

« DEVOIR DE PUNIR ? »
LE SYSTÈME PÉNAL
FACE À LA PROTECTION INTERNATIONALE
DU DROIT À LA VIE

**COLLECTION DE
L'UMR DE DROIT COMPARÉ DE PARIS
(UNIVERSITÉ DE PARIS 1 / CNRS - UMR 8103)
VOLUME 32**

Équipe Internormativités dans l'espace pénal
Collège de France

Association de Recherches Pénales Européennes

**« DEVOIR DE PUNIR ? »
LE SYSTÈME PÉNAL
FACE À LA PROTECTION INTERNATIONALE
DU DROIT À LA VIE**

Sous la direction de
Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, Stefano MANACORDA
et Juliette TRICOT

Société de législation comparée
28 rue Saint Guillaume, 75007 Paris, France
Tél : (33) 1 44 39 86 23
Fax : (33) 1 44 39 86 28
e-mail : slc@legiscompare.com
www.legiscompare.com

En hommage à Joaquim Vogel, disparu le 17 août 2013, qui nous avait fait l'honneur de participer à l'une des journées d'études dont les fruits sont rassemblés ici.

Cette recherche a été réalisée grâce au concours financier du Collège de France (Équipe Internormativités dans l'espace pénal) et de l'UMR de droit comparé de Paris.

L'ARPE et l'Équipe Internormativités dans l'espace pénal du Collège de France tiennent à remercier le peintre CHISA pour avoir accepté que l'une de ses œuvres soit reproduite en couverture de cet ouvrage.

Le Code de propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constitue donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de propriété intellectuelle.

© Société de législation comparée – 2013

I.S.B.N. 978-2-36517-023-9

I.S.S.N. 1636-905X

Collection de l'UMR de droit comparé de Paris^{*}

n°1. *Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires*, publié avec le concours du CNRS, 2001, 157 pages.

n°2. *Variations autour d'un droit commun. Premières Rencontres de l'UMR de droit comparé*, sous la direction de Mireille DELMAS-MARTY, Horatia MUIR WATT et Hélène RUIZ FABRI, publié avec le concours du CNRS, 2002, 485 pages.

n°3. *Clonage humain. Droits et sociétés. Étude franco-chinoise. Volume 1, Introduction*, sous la direction de Mireille DELMAS-MARTY et Naigen ZHANG, 2002, réimpression 2005, 238 pages.

n°4. *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs. Travaux de l'Atelier de droit international de l'UMR de droit comparé de Paris*, sous la direction de Hélène RUIZ FABRI, 2003, 290 pages.

n°5. *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, sous la direction de Mireille DELMAS-MARTY, Geneviève GIUDICELLI-DELAGE et Élisabeth LAMBERT ABDELGAWAD, 2003, 592 pages.

n°6. *Clonage humain. Droits et sociétés. Étude franco-chinoise. Volume 2, Comparaison*, sous la direction de Mireille DELMAS-MARTY et Naigen ZHANG, 2004, 219 pages.

n°7. *Les sources du droit international pénal*, sous la direction de Mireille DELMAS-MARTY, Emanuella FRONZA, Élisabeth LAMBERT ABDELGAWAD, 2004, 488 pages.

n°8. *Clonage humain. Droits et sociétés. Étude franco-chinoise. Volume 3, Conclusion*, sous la direction de Mireille DELMAS-MARTY et Naigen ZHANG, 2005, 146 pages.

n°9. *Mireille Delmas-Marty et les années UMR*, 2005, 551 pages.

n°10. *L'intégration pénale « indirecte ». Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, sous la direction de Geneviève GIUDICELLI-DELAGE et Stefano MANACORDA, 2005, 383 pages.

n°11. *Les juridictions pénales internationalisées, (Cambodge, Kosovo, Sierra Leone, Timor Leste)*, sous la direction de Hervé ASCENSIO, Élisabeth LAMBERT ABDELGAWAD et Jean-Marc SOREL, 2006, 383 pages.

