

**L'ABOLITION DEFINITIVE DE LA PEINE DE MORT :  
LA PORTEE DE LA DECISION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL  
DU 13 OCTOBRE 2005**

**Christophe DE ARANJO**

Docteur en droit

Universités Panthéon-Assas Paris II et Humboldt Berlin

« Longtemps, un des privilèges caractéristiques du souverain avait été le droit de vie ou de mort »<sup>1</sup>.

En vertu de l'adage *vitae necisque potestas*, chez les Romains, le droit de tuer existait au profit du père de famille qui pouvait l'exercer sur ses enfants<sup>2</sup>. Par la suite, ce pouvoir allait être conféré au magistrat sur les citoyens : c'est l'*imperium*, qui désignait à l'époque le pouvoir absolu du souverain.

Plus tard, dans le cadre de la monarchie absolue de droit divin, Bossuet justifiait le droit de mort du souverain sur ses sujets en citant notamment saint Paul : « le prince [...] est ministre de Dieu pour le bien. Si vous faites mal, tremblez ; car ce n'est pas en vain qu'il a le glaive : et il est ministre de Dieu, vengeur des mauvaises actions »<sup>3</sup>. Bossuet en conclut, dans son chapitre consacré au « devoir d'obéissance », que « quiconque désobéit à la puissance publique, est jugé de digne de mort »<sup>4</sup>.

Bodin avait lui aussi justifié dans « les six livres de la République » le fait que le souverain puisse recourir à la peine de mort, en particulier lors des circonstances exceptionnelles<sup>5</sup>. Il le fait dans sa distinction entre le bon souverain et le tyran : « et ne faut pas appeler tyrannie les meurtres, bannissements, saisies et autres exécutions ou exploits d'armes qui se font au changement des Républiques ou rétablissement d'icelles »<sup>6</sup>. Selon Bodin, les meurtres commis lors des changements de régime empêchent de considérer ces actes comme immoraux ; ce sont des actes politiques nécessaires.

Pour sa part, Hobbes considère que le fondement du pouvoir souverain consiste dans le fait de détenir un « droit naturel d'agir sans limite vis-à-vis de n'importe qui et de n'importe quoi »<sup>7</sup>. En particulier, il est loisible au souverain de punir ses sujets par la

---

<sup>1</sup> FOUCAULT M., *La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976, p. 177.

<sup>2</sup> GIFFARD A.-E., *Précis de droit romain*, Paris, Dalloz, 1952.

<sup>3</sup> BOSSUET J.-B., « Politique tirée des propres paroles de l'Écriture Sainte », in *Œuvres complètes*, t. XXIII, p. 533.

<sup>4</sup> BOSSUET J.-B., « Politique tirée des propres paroles de l'Écriture Sainte », in *Œuvres complètes*, t. XXIV, p. 1.

<sup>5</sup> BOBBIO N., *Le sage et la politique, Ecrits moraux sur la vieillesse et la douceur*, Paris, Albin Michel, 2004, pp. 30 et 31.

<sup>6</sup> BODIN J., *Les six livres de la République*, 1576, Paris, Fayard, 1986, livre second, Chap. IV, p. 64.

<sup>7</sup> AGAMBEN G., *Homo Sacer, Le pouvoir souverain et la vie nue*, Paris, éd. du Seuil, 1997, p. 117.

peine de mort si cela est nécessaire pour le maintien de l'ordre. Selon Hobbes, « tel est le fondement du droit de châtier qui s'exerce dans toute la République : en effet, ce ne sont pas les sujets qui l'ont donné au souverain ; mais en se dessaisissant des leurs, ils ont fortifié celui-ci dans l'usage qu'il jugera opportun de faire du sien pour leur préservation à tous »<sup>8</sup>.

Cette logique d'exercice du pouvoir s'avère pourtant dangereuse pour les régimes démocratiques : dans « la République », Platon dénonce le processus de transformation du souverain en tyran lorsque celui-ci utilise le droit de tuer : « mais où commence la transformation du protecteur en tyran ? N'est-ce pas évidemment lorsqu'il se met à faire ce qui est rapporté dans la fable du temple Zeus Lycien en Arcadie ? [...] Que celui qui a goûté des entrailles humaines [...] est inévitablement changé en loup. [...] De même, quand le chef du peuple, assuré de l'obéissance absolue de la multitude, ne sait point s'abstenir du sang des hommes de sa tribu, mais [...], les traînant devant les tribunaux, se souille de crimes en leur ôtant la vie, quand d'une langue et d'une bouche impies, il goûte le sang de sa race, exile et tue [...], alors, est-ce qu'un tel homme ne doit pas nécessairement, et comme par une loi du destin, [...] se faire tyran, et d'homme devenir loup ? »<sup>9</sup>.

Le danger de rétablir la peine de mort en cas de circonstances exceptionnelles provient des dérives prévisibles de ce procédé car, en pratique, « il n'y a aucune sauvegarde institutionnelle capable de garantir que les pouvoirs d'urgence seront effectivement employés dans le but de garantir la Constitution. [...] Les dispositions quasi dictatoriales des systèmes constitutionnels modernes, que ce soit la loi martiale, l'état de siège ou les pouvoirs d'urgence constitutionnels, ne peuvent exercer de contrôle effectif sur la concentration des pouvoirs. Par conséquent, toutes ces institutions courent le risque d'être transformées en système totalitaire si des conditions favorables se présentent »<sup>10</sup>.

Cette dérive prévisible de l'état d'exception est palpable de nos jours, en particulier aux Etats-Unis : depuis les attentats du 11 septembre 2001, des législations d'exception ont été votées, notamment le *US patriot Act* du 26 octobre 2001<sup>11</sup>. Des camps d'internement ont été mis en place, à Guantanamo, dans lesquels les détenus ne peuvent disposer du statut de prisonnier de guerre tel qu'il est défini par la troisième Convention de Genève<sup>12</sup>. La question se pose alors de savoir comment éloigner les démocraties occidentales de cette tendance à la généralisation de l'état d'exception. Comment surtout, en éviter les excès et dérives ?

En France, l'abolition de la peine de mort *en circonstance normale* a été votée le 9 octobre 1981<sup>13</sup>. Depuis, cette peine est abolie pour tous les crimes, qu'ils soient de droit commun ou qu'ils relèvent de la justice militaire. Toutefois, ce texte n'ayant qu'une valeur législative ordinaire, il peut être écarté par le chef de l'Etat lors des circonstances exceptionnelles : dans le cadre de l'article 16 de la Constitution, le président de la

<sup>8</sup> HOBBS T., *Léviathan*, texte établi par R. Tuck, Cambridge, 1991, p. 332.

<sup>9</sup> PLATON, *La République*, 565 d et 566, Paris, Gallimard, folio, essais, 1993, p. 443.

<sup>10</sup> FRIEDRICH C., *Constitutional Government and Democracy*, Boston, Ginnand, 1950, pp. 828 et 829.

<sup>11</sup> Cette loi a été renforcée par une nouvelle loi antiterroriste : le *Domestic Security Enhancement Act of 2003*, qui accentue largement les dérives liberticides de l'*US Patriot Act* de 2001.

<sup>12</sup> Voir la troisième Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949.

<sup>13</sup> Cf. Loi n° 81-908 du 9 octobre 1981 portant abolition de la peine de mort.

République peut intervenir dans le domaine législatif et suspendre toute loi ordinaire, notamment celle relative à l'abolition de la peine de mort.

Dans les autres Etats du monde, l'abolition de la peine de mort pour tous les crimes en circonstance normale a été votée dans 85 Etats sur les 191 siégeant à l'ONU. 12 l'ont abolie pour les crimes de droit commun ; 34 Etats sont abolitionnistes de fait (c'est-à-dire qu'il n'y a pas eu d'exécution depuis au moins dix ans) et 65 appliquent cette peine plus ou moins régulièrement<sup>14</sup>.

Comme beaucoup d'Etats restent favorables au maintien de la peine de mort, l'idée est née notamment sous l'impulsion de Robert Badinter<sup>15</sup>, de verrouiller l'abolition interne par une abolition internationale<sup>16</sup>. Des traités ont alors été votés : c'est le cas du protocole n° 6 à la Convention européenne des droits de l'Homme<sup>17</sup>. Ce protocole sera signé par la France le 28 avril 1983.

Dans sa décision du 22 mai 1985, le Conseil constitutionnel a estimé qu'un tel accord était conforme à la Constitution, notamment parce qu'il pouvait être dénoncé dans les conditions prévues à l'article 65 de la Convention<sup>18</sup>. La ratification de ce protocole par la France sera enregistrée au Conseil de l'Europe le 17 février 1986.

