

Strasbourg, le 17 avril 1998

<s:\cdl\doc(98)\cdl-inf\inf1R.f>

CDL-INF (98) 1R

**AVIS
DE LA COMMISSION DE VENISE
SUR LES ASPECTS CONSTITUTIONNELS
DE LA PEINE DE MORT EN UKRAINE**

**adopté par la Commission lors de sa 33e réunion plénière
(Venise, 12-13 décembre 1997)**

sur la base des commentaires de

M. Gerard BATLINER (Liechtenstein)

M. Jan HELGESEN (Norvège)

M. Jan KLUCKA (Slovaquie)

et

M. Giorgio MALINVERNI (Suisse)

TABLE DES MATIERES

	<u>Page</u>
AVIS	3
<u>Annexe I</u> Commentaires de M. G. Batliner	10
<u>Annexe II</u> Commentaires de M. J. Helgesen.....	14
<u>Annexe III</u> Commentaires de M. G. Malinverni	17

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 ses commentaires (CDL (97) 15), lors de la 31e réunion plénière de la Commission (Venise, 20-21 juin 1997), 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. 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 ont en outre tenu une autre réunion préparatoire à Venise, les 11 et 12 décembre 1997.

Le présent avis a été adopté par la Commission, lors de sa 33e réunion plénière (Venise, 12-13 décembre 1997). A leur demande les commentaires et rapports individuels de MM. Batliner, Helgesen, et Malinverni y sont annexés.

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 les vues de l'Assemblée Parlementaire, telles qu'elles ont été exprimées dans sa Résolution 1044 (1994) relative à l'abolition de la peine de mort, elle a constamment préconisé dans ses travaux la suppression de cette peine. Ainsi, dans son "Avis sur le projet de Constitution albanaise soumis à votation populaire le 6 novembre 1994",¹ elle a critiqué 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). De même, dans son avis sur la Constitution de la Géorgie, elle a proposé - et sa proposition a été retenue - 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 humain.² Elle se félicite aujourd'hui de l'abolition de la peine de mort dans ce pays.

¹ Voir Commission de Venise, Rapport annuel d'activités pour 1994, p. 23.

² Commission de Venise, Rapport annuel d'activités pour 1995, p. 50.

2. Par ailleurs, dans le cadre de ses travaux sur le projet de Constitution de l'Ukraine, la Commission de Venise a proposé l'adoption d'une disposition constitutionnelle portant abolition explicite de la peine de mort.³

3. 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 en particulier. Il s'agit d'examiner la question de la constitutionnalité de la peine de mort à l'égard de la Constitution ukrainienne du 28 juin 1996 et, en particulier, 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 et des engagements pris lors de son adhésion au Conseil de l'Europe, ces éléments doivent néanmoins être pris en considération lorsqu'on examine la portée de certaines clauses constitutionnelles. Ceci est nécessaire aussi bien en raison de 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. 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.

L'article 27, para. 2 première phrase

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

"Toute personne a un droit inaliénable à la vie.

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 para. 2, première phrase, qui est pertinent en l'espèce. Si le premier paragraphe pose la garantie du droit à la vie, le deuxième semble renfermer, par le mot "arbitrairement", une exception à la garantie du premier para. en faveur de la peine de mort. Par le jeu de l'adverbe "arbitrairement", la Constitution permettrait au législateur, malgré la caractère absolu du droit à la vie résultant du premier para. et du devoir de l'Etat de protéger la

³ Avis de la Commission de Venise sur le projet de Constitution de l'Ukraine approuvé le 11 mars 1996 par la Commission constitutionnelle ukrainienne, CDL-INF (96) 6, p. 6.

vie, de prévoir 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 para. 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 infléchir, ou à infirmer complètement ladite interprétation.

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

8. La Commission n'a pas eu accès à l'ensemble des travaux préparatoires de la Constitution ukrainienne et ne peut les utiliser comme source d'interprétation de la disposition constitutionnelle en question. Néanmoins, la Commission a suivi de près le processus constitutionnel en Ukraine et a pu elle-même participer activement à l'élaboration de nombreux points du projet de Constitution. Elle rappelle à cet égard que le texte de l'article 22 du projet de Constitution disposait que "toute personne a un droit inaliénable à la vie. Nul ne sera arbitrairement privé de sa vie. Le devoir de l'Etat est de protéger la vie humaine". La Commission en a déduit que la peine de mort était abolie (voir CDL (96) 19) mais, compte tenu des doutes exprimés par M. Holovaty lors de sa 27^e réunion plénière (cf. CDL-PV (96) 27), elle a proposé, dans son avis sur ce projet, que la Constitution prévoie expressément l'abolition de la peine de mort (CDL-INF (96) 6). Cette suggestion de la Commission n'a pas été suivie, l'article 22 du projet ayant été repris sans modification, en tant qu'article 27, dans la Constitution ukrainienne du 28 juin 1996. La Commission a regretté ce fait dans son avis sur la Constitution de l'Ukraine, adopté lors de sa 30^e réunion plénière (CDL-INF (97) 2).