^{*} Éditeur : Société de législation comparée, 28, rue Saint-Guillaume, 75007 Paris.
www.legiscompare.com

n°12. *Les transformations de l'administration de la preuve pénale. Perspectives comparées*, sous la direction de Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, 2006, 374 pages.

n°13. *Impérialisme et droit international en Europe et aux États-Unis*, sous la direction de Emmanuelle JOUANNET et Hélène RUIZ FABRI, 2007, 334 pages.

n°14. *La clémence saisie par le droit. Amnistie, prescription et grâce en droit international et comparé*, sous la direction de Hélène RUIZ FABRI, Gabriele DELLA MORTE, Élisabeth LAMBERT ABDELGAWAD et Kathia MARTIN-CHENUT, 2007, 645 pages.

n°15. *Les chemins de l'harmonisation pénale*, sous la direction de Mireille DELMAS-MARTY, Mark PIETH et Ulrich SIEBER, 2008, 447 pages.

n°16. *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, sous la direction de Hélène RUIZ FABRI et Lorenzo GRADONI, 2009, 574 pages.

n°17. *Actualité du droit public comparé en France et en Allemagne – Actes des séminaires franco-allemands de droit public comparé (2006-2007)*, sous la direction de David CAPITANT et Karl-Peter SOMMERMANN, 2009, 222 pages.

n°18. *Regards croisés sur l'internationalisation du droit : France – États-Unis*, sous la direction de Mireille DELMAS-MARTY et Stephen BREYER, 2009, 274 pages.

n°19. *Cour de Justice et justice pénale en Europe*, sous la direction de Geneviève GIUDICELLI-DELAGE et Stefano MANACORDA, 2010, 323 pages.

n°20. *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme : la Cour interaméricaine, pionnière et modèle ?*, sous la direction de Élisabeth LAMBERT ABDELGAWAD et Kathia MARTIN-CHENUT, 2010, 334 pages.

n°21. *La Convention de l'Unesco sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles. Premier bilan et défis juridiques*, sous la direction de Hélène RUIZ FABRI, 2010, 280 pages.

n°22. *Le Parquet et la Prokuratura. Étude comparée France-Russie*, sous la direction de Nadine MARIE-SCHWARTZENBERG, 2010, 171 pages.

n°23. *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, sous la direction de Hélène RUIZ FABRI et Michel ROSENFELD, 2011, 452 pages.

n°24. *Les catégories ethno-raciales à l'ère des biotechnologies. Droit, sciences et médecine face à la diversité humaine*, sous la direction de Guillaume CANSELIER et Sonia DESMOULIN-CANSELIER, 2011, 170 pages.

n°25. *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, sous la direction de Gérard MARCOU et Johannes MASING, 2011, 408 pages.

n°26. *Les procédures administratives et le contrôle à la lumière de l'expérience européenne en France et en Russie*, sous la direction de Talia Iaroulovna KHABRIEVA et Gérard MARCOU, 2012, 310 pages.

n°27. *Les doctrines internationalistes durant les années du communisme réel en Europe. Internationalist Doctrines During the Years of Real Communism in Europe*, sous la direction de Emmanuelle JOUANNET et Iulia MOTOC, 2012, 568 pages.

n°28. *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, sous la direction de Geneviève GIUDICELLI-DELAGÉ et Christine LAZERGÉS, 2012, 336 pages.

n°29. *Si proche, si loin : la pratique du droit international en France et en Allemagne*, sous la direction de Évelyne LAGRANGE, Andrea HAMANN et Jean-Marc SOREL, Avant-propos Christian TOMUSCHAT, 2012, 456 pages.

n°30. *La responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales*, sous la direction de Geneviève GIUDICELLI-DELAGÉ et Stefano MANACORDA, 2013, 303 pages.

n°31. *Droit international et nouvelles approches sur le tiers-monde : entre répétition et renouveau / International Law and New Approaches to the Third World : between Repetition and Renewal*, sous la direction de Mark TOUFAYAN, Emmanuelle TOURME-JOUANNET et Hélène RUIZ FABRI, 2013, 452 pages.

n°32. *« Devoir de punir ? » Le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie*, sous la direction de Geneviève GIUDICELLI-DELAGÉ, Stefano MANACORDA et Juliette TRICOT, 2013, 334 pages.

Table des matières

Les auteurs	11
Introduction Geneviève GIUDICELLI-DELAGÉ	13

I

DROIT À LA VIE ET RENOUVEAU DES OBLIGATIONS DE PROTECTION PÉNALE

A. – La reprise du débat autour des obligations de protection pénale

« Devoir de punir ? » Les obligations de protection pénale à l'heure de l'internationalisation du droit Stefano MANACORDA	21
Les obligations de protection pénale des droits fondamentaux Francesco VIGANÒ	59
Cour constitutionnelle italienne et obligations de protection pénale Vittorio MANES	79