Cependant, un tel protocole ne permet pas d'abolir la peine de mort en toutes circonstances. Tout d'abord, son article 2 prévoit des dérogations possibles en cas de circonstance de guerre ou de danger imminent de guerre<sup>19</sup>. En outre, les Etats parties à la Convention peuvent dénoncer ce protocole après un délai de six mois et donc, rétablir la peine de mort à ce terme<sup>20</sup>.

Pour abolir la peine de mort *même en circonstances exceptionnelles*, de nouveaux accords internationaux ont donc été signés : c'est le cas du deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du 15 décembre 1989<sup>21</sup>. C'est le cas aussi et surtout du protocole n° 13 à la Convention européenne des droits de l'Homme, du 3 mai 2002<sup>22</sup>.

<sup>14</sup> Voir le rapport du Secrétaire général des Nations Unies du 12 janvier 2006, doc. E/CN.4/2006/83.

<sup>15</sup> Voir BADINTER R., ADAM H. et autres, *Peine de mort - Après l'abolition*, Les éditions du Conseil de l'Europe, 2004.

<sup>16</sup> DECAUX E., « Les enjeux de la diplomatie multilatérale », in G. COHEN-JONATHAN et W. SCHABAS, *La peine capitale et le droit international des droits de l'Homme*, Paris, éd. Panthéon Assas, 2003, pp. 159 et s.

<sup>17</sup> Protocole n° 6 à la Convention européenne des droits de l'Homme en date du 28 avril 1983, amendé par le protocole n° 11 (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1998).

<sup>18</sup> Conseil constitutionnel, décision n° 85-188 DC du 22 mai 1985, *Protocole n° 6 additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme*. Sur les conditions de dénonciation de ce protocole (délai de cinq ans et préavis de six mois), voir FAVOREU L., « La décision du Conseil constitutionnel du 22 mai 1985 », *AFDI*, 1985, pp. 868 et ss.

<sup>19</sup> L'article 2 du protocole n° 6 dispose qu'« un Etat peut prévoir dans sa législation la peine de mort pour des actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre ».

<sup>20</sup> Sur cette question ayant fait l'objet de débats, voir GUILLAUME G., « Protocole n° 6 », in PETTITI L.-E., DECAUX E. et autres, *La Convention européenne des droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, pp. 1070 et 1071, et IMBERT P.-H., « Article 65 », in PETTITI L.-E., DECAUX E. et autres, *La Convention européenne des droits de l'Homme, op. cit.*, pp. 949 et ss.

<sup>21</sup> Ce protocole a été adopté à New York le 15 décembre 1989, par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 44/128. En vertu de son article 2, aucune réserve n'est admise en dehors de celle formulée pour l'application de la peine de mort en temps de guerre. Mais cette réserve doit avoir été faite au moment de la ratification ou de l'adhésion à cet accord. En outre, elle suppose l'existence d'une législation nationale

Le 22 septembre 2005, le président de la République<sup>23</sup> a saisi le Conseil constitutionnel de la question de savoir si les autorisations à ratifier ces protocoles devaient être précédées d'une révision de la Constitution<sup>24</sup>. Le Conseil constitutionnel a rendu sa décision le 13 octobre 2005<sup>25</sup>.

Comme il devait se prononcer sur l'abolition de la peine de mort en circonstances exceptionnelles, le juge a dû traiter implicitement deux problèmes distincts : celui de l'étendu des pouvoirs du président de la République en cas de circonstances exceptionnelles (I). Etant établi que ces pouvoirs ne sont pas illimités, il a pu se prononcer ensuite sur la possibilité pour l'Etat de renoncer au droit de dénonciation d'un traité (II). Cette dernière possibilité ne concerne que le deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>26</sup>.

Dans sa décision du 13 octobre 2005, le Conseil constitutionnel a considéré qu'un traité international prévoyant l'abolition définitive de la peine de mort n'était pas contraire à la Constitution. Cette décision devait ouvrir la voie à la ratification du protocole n° 13 à la Convention européenne des droits de l'Homme. En revanche, l'autorisation de ratifier le deuxième protocole au Pacte international doit être précédée d'une révision de la Constitution, en raison de l'impossibilité pour l'Etat de dénoncer cet accord.

## **I. - LA POSSIBILITE POUR L'ETAT D'ABOLIR LA PEINE DE MORT MEME EN CIRCONSTANCES EXCEPTIONNELLES**

Au sein des différents Etats occidentaux, la question de la réglementation de l'état d'exception ne fait pas l'unanimité. Dans certains Etats comme la France et l'Allemagne, l'état d'exception est prévu et réglementé au sein des textes de droit positif. En revanche en Angleterre, aux Etats-Unis ou en Suisse, les situations d'état d'exception ne sont ni prévues ni encadrées par le droit positif<sup>27</sup>.

---

en vigueur sur ce point. Comme en France, aucune disposition législative ne prévoit le recours à la peine de mort en temps de guerre, l'Etat n'a pas formulé une telle réserve.

<sup>22</sup> Ce protocole, adopté à Vilnius le 3 mai 2002 (STE n° 187), est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2003. Toute dérogation ou réserve à ce protocole a été exclue dans ses articles 2 et 3. Il a donc vocation à s'imposer en toutes circonstances et notamment en temps de guerre.

<sup>23</sup> Le président de la République française, Jacques Chirac, s'était prononcé en faveur de « l'abolition universelle de la peine de mort » le 30 mars 2001, à Genève, devant la Commission des droits de l'Homme des Nations Unies.

<sup>24</sup> Le Conseil constitutionnel a été saisi par le président de la République le 22 septembre 2005 sur la base de l'article 54 de la Constitution de 1958.

<sup>25</sup> Conseil constitutionnel, décision n° 2005-524525 DC du 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort*.

<sup>26</sup> L'impossibilité de dénoncer n'était pas prévue expressément par le deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international. Mais elle découle de l'absence de toute disposition sur la dénonciation (contrairement au protocole n° 1 du Pacte). En outre, cette impossibilité a été confirmée par le Comité des droits de l'Homme : dans ce sens, voir les articles 4 et 6 du deuxième protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ainsi que l'« observation générale » du Comité des droits de l'Homme : n° 26, Continuité des obligations, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1 (1997), en date du 29 octobre 1997.

<sup>27</sup> AGAMBEN G., *Etat d'exception, Homo Sacer*, Paris, éd. du Seuil, 2003, p. 23.

La question de l'opportunité d'une telle réglementation fait l'objet de débats houleux au sein de la doctrine. On constate toutefois, au niveau politique, un mouvement de plus en plus important en faveur de l'encadrement juridique des situations d'exception. Ce mouvement a été initié par les textes constitutionnels et législatifs de certains Etats européens, avant d'être relayé par des textes de droit international.

### **A. - La question de l'encadrement juridique des pouvoirs exceptionnels du chef d'Etat**

La doctrine est partagée pour savoir s'il faut ou non encadrer juridiquement les situations d'exception<sup>28</sup> : alors que certains auteurs considèrent qu'il est tout à fait inopportun d'inclure l'état d'exception dans le système juridique, d'autres considèrent qu'il s'agit d'un élément incontournable de l'Etat de droit.

L'enjeu de ce débat est de savoir si on peut encadrer ou non juridiquement les pouvoirs du chef d'Etat durant les périodes de circonstances exceptionnelles. S'il est établi que ces pouvoirs s'inscrivent dans une pure situation de fait, leur encadrement par le droit positif est inutile et vain. En revanche, si on admet que ces pouvoirs s'inscrivent pour partie dans l'Etat de droit, leur encadrement sera possible, même si ça ne saurait être que de manière parcellaire.

#### ***I. - Les désaccords doctrinaux sur la qualification de l'état d'exception***

Alors que certains auteurs comme Santi Romano ou Hauriou considèrent que l'état d'exception fait partie intégrante du système juridique<sup>29</sup> (b), d'autres estiment qu'il s'agit là d'une situation extra-juridique, tout en reconnaissant qu'elle peut avoir des conséquences dans le domaine du droit (a).

##### *a. - L'état d'exception, une situation de fait ?*

Nombre de juristes estiment que l'état d'exception est davantage une question de fait qu'un problème purement juridique. A l'appui de cette thèse, on retrouve la maxime : *la nécessité n'a pas de loi*<sup>30</sup>. Pour les partisans de cette thèse, si l'état d'exception se situe en dehors du droit, c'est qu'il puise sa légitimité dans cette situation spécifique qu'est la *nécessité*. Lorsque la survie de l'Etat est en jeu, la mise en place de moyens extraordinaires s'impose. Les circonstances exigent alors de sortir du cadre contraignant du droit, pour garantir des valeurs jugées supérieures : la pérennité de l'ordre politique et le maintien de sa structure étatique.

