

La protection contre la torture et les traitements cruels, inhumains et dégradants : l'affirmation d'une norme et l'évolution d'une définition en droit international

Jean-François Bonin

Volume 3, 1986

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1101417ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1101417ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)

2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Bonin, J.-F. (1986). La protection contre la torture et les traitements cruels, inhumains et dégradants : l'affirmation d'une norme et l'évolution d'une définition en droit international. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 3, 169–215. <https://doi.org/10.7202/1101417ar>

La protection contre la torture et les traitements cruels, inhumains et dégradants : l'affirmation d'une norme et l'évolution d'une définition en droit international

JEAN-FRANÇOIS BONIN *

Amnistie Internationale rapporte que la torture est encore pratiquée dans plus d'un tiers des pays de ce monde. Cette « peste de la seconde moitié du XX^e siècle », comme on la désigne souvent, a donc gardé beaucoup de sa virulence, et les progrès accomplis par l'humanité à cet égard ne se sont que peu manifestés dans la plupart des régimes se situant aux extrêmes politiques de la droite comme de la gauche. Pourtant, l'époque où la torture était officiellement admise par de nombreux systèmes nationaux comme méthode d'interrogatoire semble parfois si peu lointaine*^{1 2}.

Cette pratique est devenue sujet de préoccupation internationale depuis l'émergence des droits universels de l'Homme et, par conséquent, ne saurait plus être à l'abri derrière les frontières nationales. En effet, depuis que la *Charte des Nations Unies*³ a jeté les bases contemporaines

* Avocat, à l'emploi de la Délégation de la Commission des Communautés européennes à Ottawa. L'auteur remercie Daniel Turp, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, pour ses commentaires ainsi que Marie-Claude Larose.

1. AMNESTY INTERNATIONAL, *La torture : instrument de pouvoir et fléau à combattre* (1984), p. 12.
2. Voir D. ROEDELSPERGER, *L'univers mental de la torture* (1981), *passim*.
3. [1945] R.T. Can. n° 47 [ci-après dénommée la Charte].

des droits fondamentaux de l'Homme, la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants n'ont cessé d'être condamnés par de nombreux instruments internationaux, à commencer par la *Déclaration universelle des droits de l'Homme**.

Si l'indignation généralisée face à la torture physique et mentale est une chose, sa prévention effective et sa disparition en sont une autre. D'où l'importance à ce sujet de normes internationales aux assises juridiques solides, un droit à la fois large et précis.

Comme dans la plupart des cas, la pratique de la torture est précédée de la violation d'autres droits fondamentaux comme celui de la liberté de pensée et d'opinion, celui de ne pas faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire, celui d'un contrôle judiciaire de ces dernières etc., il faudrait exposer la portée de chacun de ces droits pour tracer un portrait exhaustif de l'arsenal juridique protégeant la victime potentielle de torture. Nous avons toutefois dû nous limiter à étudier les dispositions spécifiquement applicables lorsque sont en cause la torture et les mauvais traitements cruels, inhumains et dégradants.

Afin que soit reflétée le mieux possible l'évolution de ce droit, nous avons opté pour l'ordre chronologique selon lequel ces instruments internationaux ont été adoptés ne tenant ainsi pas compte du moment de leur éventuelle entrée en vigueur. Nous avons privilégié le regroupement des textes selon leur objet principal en commençant par l'étude des instruments de portée mondiale, cela parfois aux dépens du respect de leur rang dans l'échelle des valeurs juridiques. La signification exacte du droit protégé a ensuite été analysée par l'étude de la jurisprudence des instances judiciaires ou quasi judiciaires, internationales et régionales.

Restera alors à faire le point en droit et évaluer la distance parcourue et à parcourir vers cet idéal qu'est «la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables... »^{4 5}.

4. *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, A.G. Rés. 217A, Doc. off. A.G., 3^e session, p. 71, Doc. N.U. A/810 (1948) [ci-après dénommée la *Déclaration universelle*].

5. *Id.*, préambule.

I. — LA DÉFINITION CONVENTIONNELLE

A. — Les instruments universels généraux

1. — *La Charte des Nations Unies et la Charte internationale des droits de l'Homme*

Le respect universel et effectif des droits de l'Homme et des libertés fondamentales figure parmi les buts impératifs de la *Charte des Nations Unies***⁶. Instrument essentiel liant pratiquement tous les États, la Charte a jeté les bases du droit international contemporain en la matière. Bien qu'elles ne soient pas définies, les normes qu'elle édicte sont si fondamentales qu'en son article 103, elle prévoit qu'«(e)n cas de conflit entre les obligations des membres des Nations Unies en vertu de la (...) charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront. »^{7 8} Reconnue par la *Convention de Vienne sur le droit des traités** lors de l'application de traités successifs portant sur la même matière, cette primauté de la Charte, protectrice des droits de l'Homme, s'établit en fonction de la nature de ces droits, tel qu'ils apparaîtront au cours de leur développement.

