

Strasbourg, le 24 novembre 1997

<s:\cdl\doc\97\cdl\51.f>

N° 035 / 96

Diffusion restreinte

CDL (97) 51

Or. fr.

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT

**PROJET D'AVIS
DE LA COMMISSION DE VENISE**

**SUR LES ASPECTS CONSTITUTIONNELS
DE LA PEINE DE MORT EN UKRAINE**

préparé sur la base des commentaires de

M. Gérard BATLINER (Liechtenstein)

M. Jan HELGESEN (Norvège)

M. Jan KLUCKA (Slovaquie)

et

M. Giorgio MALINVERNI (Suisse)

1. INTRODUCTION

Le 10 mars 1997, la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, a décidé de solliciter l'avis de la Commission de Venise sur les aspects constitutionnels de la peine de mort en Ukraine. Cette demande a été transmise à la Commission de Venise par lettre du 12 mars 1997 du Président de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée Parlementaire, M. Birger Hagard.

M. Batliner, désigné comme Rapporteur, a présenté, lors de la 31e réunion Plénière de la Commission (Venise, 20-21 juin 1997) et en présence d'une délégation de la Cour constitutionnelle de l'Ukraine, composée de MM. Vitaly Rozenko, Président en exercice de la Cour, et Volodymyr Tykhyi, juge constitutionnel, ses commentaires sur les questions constitutionnelles que la peine de mort peut susciter en Ukraine d'après la Constitution du 28 juin 1996 (CDL (97) 15). A l'issue de la discussion, la Commission a chargé un groupe de travail composé de MM. Batliner, Helgesen, Klucka et Malinverni d'étudier la question et de lui présenter un rapport. Lors de sa 32e réunion plénière (Venise 17-18 octobre 1997) la Commission a eu un échange de vues avec M. Rozenko sur la base des rapports des Rapporteurs (CDL (97) 15, 31, 32 et 33).

Les Rapporteurs se sont ensuite réunis le ... décembre 1997. Ils ont adopté le présent avis qui pourra être adopté par la Commission plénière.

2. AVIS DE LA COMMISSION DE VENISE

Objet de l'avis

1. La Commission rappelle d'emblée que sa position sur la peine de mort n'a pas varié depuis sa création. Partageant largement la position de l'Assemblée Parlementaire, telle qu'elle a été exprimée dans sa Résolution 1044 (1994) relative à l'abolition de la peine de mort, elle a constamment préconisé dans ses travaux l'abolition de cette peine. Ainsi dans son "Avis sur le projet de Constitution albanaise soumis à votation populaire le 6 novembre 1994", elle a critiqué la disposition de l'article 19 dudit projet (qui prévoyait la possibilité de prononcer la peine de mort pour les crimes les plus graves commis par des hommes de plus de 18 ans) en rappelant, entre autres, l'interdiction de la peine de mort en temps de paix, dans le Protocole 6 à la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH ; voir Commission de Venise, Rapport annuel d'activités pour 1994, p.23). De même, dans son avis sur la Constitution de la Géorgie, elle a proposé - et sa proposition a été retenue par le constituant de la République de Géorgie - que la Constitution prévoie qu'en attendant l'abolition prochaine de la peine de mort, celle-ci ne puisse être prononcée que pour les crimes les plus graves portant atteinte à la vie humaine (Commission de Venise, Rapport annuel d'activités pour 1995, p.50). Elle se félicite aujourd'hui de l'abolition de la peine de mort dans ce pays.

2. Par ailleurs, dans le cadre de ses travaux sur le projet de Constitution de l'Ukraine, la Commission a proposé l'adoption d'une disposition constitutionnelle portant abolition explicite de la peine de mort. Ainsi, dans son "Avis sur le projet de Constitution de l'Ukraine approuvé par la Commission constitutionnelle le 11 mars 1996", la Commission a suggéré que l'article 22

de ce projet¹"d'indiquer explicitement que la peine de mort est abolie" (voir CDL-INF (96) 6, p. 6); dans son "Avis sur la Constitution de l'Ukraine", adopté lors de sa 30e réunion plénière (Venise, 7-8 mars 1997, CDL-INF (97) 2), elle a regretté que sa proposition n'ait pas été suivie, ce qui semblait indiquer que la peine de mort n'était pas abolie.