Comme, en pratique, les cas de situation extrême sont imprévisibles, ils ne peuvent être ni prévus ni encadrés par le droit positif. La guerre civile, la résistance ou la révolution sont des situations particulières que le droit ne saurait maîtriser : elles sont fondamentalement politiques<sup>31</sup>. L'état d'exception n'est donc pas un droit spécial, comme l'est le droit de la

---

<sup>28</sup> AGAMBEN G., *Etat d'exception, Homo Sacer, op. cit.*, p. 41.

<sup>29</sup> AGAMBEN G., *Etat d'exception, Homo Sacer, op. cit.*, p. 42.

<sup>30</sup> AGAMBEN G., *Etat d'exception, Homo Sacer, op. cit.*, pp. 44 et ss.

<sup>31</sup> DE MARTINO F., *Storia della costituzione romana*, Naples, Jovene, 1973, p. 320.

guerre par exemple. Il est une suspension de l'ordre juridique. Il s'agit d'un « espace vide de droit »<sup>32</sup> où la légalité est mise à l'écart, jusqu'à ce que l'ordre politique soit rétabli<sup>33</sup>.

Le point de vue de Carl Schmitt sur ce point est différent. Pour le juriste allemand, l'état d'exception se situe à la frontière du droit et du fait. Il en marque la limite<sup>34</sup>. La « décision » de déclarer l'état d'exception constitue, selon Schmitt, un acte juridique<sup>35</sup> permettant au chef d'Etat de sortir du cadre contraignant du droit. Ce point de vue repose sur un présupposé idéologique : « est souverain celui qui décide de l'état d'exception ».

Dans l'optique du juriste allemand, l'état d'exception sert de fondement à une doctrine de la souveraineté<sup>36</sup>. L'état d'exception fonde l'ordre juridique en faisant apparaître le souverain<sup>37</sup>. Par conséquent, le souverain est celui à qui la Constitution reconnaît le droit de proclamer l'état d'exception et de suspendre l'ordre légal<sup>38</sup>.

La *décision* de proclamer l'état d'exception n'est ni une question de fait ni une question de droit, mais elle marque la frontière de ces deux domaines. Concrètement, le souverain accepte d'être soumis à l'ordre juridique en situation normale, mais il peut sortir de ce cadre en déclarant l'état d'exception s'il estime, de son propre point de vue, que les circonstances l'exigent. Le souverain signifie ainsi, par sa « décision » de recours ou non à l'état d'exception<sup>39</sup>, le début et la fin de l'ordre juridique<sup>40</sup>.

#### *b. - L'état d'exception, une situation de droit ?*

Une dernière catégorie de juriste rattache l'état d'exception à une situation de droit. Ce point de vue repose sur la distinction entre « pleins-pouvoirs » et « pouvoirs exceptionnels »<sup>41</sup>. Dans le premier cas, le chef de l'Etat ne connaît aucune limite juridique à son pouvoir d'Etat car la séparation des pouvoirs est totalement anéantie et la garantie des droits inexistante. Dans le second cas, le chef de l'Etat n'a qu'un pouvoir exorbitant de droit commun, sans avoir pour autant de pouvoir arbitraire. Il n'y a donc pas suspension du droit, mais mise en place d'une législation d'exception<sup>42</sup>.

A l'appui de cette thèse, certains auteurs considèrent que la théorie de la nécessité n'est pas étrangère au droit. Au contraire, elle peut être perçue comme une théorie juridique. Santi Romano par exemple va jusqu'à considérer que « la nécessité est la source première et originaire de tout le droit, de sorte que, par rapport à elle, les autres sources doivent

<sup>32</sup> AGAMBEN G., *Etat d'exception, Homo Sacer*, op. cit., p. 86.

<sup>33</sup> SAINT-BONNET F., *L'état d'exception*, PUF, Léviathan, 2001, pp. 15 et ss. ; AGAMBEN G., *Etat d'exception, Homo Sacer*, op. cit., p. 38.

<sup>34</sup> AGAMBEN G., *Homo Sacer, Le pouvoir souverain et la vie nue*, Paris, éd. du Seuil, 1997, pp. 19 et ss.

<sup>35</sup> SCHMITT C., *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Munich-Leipzig, 1922, p. 19 ; traduction française de J.-L. SCHLEGEL, *Théologie politique*, Paris, Gallimard, 1988.

<sup>36</sup> AGAMBEN G., *Homo Sacer, Le pouvoir souverain et la vie nue*, op. cit., pp. 33 et ss.

<sup>37</sup> SCHMITT C., *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Munich-Leipzig, 1922, p. 13.

<sup>38</sup> SCHMITT C., *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, op. cit., p. 17.

<sup>39</sup> SAINT-BONNET F., *L'état d'exception*, PUF, Léviathan, 2001, p. 309.

<sup>40</sup> SCHMITT C., *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, op. cit., p. 23.

<sup>41</sup> AGAMBEN G., *Etat d'exception, Homo Sacer*, Paris, éd. du Seuil, 2003, p. 16.

<sup>42</sup> Sur ce point, voir AGAMBEN G., *Etat d'exception, Homo Sacer*, éd. du Seuil, 2003, pp. 47 et ss.

être en un sens tenues pour dérivées»<sup>43</sup>. Dans cette perspective, l'état d'exception apparaît comme l'exercice d'un *droit* de l'Etat à sa propre défense et préservation.

L'état d'exception, lorsqu'il est motivé par la nécessité est donc une mesure juridique spécifique prévue par la Constitution qui a pour effet de mettre en place une nouvelle légalité, dite légalité d'exception. Ce point de vue semble conforté par la pratique politique contemporaine : on assiste de plus en plus, sur la scène internationale, à la multiplication de textes visant à enfermer les pouvoirs exceptionnels de l'exécutif dans des limites juridiques.

## 2. - L'état d'exception prévu au cœur de chaque Constitution

Dans « les règles de la méthode sociologique », Durkheim montre que les phénomènes sociologiques peuvent prendre deux formes très différentes selon les situations données. Dans un premier cas, le phénomène est dit « normal » lorsqu'il est pourvu des caractéristiques habituelles que l'on retrouve de manière constante chez tous les individus de la même espèce<sup>44</sup>. Il est dit « pathologique » chaque fois qu'il emprunte une forme exceptionnelle, limitée dans le temps et dans l'espace<sup>45</sup>.

Cette distinction permet de comprendre le processus d'adaptation de l'Etat aux circonstances exceptionnelles. Lorsque le contexte politique et social d'un Etat démocratique est stable, sa Constitution prévoit une certaine répartition des pouvoirs ainsi qu'une garantie des droits élevée. En revanche, lorsque l'Etat est en danger, lorsqu'il se retrouve pour un moment donné à un stade pathologique, il doit s'adapter pour survivre. La Constitution prévoit alors une nouvelle répartition des pouvoirs et une garantie des droits amoindrie.

Cette nouvelle disposition des choses permet au chef de l'Etat d'agir de manière efficace pour rétablir l'ordre, afin que l'Etat revienne à sa situation normale<sup>46</sup>.

L'idée selon laquelle la Constitution de chaque Etat prévoit deux types d'organisation des pouvoirs, l'une pour les périodes normales et l'autre pour les périodes exceptionnelles, a été défendue par Hauriou au début du XXe siècle : « les règles constitutionnelles comprennent, non seulement les dispositions de la Constitution écrite, mais aussi les principes fondamentaux d'existence de l'Etat »<sup>47</sup>. L'obligation pour la structure étatique de se maintenir emporte un *droit* de nécessité qui est considéré par certains auteurs comme « un droit naturel de l'Etat »<sup>48</sup>. C'est la raison pour laquelle l'adaptation de l'Etat aux circonstances exceptionnelles est nécessairement prévue au cœur de chaque Constitution, que ce soit de manière explicite ou implicite.

Dans de nombreux Etats, les règles constitutionnelles relatives à l'état d'exception n'ont pas été inscrites expressément dans le texte de la Constitution. Cela ne signifie pas pour

<sup>43</sup> ROMANO S., "Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione dei terremoti di Messina e Reggio di Calabria", *Revista di diritto pubblico*, 1909, p. 362.

<sup>44</sup> DURKHEIM E., *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, PUF, 18e éd., 1973, p. 55.

<sup>45</sup> DURKHEIM E., *Les règles de la méthode sociologique*, *op. cit.*, pp. 56 et 57.