À cet égard, il faut s'en remettre dans un premier temps à la *Charte internationale des droits de l'homme* pour saisir la forme, le contenu et la portée de ces droits fondamentaux. Comprenant la *Déclaration universelle des droits de l'homme*⁹, le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*¹⁰, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹¹ ainsi que le Protocole facultatif se rapportant à ce dernier¹², la *Charte internationale des droits de l'homme* repose sur le postulat de base suivant :

6. Charte, *supra*, note 3, art. 1 et 55c.

7. *Ibid.*

8. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, [1980] R.T. Can. n° 37, art. 31(1) [ci-après dénommée la Convention de Vienne].

9. Déclaration universelle, *supra*, note 4.

10. (1976) 993 R.T.N.U. 13. [1976] R.T. Can. n° 46 [ci-après dénommé le Pacte sur les droits économiques].

11. (1976) 999 R.T.N.U. 187 [1976] R.T. Can. n° 47 [ci-après dénommé le Pacte sur les droits civils ou Pacte].

12. *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 306, [1976] R.T. Can. n° 47 [ci-après dénommé le Protocole facultatif].

[...] la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde ⁿ.

La Déclaration universelle sera le premier texte de portée mondiale à interdire expressément la torture. En plus de consacrer le droit de tout individu à la sûreté^{13 14}, elle prescrit que « (n)ul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants »¹⁵.

Lors de son adoption par l'Assemblée générale en 1948, la Déclaration universelle était considérée avant tout comme un « idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations »¹⁶, mais la référence constante faite notamment aux principes qu'elle contient, et la pratique collective suivie par les organisations internationales firent qu'elle en vint à être généralement considérée comme source de droit coutumier au sens de l'article 38(1)b du *Statut de la Cour internationale de Justice*¹⁷. Cette doctrine¹⁸ s'appuie sur l'histoire des nombreuses résolutions, déclarations et conventions condamnant la torture et les mauvais traitements, qui furent adoptées par la suite, surtout par les Nations Unies, mais aussi par d'autres organisations internationales.

Nombre d'auteurs ¹⁹ considèrent que plusieurs des principes énoncés par la Déclaration universelle, dont celui de l'interdiction de la torture²⁰, constituent des normes impératives de droit international général ou *jus cogens* au sens de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des

13. Déclaration universelle, *supra*, note 4, Pacte sur les droits économiques, *supra*, note 10, Pacte sur les droits civils, *supra*, note 11, préambules.

14. Déclaration universelle, *supra*, note 4, art. 3 : « Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne. »

15. *Id.*, art. 5.

16. *Id.*, préambule.

17. 15 Doc. C.N.U.O.I. 386 (1945), [1945] R.T. Can. n° 7 [ci-après dénommé le Statut].

18. Voir T.C. VAN BOVEN, « Aperçu du droit international positif des droits de l'homme », in K. VASAK, *Les dimensions internationales des droits de l'homme* (1978), p. 117 ; voir aussi S. ACKERMAN, « Torture and Other Forms of Cruel and Unusual Punishment in International Law », (1978) 11 *Vand. J. Trans. L.* 653, à la p. 660.

19. Voir M.R. MCDUGAL, *Human Rights and World Public Order* (1980), p. 274 ; voir aussi VAN BOVEN, *op. cit. supra*, note 18, p. 118.

20. Déclaration universelle, *supra*, note 4, art. 5.

traités²¹. Ces principes semblent en effet en avoir tous les attributs si l'on considère le degré de reconnaissance qu'a reçu la Déclaration universelle depuis son adoption ainsi que les instruments internationaux à sa suite qui rendent impossible en tout temps et en tout lieu toute dérogation à la protection contre la torture et autres mauvais traitements²².

Subsidiairement, l'examen à l'échelle mondiale des constitutions et législations nationales pourrait suggérer que l'interdiction de la torture et autres mauvais traitements prévue à la Déclaration universelle est un principe général du droit international au sens de l'article 38(1) c) du Statut de la Cour internationale de Justice²³. En effet une grande majorité d'États prohibent la torture, en droit du moins, et aucun ne l'autorise comme tel dans ses textes de loi.

La non-observance de cette norme constituerait une atteinte à la Charte des Nations Unies, elle-même source de droit international²⁴. En effet, si «le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales... » prescrit par la Charte²⁵, laisse place à toute interprétation vu sa généralité, la Déclaration universelle renforce l'obligation pour les États membres d'« agir tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation» pour que cet objectif soit atteint²⁶.