B. – La relance internationale des obligations de protection pénale

Les obligations internationales de protection pénale du droit à la vie. Variations sur un même thème ? Le point de vue de l'Union européenne Juliette TRICOT	113
La protection du droit à la vie et les obligations de protection pénale dans le système interaméricain des droits de l'homme Kathia MARTIN-CHENUT	141
Cour pénale internationale et dimension substantielle de la complémentarité Mathieu JACQUELIN	185

II**DROIT À LA VIE
ET DIVERSITÉ DES OBLIGATIONS
DE PROTECTION PÉNALE***A. – Typologie(s) des obligations de protection pénale*

L'incrimination des atteintes à la vie : mobiliser le registre des droits de l'homme ? Antoine BAILLEUX	211
Les obligations positives de pénalisation et de punition des atteintes à la vie imposées par la Cour européenne des droits de l'homme au titre de l'article 2 de la Convention Julie ALIX	223
Obligations positives procédurales et droit à la vie Olivier CAHN	235
<i>B. – Portée et limites des obligations de protection pénale</i>	
Prévention du meurtre : la Cour européenne des droits de l'homme va-t-elle trop loin ? Raphaële PARIZOT	267
De l'obligation internationale de protéger pénalement la vie humaine à l'obligation internationale de protéger pénalement l'humanité de la vie Damien ROËTS	279
Judicial Cooperation in the EU as a Means of Combating Death Penalty and the Expansion of Human Rights Adán NIETO MARTÍN	303
Présent et avenir de la peine de mort en Chine WANG NA	325

LES AUTEURS

Julie ALIX, Maître de conférences à l'Université du Maine, membre du Themis-UM – EA 4333, membre de l'Équipe « Internormativités dans l'espace pénal » du Collège de France

Antoine BAILLEUX, Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis et avocat au barreau de Bruxelles

Olivier CAHN, Maître de conférences à l'Université de Cergy-Pontoise, Responsable du LEJEP-CERSC, Chercheur-associé au CESDIP-CNRS, membre de l'Équipe « Internormativités dans l'espace pénal » du Collège de France

Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne de l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne), Présidente de l'Association de recherches pénales européennes (ARPE)

Mathieu JACQUELIN, Maître de conférences à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Stefano MANACORDA, Professeur à l'Université de Naples II, Professeur associé à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris I (Panthéon-Sorbonne), Directeur de l'Équipe « Internormativités dans l'espace pénal » du Collège de France, Vice-Président de l'ARPE

Vittorio MANES, Professeur à l'Université de Salento, membre du Service des études de la Cour constitutionnelle italienne

Kathia MARTIN-CHENUT, Chargée de recherches de première classe au CNRS, UMR DRES (Équipe RSE), membre de l'Équipe « Internormativités dans l'espace pénal » du Collège de France

Adán NIETO MARTÍN, Professeur à l'Université de Castilla-La Mancha, Vice-directeur de l'Institut de droit pénal international et européen

WANG NA, Professeur à l'Université de Sciences politiques et juridiques de Shanghai

Raphaële PARIZOT, Professeur à l'Université de Poitiers, membre de l'Équipe « Internormativités dans l'espace pénal » du Collège de France, Vice-Présidente de l'ARPE

Damien ROËTS, Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de l'Université de Limoges, membre de l'Observatoire des mutations institutionnelles et juridiques (OMIJ)

Juliette TRICOT, Maître de conférences à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense (Centre de droit pénal et de criminologie), membre de l'Équipe « Internormativités dans l'espace pénal » du Collège de France, Secrétaire général adjoint de l'ARPE

Francesco VIGANÒ, Professeur à l'Université Statale de Milan

INTRODUCTION

Geneviève GIUDICELLI-DELAGE

La recherche ici entreprise se situe, une nouvelle fois, au croisement du droit pénal et des droits de l'homme, dans un jeu successif et complexe de miroirs.

Celui de l'*objectif de protection de la vie* et du *droit à la vie* (où l'on passe du registre du droit objectif – et du législateur – à celui du droit subjectif – et du juge).

Celui du *droit de punir* (qui autorise, dans les limites légales, l'État à réprimer les actes qui portent atteinte à son ordre public, et, le cas échéant, à utiliser la peine de mort) et du *devoir de punir* (qui impose, au nom du devoir d'exécution de normes et décisions internationales, à l'État d'incriminer, enquêter, poursuivre, juger, condamner, exécuter la sanction).

Celui enfin du *droit pénal* et des *droits de l'homme*, qui révèle, en deux questions, l'ambivalence de leurs rapports : Mobiliser le droit pénal pour protéger les droits de l'homme ? Mobiliser les droits de l'homme pour limiter et encadrer le droit de punir de l'État ou au contraire pour lui imposer un devoir de punir ?