<sup>46</sup> SAINT-BONNET F., *L'état d'exception*, PUF, Léviathan, 2001, pp. 25 et ss.

<sup>47</sup> Voir HAURIOU M. dans son commentaire de l'arrêt du Conseil d'Etat, *Winkell*, 7 août 1909, S., 1909, III, p. 145.

<sup>48</sup> HOERNI R., *L'état de nécessité en droit public fédéral suisse*, Thèse, Genève, 1917, pp. 18 et 185.

autant qu'elles n'existent pas. Simplement, elles sont coutumières ou implicites. C'est le cas en Grande-Bretagne mais aussi aux États-Unis, en Italie, etc.<sup>49</sup>

La première Constitution écrite à avoir prévu et organisé les cas de circonstances exceptionnelles est la Constitution allemande de Weimar, entrée en vigueur en 1919<sup>50</sup>.

## B. - L'encadrement juridique de l'état d'exception en France

En France, de nombreux dispositifs juridiques ont été élaborés pour faire face aux situations d'exception. Ils permettent de renforcer les compétences des pouvoirs publics et de restreindre les libertés individuelles. Il y a d'abord l'*état de siège*, créé au XIX<sup>e</sup> siècle et prévu à l'article 36 de la Constitution de 1958<sup>51</sup> : il se caractérise notamment par l'attribution de pouvoirs de police exceptionnels aux autorités militaires. Il y a en outre la loi du 11 juillet 1938 sur *l'organisation de la nation pour le temps de guerre*<sup>52</sup>. On trouve aussi l'*état d'urgence*, qui résulte de la loi du 3 avril 1955<sup>53</sup> : ce dispositif confère aux autorités civiles des pouvoirs de police exceptionnels, dans une zone géographique déterminée<sup>54</sup>. Enfin, il y a l'article 16 de la Constitution, qui confère au chef de l'Etat des pouvoirs exceptionnels en temps de crise<sup>55</sup>.

La question se pose de savoir s'il n'est pas inutile, voire dangereux, de réglementer l'état d'exception : lorsque la nation est en danger, n'y a-t-il pas nécessité à mettre de côté tous les obstacles juridiques qui risqueraient de nuire à l'efficacité de l'action administrative ? Sur la base de cette interrogation, certains auteurs ont proposé de mettre fin aux réglementations relatives à l'état d'exception<sup>56</sup>. Dans ce sens, il est certain qu'une réglementation à la fois trop détaillée et contraignante risquerait de nuire à l'efficacité de l'action du chef de l'Etat pour le rétablissement de l'ordre<sup>57</sup>.

<sup>49</sup> AGAMBEN G., *Etat d'exception, Homo Sacer, op. cit.*, pp. 23 et 24, 38 et 39.

<sup>50</sup> L'article 48 de la Constitution de Weimar dispose : « si dans le Reich allemand la sécurité et l'ordre public sont gravement perturbés ou menacés, le président du Reich peut prendre les mesures nécessaires au rétablissement de la sécurité et de l'ordre public, éventuellement avec l'aide des forces armées. A cette fin, il peut suspendre tout ou partie des droits fondamentaux établis dans les articles 114, 115, 117, 118, 123, 124 et 153 ».

<sup>51</sup> Ce dispositif, issu des lois du 9 août 1849 et du 3 avril 1878, est applicable « en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection armée ».

<sup>52</sup> Cette loi ainsi que le décret du 1<sup>er</sup> juillet 1939 ont été complétés par l'ordonnance du 7 janvier 1944 relative au droit de réquisition et l'ordonnance du 6 janvier 1959 portant organisation générale de la défense.

<sup>53</sup> Ce dispositif, issu de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, est applicable « soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique ».

<sup>54</sup> A ce jour, l'état d'urgence en France a été décrété à cinq reprises : une première fois en Algérie en 1955, prorogé pour six mois le 7 août de la même année. Ensuite, il sera de nouveau décrété en Algérie à deux reprises, le 13 mai 1958 et le 23 avril 1961. Plus tard, il sera décrété en Nouvelle-Calédonie au mois de décembre 1984. Enfin, ce dispositif sera mis en œuvre le 8 novembre 2005, pour mettre fin aux émeutes dans les banlieues françaises.

<sup>55</sup> L'article 16 de la Constitution n'a été appliqué en France qu'une seule fois, par le Général de Gaulle du 23 avril au 30 septembre 1961, en réaction contre le putsch des généraux en Algérie. Voir NOEL L., *De Gaulle et les débuts de la Ve République*, Plon, 1976, pp. 176 et s.

<sup>56</sup> SAINT-BONNET F., *L'état d'exception*, PUF, Léviathan, 2001, p. 374.

<sup>57</sup> SAINT-BONNET F., *L'état d'exception, op. cit.*, p. 359.



Cependant, il faut admettre que certaines règles fondamentales ne sauraient être détournées par le pouvoir, peu importent les circonstances. Réglementer l'état d'exception s'avère donc nécessaire, même si cette réglementation doit rester sommaire et extrêmement mesurée : elle permettra d'éviter certains excès, tout en laissant à l'exécutif des moyens d'action suffisants.

L'article 16 de la Constitution d'une part (I), et les protocoles additionnels à la Convention européenne des droits de l'Homme et au Pacte international de 1966 d'autre part (II), ont été rédigés dans cette optique. L'état d'exception en France s'inscrit donc dans la logique de l'Etat de droit<sup>58</sup>, même si les contraintes juridiques imposées au pouvoir politique restent très limitées.

### ***I. - Les contraintes juridiques imposées par l'article 16 de la Constitution***

Si, dans le cadre des pouvoirs exceptionnels, la séparation des pouvoirs est modifiée et la garantie des droits amoindrie, le chef de l'Etat ne dispose pas pour autant d'un pouvoir absolu ou arbitraire. Il existe des règles et principes constitutionnels immuables qui ont vocation à s'appliquer dans tous les cas, que ce soit en période normale ou exceptionnelle.

Les pouvoirs exceptionnels du président de la République ne sont donc pas des pleins-pouvoirs<sup>59</sup> : lorsque le chef d'Etat décide de recourir à l'article 16, son pouvoir est limité dans les fins qu'il se propose d'atteindre (a), et dans les moyens qu'il peut utiliser (b).

#### *a. - L'article 16, un pouvoir finalisé*

Dans la République romaine, le dictateur était un magistrat qui recevait pour mission, lors des crises graves, de rétablir l'ordre républicain dans un délai de six mois : c'est la dictature de commissaire<sup>60</sup>. Le dictateur était désigné par le consul, sur requête du Sénat. Il n'était donc pas un tyran.

La dictature était une institution de la République, une manière spécifique pour la Constitution de faire face à une situation de péril, pour permettre à terme de préserver la liberté et la légalité républicaine<sup>61</sup>.

L'article 16 de la Constitution de 1958 a été rédigé dans cette optique. Les pouvoirs exceptionnels du président de la République ne peuvent être utilisés qu'à une fin très précise : « ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission »<sup>62</sup>. Toutefois, le chef de l'Etat en France n'est pas nommé par une autorité quelconque pour rétablir l'ordre. Il décide lui-même si les circonstances et les dangers sont tels que le recours à l'article 16 s'impose.

<sup>58</sup> Dans ce sens, N. QUESTIAUX affirmait dans un rapport pour la Sous-commission des droits de l'Homme des Nations Unies : « l'état d'exception est une institution de l'Etat de droit et, en tant que telle, doit remplir des conditions et les critères déterminés qui jouent le rôle de garanties juridiques pour préserver les droits de l'Homme dans des situations de crises », *in doc. E/CN.4/Sub. 2/1997/19*, p. 3, § 8.

<sup>59</sup> Sur cette notion, voir AGAMBEN G., *Etat d'exception, Homo Sacer*, Paris, éd. du Seuil, 2003, p. 16.

<sup>60</sup> SCHMITT C., *La dictature*, Paris, éd. du Seuil, 2000, pp. 23 et ss.

<sup>61</sup> SCHMITT C., *La dictature, op. cit.*, p. 26.

<sup>62</sup> Article 16 de la Constitution de 1958.

L'article 16 précise dans quelles circonstances le chef de l'Etat peut utiliser ses pouvoirs exceptionnels pour rétablir l'ordre : il faut, d'une part, que « les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux » soient menacés d'une manière « grave et immédiate ». D'autre part, il faut que « le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels » soit « interrompu ». Cet ensemble de critères objectifs a pour but d'empêcher le chef d'Etat de recourir aux pouvoirs exceptionnels de manière arbitraire. Mais en pratique, il faut reconnaître que ces critères sont extrêmement flous. Le président de la République possède donc un pouvoir d'interprétation considérable en ce domaine. C'est la raison pour laquelle le Conseil d'Etat a considéré que la décision de recourir à l'article 16 constitue un acte de Gouvernement. A ce titre, elle n'est pas susceptible de recours<sup>63</sup>.