En résumé, si la valeur juridique de la Déclaration universelle en tant que résolution de l'Assemblée générale fait encore l'objet de discussions, la prohibition absolue de la torture qu'elle impose, par son incorporation à la Charte des Nations Unies ou son interprétation, ou encore par la reconnaissance d'une norme coutumière, a désormais une valeur juridique indéniable.

Ayant pour but de clarifier les prescriptions de la Déclaration universelle et afin de leur donner une assise conventionnelle, le *Pacte*

-
21. Convention de Vienne, *supra*, note 8, art. 53 : «... une norme impérative de droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme de droit international général ayant le même caractère fondamental. »
22. E. Su Y, *Le droit des traités et des droits de l'homme* (éd. provisoire, 1977), p. 6.
23. Statut de la Cour internationale de Justice, *supra*, note 17. Voir ACKERMAN, *loc. cit. supra*, note 18, aux pp. 667-668; J. CASTANEDA, *Legal effects of United Nations resolutions* (1969), p. 194.
24. Voir E. SCHWELB, «Some Aspects of International Jus Cogens as Formulated by the International Law Commission», (1967) 61 *A.J.I.L.* 946, à la p. 955.
25. Charte, *supra*, note 3, art. 55c.
26. *Zc/.*, art. 56.

international relatif aux droits civils et politiques réitère en son article 7 et dans les mêmes termes, la prohibition des tortures et traitements cruels, inhumains et dégradants²⁷. Y fut cependant ajoutée l'interdiction « de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique », précision tristement inspirée par les horreurs commises par le régime nazi lors de la Deuxième Guerre mondiale, mais sur laquelle les auteurs de la Déclaration universelle n'avaient pu se mettre d'accord²⁸.

La Déclaration universelle ne mentionnait pas non plus l'obligation faite à l'article 10.1 du Pacte sur les droits civils²⁹ de traiter toute personne privée de sa liberté avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine. Cette prescription pourrait certes être interprétée comme étant plus exigeante encore que celle de ne pas lui infliger un traitement inhumain, dégradant ou cruel³⁰. Enfin, le Pacte précise que l'interdiction de la torture, des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ne tolère aucune dérogation même « dans les cas où un danger exceptionnel menace l'existence de la nation »³¹.

Le Pacte lie tous les États parties en vertu de la règle *pacta sunt servanda* et, comme l'exprime le Comité International des Experts sur la torture, il [TRADUCTION] « pourrait affecter légalement la conduite des États non signataires qui sont membres des Nations Unies, et ce en vertu de son statut mixte de convention et de résolution »³². Comme la Déclaration universelle, le Pacte contiendrait des normes de *jus cogens*.

Enfin, dernier élément pertinent de la *Charte internationale des droits de l'Homme*, le *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*³³ joue quant à lui un rôle différent. Il assortit le Pacte d'une procédure facultative d'examen

27. Pacte sur les droits civils, *supra*, note 11.

28. *Ibid.* ; voir B.M. KLAYMAN, « The Définition of Torture in International Law », (1978) 51 *Temple Law Quarterly* 449, aux pp. 458 et ss.

29. *Ibid.*

30. Voir J. DEMEYER, *La Convention européenne des droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (1968), p. 29.

31. Pacte sur les droits civils, *supra*, note 11, art. 4.

32. ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT PÉNAL, « La prévention et la suppression de la torture », (1977) 3-4 *Revue internationale de droit pénal* 1, à la p. 68: «... may have some legal effect on conduct of non-signatories who are members of the United Nations, due to its dual status as both convention and resolution ».

33. *Supra*, note 12.

par le Comité des droits de l'homme des communications émanant de particuliers qui prétendent être victimes d'une violation d'un droit que le Pacte énonce³⁴. Lors de l'examen de ses constatations rendues en vertu de l'article 5(4) du Protocole, nous verrons l'apport jurisprudentiel du Comité relativement à l'interprétation de l'interdiction de torturer et de maltraiter.

2. — *Les conventions et protocoles de Genève*

Le droit humanitaire a contribué remarquablement à la condamnation formelle de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants. Les quatre Conventions, dites «de Genève»³⁵, adoptées à la fin de la Conférence diplomatique réunie à Genève le 12 août 1949, ne s'appliquent cependant qu'en temps de guerre et ne concernent que certaines catégories de personnes à savoir, les blessés et malades (Conventions I et II), les naufragés (Convention II), les prisonniers de guerre (Convention III) et les civils (Convention IV).