Limiter et encadrer le droit de punir de l'État est la vocation foncière des droits de l'homme (qui justifie, notamment, le mouvement – que l'on espère irrésistible et irréversible – vers l'abolition universelle de la peine capitale, ou encore que l'arbitraire de l'État s'entende aussi des actes de ses agents). Mais les autres interrogations s'enracinent dans un renversement de perspective, car l'une et l'autre renvoient cette fois au seul devoir de punir, ouvrant la réflexion sur l'instrumentalisation soit du droit pénal (au service des droits de l'homme) soit des droits de l'homme (au service de la répression).

Le constat est clair que celui de l'inflorescence de ce devoir de punir qui prend principalement figure dans des obligations positives de protection.

Une inflorescence qui se produit depuis que les cours supranationales se sont emparées de ces obligations – avec un bien plus grand succès que les cours constitutionnelles (si ces obligations ont une origine première interne, elles furent si décriées qu’elles ne purent s’implanter) auprès des juges nationaux, parfois prêts à se saisir de ce moyen de contestation des politiques criminelles étatiques. Ces obligations sont fondées, d’une part sur la doctrine du caractère vivant et évolutif des instruments de protection des droits de l’homme qui non seulement autorise mais plus encore implique que les juges, par l’interprétation qu’ils donnent de ces instruments, soumettent les États à des obligations auxquelles ils n’avaient pas consenti lors de leur adhésion (une doctrine qui ainsi permet de passer outre à l’absence d’affirmation expresse d’obligations positives des États dans la lettre des instruments), d’autre part sur l’exigence d’une garantie non illusoire, ce qui suppose que les droits soient effectifs. Or, une pleine effectivité ne pourrait être atteinte par les seules obligations négatives, ce qui impliquerait que soient mises à la charge des États des obligations positives de protection des droits de l’homme. De l’effectivité – des droits – à l’efficacité – du droit pénal – le pas est facile à franchir, emportant, qu’à rebours du principe classique d’*ultima ratio*, ce ne serait pas le recours au droit pénal qui nécessiterait justification mais bien l’absence de recours au droit pénal qui serait inadmissible (puisque constituant une violation des droits de l’homme par le refus que l’efficacité du droit pénal assure l’effectivité des droits garantis).

Il est vrai que, s’agissant du droit à la vie, la rhétorique de l’effectivité de sa protection se fortifie d’une autre, celle de la lutte contre l’impunité, et il peut se concevoir que, face aux atteintes massives à l’égard de ce droit – « le premier » ? car la jouissance de tout autre droit est tributaire de la vie (mais non du droit à la vie...) – la tentation soit grande de vouloir imposer aux États défailants ou rétifs dans la protection de droits de l’homme internationalement reconnus des obligations de faire, non seulement par respect de la hiérarchie des normes (c’est-à-dire pour faire prévaloir sur les lois internes les normes supranationales), mais encore par désir d’une « justice » que les règles et pratiques internes n’offriraient pas (qu’elles accordent des faveurs ou l’impunité aux puissants, qu’elles ne protègent pas suffisamment les victimes).

Il y a, en effet, à ces obligations, deux versants. Le premier est *l’obligation au droit pénal*, c’est-à-dire *l’obligation faite au législateur* interne de punir ou de punir plus (autrement dit l’interdiction faite de ne pas punir, de cesser de punir, de punir moins). Le second est *le droit à la peine*, c’est-à-dire *la reconnaissance au profit de l’individu* du droit à ce que les comportements qui portent atteinte à ses droits soient incriminés, à ce qu’il

puisse accéder au juge pour voir juger et condamner les auteurs de ces atteintes à la hauteur du mal par lui subi.

Le premier versant ouvre ainsi la perspective côté *pouvoirs*. Elle est celle du *titre* à poser des obligations, et donc celle de la légitimité à le faire du normateur supranational parfois, mais principalement des juges internationaux, régionaux, et par relais, internes. Elle éclaire ce faisant l'érosion du politique, soumis à une juridicisation de ses choix qui, loin de seulement sanctionner un arbitraire d'État – raisonner la raison d'État est la vocation première des droits de l'homme et le rôle attendu des juges –, en arrive, dans des cas extrêmes, jusqu'à dénier toute souveraineté au peuple lui-même (si l'interdiction des autoamnisties relève d'un salutaire contrôle de la raison du plus fort, peut-il en aller de même des amnisties référendaires voulues par nombre de ceux ayant souffert de cette raison ?), au nom d'une certaine conception de la justice – qui frise la version kantienne de la justice absolue – et de la prééminence de la protection de droits individuels au détriment le cas échéant de la paix sociale (qui est l'horizon ultime du droit, mais il est vrai pas celui des droits).