En revanche, le juge est compétent pour vérifier la régularité de la procédure de recours à l'article 16<sup>64</sup> (la consultation officielle et préalable du Premier ministre, des présidents des assemblées et du Conseil constitutionnel)<sup>65</sup>. En outre, les décisions de nature réglementaire prises par le président de la République dans le cadre de ses pouvoirs exceptionnels sont soumises au contrôle du juge de l'excès de pouvoir<sup>66</sup>.

#### *b. - L'article 16, un moyen d'action limité*

Lorsque le président de la République recourt aux pouvoirs exceptionnels dans le cadre de l'article 16, la séparation des pouvoirs est diminuée. Il y a une sorte de confusion organique d'une partie des pouvoirs au profit du chef de l'Etat qui peut, notamment, intervenir dans le domaine législatif et créer des juridictions d'exception<sup>67</sup>. L'objectif de cette nouvelle disposition des choses est le suivant : par l'institution d'un centre décisionnel rapide, cohérent et efficace, des opérations de police et militaire pourront être menées à bien, dans des conditions optimales.

Pourtant, en aucun cas l'article 16 n'institutionnalise une confusion totale des pouvoirs. Le chef de l'Etat reste soumis à une séparation *minimale* des pouvoirs ainsi qu'à une garantie *minimale* des droits.

La séparation minimale des pouvoirs est prévue par l'article 16 qui précise que durant la période des circonstances exceptionnelles, « le Parlement se réunit de plein droit » et « l'Assemblée nationale ne peut être dissoute ». Le maintien de ces institutions implique qu'elles aient un rôle à jouer face aux pouvoirs exceptionnels du président. Ce rôle semble être celui du contrôle des actions de l'exécutif, notamment par des commissions d'enquête. Ainsi, sans limiter les pouvoirs du président et sans remettre en cause sa capacité d'action rapide, les assemblées peuvent garder un œil sur l'action de l'exécutif.

<sup>63</sup> Conseil d'Etat Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens et autres*, Rec. 143, JCP 1962.II.12613, concl. Henry ; et SAINT-BONNET F., *L'état d'exception*, PUF, Léviathan, 2001, pp. 336 et 337.

<sup>64</sup> Voir notamment l'arrêt de la Cour de cassation (Chambre Criminelle) du 21 août 1961 : *Fohran*, Bull. crim. 1961.695.

<sup>65</sup> Dans le cadre de cette procédure, l'avis rendu par le Conseil constitutionnel est motivé et publié : voir CHATELAIN J., « Article 16 », in *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, 1987, pp. 545 et ss.

<sup>66</sup> LONG M., WEIL P. et autres, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 13e éd., Paris, Dalloz, 2001, pp. 578 et 579.

<sup>67</sup> AGAMBEN G., *Etat d'exception, Homo Sacer*, Paris, éd. du Seuil, 2003, p. 67.

En cas de haute trahison, le chef d'Etat pourra être convoqué devant la Haute Cour de Justice<sup>68</sup>.

Concernant la garantie des droits, la question se pose de savoir jusqu'à quel point l'exécutif peut porter atteinte aux libertés pour garantir la pérennité et la stabilité de l'Etat<sup>69</sup>. Si l'article 16 permet de suspendre certaines libertés publiques<sup>70</sup>, existe-t-il des droits *inconditionnels* que le chef de l'Etat doit respecter en toute circonstance ?

A la lecture de la Constitution française, il est difficile de distinguer les droits *intangibles* de l'Homme de ceux qui peuvent être mis en suspens lors des circonstances exceptionnelles. Aucune liste de droits inconditionnels n'a été établie dans une catégorie spécifique de la Constitution. Pour pallier à cette lacune, des règles de droit international ont été élaborées progressivement au cours de la seconde moitié du XXe siècle.

## 2. - Les nouvelles contraintes juridiques imposées par le droit international

Les premières contraintes imposées par le droit international concernent l'invocation de l'article 16 : lorsque le chef d'Etat décide de recourir à des pouvoirs exceptionnels, il doit en informer le Secrétaire général des Nations Unies<sup>71</sup> ainsi que le Secrétaire général du Conseil de l'Europe<sup>72</sup>, par des notifications officielles.

Ensuite, des contraintes d'ordre matériel ont été élaborées : des traités internationaux et en particulier la Convention européenne des droits de l'Homme se sont attachés à définir un certain nombre de droits *intangibles* de l'Homme. Ces droits sont considérés comme inconditionnels, c'est-à-dire qu'ils ne sauraient être remis en cause par le pouvoir politique quelles que soient les circonstances. Ils apparaissent comme des normes impératives du droit international public<sup>73</sup>. Au nombre de ces droits figurent l'interdiction de l'esclavage, des traitements inhumains et dégradants, de la torture, etc.<sup>74</sup>

Depuis la fin du XXe siècle, le droit international essaie de faire émerger une nouvelle règle impérative et inconditionnelle : l'abolition définitive de la peine de mort, c'est-à-dire l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances (paix, guerre et danger imminent)<sup>75</sup>. C'est dans cette perspective qu'a été adopté le protocole n° 13 à la

<sup>68</sup> Cf. articles 67 et 68 de la Constitution de 1958.

<sup>69</sup> SAINT-BONNET F., *L'état d'exception*, PUF, Léviathan, 2001, pp. 270 et 271.

<sup>70</sup> SAINT-BONNET F., *L'état d'exception*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>71</sup> Voir l'article 4 § 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966. Pour plus de détails sur l'exigence de notification, voir DECAUX E., « Crise de l'Etat de droit, droit de l'état de crise », in *Mélanges en hommage à L.-E. PETTITI*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 282 et ss.

<sup>72</sup> Ainsi, en vertu du paragraphe 3 de l'article 15 de la Convention, lorsque le gouvernement irlandais a eu recours à des pouvoirs exceptionnels à partir du 8 juillet 1957, il l'a notifié formellement au Secrétaire général du Conseil de l'Europe. Pour plus de précision sur cette affaire, voir DECAUX E., « Crise de l'Etat de droit, droit de l'état de crise », in *Mélanges en hommage à L.-E. PETTITI*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 267 et ss.

<sup>73</sup> Voir DECAUX E., *Droit international public*, 3 éd., Paris, Dalloz, 2002, pp. 38 à 43.

<sup>74</sup> Dans ce sens, voir l'observation générale du Comité des droits de l'Homme du 2 novembre 1994, n° 25 (52), § 10. On retrouve aussi le concept de « droits intangibles » dans le rapport du Conseil constitutionnel, « Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'Homme : concurrence ou complémentarité ? », RUDH, 1995, pp. 260 et 261.

<sup>75</sup> DECAUX E., « Les enjeux de la diplomatie multilatérale », in G. COHEN-JONATHAN et W. SCHABAS, *La peine capitale et le droit international des droits de l'Homme*, Paris, éd. Panthéon Assas, 2003, pp. 162 et ss.

Convention européenne. Or à ce stade, se pose la question des effets de ce protocole sur les pouvoirs exceptionnels du chef d'Etat.

La France a toujours considéré que le droit international ne devait pas limiter les pouvoirs de l'exécutif en temps de crise. C'est la raison pour laquelle, notamment, l'Etat a ratifié la Convention européenne avec beaucoup de retard : la France craignait que les exigences imposées par la Convention ne s'appliquent dans le cadre de l'article 16 de la Constitution<sup>76</sup>.

En 1974, lorsque l'Etat s'est enfin décidé à ratifier la Convention européenne des droits de l'Homme, une réserve consignée dans l'instrument de ratification a été déposée<sup>77</sup>. Cette réserve concerne l'article 15 de la Convention. Selon cet article, en période de crise et sous certaines conditions, les Etats parties peuvent déroger aux obligations de la Convention. La réserve française consistait à préciser que ces périodes de crise prévues par l'article 15 de la Convention concernent l'article 16 de la Constitution ainsi que les législations sur l'état de siège et l'état d'urgence.

Ainsi, la France peut déroger aux obligations de la Convention sans avoir à la dénoncer, et « à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international »<sup>78</sup>. Par cette réserve et même après la ratification du protocole n° 6 à la Convention européenne, l'Etat pouvait donc rétablir la peine de mort en période de circonstance exceptionnelle.