En tenant compte des variables, elles prescrivent qu'en situation de conflit armé international ou d'occupation, les «personnes protégées» seront traitées avec humanité³⁶ et mises notamment à l'abri de la torture³⁷, des expériences biologiques³⁸, des actes de violence ou d'intimidation et du viol³⁹. Qualifiés d'infractions graves, la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, l'infliction intentionnelle de grandes souffrances et les atteintes graves à l'intégrité

34. *Id.*, art. 1.

35. *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, (1950) 75 R.T.N.U. 31 [ci-après dénommée Convention I] ; *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, (1950) 75 R.T.N.U. 85 [ci-après dénommée Convention II] ; *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, (1950) 75 R.T.N.U. 135 [ci-après dénommée Convention III] ; *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, (1950) 75 R.T.N.U. 287 [ci-après dénommée Convention IV] [ci-après dénommés ensemble les Conventions de Genève].

36. *Id.*, art. 12 (Convention I) ; *id.*, art. 12 (Convention II) ; *id.*, art. 13 (Convention III) ; *id.*, art. 27 (Convention IV).

37. *Ibid.* (Convention I) ; *ibid.* (Convention II) ; *id.*, art. 17 (Convention III) ; *id.*, art. 32 et 147 (Convention IV).

38. *Ibid.* (Convention I) ; *ibid.* (Convention II) ; *id.*, art. 147 (Convention IV).

39. *Id.*, art. 27 (Convention IV).

physique ou à la santé, appellent des sanctions pénales adéquates chez les Hautes Parties contractantes⁴⁰. Seront aussi interdites par la Convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (Convention IV), les brutalités, qu'elles soient le fait d'agents civils ou d'agents militaires, ainsi que les contraintes d'ordre physique ou moral notamment exercées pour obtenir des personnes lésées ou de tiers des renseignements⁴¹. Pour les prisonniers de guerre, encore plus exposés à ce dernier risque, la Convention III ne tolère aucune torture, non seulement physique mais aussi morale, ni aucune contrainte qui serait exercée sur eux pour qu'ils fournissent des renseignements « de quelque sorte que ce soit »⁴².

Pour les conflits ne présentant pas un caractère international et qui surgissent sur le territoire de l'une des Parties contractantes, des règles similaires, notamment celles de l'article 3.1 commun aux quatre Conventions, fixent le seuil minimal de protection pour les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres des forces armées qui ont déposé les armes et les personnes mises hors de combat. Sont interdites en tout temps et en tout lieu à l'égard des personnes protégées :

- a) les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures, et supplices ;
- b) les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants^{43 44} ;

Le *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des conflits armés internationaux*⁴⁵ énumère les garanties fondamentales dont bénéficient les personnes civiles qui sont assujetties au pouvoir d'une partie au conflit, sans être protégées par les Conventions de Genève⁴⁵. Reprenant l'essentiel des normes déjà vues

40. Convention I, *supra*, note 35, art. 50 et 49 ; Convention II, *supra*, note 35, art. 51 et 50 ; Convention III, *supra*, note 35, art. 13, 130 et 129 ; *id.*, art. 146 et 147 (Convention IV).

41. *Id.*, art. 31, 32 et 147 (Convention IV). Quant au «fait de contraindre une personne protégée à servir dans les forces armées de la Puissance ennemie», cela est considéré comme une infraction grave.

42. *Supra*, note 35, art. 17.

43. Conventions I à IV, *supra*, note 35, art. 3.1 commun.

44. Reproduit in (1978) 82 *R.G.D.I.P.* 329, art. 75 [ci-après dénommé le 1^{er} Protocole].

45. Les ressortissants des États non parties aux Conventions, les propres ressortissants de la Partie au conflit intéressée et les combattants qui ne remplissent pas les conditions pour être considérés comme prisonniers de guerre.

à la section I du titre III de la Convention IV, l'article précise que les atteintes à la santé et au bien-être physique ou mental et les atteintes à la dignité de la personne notamment sous forme de traitements humiliants et dégradants sont prohibées. De plus, l'interdiction de la torture mentale apparaît pour la première fois dans une convention internationale tout comme la menace de commettre l'un des actes prescrits par la disposition. L'article 85 du 1^{er} Protocole qualifie d'infractions graves celles prévues aux quatre Conventions de Genève lorsqu'elles sont commises à l'endroit d'une série de personnes protégées spécialement par le 1^{er} Protocole⁴⁶. L'article 11 en fait de même pour tout acte ou omission volontaire qui met gravement en danger la santé ou l'intégrité physique ou mentale de toute personne au pouvoir d'une partie autre que celle dont elle dépend et qui consiste notamment en des mutilations physiques ou des expériences médicales ou scientifiques^{47 48}.