9. La Commission observe, par ailleurs, que l'article 27 para. 2 de la Constitution ukrainienne reprend textuellement l'article 6 para. 1, 3^{ème} 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 para. 2) en indiquant de façon précise dans quels cas elle peut être prononcée et exécutée. Rien de tel en revanche à l'article 27 para. 2 de la Constitution ukrainienne. Alors que l'article 6 du Pacte conçoit, dans son para. 2, la peine de mort comme une exception à la règle générale du droit à la vie, posé au para. 1, le raisonnement règle générale - exception paraît plus difficilement soutenable dans le contexte de l'article 27 de la Constitution. En effet, si le constituant ukrainien avait voulu admettre la peine de mort en 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 para. 2 n'a repris que la règle générale 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

⁴ Il semble que l'adverbe "arbitrairement" ne sert, dans la logique de l'article 27, qu'à introduire le para. 3, lequel peut valablement être interprété comme permettant la privation de la vie pour protéger sa propre vie ou celle d'autres personnes (cas de nécessité ou d'urgence ; légitime défense).

10. 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.⁵

11. 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.

Interprétation du terme "arbitrairement" dans la jurisprudence constitutionnelle relative à la peine de mort

12. Dans la jurisprudence constitutionnelle, l'adverbe "arbitrairement" a été souvent 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 mériterait la prison à vie. De plus, quelles 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).⁶

⁵ Il ne semble pas que le constituant ukrainien se soit inspiré de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples qui se place dans un autre environnement juridique et dont l'article 4 suit une autre formulation : "La personne humaine est inviolable. Tout être humain a droit au respect de sa vie et à l'intégrité physique et morale de sa personne. Nul ne peut être arbitrairement privé de ce droit."

⁶ Voir sur ce point l'arrêt de la Cour eur. D.H. dans l'affaire Soering c. R.U., Série A n° 161, 1990. Voir aussi l'opinion (dissidente) du juge Blackmun dans l'affaire Collins v. Collins de la Cour Suprême des Etats Unis (du 22.2.1994) : "Experience has taught us that the constitutional goal of eliminating arbitrariness and discrimination from the administration of death (see Furman v. Georgia, 408 US, 238, 290 [1972]) 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." Voir aussi 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 de celle de l'article 27 de la Constitution de l'Ukraine (l'article 54 para. 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"). Plusieurs juges ont exprimé l'avis que la peine de mort est en tout état de cause "arbitraire", soit parce qu'elle modifie arbitrairement l'ordre des valeurs protégées par la Constitution, l'existence et la dignité humaines se plaçant au sommet de la hiérarchie de ces valeurs (Labady et Tersztyanszky), soit parce que le droit à la vie et à la dignité, par sa particularité, ne peut

Le contexte constitutionnel ukrainien

13. Une autre question se pose : Il est difficile de concilier l'idée que l'interprétation de l'adverbe "arbitrairement" dans la première phrase du para. 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". Il est également difficile de 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, qui consacrent le droit à la dignité et qui prohibent les traitements et les peines cruels, inhumains et dégradants. En effet, la Constitution ukrainienne contient un arsenal important de dispositions accordant une importance particulière au droit à la vie⁷ et à la dignité qui sont susceptibles d'entrer en jeu en matière de peine de mort et, avant tout, l'article 28, para. 1 et 2, aux termes duquel :

"Toute personne a droit au respect de sa dignité.

Nul ne sera soumis à la torture ou à un traitement ou une peine cruels, inhumains ou dégradants qui viole sa dignité."

14. 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 le droit positif (voir, le code pénal ukrainien) a pu considérer la peine de mort, en tant que telle, comme une peine qui n'est pas inhumaine ou dégradante, sa réalité, ses conditions et les effets qui lui sont inhérents et inévitables (procédures, prolongations, attentes, incertitudes, angoisses, souffrances et destruction 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 *the State v. Makwanyane et Mchunu* (No CCT/3/94, 6 juin 1995) en est un autre :

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

15. L'article 28 de la Constitution ukrainienne ne laisse donc pratiquement pas de place pour l'exécution d'une peine de mort.

être restreint (Solyom).

⁷ Notamment les articles 27 et 28, mais on pourrait encore citer le Préambule de la Constitution ainsi que les articles 3 para. 2, 21 para. 2, 22, 24, 92 para. 1 point 1, 102 para. 2, 104 para. 3, 116 point 2, 157 para. 1.