La raison d'être du protocole n° 13 à la Convention européenne est de mettre fin à cette possibilité : ses articles 2 et 3 excluent expressément l'usage de dérogations ou de réserves permises par la Convention. La France ne pourra donc plus opposer au protocole n° 13 les réserves qu'elle avait formulées en 1974 à propos de l'article 16 de la Constitution et des législations sur l'état d'urgence et l'état de siège.

Si ce protocole est ratifié, le rétablissement de la peine de mort sera donc impossible même en période de guerre ou de danger imminent de guerre (à moins d'une dénonciation de la Convention ou de son protocole n° 13, moyennant un préavis de six mois)<sup>79</sup>.

L'idée selon laquelle, même en période de circonstances exceptionnelles, le chef de l'Etat ne saurait rétablir la peine de mort a été acceptée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 13 octobre 2005<sup>80</sup> : il ressort de cette décision que la Constitution de 1958 ne fait pas obstacle à ce que les pouvoirs du président puissent être limités par le droit international durant la période d'utilisation de l'article 16. Le Conseil constitutionnel ne s'est donc pas opposé à la ratification du protocole n° 13 relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances.

---

<sup>76</sup> Dans ce sens, voir le rapport de N. QUESTIAUX, in *Revue des droits de l'Homme*, vol. 3, n° 4, 1970, pp. 651 et ss.

<sup>77</sup> En vertu de l'article 57 de la Convention européenne, les Etats parties peuvent émettre une réserve lors du dépôt de l'instrument de ratification du traité. La France en a déposé une, le 3 mai 1974. C'est la condition à laquelle elle devait accepter de ratifier ce texte international qu'elle avait contribué à élaborer quelques années auparavant.

<sup>78</sup> Cf. article 15 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

<sup>79</sup> Effectivement, l'article 5 du protocole n° 13 à la Convention européenne rend applicable l'article 58 de la Convention dont l'objet est de prévoir, au profit des Etats parties, une faculté de dénonciation du traité.

<sup>80</sup> Conseil constitutionnel, décision n° 2005-524525 DC du 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort*.

En revanche, il s'est opposé à la ratification du deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international, non pas parce qu'il prévoyait une abolition définitive de la peine de mort en France, mais en raison d'une règle spécifique à ce protocole : celle prévoyant l'impossibilité pour l'Etat de dénoncer cet accord<sup>81</sup>.

## II. - LA POSSIBILITE POUR L'ETAT DE RENONCER AU DROIT DE DENONCIATION D'UN TRAITE

Dans sa décision du 22 mai 1985<sup>82</sup>, le Conseil constitutionnel a estimé que le protocole n° 6 à la Convention européenne est conforme à la Constitution, notamment parce que cet accord peut être dénoncé dans les conditions prévues à l'article 65 de la Convention<sup>83</sup>. Une controverse est alors née sur les conditions de dénonciation de cet accord : pour rétablir la peine de mort en période de crise, l'Etat français doit-il dénoncer la Convention européenne dans son ensemble<sup>84</sup> ou bien peut-il se contenter de dénoncer le seul protocole n° 6<sup>85</sup> ?

Aucune réponse claire à cette question n'a été apportée. Pourtant, comme on vient de le voir, ce problème se pose aussi dans le cadre du protocole n° 13 à la Convention européenne.

S'agissant du deuxième protocole facultatif au Pacte international de 1966, la question des conditions de dénonciation de cet accord ne se pose pas car une telle possibilité a été exclue de manière *a priori*<sup>86</sup>. Le juge constitutionnel devait donc, dans sa décision du 13 octobre 2005<sup>87</sup>, déterminer quelle était sa position concernant les engagements irrévocables de l'Etat (A).

<sup>81</sup> Cette impossibilité est déduite des articles 4 et 6 du deuxième protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Dans ce sens, voir l'« observation générale » du Comité des droits de l'Homme : n° 26, Continuité des obligations, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1 (1997), en date du 29 octobre 1997.

<sup>82</sup> Conseil constitutionnel, décision n° 88-188 DC du 22 mai 1985, *Protocole n° 6 à la Convention européenne des droits de l'Homme*.

<sup>83</sup> Concrètement, si le chef de l'Etat voulait rétablir la peine de mort en France lors des circonstances exceptionnelles, il devrait au préalable dénoncer le protocole n° 6 et attendre l'expiration du délai de six mois. Ensuite seulement, la peine de mort pourrait être rétablie. Voir FAVOREU L., « La décision du Conseil constitutionnel du 22 mai 1985 », *AFDI*, 1985, pp. 868 et ss.

<sup>84</sup> Ce point de vue a été défendu notamment par IMBERT P.-H., « Article 65 », in PETTITI L.-E., DECAUX E. et autres, *La Convention européenne des droits de l'Homme, Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, pp. 949 et ss.

<sup>85</sup> Ce point de vue a été défendu notamment par GUILLAUME G., « Protocole n° 6 », in PETTITI L.-E., DECAUX E. et autres, *La Convention européenne des droits de l'Homme, op. cit.*, pp. 1070 et 1071.

<sup>86</sup> Voir les articles 4 et 6 du deuxième protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Voir aussi l'« observation générale » du Comité des droits de l'Homme : n° 26, Continuité des obligations, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1 (1997), en date du 29 octobre 1997.

<sup>87</sup> Conseil constitutionnel, décision n° 2005-524525 DC du 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort*.

Par ailleurs, on verra que l'émergence d'engagements irrévocables en droit international bouleverse quelque peu le paysage juridique traditionnel, en redonnant un nouveau souffle à l'idée de *jus cogens* (B).

### **A. - La position du Conseil constitutionnel sur les engagements irrévocables de l'Etat**

Si le Conseil constitutionnel a admis qu'un engagement international soit irrévocable, il a précisé que la ratification de ce type de traité doit, au préalable, suivre une procédure particulière : il faut une intervention expresse du pouvoir de révision constitutionnelle afin d'adapter la Constitution à cette réalité nouvelle du droit international (I).

On verra pourquoi cette position défendue par le Conseil constitutionnel est critiquable, à certains points de vue (II).

#### ***1. - Un engagement pouvant être pris après révision de la Constitution***

Dans l'état actuel de la Constitution, le Parlement ne peut ratifier le deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international de 1966<sup>88</sup>, car ce type d'engagement « porte atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »<sup>89</sup>. L'engagement en question, qui oblige les Etats à abolir la peine de mort en toutes circonstances, ne peut être dénoncé alors qu'il a vocation à lier « la France même dans le cas où un danger exceptionnel menacerait l'existence de la Nation »<sup>90</sup>.

Pour le Conseil constitutionnel, si le Parlement peut ratifier un tel engagement, il faut auparavant que le pouvoir de révision constitutionnelle intervienne pour intégrer cette possibilité au sein même de la Constitution de 1958.

Avant de ratifier le protocole additionnel au Pacte de 1966, il faudra procéder en France à une révision de la Constitution. Dans cette optique et à l'occasion de la cérémonie des vœux du Conseil constitutionnel le 3 janvier 2006, le président de la République s'est engagé à déposer un projet de loi de révision constitutionnelle visant à inscrire l'abolition de la peine de mort dans la Constitution<sup>91</sup>. Une telle révision permettra d'« éliminer le motif d'inconstitutionnalité relevé par le Conseil à propos du protocole onusien visant à abolir la peine de mort »<sup>92</sup>.

Toutefois, un problème juridique reste en suspens : la question de la validité dans l'ordre interne des engagements irrévocables de l'Etat.

---

<sup>88</sup> Ce protocole a été adopté à New York le 15 décembre 1989.

<sup>89</sup> Conseil constitutionnel, décision n° 2005-524525 DC du 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort*, considérant n° 5.

<sup>90</sup> Conseil constitutionnel, 13 octobre 2005, *op. cit.*, considérant n° 7.

<sup>91</sup> Cf. *Le Monde*, 5 janvier 2006, p. 9.

<sup>92</sup> FLAUSS J.-F., « Le Conseil constitutionnel et les engagements internationaux relatifs à l'abolition définitive de la peine de mort », *RGDIP*, 2006-1, p. 118.

## 2. - Critique de l'idée d'engagements irrévocables

Au premier abord, la possibilité pour des autorités politiques, élues à une certaine date et pour une période déterminée, d'engager l'Etat de manière perpétuelle semble choquante. De même qu'à l'échelon national, le législateur ne peut se lier pour l'avenir, la question se pose de savoir si le Parlement peut lier l'Etat irrévocablement.