L'objectif du *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux*⁴⁹ est de développer et de compléter les normes édictées par l'article 3.1 commun aux quatre Conventions. Devant être appliqué en situation de guerre civile, à l'exclusion de simples tensions internes ou de troubles intérieurs, l'article 4, très proche de l'article 75 du 1^{er} Protocole, n'ajoutera en définitive que peu de protections, si fondamentales soient-elles, à celles de l'article 3.1 précité. La torture est assimilée à un traitement cruel, la menace de commettre les actes mentionnés à l'article est prohibée, mais la torture mentale ne compte pas parmi ceux-ci. Spécialement à l'égard des personnes privées de leur liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé, l'article 5(2)e, semblable à l'article 11 du 1^{er} Protocole, mentionne encore la protection contre l'atteinte à leur santé et à leur intégrité physique ou mentale déjà prévue à l'article 4.

La valeur juridique des protections codifiées par le droit humanitaire découle évidemment de leur nature conventionnelle. Mais certaines garanties sont si fondamentales, entre autres celles relatives à la torture,

46. *Supra*, note 44, art. 44 les prisonniers de guerre, art. 45 les personnes n'ayant pas droit à ce statut bien qu'ayant pris part à des hostilités, art. 73 les réfugiés, les apatrides, art. 85(2) les blessés, malades ou naufragés de la Partie adverse protégés par le 1^{er} Protocole et le personnel sanitaire ou religieux, celui des unités sanitaires ou des moyens de transport sanitaire qui sont sous le contrôle de la Partie adverse et protégés par le 1^{er} Protocole.

47. *Id.*, art. 11.

48. Reproduit *in* (1978) 82 *R.G.D.I.P.* 388 [ci-après dénommé le 2^e Protocole].

qu'elles ont vraisemblablement toutes les caractéristiques pour devoir être appliquées en dehors de tout lien conventionnel au sens de l'article 53 de la Convention de Vienne⁴⁹, Compteraient certes parmi celles-ci les infractions graves prévues aux quatre Conventions de Genève et au Protocole I que la *Convention sur l'irréprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité*⁵⁰ considère au nombre des crimes de droit international les plus graves et qu'elle rend imprescriptibles. L'article 3.1 commun aux quatre Conventions en est le meilleur exemple, car il « assure au moins l'application des règles humanitaires reconnues comme essentielles par les peuples civilisés » selon l'expression employée au commentaire des Conventions de Genève^{51 52}. Tant donc par leur nature impérative qu'objective, ces prescriptions ont sans nul doute l'étoffe de normes du *jus cogens*.

B. — La Charte de l'Organisation des États américains, la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'Homme et les conventions régionales générales

Signée lors de la Conférence de Bogota en 1948, c'est la *Charte de l'organisation des États américains*⁵¹ qui, avec la Charte des Nations Unies, est à la base de l'obligation de respecter les droits de l'Homme dans la région. Proclamée à la même occasion, la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme* fut le premier texte international à prévoir le droit à un traitement humain pour les détenus et pour les personnes accusées de délits, le droit de ne pas se voir condamné à des peines cruelles, dégradantes ou inusitées⁵³. Cependant la résolution par

49. *Supra*, note 8.

50. (1970) 754 R.T.N.U. 78 [ci-après dénommée la Convention sur l'irréprescriptibilité].

51. C.I.C.R., Commentaire IV, 1956, p. 39.

52. OEA/ Ser. A/2 (français) Rev., Série sur les traités n° 1-c, OEA Documents officiels [ci-après dénommée la Charte de l'OEA].

53. OEA Doc. off. OEA/Ser. L./V/1123, doc. 21, rev. 6, dont une traduction se trouve dans M. TORELLI et R. BAUDOUIN, *Les droits de l'Homme et les libertés publiques par les textes* (1972), p. 324 [ci-après dénommée la Déclaration américaine] :

« Art. 25 § 3 : Tout individu qui a été privé de sa liberté a droit à ce que le juge vérifie immédiatement la légalité de cette mesure et à être jugé sans retard ou, dans le cas contraire, à être mis en liberté. Il a également droit à un traitement humain au cours de sa détention.

Art. 26 § 2 : Toute personne accusée de délit a le droit (...) à ne pas se voir condamner à des peines cruelles, dégradantes ou inusitées ».

laquelle fut adoptée la Déclaration américaine limitait sérieusement la portée de tels droits, en déclarant timidement que leur protection devait servir de guide principal au droit américain en évolution⁵⁴. Mais, plus tard, elle devint la référence de la Commission inter américaine des droits de l'homme pour finalement acquérir lors de l'entrée en vigueur du *Protocole de Buenos Aires*⁵⁵ portant réforme de la Charte de l'OEA, un véritable caractère conventionnel et normatif lui donnant ainsi le rôle de préciser le contenu des droits fondamentaux proclamés par la Charte de l'OEA. La Déclaration américaine constitue aujourd'hui la norme première pour les pays de l'OEA qui ne sont pas parties à la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*^{56 57}.