3. Or, en l'espèce, il ne s'agit pas pour la Commission d'exprimer son avis sur la peine de mort en général ou en Ukraine plus particulièrement. Il s'agit d'examiner la question de la constitutionnalité de la peine de mort à l'égard de la Constitution du 28 juin 1996 et, en particulier, de la disposition de l'article 27 de celle-ci garantissant le droit à la vie.

4. A cet égard il y a lieu de se pencher avant tout sur le texte même de l'article 27, en prenant également en compte l'esprit de la Constitution dans son ensemble.

5. La Commission estime en outre que, si elle n'a pas à se prononcer sur les obligations découlant pour l'Ukraine de la signature du Protocole No 6 à la CEDH abolissant la peine de mort et des engagements pris lors de son adhésion au Conseil de l'Europe, ces éléments doivent être pris en considération lorsqu'on examine la portée de certaines clauses constitutionnelles. Ceci est nécessaire aussi bien par la place que la Constitution accorde au droit international (voir les articles 9 et 18) mais aussi parce qu'aujourd'hui l'osmose entre le droit interne et le droit international devient de plus en plus intense et que le contrôle de la constitutionnalité et le contrôle de la "conventionnalité" ont de plus en plus tendance à se recouper. En effet, dans l'espace juridique européen, on parle de plus en plus souvent de "constitutionnalité internationale" ou de "supra-constitutionnalité", notamment en matière de droits de l'homme. Certaines constitutions récentes n'hésitent pas à marquer explicitement cette évolution. Ainsi, la Constitution roumaine prévoit, en son article 21, que "les dispositions constitutionnelles relatives aux droits et libertés des citoyens seront interprétées et appliquées en concordance avec la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, avec les pactes et les autres traités auxquels la Roumanie est partie. En cas de non concordance entre les pactes et les traités portant sur les droits fondamentaux de l'homme, auxquels la Roumanie est partie, et les lois internes, les réglementations internationales ont la primauté"². Dans l'espace juridique européen, il devient de plus en plus artificiel de séparer, en matière de droits fondamentaux de la personne humaine, les obligations qui incombent à un Etat au titre de son droit constitutionnel et au titre du droit international public.

La disposition de l'article 27, par. 2 première phrase

6. L'article 27 de la Constitution de l'Ukraine dispose:

"Toute personne a un droit inaliénable à la vie.

¹ *devenu ultérieurement l'article 27 de la Constitution.*

² *Cette disposition s'inspire de l'article 10 par. 2 de la Constitution espagnole. Dans le même sens, voir l'article 17 de la Constitution de la Fédération de Russie.*

Nul ne sera arbitrairement privé de sa vie. Le devoir de l'Etat est de protéger la vie humaine.

Toute personne a le droit de protéger sa vie et de sa santé, la vie et la santé d'autres personnes contre toute atteinte illégale".

C'est sans doute le par. 2, première phrase, qui est pertinent en l'espèce. Si le 1er par. pose la garantie du droit à la vie, le deuxième par. semble renfermer, par le mot "arbitrairement", une exception à la garantie du 1er par. en faveur de la peine de mort³. Par le jeu du mot "arbitrairement" la Constitution permettrait au législateur, malgré la caractère absolu du droit à la vie résultant du 1er par. et du devoir de l'Etat de protéger la vie, de prévoir ou de retenir la peine de mort pour certains crimes, à condition qu'il le fasse de façon légale, prévisible, non arbitraire et égale. Par conséquent, cette disposition laisserait la porte ouverte à la peine de mort, dans la mesure où, si elle est infligée par un tribunal compétent et dans les cas prévus par la loi, il ne serait plus possible de soutenir que la personne condamnée serait privée de sa vie "arbitrairement".

7. La Commission est d'avis que l'interprétation exposée ci-dessus, isolant la disposition de l'article 27 par. 2 de son environnement constitutionnel et international ne saurait être ni complète ni exacte. Elle note en effet que plusieurs considérations sont de nature à fléchir, voire à infirmer complètement, ladite interprétation.