Le contexte "constitutionnel" européen

16. La prise en compte de l'environnement juridique européen peut être utile pour élucider la notion imprécise du terme "arbitrairement". Comme l'indiquait le Président Solyom, dans son opinion concordante à l'arrêt de la Cour constitutionnelle hongroise,⁸ "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".

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 devenue 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 mort.⁹ 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 but.¹⁰ 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).

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'Europe.¹¹

19. La Commission estime donc pouvoir affirmer que le droit européen, dans sa dimension nationale et internationale, évolue vers l'abolition de la peine de mort et que cette évolution tend

⁸ Voir supra note n° 6.

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.4/1997/120) 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.

à devenir un élément constitutif de l'ordre public européen. Si la peine de mort est encore admise, elle ne l'est que dans une stricte logique de transition. En tout état de cause, son exécution ne saurait plus être 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 de la Constitution à la lumière de la Constitution dans son ensemble, mais aussi en tenant compte des engagements internationaux de l'Ukraine considérés à la lumière 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 para. 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. De plus, l'Article 28 de la Constitution garantissant le droit à la dignité humaine et interdisant les peines ou les traitements cruels, inhumains ou dégradants, a pour effet de réduire à un champ pratiquement inexistant toute possibilité d'instituer ou d'exécuter la peine de mort. Elle note, enfin, que la peine de mort n'est admise dans l'espace juridique européen qu'à titre transitoire et qu'en tout état de cause son exécution n'est plus tolérée.

23. Compte tenu :

- de l'absence de base constitutionnelle explicite autorisant la peine de mort ;
- de l'ambiguïté du terme "arbitrairement" dans la première phrase de l'Article 27, para. 2 de la Constitution de l'Ukraine ;
- du fait que l'Article 27, para. 2 a repris la règle générale de l'Article 6 du Pacte des Nations Unies sur les Droits civils et politiques (droit à la vie) sans reprendre l'exception (peine de mort) ;
- de l'importance que la Constitution de l'Ukraine accorde au droit à la vie ;
- du fait que l'interdiction constitutionnelle de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ne laisse pratiquement pas de place pour le maintien et l'exécution de la peine de mort en Ukraine ;
- de l'évolution de l'ordre public européen vers l'abolition de la peine de mort ;

la Commission estime que la peine de mort ne peut passer pour conforme à la Constitution

ukrainienne.

ANNEXE I

**Commentaires
sur les questions constitutionnelles que la peine de mort pourrait
susciter d'après sa Constitution du 28 juin 1996**

Gerard Batliner

Avec sa Constitution du 28 juin 1996, l'Ukraine s'est constituée juridiquement comme un état moderne, démocratique, social et de droit. La nouvelle Constitution est caractérisée, comparée avec les réalités antérieures, par un renversement des perspectives. L'Etat s'est transformé constitutionnellement en serviteur de la personne humaine. Servir et protéger l'être humain qui est la valeur suprême de la collectivité, c'est l'essence même de l'état et détermine son activité (art. 3).¹² Des observations sur des points faibles ou critiques de la nouvelle Constitution ont été formulées dernièrement dans l'Avis de la Commission de Venise les 7 et 8 mars 1997 (CDL-INF (97)2).

Quelques considérations concernant la peine de mort ou son abolition sous l'angle de la nouvelle Constitution de l'Ukraine :

I. L'article 27, para. 2 première phrase de la Constitution se lit :

"No one shall be arbitrarily deprived of life".

Ce texte de la traduction officielle anglaise semble renfermer, par le mot "arbitrarily", une réserve en faveur de la peine de mort (privation de la vie). Cela veut dire : Le droit à la vie peut être relativisé dans une certaine mesure par la législation. Ainsi, la Constitution permettrait au législateur, par la réserve de l'art. 27, para. 2 première phrase, de façon légale, prévisible, non-arbitraire et non-discriminatoire, de prévoir ou retenir la peine de mort pour certains délits, ceci malgré l'interdiction (principale) de la peine capitale.

La question se pose : Comment réconcilier une telle conclusion avec les autres textes surabondants de la Constitution (et de celle-ci dans son ensemble) qui garantissent expressément à toute personne le droit subjectif inaliénable à la vie (art. 27, para.1) et à sa protection (art. 27, para. 2 deuxième phrase), le droit au respect de sa dignité (art. 28, para. 1), la prohibition de traitement cruel, inhumain ou dégradant ou de punition qui viole sa dignité (art. 28, para. 2) etc. ?