En plus de la Convention américaine, deux autres conventions régionales générales condamnent la torture et autres mauvais traitements. Il s'agit de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*⁵¹, élaborée et mise en œuvre dans le cadre du Conseil de l'Europe, et de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*^{5*}, émanation de l'Organisation de l'Unité africaine.

La plus ancienne, la Convention européenne prescrit que « (n)ul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants »⁵⁹. L'article 5(2) de la Convention américaine précise en plus que les personnes privées de leur liberté seront traitées « avec le respect dû à la dignité inhérente à la personne humaine »⁶⁰, alors que

54. O. A.S. Rés. XXX, (Novena Conferencia Internacional Americana, Actas y Documentos, Vol. VI, pp. 297-302. Bogota 1953).

55. *Protocole d'amendement de la Charte de l'Organisation des Etats Américains*, OEA/Ser. A/2, Add. 2 (English) Treaty séries 1-B, OAS Official Records [ci-après dénommé le Protocole de Buenos Aires] ; voir T. BUERGENTAL, R. NORRIS *et al.*, *Protecting Human Rights in the Americas, Selected Problems* (1986), pp. 3-8, sur l'historique du développement normatif de la Déclaration américaine.

56. O.A.S.T.S. n° 36, dont une traduction française est publiée dans *La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre des organisations régionales*, Documents d'études n°s 3.05,3.06 (1973), p. 52 [ci-après dénommée la Convention américaine] ; *infra*, chap. II B 2 et note 268.

57. S. T.E. n° 5 [ci-après dénommée la Convention européenne].

58. O.U.A. Doc. CAB/LEG/67/3 Rev. 5, reproduite in (1983) 2 D.J.I. 351 [ci-après dénommée la Charte africaine]. Ce traité est en vigueur depuis le 21 octobre 1986 et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples prévue en son article 30, devrait être créée lors de la prochaine Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement.

59. *Supra*, note 57, art. 3.

60. *Supra*, note 56.

l'article 5 de la récente Charte africaine, semblable aux deux premiers, fait mention de la torture morale⁶¹.

Ces trois articles, formulés en termes très proches de ceux de l'article 5 de la Déclaration universelle⁶² et de l'article 7 du Pacte sur les droits civils⁶³, ne comportent aucune différence quant à la substance du droit protégé. Et si laconiques soient-elles, les garanties de l'article 3 de la Convention européenne et de l'article 5 de la Convention américaine n'en sont pas moins absolues ; ces conventions ne permettant à leur égard aucune dérogation, même en cas de guerre ou d'autres dangers publics menaçant la nation, et ne tolérant aucune discrimination dans leur application⁶⁴. Pareille clause ne se retrouve malheureusement pas à la Charte africaine.

C. — Les instruments universels spécifiques

1. — *Les conventions relatives aux discriminations et au génocide*

L'Assemblée générale des Nations Unies a adopté un grand nombre de résolutions qui, sans toujours désigner explicitement le crime de torture, condamnent des pratiques qui s'assimilent à cette notion ou à celle de traitements cruels, inhumains ou dégradants. Reprises pour certaines sous forme de conventions, les droits qu'elles énoncent devinrent, une fois entrées en vigueur, régis par le principe *pacta sunt servanda*.

La *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*⁶⁵, adoptée en 1951, considère comme crime du droit des gens « l'atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale des membres d'[un] groupe » commise « dans l'intention de détruire, en tout ou en partie [le] groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel »⁶⁶. Le génocide compte parmi les crimes imprescriptibles contre l'humanité cités à l'article premier alinéa b) de la *Convention sur l'imprescriptibilité*, même dans les cas où il ne constituerait pas une violation du droit interne du pays où il est commis.

61. *Supra*, note 58.

62. *Supra*, note 4.

63. *Supra*, note 11.

64. *Supra*, note 57, art. 15(2) et note 56, art. 27.

65. (1951) 78 R.T.N.U. 279 [ci-après dénommée la Convention contre le génocide].

66. *Ici.*, art. I et II b).

Visant les pays où cette pratique n'est pas complètement abolie, la *Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage*⁶⁷, adoptée en 1956, dénonce « le fait de mutiler, de marquer au fer rouge ou autrement un esclave ou une personne de condition servile, que ce soit pour indiquer sa condition, pour infliger un châtiment ou pour toute autre raison... »⁶⁸. Cette convention dicte aux États parties que l'auteur de tels actes ainsi que son complice seront coupables d'une infraction pénale et passibles d'une peine⁶⁹.