L'absence de référence expresse à la peine de mort dans la Constitution ukrainienne

8. La Commission observe d'abord que l'article 27 par. 2 de la Constitution ukrainienne reprend textuellement l'article 6 par. 1, 3ème phrase du Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques. Il existe cependant une différence de taille entre ces deux dispositions. Après avoir affirmé que "nul ne peut être arbitrairement privé de la vie", l'article 6 du Pacte mentionne de manière expresse la peine de mort (article 6 par. 2) en indiquant de manière précise dans quels cas elle peut être prononcée et exécutée. Rien de tel en revanche à l'article 27 par. 2 de la Constitution ukrainienne. Alors que l'article 6 du Pacte conçoit, dans son par. 2, la peine de mort comme une exception au principe du droit à la vie, posé au par. 1, le raisonnement principe-exception paraît plus difficilement soutenable pour la peine de mort dans le contexte de l'article 27 de la Constitution. En effet, si le constituant ukrainien avait voulu admettre la peine de mort s'inspirant du modèle de l'article 6 du Pacte, il aurait dû reprendre ce modèle intégralement et mentionner expressément les cas dans lesquels la peine de mort peut être prononcée. Comme l'article 27 par. 2 n'a repris que le principe de l'article 6 du Pacte, sans reprendre l'exception, il est permis d'affirmer que la Constitution ukrainienne ne tolère pas la peine de mort.⁴

³ *Dans une autre traduction, l'adverbe "volontairement" est utilisé au lieu d'"arbitrairement". Si cette version est exacte, la question de la constitutionnalité de la peine de mort en Ukraine ne se pose pas. En condamnant quelqu'un à mort, on le prive de sa vie de manière volontaire, délibérée. Si la disposition en cause doit se lire "Nul ne sera volontairement privé de sa vie", on doit conclure que la Constitution abolit purement et simplement la peine de mort. La Commission part donc de l'idée que l'adverbe utilisé dans le texte constitutionnel est "arbitrairement", ce qui correspond d'ailleurs au terme "arbitrarily" de la traduction officielle en anglais.*

⁴ *Il semble que l'adverbe "arbitrairement" ne sert, dans la logique de l'article 27, qu'à introduire le par. 3, lequel peut valablement être interprété comme permettant la privation de la vie pour*

9. Le même raisonnement peut être tenu sur la base de l'article 2, 2ème phrase de la CEDH. Cette disposition prévoit que la mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale. Ici aussi, l'exception que constitue la peine de mort au principe du droit à la vie est expressément prévue. Tel n'est cependant pas le cas de l'article 27 de la Constitution.

10. Il semble que, dans ces conditions, la seule interprétation de l'adverbe "arbitrairement" ne peut constituer une base solide pour affirmer la constitutionnalité de la peine de mort en Ukraine. Ceci est d'autant plus vrai que la base en question est davantage ébranlée par les considérations suivantes.

Certains exemples d'interprétation du terme "arbitrairement" dans la jurisprudence constitutionnelle relative à la peine de mort

11. Dans la jurisprudence constitutionnelle, le terme "arbitrairement" a été parfois interprété comme interdisant (et non comme permettant) la peine de mort. Il a été soutenu en effet qu'il est impossible de gérer un système de peine capitale sans y introduire un certain degré d'arbitraire. En effet, aucun juge et aucun jury ne sont en position de décider sur la base de critères objectifs si une personne mérite la peine capitale alors qu'une autre la prison à vie. De plus, quels que soient les garanties dont est entouré le procès pénal dans un Etat de droit, une erreur ne saurait être exclue. Ces mêmes garanties peuvent même, paradoxalement, conduire à des situations qui, du point de vue du condamné, peuvent être considérées comme arbitraires (y compris le syndrome du couloir de la mort; voir sur ce point l'arrêt de la Cour eur. D.H. dans l'affaire Soering c. R.U., Série A n° 161, 1990). L'opinion (dissidente) du juge Blackmun dans l'affaire Callins v. Collins de la Cour Suprême des Etats Unis (du 22.2.1994) est particulièrement édifiante sur ce point:

protéger sa propre vie ou celle d'autres personnes (cas de nécessité ou d'urgence; légitime défense).