Cette possibilité semble avoir été combattue, du point de vue des principes, par Rousseau : « quand chacun pourrait s'aliéner lui-même, il ne peut aliéner ses enfants »<sup>93</sup>. De même, lorsque le Parlement s'engage sur le plan international, il ne peut lier les Parlements à venir à respecter perpétuellement les mêmes règles de droit. La possibilité doit être ouverte aux Parlements nouvellement élus d'adapter la politique internationale de l'Etat aux circonstances nouvelles. Il en va du respect des générations futures.

Pour Rousseau, « ils naissent hommes et libres ; leur liberté leur appartient, nul n'a droit d'en disposer qu'eux »<sup>94</sup>. L'idée qu'un Parlement puisse ratifier une convention irrévocable est donc choquante : elle met en cause la liberté politique des générations à venir.

En outre, le concept de souveraineté étatique et ses implications empêchent de reconnaître à un Parlement la possibilité de lier l'Etat de manière irrévocable. Pour une partie de la doctrine, « les clauses engageant les Etats à perpétuité » doivent être considérées comme « contraires à l'ordre public international »<sup>95</sup>. Si les attributs de la souveraineté sont l'exercice d'un pouvoir « absolu et perpétuel », le pouvoir perpétuel de l'Etat ne saurait être utilisé pour annihiler son pouvoir absolu. Or, chaque fois que l'Etat s'engage perpétuellement à respecter certaines règles de droit, il s'engage de fait à ne plus avoir de pouvoir absolu.

Comme l'idée d'engagement irrévocable entre en contradiction avec les attributs classiques de la souveraineté, deux situations peuvent être envisagées si ce type de clause se multiplie à l'avenir : ou bien ces clauses doivent être considérées comme nulles car elles portent atteinte à un *jus cogens* structurel du droit international<sup>96</sup>. Ou bien ce type d'engagement est valide dans l'ordre juridique international et alors, il symbolise la fin de la souveraineté absolue des Etats et l'entrée de ces derniers dans une nouvelle forme de relations internationales.

Dans l'état actuel des choses, peu de traités prévoient expressément des clauses de dénonciation ou de retrait. Cela signifie-t-il que ces clauses sont implicites ou au contraire, qu'une telle possibilité est exclue ?

A ce jour, cette question fait l'objet de nombreux désaccords et n'a toujours pas été tranchée<sup>97</sup>. La Convention de Vienne relative au droit des traités, que la France n'a pas ratifiée, prévoit dans son article 56 qu'en l'absence de clause expresse, les dénonciations sont possibles si elles émanent de la commune intention des parties ou bien s'il elles

<sup>93</sup> ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social*, Livre I, Chap. IV : *De l'esclavage*, Paris, Garnier-Flammarion, 1992, p. 34.

<sup>94</sup> ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social*, Livre I, Chap. IV : *De l'esclavage*, *op. cit.*

<sup>95</sup> Dans ce sens, voir QUADRI R., « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 113, 1964-III, p. 335.

<sup>96</sup> QUADRI R., *Cours général de droit international public*, *op. cit.*, p. 335.

<sup>97</sup> Voir VAHLAS A., « Souveraineté et droit de retrait au sein de l'Union européenne », *RDJ* n° 6-2005, pp. 1586 et ss.

peuvent être déduites de la nature des traités. Or, on pourrait déduire de la nature d'un traité établi entre Etats souverains que les droits de dénonciation et de retrait sont implicites<sup>98</sup> : comme les Etats sont libres de contracter et qu'ils sont liés par leurs engagements (en vertu de l'adage *Pacta sunt servanda*), ils doivent être libres de dénoncer ces engagements moyennant un préavis. Le droit de dénonciation n'a donc pas besoin d'être prévu expressément : il découle de la logique actuelle des relations internationales et en particulier, de la souveraineté de chaque Etat.

Partant de ce point de vue, un engagement entre Etat ne saurait être irrévocable que si cette possibilité a été expressément prévue au sein de l'accord, comme ce fût le cas pour la première fois dans les relations internationales en 1989, au sein du deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international de 1966. L'intérêt sera donc de rechercher quelle est la raison d'être de ce nouveau type de clause au sein d'un traité conclu entre Etats.

### B. - L'émergence d'un nouveau *jus cogens* en droit international public ?

L'ordre public international (ou *jus cogens*) est constitué d'un *corpus* de normes impératives que doivent respecter tous les sujets de droit international, y compris les Etats souverains. En pratique, le concept de *jus cogens* pose des difficultés considérables<sup>99</sup>, non seulement parce qu'il a été difficilement accepté par la doctrine et les Etats, mais aussi parce qu'il est peu aisé d'en identifier le contenu matériel<sup>100</sup> (I).

Face à ce problème de reconnaissance des règles de *jus cogens*, le protocole facultatif au Pacte international semble apporter une innovation : en élaborant un traité prévoyant expressément un engagement irrévocable des Etats, il semble que les Nations Unies tentent de faire émerger un nouveau *jus cogens* matériel<sup>101</sup> : l'abolition définitive de la peine de mort (II). Effectivement, si les Etats restent libres de ratifier ou non cette convention, ils se trouvent liés à celle-ci de manière irrévocable au jour où ils y ont adhéré. Dés lors, si une majorité d'Etats ratifie ce protocole, un nouveau *jus cogens* matériel émergera de fait en droit international<sup>102</sup>.

<sup>98</sup> En Allemagne, la Cour constitutionnelle fédérale l'a affirmé sans équivoque à propos du Traité sur l'Union européenne : voir l'arrêt BVerfGE 89/155 du 12 octobre 1993, § 90. Dans ce sens, mais de manière beaucoup moins directe, le Conseil constitutionnel a considéré que, dans le cadre d'un traité international, « l'absence de référence à une clause de retrait ne saurait constituer en elle-même un abandon de souveraineté ». On peut en déduire que la possibilité de retrait est un élément de la souveraineté des Etats. Elle est donc sous-entendue dans chaque traité international. Voir le considérant n° 58 de la décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, *Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen*.

<sup>99</sup> TUNKIN G.I., "International Law in the International System", *RCADI*, vol. 147, 1975-IV, pp. 92 et ss.

<sup>100</sup> NICOLOUDIS E. P., *La nullité de jus cogens et le développement contemporain du droit international public*, Athènes, éd. Papazissis, 1974, p. 144.

<sup>101</sup> L'existence de règles de *jus cogens* matériel en droit international a été défendue notamment par M. DESPOUY, qui s'appuyait alors sur la jurisprudence de la Cour internationale de Justice relative aux article 3 communs aux différentes Conventions de Genève de 1949 (CIJ, arrêt du 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires (Nicaragua c. USA)*, Rec. 1986, pp. 113 à 115) : voir DECAUX E., « Crise de l'Etat de droit, droit de l'état de crise », *Mélanges en hommage à L.-E. PETTITI*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 287.

<sup>102</sup> Dans ce sens, voir DECAUX E., *Droit international public*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 34.



## ***1. - Le problème de la reconnaissance des jus cogens en droit international***

L'idée de *jus cogens* est plus ancienne que le terme lui-même, car tout système implique un certain nombre de règles fondamentales sur lequel il repose, et qui ne sauraient être remises en cause sans dénaturer l'ensemble. Concernant le droit et les relations internationales, la doctrine a discuté très longtemps sur l'existence de ce concept et son contenu. Aujourd'hui, des problèmes persistent quant au mode de reconnaissance de ces règles.

### *a. - Une existence contestée*

La question de savoir s'il existe ou non des normes auxquelles les Etats ne peuvent déroger, même par traités, a fait l'objet de débats houleux au sein de la doctrine<sup>103</sup>. Pour certains, il n'y a pas de limite juridique à la liberté de traiter des Etats<sup>104</sup>. Fondamentalement, l'idée d'un *jus cogens* est inadaptée à la réalité des relations internationales. Elle ne serait pensable que dans une société internationale organisée, avec un système de droit hautement développé et une autorité policière chargée d'en assurer l'effectivité. Au fond, il ne saurait y avoir de norme impérative sans contrainte physique qui l'accompagne<sup>105</sup>.

Ce point de vue a été vivement contesté par un pan de la doctrine qui a toujours considéré que la sanction ne confère pas au droit sa validité. Des normes de *jus cogens* existent donc en droit international, quand bien même elles ne sauraient être sanctionnées par une autorité policière. C'est ainsi qu'une grande partie de la doctrine moderne s'est accordée sur l'existence de certaines normes de *jus cogens* à l'échelon international<sup>106</sup>.