Adoptée en 1965 et venue renforcer une Déclaration des Nations Unies du même nom^{70 71}, la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*¹¹, plutôt que d'ajouter de nouveaux droits de l'Homme, vise à régir leur application. Ainsi, dans sa garantie à l'égalité de chacun devant la loi, l'un des droits qu'elle rappelle est le « droit à la sûreté de la personne et à la protection de l'État contre les voies de fait ou les sévices de la part, soit de fonctionnaires du gouvernement, soit de tout individu, groupe ou institution »^{72 73}.

La *Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid*TM, adoptée en 1973, reprend et spécifie la condamnation de ce crime déjà prévu à la Convention contre la discrimination raciale⁷⁴. « Commis en vue d'instituer ou d'entretenir la domination d'un groupe racial d'êtres humains sur n'importe quel autre groupe racial d'êtres humains et d'opprimer systématiquement celui-ci »⁷⁵, seul le crime d'apartheid se définit notamment et de façon expresse par le recours à la torture ou à des peines ou des traitements cruels, inhumains et dégradants. De

67. (1957) 266 R.T.N.U. 3 [ci-après dénommée la Convention supplémentaire relative à l'esclavage].

68. *Id.*, art. 5.

69. *Ibid.*

70. *Déclaration sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, A. G. Rés. 1904, Doc. off. A.G., 18^e session, supp. n° 14, p. 38, Doc. N.U. A/5514 (1963).

71. (1969) 660 R.T.N.U. 213, [1970] R.T. Can. n°28 [ci-après dénommée la Convention contre la discrimination raciale].

72. *Id.*, art. 5b.

73. (1976) 1015 R.T.N.U. 249 [ci-après dénommée la Convention contre l'apartheid].

74. *Supra*, note 70, art. 3 : « Les États parties condamnent spécialement la ségrégation raciale et l'apartheid et s'engagent à prévenir, à interdire et à éliminer sur les territoires relevant de leur juridiction toutes les pratiques de cette nature ».

75. Convention contre l'apartheid, *supra*, note 73, art. II

plus, l'article V établit une responsabilité pénale internationale pour le crime d'apartheid, alors que les actes inhumains qui en découlent sont qualifiés de crimes contre l'humanité par la *Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité*⁷⁶. Cette dernière rend imprescriptibles de tels actes, même si ceux-ci ne constituent pas une violation du droit interne des pays où ils sont commis^{76 77}.

Ces conventions contre le génocide, l'esclavage, la discrimination raciale et l'apartheid, toutes en vigueur, sont des sources premières de droit international au sens de l'article 38(1)a du *Statut de la Cour internationale de Justice* au même titre que l'instrument prééminent, la *Charte des Nations Unies*. Elles lient les parties en vertu du *pacta sunt servanda*⁷⁸ mais ont aussi la faculté d'avoir des effets à l'égard des États non-parties, particulièrement en ce qui a trait aux normes relatives aux crimes contre l'humanité⁷⁹. L'étude de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice démontrera en effet que certaines de celles-ci, à la base de ces conventions, font partie du *jus cogens*, confirmant par là leurs effets *erga omnes*⁸⁰.

Tous ces instruments porteurs de droits fondamentaux, qu'ils soient à vocation universelle ou de portée régionale, prohibent de façon formelle et absolue les actes équivalant à la torture ou à de mauvais traitements, mais aucun ne définit ces notions. Et si un grand nombre de pratiques sont prohibées explicitement, soit en fonction de la personne dont la protection est assurée, soit en fonction du contexte dans lequel la prohibition doit jouer ou encore du droit qui est proclamé, aucune de ces normes ne trace les paramètres généraux de la notion de torture.

2. — *Les résolutions, déclarations et codes de Conduite*

D'autres textes, n'ayant pas la valeur juridique des conventions internationales, viendront néanmoins préciser certaines protections comme celle de l'interdiction de la torture. Il serait toutefois simpliste d'associer la non-applicabilité juridique de certaines résolutions à une plus grande précision, leur rôle étant justement celui de clarifier les normes contenues

76. *Supra*, note 50, art. 1b.

77. *Ibid.*

78. Convention de Vienne, *supra*, note 8, art. 26.

79. Voir G.I. TUNKIN, *Theory of International Law* (1974), p. 160.

80. *Infra*, chapitre II-A.

aux instruments d'application certaine, telle la *Charte des Nations Unies* pour n'en nommer qu'un.