"Experience has taught us that the constitutional goal of eliminating arbitrariness and discrimination from the administration of death (see Furman v. Georgia⁵) can never be achieved without compromising an equally essential component of fundamental fairness, i.e. individual sentencing. (...) Although most of the public seems to desire, and the Constitution appears to permit the penalty of death, it surely is beyond dispute that if the death penalty cannot be administered consistently and rationally, it may not be administered at all. (...) In the years following Furman, serious efforts were made to comply with this mandate . State legislatures and appellate courts struggled to provide judges and juries with sensible and objective guidelines for determining who should live and who should die. (...) Unfortunately, all this experimentation and ingenuity yielded little of what Furman demanded. It soon became apparent that discretion could not be eliminated from capital sentencing without threatening the fundamental fairness due to a defendant when life is at stake. Experience has shown that the consistency and rationality promised in Furman are inversely related to the fairness owed to the individual when considering a sentence of death. A step towards consistency is a step away from fairness."

12. Dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle hongroise du 24.10.1990 (arrêt 23/1990), concernant la constitutionnalité de la peine de mort en Hongrie au regard d'une disposition constitutionnelle très proche à celle de l'article 27 de la Constitution de l'Ukraine⁶, plusieurs juges ont exprimé l'avis que la peine de mort est en tout état de cause "arbitraire". Dans leur avis concordant commun, les juges Labady et Tersztyanszky ont affirmé que

"L'Etat ne peut dépriver l'homme de sa vie et de sa dignité en faisant usage de la force, parce qu'en infligeant la peine de mort il modifie arbitrairement l'ordre des valeurs protégées par la Constitution. Arbitrairement, parce que l'existence et la dignité humaines se placent au sommet de la hiérarchie de valeurs ; elles sont la source et la base de tous les droits de l'homme et constituent des valeurs qui, au regard du droit, sont inviolables et inaliénables. La peine de mort est de ce fait arbitraire et par conséquent contraire à la Constitution".

Le Président Solyom de la Cour constitutionnelle hongroise, dans son opinion concordante, a soutenu que

"la peine de mort n'est pas arbitraire parce qu'elle affecte l'essence même du droit à la vie⁷, mais parce que le droit à la vie et à la dignité, par sa particularité, ne peut être

⁵ *Il s'agit de l'arrêt Furman v. Georgia, 408 US, 238, 290 (1972).*

⁶ *L'article 54 par. 1 de la Constitution hongroise dispose en effet qu'"En Hongrie toute personne a un droit inné à la vie et à la dignité ; nul ne sera arbitrairement privé de ces droits".*

⁷ *L'arrêt a conclu que la peine de mort portait atteinte à l'essence même du droit à la vie. Comme la disposition constitutionnelle interdisant de porter atteinte à l'essence de certains droits fondamentaux était postérieure à la disposition de l'article 54 par. 1, la Cour a constaté l'abolition de la peine de mort par le jeu de la règle "lex posterior derogat priori", sans se prononcer sur l'interprétation du mot "arbitrairement". L'opinion concordante du Président Solyom préconise une autre approche.*

restreint. La notion de l'arbitraire dans l'article 54 par. 1 de la Constitution (hongroise) ne peut pas être conçue de manière à permettre les condamnations à mort prononcées à l'issue d'une procédure légale. La peine de mort a toujours été contraire à la Constitution, parce que la possibilité de restriction du droit à la vie et à la dignité, pour quelque motif que ce soit, est exclue."

De même, le juge Zlinszky, tout en admettant qu'originellement les rédacteurs de l'article 54 par. 1 de la Constitution (hongroise) n'avaient pas envisagé la peine de mort comme une privation arbitraire du droit à la vie, estime que

"puisque la nécessité de la peine de mort n'a pas pu être démontrée, l'application de cette peine sur la base de la volonté du législateur ou de ceux à qui ce dernier a délégué ses pouvoirs doit être écartée. Elle est arbitraire".