Voici les textes spécifiques :

"Every person has the inalienable right to life". (art. 27, para. 1)

"The duty of the State is to protect human life". (art. 27, para. 2 deuxième phrase)

"Everyone has the right to respect of his or her dignity". (art. 28, para. 1)

¹² *Les articles de la Constitution ukrainienne cités se fondent sur une traduction officielle en langue anglaise, publiée par le Ministère de la Justice de l'Ukraine (seul texte authentique en langue ukrainienne).*

"No one shall be subjected to torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment that violates his or her dignity". (art. 28, para. 2)

"The human being, his or her life and health, honour and dignity, inviolability and

security are recognised in Ukraine as the highest social value". (art. 3, para. 1)

"All people are free and equal in their dignity [...]". (art. 21, para. 1)

Voir aussi Préambule, art. 3 para. 2, 21 para. 2, 22, 24, 92 para. 1 point 1, 102 para. 2, 104 para. 3, 116 point 2, 157 para. 1.

L'importance particulière et fondamentale que revêtent dans la Constitution ukrainienne le droit à la vie et les droits qui l'entourent, se trouve en parfaite concordance générale avec les opinions d'autorités éminentes ou de rapports importants, cités ci-après et réunis dans l'Arrêt récent de la nouvelle Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud. Après avoir évalué les questions en droit national, comparé et international d'une façon circonstanciée, cette Cour a déclaré la peine de mort comme étant contraire à la Constitution intérimaire du 25 janvier 1994 (*The State v. T Makwanyane et M Mchunu, Constitutional Court Case No CCT/3/94, Arrêt du 6 juin 1995*).¹³ Il y est fait référence à des descriptions du droit à la vie comme "the supreme right", "one of the most important rights", "the most fundamental of all rights", "the primordial right", "the foundation and cornerstone of all the other rights", "le droit suprême [...] la condition nécessaire - l'exercice de tous les autres", "le noyau irréductible des droits de l'homme", le "prerequisite for all the other rights", un droit qui est "basic to all human rights".¹⁴

II. Une harmonisation des textes de la Constitution ukrainienne susmentionnés avec la réserve exprimée ("arbitrarily") consisterait à dire que la peine de mort et son exécution en soi feraient non seulement exception (permise) du droit à la vie, mais à dire aussi, que cette peine en soi serait compatible avec la prohibition de peines ou traitements cruels, etc., c'est-à-dire que la peine de mort et son exécution ne seraient en soi pas un traitement cruel, inhumain ou dégradant ou une punition qui viole la dignité d'une personne.

Telle serait possiblement l'approche en droit international pour rendre compatibles et harmoniser ou faire coexister en quelque sorte les contradictions. Et telle était la situation délicate, devant laquelle se trouvait la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'Affaire *Soering*,¹⁵ face aux art. 2 et 3 de la CEDH. Si, selon le droit positif, la peine de mort n'est en principe pas une peine ou un traitement inhumain ou dégradant, il devient difficile à arguer que, en revanche, sa réalité, ses conditions et effets qui lui sont nécessairement inhérents et qui l'entourent dans la mesure stricte de l'inévitable (procédures, prolongations comme droits de défense, attentes, incertitudes, jugement final, angoisses, souffrances, élimination d'un être humain) ne seraient pas permis. Si la peine de mort qui est, en principe, admise comme exception du droit à la vie n'est pas en soi par sa nature une peine ou un traitement inhumain ou dégradant, cette peine risque d'être, en principe, largement tolérable.

¹³ Voir à ce sujet aussi William A. Schabas, *South Africa's new constitutional Court abolishes the death penalty*, Human Rights Law Journal, Vol. 16, p. 133 ss.

¹⁴ Cités dans l'article William A. Schabas, p. 143.

¹⁵ Affaire Soering, Série A, Vol. 161 (1990), p. 40 § 103.

Manifestement plus proche aux convictions d'aujourd'hui et aux appréciations de la réalité est l'opinion exprimée par le Président de la Cour constitutionnelle sud-africaine, Arthur Chaskalson, dans l'Arrêt récent susmentionné sur l'abolition de la peine de mort (§ 26 de l'Arrêt)¹⁶ :

"Death is a cruel penalty and the legal processes which necessarily involve waiting in 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 person's humanity' (Furman v. Georgia, 408 U.S. 238, 290 [1972] [Brennan, J., concurring]) 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".

A ce texte, il n'y a rien à ajouter. Dans le même sens s'exprime le Rapport Franck sur l'abolition de la peine de mort à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 15 septembre 1994 (Doc. 7154).

