqueront aux articles 1 à 4 du Protocole. Ces dispositions comprennent bien entendu le système de garantie instauré par la Convention. Cela signifie, entre autres, qu'une déclaration faite en vertu des paragraphes 1 ou 2 de l'article 4 du Protocole entraîne *ipso facto* l'extension de la compétence de la Cour au territoire concerné ».

Outre la portée générale de l'interdiction de la peine de mort, c'est également son caractère définitif qui est fragilisé par les incertitudes qui entourent les dispositions applicables en matière de dénonciation du protocole.

L'article 5 affirme le caractère additionnel des dispositions contenues dans le protocole et l'application en conséquence des dispositions générales de la Convention. Ainsi aussi bien le mécanisme de contrôle que la clause de dénonciation contenue à l'article 58 de la Convention s'appliquent.

L'article 58 prévoit que la dénonciation ne peut intervenir qu'à l'expiration d'un délai de cinq ans après l'entrée en vigueur de l'instrument conventionnel à son égard et moyennant un préavis de six mois notifié au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe. Un Etat Partie pourrait ainsi dénoncer le protocole n° 13 sans dénoncer en même temps la Convention.

Les avis sont cependant partagés sur ce point. Pierre-Henri Imbert soutient ainsi que les protocoles, qu'ils soient additionnels ou d'amendement, font partie intégrante de la Convention pour les Etats qui les ont ratifiés et qu'ils ne peuvent, par conséquent, être dénoncés sans que la Convention soit également dénoncée³⁵. La majorité des auteurs constate toutefois qu'il est communément admis en droit international que ce qui distingue les protocoles additionnels des protocoles d'amendement est

³² Rapport explicatif, § 17.

³³ Protocole n° 12 du 4 novembre 2000 (STE n° 177). Voir aussi DH-DEV (2001) 3, Rapport de la 27^{ème} réunion, 20-22 juin 2001, § 16.

³⁴ DH-DEV (2001) 6, Rapport de la 28^{ème} réunion, 10-12 octobre 2001, §§ 3-4. Devant le groupe de travail DH-DEV, Pierre-Henri IMBERT a ainsi souligné que l'économie générale du protocole n° 12 n'est pas du tout adaptée au contexte précis de l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances et ne répond pas à l'exigence d'abolition définitive de cette peine.

³⁵ Pierre-Henri IMBERT, « Article 65 », in *Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 949. Il se fonde en particulier sur la nature de la Convention et souligne que : « admettre qu'ils peuvent être dénoncés isolément revient à considérer que les droits qu'ils reconnaissent sont moins importants que ceux contenus dans la Convention elle-même » (p. 953). Jörg POLAKIEWICZ va dans le même sens et voit dans le protocole n° 11 (portant restructuration du mécanisme de contrôle de la Convention) une confirmation des liens indissolubles qui existent entre la Convention et ses protocoles additionnels dans la mesure où il n'amende pas uniquement la Convention mais également les protocoles additionnels (*op. cit.*, p. 39).

que les premiers peuvent être dénoncés sans que cela n'implique une dénonciation de la Convention³⁶.

Le choix d'un protocole additionnel n'est peut-être pas étranger à ces considérations et il n'est pas exclu que certains Etats aient préféré cette formule plutôt que celle d'un protocole d'amendement afin de se préserver une possibilité plus praticable de dénoncer l'interdiction du recours à la peine de mort. En effet, seul un protocole d'amendement aurait rempli l'objectif de non-réintroduction poursuivi par les rédacteurs du protocole n° 13. Ainsi, pour décider que le protocole n° 6 ne contient pas de dispositions contraires à la Constitution française, le Conseil constitutionnel relevait, dans une décision du 22 mai 1985, qu'il peut être dénoncé. Louis Favoreu en déduira que : « Cela signifie certainement que c'est une des conditions, pour lui, de la compatibilité de l'accord avec la Constitution, et donc qu'un accord non susceptible d'une dénonciation dans un délai raisonnable ne serait pas compatible avec la Constitution, du moins s'il comporte des limitations de souveraineté »³⁷.