Les débats doctrinaux sur l'existence ou non de *jus cogens* n'ont jamais cessé, même lorsque ce principe a été consacré de manière explicite par la Convention de Vienne relative au droit des traités, en 1969<sup>107</sup>. Selon cette convention, la nullité doit frapper un traité si son contenu, librement et souverainement consenti par les Etats, est incompatible avec ce que *doit* être le contenu d'un traité international.

Une telle affirmation montre l'évolution vers laquelle devaient se diriger les relations internationales à partir de 1969 : des règles de droit s'imposent désormais aux Etats, même s'ils sont souverains. Le problème, maintenant, reste de déterminer le contenu exact de ces règles.

### *b. - Un mode de reconnaissance incertain*

Parmi les règles de *jus cogens*, il faut en distinguer deux types. Certaines sont *structurelles* en ce sens qu'elles sont liées à l'édifice fondamental sur lequel repose la société internationale. Ces règles, fondées en particulier sur la souveraineté des Etats, ne

<sup>103</sup> TUNKIN G. I., « International Law in the International System », 1975, in KOLB R. (dir.), *Les cours généraux de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 564.

<sup>104</sup> ROUSSEAU C., *Principes généraux du droit international public*, Paris, Pedone, 1944, pp. 340 et 341.

<sup>105</sup> Dans ce sens, voir SCHWARZENBERGER G., *The concept of jus cogens in International Law*, Cornegie, Genève, 1967, pp. 11 et ss.

<sup>106</sup> NICOLOUDIS E. P., *La nullité de jus cogens et le développement contemporain du droit international public*, op. cit., p. 149.

<sup>107</sup> Voir les articles 53 et 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.

sauraient être remises en cause sans altérer les bases même des relations internationales<sup>108</sup>. Elles sont intrinsèques au système juridique international en place et s'y rattachent par essence<sup>109</sup>.

En pratique, le contour de ces règles n'est pas aisé à déterminer. La Convention de Vienne n'en a dégagé que deux : un traité international est nul en raison, ou bien d'un objet illicite, ou bien d'un consentement vicié<sup>110</sup>. A ces deux règles de *jus cogens*, on peut en ajouter deux autres qui n'ont pas été explicitement inscrites dans la Convention de Vienne, mais qui en découlent naturellement : le défaut de capacité juridique internationale des parties ainsi que le défaut de forme convenable du traité<sup>111</sup>.

D'autres règles de *jus cogens* structurel peuvent être trouvées. En particulier, parmi les accords devant être considérés comme contraires à l'ordre public international doivent être intégrées, selon le professeur Quadri, « les clauses engageant les Etats à perpétuité »<sup>112</sup>. Pour cet auteur, l'idée d'un engagement perpétuel de l'Etat se trouve en contradiction avec les attributs classiques de la souveraineté et la logique des relations internationales.

Ce point de vue ne semble toutefois pas partagé par l'ensemble de la doctrine et encore moins par les Etats : environ 63 d'entre eux ont déjà signé ou adhéré au protocole facultatif au Pacte international de 1966, alors que ce dernier prévoit l'impossibilité pour les Etats de dénoncer ce traité.

Hormis les règles de *jus cogens* structurel qui s'imposent en raison des caractéristiques constitutives du système juridique international, il existe des règles de *jus cogens* matériel. Ces dernières s'imposent car elles forment un système de valeurs que les Etats, même souverains, ne sauraient remettre en cause. Fondées sur des préceptes éthiques de la communauté internationale, elles reflètent le degré d'humanité et de civilisation des relations internationales à un moment déterminé<sup>113</sup>.

La Convention de Vienne sur le droit des traités ne précise pas quelles sont en substance ces règles et préceptes. Toutefois la Commission du droit international, lors des travaux préparatoires à la Convention de 1969, en a fourni quelques exemples<sup>114</sup> : on y trouve l'interdiction du recours à la force armée, l'interdiction du génocide, de l'esclavage, de la traite, du trafic de stupéfiants, etc.<sup>115</sup> Le problème est que ces différentes règles n'ont pas connu de consécration officielle, sauf pour certaines d'entre elles, par la Cour internationale de Justice<sup>116</sup>.

<sup>108</sup> SCHWARZENBERGER G., « The fundamental Principles of International Law », 1955, in KOLB R. (dir.), *Les cours généraux de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 298.

<sup>109</sup> NICOLOUDIS E. P., *La nullité de jus cogens et le développement contemporain du droit international public*, Athènes, éd. Papazissis, 1974, p. 150.

<sup>110</sup> NICOLOUDIS E. P., *La nullité de jus cogens et le développement contemporain du droit international public, op. cit.*, p. 72.

<sup>111</sup> FAIRMANN C., "Competence to blink the State to an International Engagement", 30, *AJIL*, 1936, pp. 439 et ss.

<sup>112</sup> QUADRI R., « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 113, 1964-III, p. 335.

<sup>113</sup> NICOLOUDIS E. P., *La nullité de jus cogens et le développement contemporain du droit international public, op. cit.*, p. 150.

<sup>114</sup> VERHOEVEN J., *Droit international public*, Larcier, 2000, p. 341.

<sup>115</sup> QUADRI R., « Cours général de droit international public », 1964, in KOLB R. (dir.), *Les cours généraux de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 421.

<sup>116</sup> Voir les arrêts de la Cour internationale de Justice du 5 février 1970, *Barcelona Traction*, Rec. 1970 p. 32, et du 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, Rec. 1986 p. 100. Voir aussi DECAUX E., *Droit international public*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2002, pp. 42 et 43.

## 2. - Vers un nouveau mode de consécration des *jus cogens* matériels en droit international ?

En élaborant des traités que les Etats ne peuvent dénoncer à l'avenir, il semble que les Nations Unies tentent d'imposer un nouveau mode de consécration des *jus cogens* matériels. Effectivement, si les Etats s'accordent pour abolir la peine de mort et s'engagent, parallèlement et expressément, à ne pas dénoncer ce traité, on se retrouve, de fait, devant une nouvelle règle impérative du droit international<sup>117</sup>.

Un peu plus loin dans ce raisonnement, le Comité des droits de l'Homme a tenté d'imposer l'idée que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques est, par nature, impossible à dénoncer. Dans une observation générale, ce Comité estime que « le droit international n'autorise pas un Etat qui a ratifié le Pacte, qui y a adhéré ou qui a succédé à un Etat lié par le Pacte, à le dénoncer ou à s'en retirer »<sup>118</sup>. Pour conforter ce point de vue, le Comité s'appuie notamment sur l'article 56 de la Convention de Vienne relative au droit des traités<sup>119</sup>.

L'idée d'engagements irrévocables n'est donc pas nouvelle en droit international. Certains organismes internationaux tentent même de la généraliser, afin d'imposer l'idée d'un *corpus* de règles internationales à la fois impératif et permanent. Mais ce point de vue exprimé par le Comité des droits de l'Homme est loin de faire l'unanimité<sup>120</sup>.

S'agissant du cas particulier du deuxième protocole facultatif au Pacte international de 1966, on peut espérer qu'un mouvement majoritaire d'Etats favorables à ce traité le ratifie ces prochaines années. Ainsi, une nouvelle règle impérative du droit international émergera que les Etats ne pourront plus dénoncer.

Il est certain qu'un courant d'Etats réticents s'opposera longtemps à cette idée ; mais il faut espérer qu'il cède progressivement. Dans cette perspective, une ratification rapide et unanime du protocole n° 13 à la Convention européenne au niveau régional pourrait avoir un effet incitateur : elle encouragera peut-être les autres Etats du monde à ratifier le deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international de 1966. Ainsi, l'Europe apparaîtra comme le moteur de l'abolition universelle et définitive de la peine de mort.

---

<sup>117</sup> Dans ce sens, voir DECAUX E., *Droit international public*, 3è éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 34.

<sup>118</sup> Observation générale n° 26 (61) relative aux questions touchant la continuité des obligations souscrites en vertu du Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques, § 1.

<sup>119</sup> Selon l'article 56 de la Convention de Vienne, « un traité qui ne contient pas de dispositions relatives à son extinction et ne prévoit pas qu'on puisse le dénoncer ou se retirer ne peut faire l'objet d'une dénonciation ou d'un retrait, à moins : a) qu'il ne soit établi qu'il entrerait dans l'intention des parties d'admettre la possibilité d'une dénonciation ou d'un retrait ; ou b) que le droit de dénonciation ou de retrait ne puisse être déduit de la nature du traité ».

<sup>120</sup> FLAUSS J.-F., « Le Conseil constitutionnel et les engagements internationaux relatifs à l'abolition définitive de la peine de mort », *RGDIP*, 2006-1, pp. 128 à 131.