III. En droit national ukrainien, la méthode classique de "lex (constitutionalis) generalis/lex specialis" ou de "règle/exception" s'impose, par le jeu de deux exceptions, pour résoudre le conflit et assurer une approche juridique propre et proche à la réalité. Lorsqu'en droit international aucune dérogation ou exception de la prohibition de peines ou traitements inhumains ou dégradants n'est admise (voir par exemple Arrêt Soering, p. 34, § 88), une prohibition analogue en droit national avec un champ d'application en principe plus complet, peut subir (par le jeu de lex generalis/lex specialis) une relativisation spéciale dans la mesure où celle-ci ne touche pas aux garanties internationales. De cette manière, l'art. 27, para. 2 première phrase ("No one shall be arbitrarily deprived of life".) contiendrait, par la notion "arbitrarily", une réserve pour le législateur de prévoir la peine de mort pour certains délits, ceci étant une exception du droit à la vie et aussi de l'art. 28 de la Constitution. Telle approche classique est plus qu'un jeu méthodologique. Elle répond mieux à une appréciation fidèle de la réalité sombre de la peine de mort et aux convictions de plus en plus communes d'aujourd'hui qui ont évolué les dernières décennies. La peine de mort fait juridiquement exception des art. 27 et 28 de la Constitution.

Parlant d'exception, celle-ci ne tomberait, à mon opinion, ni sous le coup de l'art. 64, para. 1 sur les restrictions constitutionnellement admises ou possibles, ni sous la règle de l'art. 22, para. 2 (pris isolément et en combinaison avec l'art. 64, para. 1) qui semble garantir un noyau dur (garantie d'essence) des droits de l'homme, ni sous la garantie de l'art. 157, para. 1, qui contient une "clause éternité" pour les droits de l'homme. A l'art. 27, para. 2 première phrase de la Constitution, il ne s'agit pas, par la réserve ("arbitrarily") retenue, ni d'une restriction, ni d'une abolition d'un droit garanti, mais d'une exception d'un droit, c'est-à-dire d'une exception du droit à la vie et de l'art. 28.

En revanche, la réserve exprimée par le terme "arbitrarily" est une exception peu claire, sinon

¹⁶ Cité aussi dans l'article William Schabas, HRLJ 16, p. 136. Voir inter alia aussi Christoph Schreuer, Capital Punishment and Human Rights ; FS Rudolf Bernhardt, Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, Berlin 1995, 563 ss ; Thomas Giegerich, Richtermacht und Todesstrafe in den USA : Gewaltenteilung, verfassungs-staatliche und völkerrechtliche Humanitätsstandards in Kollision, EuGRZ, p. 1 ss.

obscur et guère satisfaisante en considérant sa portée éventuelle, et non-concrétisée.¹⁷ Nonobstant, il y a lieu de mentionner le fait que lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution, la loi pénale existante connaissait la peine de mort pour certains délits, mais aussi, que cette loi doit obéir aux exigences de compatibilité avec cette nouvelle Constitution (Chapter XV, Transitional Provisions, point 1). A la différence du libellé de la Constitution ukrainienne, l'art. 6, para. 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui utilise également le terme "arbitrarily", offre au moins un contexte qui apporte des clarifications ; et le texte de l'art. 2 de la CEDH se distingue par sa précision. Vu la Constitution ukrainienne, il revient au législateur ukrainien de concrétiser la notion "arbitrarily". Mais comme exception par rapport à deux articles (art. 27 et 28) de la Constitution, l'expression "arbitrarily" appelle à une interprétation effectivement restrictive. Ceci est d'autant plus exigé que la notion de "la peine de mort" ou de "la peine capitale" ne figure même pas dans la Constitution ukrainienne (contrairement par exemple à l'art. 6 du Pacte international ou à l'art. 2 de la CEDH).

De surcroît, pour concrétiser la réserve correctement, il faut prendre en considération la masse des contrepoids constitutionnels. La réserve se trouve devant tout une phalange de règles contraires. La moderne Constitution de l'Ukraine est caractérisée par l'insistance de ses textes, et en nombre et répétition, et dans leur qualité, clarté et minutiosité, en faveur de la vie de l'être humain et de sa dignité (voir surtout les autres phrases de l'art. 27, les art. 28, 21 et 3 de la Constitution, cités supra). Et l'art. 28, para. 2 n'interdit non seulement "cruel, inhuman or degrading treatment or punishment", mais ajoute aussi et réitère (à la différence d'autres textes constitutionnels ou instruments internationaux) les mots "that violates his or her dignity" - Est-ce la réponse aux expériences tristes vécues ?

La Constitution de l'Ukraine tend à réduire l'institution éventuelle de la peine de mort à un champ extraordinairement limité, sinon pratiquement exclu, et le législateur ukrainien suivrait l'esprit et l'ensemble de la Constitution de manière particulièrement fidèle, s'il ne faisait pas usage de prévoir ou retenir la peine capitale.

Il est évident que non seulement la peine de mort, mais aussi la procédure d'exécution de cette peine nécessitent une base légale (voir art. 1, 6 et 8 § 1-2 de la Constitution).