Dans la mesure où ces débats sur les possibilités d'une dénonciation séparée avaient précisément surgi à propos du protocole n° 6³⁸, il peut être regretté que l'élaboration du protocole n° 13 n'ait pas été l'occasion de clarifier ce point. La complexité de la question et la pression d'un calendrier d'élaboration serré expliquent peut-être que cette question n'ait pas été examinée.

B. - Les conséquences juridiques de la nature additionnelle du protocole

Lors de l'élaboration du protocole n° 6, le choix de l'instrument juridique avait été largement discuté. Un amendement de la Convention a été envisagé. Or, pour entrer en vigueur, un protocole d'amendement doit en principe être ratifié par tous les Etats Parties à la Convention. Les Etats abolitionnistes ne représentaient alors qu'une petite majorité et cette solution risquait de trop retarder l'entrée en vigueur voire la rendre impossible³⁹. L'option retenue a donc été celle d'un protocole additionnel qui entrerait en vigueur avec un nombre restreint de ratifications. L'interdiction qu'il contient pourrait ainsi être rapidement introduite dans le droit international positif, même si son champ d'application géographique devait rester quelque temps réduit⁴⁰.

Vingt ans plus tard, plus des deux tiers des Etats membres ont aboli la peine de mort en toutes circonstances. Il devenait important de supprimer l'exception du protocole n° 6 relative au recours à la peine de mort en temps de guerre et de danger imminent de guerre. C'est ce qu'entend réaliser le protocole n° 13. Pourtant, il ne supprime pas cette exception puisqu'il n'amende pas le protocole n° 6. Il ne fait que la « neutraliser », tout comme le protocole n° 6 a neutralisé l'article 2 de la Convention⁴¹.

Les rédacteurs du protocole n° 13 ont directement entamé leurs travaux sur le contenu et la rédaction d'un projet de protocole additionnel sans examiner la faisabilité d'un protocole d'amendement. Saisie pour avis par le Comité des Ministres du projet de protocole, l'Assemblée parlementaire a pourtant insisté, en vain, pour que la deuxième phrase de l'article 2 de la Convention qui prévoit toujours la peine de mort soit supprimée. Elle a notamment proposé un « protocole 'hybride' qui prenne tout d'abord la forme d'un protocole additionnel pour se transformer en protocole d'amendement une fois entré en vigueur dans tous les Etats parties à la Convention »⁴².

Cette proposition de protocole « hybride » aurait pu constituer une base intéressante de réflexion. Le protocole n° 13 aurait contenu une clause prévoyant que son article 1 s'intégrera à la Convention

³⁶ Gilbert GUILLAUME, *op. cit.*, p. 1071 ; Jean-François FLAUSS, « La Convention européenne des droits de l'homme, A propos de la dénonciation des protocoles », *Les Petites Affiches*, 9 janvier 1989, n° 4, p. 10.

³⁷ Louis FAVOREU, « La décision du Conseil constitutionnel du 22 mai 1985 relative au protocole n°6 additionnel à la Convention européenne des Droits de l'Homme », *AFDI*, 1985, p. 872.

³⁸ Pierre-Henri IMBERT, *op. cit.*, p. 945.

³⁹ De plus, à cette époque, la règle d'adoption des traités au Conseil de l'Europe était l'unanimité. Le protocole aurait ainsi pu être bloqué dès ce stade. Voir le document CM (81) 131 du 22 mai 1981, *Peine de mort*, Avis commun du Comité Directeur pour les Droits de l'Homme (CDDH) et du Comité Européen pour les Problèmes Criminels (CDPC), 4 p.

⁴⁰ CM (80) 211 du 6 août 1980, *La peine de mort*, Note du Secrétariat présentée par la Direction des Affaires juridiques et la Direction des Droits de l'Homme, p. 3.