Le contexte constitutionnel ukrainien

13. Une autre question se pose : Comment concilier l'idée que l'interprétation de l'adverbe "arbitrairement" dans la première phrase du par. 2 de l'article 27 est de nature à permettre la peine de mort, avec la disposition fondamentale de l'article 3 de la Constitution selon lequel "l'être humain, sa vie et sa santé, son honneur et sa dignité, son intégrité et sa sécurité sont reconnus en Ukraine comme les plus hautes valeurs de la société" ? Comment concilier cette idée avec les autres textes surabondants qui garantissent expressément à toute personne le droit subjectif inaliénable à la vie, qui imposent à l'Etat le devoir de protéger la vie (article 27), qui consacrent le droit à la dignité et qui prohibent les traitements et les peines cruels, inhumains et dégradants (article 28) ?

14. En effet, la Constitution ukrainienne contient un tel arsenal de dispositions accordant une importance particulière au droit à la vie⁸ et à la dignité que le contexte constitutionnel peut aisément être comparé avec celui de la Constitution intérimaire de l'Afrique du Sud du 24 janvier 1994, contexte qui a été considéré par la Cour constitutionnelle de ce pays comme suffisant pour constater que la peine de mort était abolie (arrêt dans l'affaire *the State v. Makwanyane et Mchunu*, No CCT/3/94, 6 juin 1995).

15. Par ailleurs, la constitutionnalité de la peine de mort dans le contexte constitutionnel ukrainien présuppose que la peine de mort et son exécution sont permises au regard de la disposition portant interdiction des peines et des traitements cruels. Si, par la volonté du droit, la peine de mort, en tant que telle, a pu être considérée comme une peine qui n'est pas inhumaine ou dégradante, sa réalité, ses conditions et les effets qui lui sont même inhérents et inévitables (procédures, prolongations, attentes, incertitudes, angoisses, souffrances et extinction de l'être humain) ont parfois été considérés comme traitements prohibés. L'arrêt Soering de la Cour eur. D.H. est un exemple bien connu de cette approche. L'opinion du Président A. Chaskalson de la Cour constitutionnelle sud-africaine dans l'affaire susmentionnée en est un autre:

"Death is a cruel penalty and the legal processes which necessarily involve waiting in

⁸ Outre les dispositions susmentionnées on pourrait encore citer le Préambule de la Constitution ainsi que les articles 3 par.2, 21 par. 2, 22, 24, 92 par. 1 point 1, 102 par. 2, 104 par. 3, 116 point 2, 157 par. 1.

uncertainty for the sentence to be set aside or carried out, add to the cruelty. It is also an inhuman punishment for it involves, by its very nature, a denial of the executed persons humanity and it is degrading because it strips the convicted person of all dignity and treats him or her as an object to be eliminated by the state."

La prise en considération de l'environnement juridique européen

16. Incontestablement, la Constitution de l'Ukraine et notamment le terme "arbitrairement" dans l'article 27 sont peu clairs, sinon obscurs, en ce qui concerne la peine de mort. Dans ces conditions, la prise en compte de l'environnement juridique international peut être utile. Comme l'indiquait le Président Solyom, dans son opinion concordante à l'arrêt de la Cour constitutionnelle hongroise, "il est souhaitable que la Cour constitutionnelle prenne en considération la position internationale contemporaine sur la peine de mort, en tant que point de vue objectif. L'appréciation de cette position relève de la libre appréciation de la Cour."

17. A cet égard on ne saurait perdre de vue que, si le Protocole No 6 à la CEDH est un protocole facultatif, la volonté de le ratifier est devenu progressivement une des conditions pour l'adhésion d'un Etat au Conseil de l'Europe. Dans sa Résolution 1044 (1994), l'Assemblée parlementaire a lancé un appel sans équivoque en faveur de l'abolition de la peine de mort⁹. En outre, depuis l'adhésion de la Lettonie en 1994 au Conseil de l'Europe, tous les nouveaux Etats membres ont pris l'engagement de signer et de ratifier non seulement la CEDH mais aussi ses Protocoles, y compris le Protocole No 6 relatif à l'abolition de la peine de mort. L'Ukraine, lors de son adhésion en date du 9 novembre 1995, s'est engagée à mettre en place un moratoire sur les exécutions capitales et à abolir la peine de mort sans réserve, dans un délai de trois ans en ratifiant le Protocole No 6 à la CEDH. Le 5 mai 1997, l'Ukraine a signé le Protocole en question et doit par conséquent s'abstenir d'actes qui priveraient ce Protocole de son objet et de son but¹⁰.