IV. Droit international public : dans mes commentaires ne sont pas pris en considération les engagements internationaux pris par l'Ukraine en vue de devenir Membre du Conseil de l'Europe (voir Avis No 190 [1995] de l'Assemblée parlementaire relatif à la demande d'adhésion de l'Ukraine au Conseil de l'Europe, Résolution [95] 22 du Comité des Ministres relative à l'invitation de l'Ukraine à devenir Membre du Conseil de l'Europe, Résolution 1112 [1997] de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe) ou d'autres engagements de droit international, ainsi que leurs impacts éventuels en droit national.

Vaduz, le 28 mai 1997

¹⁷ Voir Manfred Nowak, UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll - CCPR - Kommentar, Kehl a.Rh. 1989, p. 111 ss (119 s) (concernant l'art. 6 du Pacte international).

ANNEXE II

Commentaires sur les problèmes constitutionnels que pourrait poser la peine de mort en Ukraine à la lumière de la Constitution du 28 juin 1996

J. Helgesen

1. Je rappellerai tout d'abord qu'à l'occasion de notre réunion à Venise en juin, on m'avait demandé de faire part de mes réflexions à propos du document CDL (97) 15. Ce document, rédigé par M. Gérard Batliner, traite du problème de la peine de mort en Ukraine.
2. Dans l'ensemble, je partage les opinions et les conclusions de M. Batliner dans son rapport. Il n'y a pas lieu de reproduire ici son raisonnement ; je me contenterai donc, pour des raisons pratiques, de développer quelques-uns de ses arguments.
3. Tout comme M. Batliner, je n'aborderai le problème que sous l'angle du droit interne de l'Ukraine. Je n'entrerai pas dans un débat sur la légitimité de la peine de mort en droit international.
4. Le point de départ évident de notre analyse est l'article 27, paragraphe 2 : «Nul ne sera arbitrairement privé de sa vie» («*No one shall be arbitrarily deprived of life*»). A partir de là, je m'engagerai sur deux voies (voir *infra* 5 et 6).
5. On peut d'une part soutenir que le terme «arbitrairement» (*arbitrarily*) signifie que la nouvelle Constitution autorise la peine de mort, sur le fondement — comme le dit M. Batliner — que cette dernière reste une exception à l'interdiction générale (avec tout ce que l'interprétation d'une telle conclusion implique manifestement).

Deux problèmes se posent alors.

Tout d'abord, il convient d'établir si le terme «arbitrairement» correspond à la traduction exacte du texte authentique. Si, comme l'indique M. Batliner dans son rapport, ce concept devait plutôt se traduire en français par «volontairement» (*voluntarily*), j'hésiterais alors à dire que la peine de mort est une exception légitime à l'article 27.

D'autre part, il convient évidemment de se poser la question suivante : pourquoi un seul terme — «arbitrairement» — laisserait-il la porte ouverte à la constitutionnalité de la peine de mort ? J'ai tendance à penser que c'est parce que cette expression est normalement interprétée, dans l'espace juridique international, comme autorisant la peine de mort. Dans ce cas, on devrait cependant immédiatement ajouter que dans le système normatif international des droits de l'homme, la légitimité de la peine de mort découle en principe d'une référence explicite à cette même peine (voir par exemple l'article 2 de la CEDH et l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques). On peut, par conséquent, se demander si en Ukraine, la légitimité de la peine de mort est affaiblie par le fait que la Constitution n'indique pas explicitement que l'article 27 autorise cette forme de peine. On pourrait donc même aller jusqu'à se demander si une interprétation purement textuelle (la seule méthode que je puisse appliquer en l'espèce) était la conclusion de M. Batliner, selon laquelle la peine capitale est une exception à l'interdiction générale de priver quiconque de sa vie.

6. La seconde option est la suivante : on peut également soutenir que le terme «arbitrairement» suppose que la peine de mort n'est pas admissible, puisque l'application même d'une telle peine est nécessairement synonyme d'«arbitraire». Cet argument fait référence au débat qui divise depuis des décennies les Etats qui appliquent encore la peine de mort. Depuis toujours, les opposants à cette peine font valoir qu'il est impossible de gérer un système de peine capitale sans y introduire, sous une forme ou une autre, un certain degré d'arbitraire. Selon eux, aucun juge ou jury n'est en mesure de décider, avec toute l'objectivité nécessaire, que telle personne «mérite» la peine de mort, tandis que telle autre se verrait condamnée à la prison à vie. En outre, tout système juridique commet de temps en temps des erreurs — quelle que soit la sincérité des efforts déployés pour offrir les garanties inhérentes à tout Etat de droit. Paradoxalement, ces garanties légales — présentes avant l'exécution effective de la peine — peuvent conduire à des situations qui, du point de vue du condamné, apparaissent arbitraires (voir le syndrome du couloir de la mort). Enfin, ces opposants prétendent que toute législation imposant la peine de mort pour certains crimes est arbitraire, puisque certaines catégories de la population sont davantage susceptibles que d'autres de commettre ces crimes et que la probabilité de passer à l'acte est étroitement liée à des facteurs sociaux échappant au contrôle de l'individu.