⁴¹ William A. SCHABAS, *op. cit.*, p. 296.

⁴² Rapport de Mme Wohlwend pour l'Assemblée parlementaire, Doc. 9316 du 15 janvier 2002, § 10. Voir également l'avis n° 233 (2002) de l'Assemblée parlementaire du 21 janvier 2002 sur le projet de protocole à la Convention européenne des Droits de l'Homme relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances.

lorsqu'il aura été ratifié par tous les Etats Parties à la Convention. L'interdiction des réserves contenue dans le protocole aurait également été intégrée à la Convention comme exception à son article 57.

Plusieurs clauses permettent de pallier une entrée en vigueur tardive qui constitue le principal reproche adressé à la technique du protocole d'amendement.

La première est la clause de mise en application anticipée ou provisoire⁴³. Elle permet aux Etats contractants, c'est-à-dire aux Etats ayant exprimé leur consentement définitif à être liés par le protocole, de le mettre en œuvre sans attendre sa ratification par tous les Etats Parties à la Convention.

La deuxième est la clause d'entrée en vigueur automatique⁴⁴. A l'expiration d'un certain délai et sauf objection d'un nombre à déterminé d'Etats, le protocole entre automatiquement en vigueur.

La troisième est l'entrée en vigueur du protocole d'amendement par un nombre limité de ratifications⁴⁵. La critique qui peut être adressée à cette technique est de faire coexister deux versions de l'article 2 de la Convention. Toutefois, la situation actuelle, c'est-à-dire la superposition de textes (article 2 de la Convention, protocoles n° 6 et n° 13), n'est pas forcément moins complexe que la coexistence de deux versions de l'article 2. De plus, pour les Etats ayant ratifié le protocole d'amendement l'abolition de la peine de mort serait devenue quasi-définitive. Pour pouvoir réintroduire la peine de mort, ces Etats n'auraient en effet eu comme seule voie que de dénoncer la Convention dans son intégralité. Or, la participation d'un Etat au Conseil de l'Europe est aujourd'hui directement liée à sa qualité d'Etat Partie à la Convention. La procédure d'exclusion prévue à l'article 8 du Statut du Conseil de l'Europe pourrait parfaitement être engagée contre lui. Il ne pourrait ainsi ratifier à nouveau la Convention qu'après avoir été réadmis au Conseil de l'Europe et donc qu'après s'être engagé à abolir la peine de mort comme tout autre Etat candidat à l'adhésion depuis 1994. Enfin, si un protocole d'amendement avait été adopté, après sa ratification par tous les Etats Parties à la Convention, l'intégration dans la Convention de l'interdiction de faire une réserve à l'abolition de la peine de mort aurait permis d'empêcher qu'un Etat ne dénonce la Convention pour la ratifier à nouveau avec une réserve à cette disposition de l'article 2 amendé.

La proposition de l'Assemblée parlementaire a été rapidement rejetée par les Délégués chargés de préparer les décisions du Comité des Ministres. Ils ont en effet estimé que l'effet juridique recherché par rapport à l'article 2 de la Convention serait obtenu de la même manière par un protocole additionnel. Or, ce que souhaitait l'Assemblée parlementaire était l'amendement de la Convention, ce qu'un protocole additionnel n'est, par définition, pas destiné à réaliser.

Si cette proposition de protocole « hybride » pouvait paraître originale, elle a - nous semble-t-il - le mérite de jeter un peu de lumière sur les zones d'ombre que contient le protocole. Les relations entre le protocole n° 13, le protocole n° 6 et la Convention ne sont en effet pas réellement tranchées. Même si le protocole n° 13 a tous les aspects d'un protocole additionnel, lorsque, dans quelques années, tous les Etats Parties à la Convention l'auront ratifié, ne viendra-t-il pas *de facto* amender la Convention ? Qu'advient-il alors du protocole n° 6 ?