18. Dans son arrêt *Mc Cann c. R.U* (Série A, No 324), la Cour eur.D.H. a souligné que la garantie du droit à la vie est une des dispositions les plus fondamentales de la CEDH. Avec l'article 3 CEDH elle consacre une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui font le Conseil de l'Europe¹¹. Plus récemment encore, les chefs d'Etat et de Gouvernement des pays membres du Conseil de l'Europe ont solennellement lancé un appel pour l'abolition universelle de la peine de mort tout en insistant sur le maintien, entre-temps, des moratoires existant sur les exécutions en Europe (Déclaration finale du 2e Sommet des Chefs d'Etat et de Gouvernement du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 11 octobre 1997)..

19. La Commission estime donc pouvoir affirmer que le droit européen, dans sa dimension

⁹ Voir aussi la Résolution adoptée à Genève par la 53e session de la Commission des Droits de l'Homme de l'ONU sur la question de la peine de mort (E/CN.4/1997/L.20) et la Résolution du Parlement européen sur l'abolition de la peine de mort du 12 juin 1997.

¹⁰ Selon l'article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, "un Etat doit s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but, a) lorsqu'il a signé le traité ...".

¹¹ La Chambre des Droits de l'Homme de la Bosnie et Herzégovine a estimé, dans son arrêt *Damjanovic c. la Fédération de Bosnie et Herzégovine* du 7 septembre 1997, qu'il en est de même en ce qui concerne les dispositions du Protocole 6 CEDH.

nationale et internationale, évolue vers une abolition totale de la peine de mort et que cette évolution tend à devenir un élément constitutif de l'ordre public européen. Si la peine de mort est encore tolérée, elle ne l'est que dans une stricte logique de transition. En tout état de cause, son exécution n'est plus tolérée. Cette constatation ne peut qu'être prise en considération dans l'interprétation de la Constitution des Etats membres du Conseil de l'Europe.

3. CONCLUSIONS

20. La Commission constate que la Constitution de l'Ukraine ne contient aucune disposition prévoyant expressément la peine de mort ; elle ne contient pas, non plus, une disposition portant abolition explicite de cette peine.

21. C'est donc par l'interprétation des dispositions pertinentes, à la lumière de l'ensemble de la Constitution, mais aussi, en tenant compte, dans une certaine mesure, de l'évolution internationale en la matière que la constitutionnalité de la peine de mort doit être abordée.

22. La Commission note l'importance remarquable qu'accorde la Constitution ukrainienne au droit à la vie et au droit au respect de la dignité humaine. Elle souligne également l'obscurité du terme "arbitrairement" dans l'article 27 par. 2 première phrase de la Constitution en rappelant que ce terme n'introduit pas nécessairement une exception au droit à la vie et qu'il a parfois servi de base juridique pour des positions abolitionnistes. Elle note, enfin, que la peine de mort n'est tolérée dans l'espace juridique européen qu'à titre transitoire et qu'en tout état de cause son exécution n'est plus tolérée.

23. Dans ces conditions, la Commission estime que la peine de mort ne peut passer pour conforme à la Constitution en l'absence d'une base constitutionnelle explicite.

24. Par ailleurs, la Commission estime que si l'adverbe "arbitrairement" figurant à la première phrase du par. 2 de l'article 27 de la Constitution est perçu comme permettant de prévoir la peine de mort, le jeu des autres dispositions constitutionnelles relatives au droit à la vie et à la dignité humaine réduirait la possibilité d'instituer et d'exécuter la peine de mort à un champ extraordinairement restreint, voire pratiquement inexistant. Le législateur ukrainien soucieux de respecter fidèlement aussi bien la lettre que l'esprit de la Constitution, ne pourra qu'écarter la peine de mort des peines légales en Ukraine.