Aux Etats-Unis, cette hésitation se retrouve notamment dans l'opinion dissidente du juge de la *Supreme Court* Harry Blackmun, dans l'affaire *Callins v. Collins* (22 fév. 1994) :

«L'expérience nous a montré que l'objectif constitutionnel, qui est d'éliminer tout arbitraire et toute discrimination dans l'application de la peine de mort (voir *Furman v. Georgia, supra*), ne peut jamais être atteint sans compromettre un élément tout aussi essentiel de l'équité fondamentale, à savoir le choix des peines pour chaque cas d'espèce.

(...)

Même si la majorité de la population semble souhaiter — et la Constitution autoriser — la peine de mort, il ne fait véritablement aucun doute que si la peine de mort ne peut être appliquée de façon cohérente et rationnelle, elle ne doit pas être appliquée du tout.

(...)

Dans les années qui ont suivi l'affaire *Furman*, d'importants efforts ont été entrepris pour respecter cette exigence. Les organes législatifs et les juridictions de recours se sont battus pour fournir aux juges et aux jurys des lignes directrices rationnelles et objectives leur permettant de déterminer qui devait vivre ou mourir.

(...)

Malheureusement, ces expérimentations et cette ingéniosité n'ont que peu répondu aux demandes de *Furman*. Il est très vite apparu que le caractère discrétionnaire du choix de la peine capitale ne pouvait être supprimé sans mettre en cause l'équité fondamentale due à un justiciable dès lors que sa vie est en jeu.

(...)

L'expérience montre que la cohérence et la rationalité promises dans *Furman* sont inversement proportionnelles à l'équité due à tout individu dans le cadre d'une décision relative à sa condamnation à mort. Tout pas en direction de la cohérence est un pas en arrière par rapport à

l'équité».

7. Voici maintenant un argument qui s'oppose à ce qui précède : l'article 64 de la Constitution ukrainienne dispose que les droits et libertés protégés dans plusieurs articles de cette Constitution — y compris l'article 27 — ne sauraient être limités même «en période d'état de guerre ou d'état d'urgence» (*under conditions of martial law or a state of emergency*). On pourrait arguer qu'en interprétant l'article 27 comme interdisant la peine capitale, la limitation évoquée à l'article 64 s'étendrait également à l'autorité de l'Etat dans une mesure qu'il conviendrait d'analyser avec attention. Interdire la peine de mort en temps de paix est un problème, mais restreindre son application au cours des périodes les plus sombres de l'histoire d'un Etat démocratique en est un autre. Une telle mesure est véritablement radicale, même lorsqu'on la compare aux efforts menés au niveau international pour abolir la peine de mort. Pour l'instant, il s'agit principalement de combattre la peine de mort appliquée dans le cas de crimes «ordinaires».

Dans les Etats qui, aujourd'hui, ont aboli la peine de mort même en temps de guerre, certains des responsables politiques les plus sceptiques se sont peut-être sentis rassurés, par le fait que l'ordre juridique pouvait, s'il y avait lieu, être modifié par une disposition légale. Si la peine de mort est écartée par une disposition constitutionnelle, cette situation est plus embarrassante puisque la révision de la Constitution relève d'une procédure plus complexe. Dans le cas de l'Ukraine cependant, il me faut rappeler que «la Constitution de l'Ukraine ne peut être modifiée en période d'état de guerre ou d'état de crise» (*the Constitution of Ukraine shall not be amended in conditions of martial law or a state of emergency*) (article 157, paragraphe 2). La Constitution ukrainienne écarte donc cette possibilité qui ne pourrait être envisagée qu'en modifiant la Constitution en temps de paix.

8. Ma conclusion se rapproche de celle de M. Batliner. Nous ne pouvons répondre à la question que nous nous posons avec une certitude absolue. La porte reste manifestement ouverte aux doutes et aux opinions divergentes. Je n'hésite cependant pas à appuyer M. Batliner lorsqu'il dit que le législateur ukrainien «suivrait l'esprit et l'ensemble de la Constitution de manière particulièrement fidèle, s'il ne faisait pas usage de prévoir ou retenir la peine capitale».

ANNEXE III

Brefs commentaires sur le problème de la licéité de la peine de mort selon la Constitution ukrainienne du 28 juin 1996

par Giorgio Malinverni
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Genève

Lors de la dernière session de la Commission de Venise (juin 1997), il m'a été demandé de faire quelques brèves observations sur le problème de la licéité de la peine de mort selon la Constitution ukrainienne du 28 juin 1996 (CDL (97)15).