En effet, dans la mesure où le protocole n° 13 couvre l'abolition de la peine de mort en temps de paix et de guerre, le protocole n° 6 perdra sa singularité quand tous les Etats Parties à la Convention seront devenus Parties au protocole n° 13. Dans l'intervalle, il reste utile pour les Etats qui n'ont aboli la peine de mort qu'en temps de paix et pour les Etats « rétentionnistes » qui commenceraient par n'abolir la peine de mort qu'en temps de paix. Même une fois le protocole n° 13 ratifié par tous les Etats, le maintien du protocole n° 6 pourrait être utile pour les Etats Parties au protocole n° 13 qui rétabliraient la peine de mort en temps de guerre. Ils pourraient dénoncer le protocole n° 13 mais resteraient liés par le protocole n° 6 pour les actes commis en temps de paix.

⁴³ La Convention européenne sur la télévision transfrontière (STE n°132, ouverte à la signature le 5 mai 1989) prévoit, par exemple, l'application provisoire (article 29, paragraphe 3).

⁴⁴ Voir, par exemple, le protocole d'amendement à la Convention européenne sur la télévision transfrontière (STE n° 171, ouvert à la signature le 1^{er} octobre 1998). L'entrée en vigueur est généralement inscrite dans des textes plutôt techniques. Elle exigerait pour un texte comme le protocole n° 13 l'accord unanime des Etats membres.

⁴⁵ Voir, par exemple, le deuxième protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (STE n° 182, ouvert à la signature le 8 novembre 2001. Non entré en vigueur au 26 mars 2003. Ndlr).

Enfin, il est peu probable qu'en l'état, la Cour puisse à l'occasion de l'affaire *Öcalan* « revisiter Soering et constater que ces valeurs européennes de portée universelle sont désormais reprises dans sa jurisprudence »⁴⁶ puisque tous les Etats membres n'ont pas ratifié le protocole n° 6 et que l'article 2 de la Convention n'est pas amendé. La Cour n'est ainsi toujours pas en mesure de qualifier la peine de mort de traitement inhumain et dégradant ou de dire qu'elle viole l'article 2 de la Convention.

La tâche de « neutralisation » de l'article 2 de la Convention demeure jusqu'à aujourd'hui extrêmement difficile et exigerait de la Cour une interprétation très dynamique et audacieuse⁴⁷. Lorsque le protocole n° 13 aura été largement ratifié, la voie de l'amendement *de jure* de la Convention sera - à n'en pas douter - ouverte, et c'est en ce sens que le protocole n° 13 n'est pas « le pas ultime »⁴⁸. En attendant, si le protocole n° 13 se limite à prendre acte des évolutions intervenues dans les législations et la pratique des Etats membres du Conseil de l'Europe, il pourra néanmoins constituer un instrument utile d'incitation pour les Etats qui n'ont pas encore aboli la peine de mort en temps de guerre.

© 2003 Elise Cornu et Sonia Parayre. Tous droits réservés.

Mode officiel de citation :

CORNU Elise ET PARAYRE Sonia. - « Le protocole n° 13 à la Convention européenne des Droits de l'Homme : l'abolition totale et définitive de la peine de mort en Europe ? ». - *Actualité et Droit International*, avril 2003. <<http://www.ridi.org/adi>>.

⁴⁶ “[R]evisit Soering and see that these universal European values are now translated into its jurisprudence”, William A. SCHABAS, *op. cit.*, p. 278 (traduit par nous).

⁴⁷ Voir en ce sens Jean-François FLAUSS, Actes du Colloque de Galway (21-22 septembre 2002) organisé par le Centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire de l'Université Paris II et l'*Irish Center for Human Rights* (à paraître aux Editions Panthéon-Assas, LGDJ, 2003).

⁴⁸ Préambule du protocole n° 13, 4^{ème} considérant.