Le second versant ouvre justement la perspective côté *droits*. Elle est celle de *l'exercice* et des limites de cet exercice, ou encore des bornes du champ de la protection pénale des droits de l'homme. Elle éclaire, quant à elle, le risque que ce champ soit pourtant sans limites et, plus précisément, que le droit à la vie ne soit pas une borne aux obligations positives. D'abord, parce que, *en deçà* de ce droit, légion sont les droits subjectifs, et que la capacité de pullulement des *droits à*, loin de permettre une circonscription, pourrait conduire à la prolifération des obligations de pénaliser. Ensuite, parce que ce droit lui-même (outre le caractère variable de la nature, intentionnelle, non intentionnelle, des atteintes à la vie) recèle une propension à se subdiviser en diverses sous-espèces : droit à une vie bonne, droit à une vie décente, droit à une vie saine, etc. Se pose alors la question de savoir – dès lors que paraîtrait juste et utile le recours par les juges (le pouvoir du normateur supranational relève d'un autre registre) à des obligations positives – si ce n'est pas *au-delà* du droit à la vie que devrait se trouver la borne, dans le droit à l'égalité dignité, droit absolu, seul à même de faire échec à la prolifération des obligations positives (parce que la dignité est une), et de récuser toute validité de la peine de mort (parce que l'égalité dignité ne peut jamais être mise en balance, à la différence de la vie et du droit à la vie qui peuvent l'être avec la légitime défense individuelle ou sociale). Le constat d'ailleurs pourrait être fait que les atteintes majeures, massives, au droit à la vie sont aussi et d'abord des atteintes à l'égalité dignité, et que c'est dans ces hypothèses que, le plus souvent, ont été, en pratique, imposées par les juges des obligations positives de protection, ce qui serait une manière de relativiser l'incidence d'un appel à la pénalisation,

voire à la surpénalisation, que comporte, consubstantiellement, le renversement de perspective qui fait de l'État un débiteur et de la victime sa créancière, et de mettre un frein à l'expansion d'une vision du droit pénal au seul service de la sécurité et d'exigences victimaires.

La protection internationale du droit à la vie est ainsi une ligne de crête d'où peuvent s'observer les rapports complexes qui lient droit pénal et droits de l'homme. Apparaissent les glissements et leurs effets lorsque l'on passe d'un objectif collectif à la charge du législateur à un droit fondamental du sujet entre les mains du juge, de l'obligation de supprimer une norme qui porte atteinte à la vie à l'obligation de créer des normes qui protègent le droit à la vie, de la lutte contre l'arbitraire de l'État (y compris de ses agents) à l'assurance de l'effectivité de droits individuels, de l'international à l'interne et de l'extraordinaire à l'ordinaire, d'un rapport État/auteur à un rapport État/victime (dans lequel le droit à la peine demande à être satisfait au détriment de tout autre intérêt, fût-il la paix – sociale).

Apparaissent encore le mythe (*i.e.* ce qui fait sens et lien sans avoir à être démontré) qui est à l'œuvre, celui de l'efficacité du droit pénal seul à même de répondre à un certain idéal de justice et à un principe d'effectivité, comme le paradoxe qui en découle : qu'à vouloir magnifier l'arme pénale elle n'en soit dénaturée (par le cantonnement de ses principes fondamentaux, nécessité, proportionnalité, légalité), et qu'à vouloir protéger les droits de l'homme ils n'en soient affaiblis (ou du moins certains d'entre eux, droit à la sûreté, présomption d'innocence, respect de la vie privée).

Mais apparaît aussi – et ce sont là toute la difficulté et tous les enjeux – qu'il peut y avoir autant d'*arbitraire* à ne pas punir qu'à punir, et qu'à ne pas sanctionner le premier lorsqu'il porte sur des atteintes majeures aux droits de l'homme, le législateur international et les juges manqueraient à leur devoir primordial (celui d'arrêter toute forme d'arbitraire).

Une ligne de crête est un passage escarpé qui impose prudence et équilibre au marcheur afin qu'il ne dévale pas l'un ou l'autre des versants. Ce sont cette prudence et cet équilibre, diversement exprimés tant le sujet est sensible, qui marquent les études qui suivent.