La Constitution ukrainienne contient toute une série de dispositions qui tendent à protéger la vie humaine, soit directement (art. 27, para. 1, art. 27, para. 2 deuxième phrase, art. 3 para. 1er), soit indirectement, en consacrant le droit au respect de la dignité humaine (art. 28, para. 1), ou en interdisant les traitements inhumains ou dégradants (art. 28, para. 2).

La question centrale qui se pose est, dès lors, celle de savoir si, en présence d'un tel foisonnement de dispositions, la Constitution ukrainienne peut être interprétée comme autorisant malgré tout la peine de mort.

La disposition en cause est l'art. 27, para. 2 de la Constitution, et plus particulièrement l'adverbe "arbitrarily" qu'elle contient ("No one shall be arbitrarily deprived of life"). Peut-on admettre que cette disposition laisse ouverte la porte de 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 pas possible de soutenir qu'une personne condamnée à mort serait privée de la vie "arbitrairement" ?

En partant de l'idée que l'adverbe "arbitrarily" restitue le vrai sens de l'art. 27, para. 2 de la Constitution ukrainienne dans sa version originale, il n'est pas certain que cette disposition puisse être interprétée comme autorisant implicitement la peine de mort.

L'art. 27 para. 2 de la Constitution ukrainienne reprend textuellement l'art. 6 para. 1 troisième phrase du Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques. Il existe cependant une différence de taille entre ces deux dispositions prises dans leur ensemble.

Après avoir affirmé que "nul ne peut être arbitrairement privé de la vie", l'art. 6 du Pacte onusien mentionne de manière expresse la peine de mort (art. 6, para. 2), en indiquant de manière précise dans quels cas elle peut être prononcée et exécutée. Rien de tel en revanche à l'art. 27 para. 2 de la Constitution ukrainienne. Alors que l'art. 6 du Pacte conçoit la peine de mort, à son para. 2, comme une exception au principe du droit à la vie qui figure à son para. 1, le raisonnement "principe/exception" me paraît beaucoup plus difficile à tenir dans le cadre de l'art. 27, para. 2 de la Constitution ukrainienne, précisément parce que l'art. 27 ne mentionne pas expressément la peine de mort.

En d'autres termes, on peut soutenir que si le constituant ukrainien avait voulu admettre la peine de mort en s'inspirant du "modèle" que constitue l'art. 6 du Pacte, il aurait dû reprendre ce modèle intégralement, jusqu'au bout, et mentionner expressément les cas dans lesquels la peine de mort peut être prononcée. Comme l'art. 27, para. 2 n'a repris que le principe de l'art. 6 du

Pacte, sans reprendre l'exception, il est permis d'affirmer que la Constitution ukrainienne ne tolère pas la peine de mort.

Le même raisonnement peut être tenu sur la base l'art. 2, deuxième 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 (= la peine de mort) au principe (= le droit à la vie) est expressément prévue.

Ma troisième remarque concerne le rôle et la place du droit international dans l'interprétation de la Constitution.

A une époque où l'osmose entre le droit interne et le droit international devient de plus en plus intense, où contrôle de constitutionnalité et contrôle de "conventionnalité" ont tendance à se recouper toujours plus, où l'on parle de plus en plus de "constitutionnalité internationale" et de "supra-constitutionnalité", un examen de la licéité de la peine de mort à la seule lumière du droit constitutionnel d'un Etat, me paraît difficilement défendable.

Le lien entre le droit constitutionnel et le droit international est particulièrement évident dans le domaine des droits de l'homme, comme cela ressort d'ailleurs des constitutions mêmes récentes de certains Etats. Ainsi, l'art. 20 de la Constitution roumaine de 1991 précise que "constitutional provisions concerning the citizens' rights and liberties shall be interpreted and enforced in conformity with the Universal Declaration of Human Rights, with the covenants and treaties Romania is a party to. Where any inconsistencies exist between the covenants and treaties on fundamental human rights Romania is a party to, and international law, the international regulations shall take precedence".

Cet article, qui s'inspire de l'art. 10, para. 2 de la Constitution espagnole, a été repris par d'autres constitutions, par exemple à l'art. 17, para. 1er de la Constitution russe en 1993.

En conclusion, il me semble que, en matière de droits fondamentaux de la personne humaine, il devient de plus en plus artificiel de séparer les obligations qui incombent à un Etat au titre de son droit constitutionnel et au titre du droit international public. La question de la peine de mort en Ukraine mériterait donc d'être examinée également à la lumière de la tendance toujours plus nette, qui se dessine en droit international de proscrire la peine de mort (voir le Prot. add. No 6 à la CEDH, concernant l'abolition de la peine de mort) et le deuxième Protocole au Pacte des Nations Unies, visant à abolir la peine de mort).

Genève, le 16 septembre 1997