Il en est ainsi de l'*Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus* ^{*x} adopté, en 1957, sous la forme d'une résolution du Conseil économique et social. Déjà ancienne, cette résolution codifie « les principes et les règles d'une bonne organisation pénitentiaire et de la pratique du traitement des détenus »^{81 82}. Ainsi, « (l)es peines corporelles, la mise au cachot obscur, ainsi que toute sanction cruelle, inhumaine ou dégradante doivent être complètement défendues comme sanctions disciplinaires »⁸³. Cette règle minimum applicable aux détenus condamnés, aux détenus aliénés ou anormaux mentaux, aux personnes arrêtées ou en détention préventive et aux condamnés pour dettes vaut également pour les personnes arrêtées ou incarcérées sans avoir été inculpées depuis l'adoption, en 1977, d'une résolution à cet effet par le Conseil économique et social⁸⁴.

En 1959, les Nations Unies proclamaient la *Déclaration des droits de l'enfant*^{*5} qui prévoit que «(l)'enfant doit être protégé contre toute forme de négligence, de cruauté et d'exploitation»^{86 87}. Mais il fallut attendre la décennie des années 1970 pour voir la proclamation de plusieurs déclarations de l'Assemblée générale réitérant les protections devant bénéficier à toute personne ou même à certains groupes particuliers au sein de la population, et ce en tout temps y compris lorsque précisément leur situation est de plus précaires.

Ainsi la *Déclaration des droits du déficient mental*^{*1} prévoit qu'il « doit être protégé contre toute exploitation, tout abus ou tout traitement dégradant »^{88 89}, alors que la *Déclaration des droits des personnes handicapées*^{*9} parle d'une protection contre «toute exploitation, toute régle-

81. C.E.S. Rés. 663c, Doc. off. C.E.S., 24^e session, supp. n° 1, p. 12, Doc. N.U. E/3048 (1957).

82. *Id.*, art. 1.

83. *Id.*, art. 31.

84. C.E.S. Rés. 2076, Doc. off. C.E.S., 62^e session, supp. n° 1, p. 36, Doc. N.U. E/5988 (1977).

85. *Déclaration des droits de l'enfant*, A.G. Rés. 1386, Doc. off. A.G., 14^e session, supp. n° 16, p. 19, Doc. N.U. A/4354 (1959).

86. *Id.*, principe 9.

87. *Déclaration des droits du déficient mental*, A.G. Rés. 2856, Doc. off. A.G., 26^e session, supp. n° 29, p. 99, Doc. N.U. A/8429 (1971).

88. *Id.*, art. 6.

89. *Déclaration des droits des personnes handicapées*, A.G. Rés. 3447, Doc. off. A.G., 30^e session, supp. n° 34, p. 88, Doc. N.U. A/10034 (1975).

mentation ou tout traitement discriminatoires, abusifs ou dégradants »⁹⁰. Pour sa part, la *Déclaration sur la protection des femmes et des enfants en période d'urgence et de conflit armé*⁹¹ considère comme criminelles «toutes les formes de répression et de traitement cruel et inhumain appliqués aux femmes et aux enfants, notamment... la torture... que commettent les belligérants pendant les opérations militaires ou dans les territoires occupés...»⁹².

Visant cette fois tous les individus, la *Déclaration sur l'utilisation du progrès de la science et de la technique dans l'intérêt de la paix et au profit de l'humanité*⁹³ prescrit, entre autres, que :

Tous les États doivent prendre des mesures visant à... protéger (toutes les couches de la population)... des conséquences négatives qui pourraient découler du mauvais usage du progrès scientifique et technique... en particulier en ce qui concerne... la protection de la personnalité humaine et de son intégrité physique et intellectuelle⁹⁴.

Réitérés à plusieurs reprises pendant cette période⁹⁵, l'importance de ces droits s'est vu consacrée par leur incorporation dans ce qui sera, en 1975, la première véritable définition de la torture à être adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, soit la *Déclaration sur la protection de toutes personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*⁹⁶. Elle se lit comme suit:

- 1) Aux fins de la présente déclaration, le terme torture désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont délibérément infligées à une personne par des

90. *Id.*, art. 10.

91. *Déclaration sur la protection des femmes et des enfants en période d'urgence et de conflit armé*, A.G. Rés. 3384, Doc. off. A.G., 29^e session, supp. n° 31, p. 152, Doc. N.U. A/9631 (1974).

92. *Zi/.*, art. 5.

93. A.G. Rés. 3384, Doc. off. A.G., 30^e session, supp. n° 34, p. 152, Doc. N.U. A/9631 (1975), art. 6.

94. *Id.*, art. 6.

95. *Droits de l'homme dans l'administration de la justice*, A.G. Rés. 2858, Doc. off. A.G., 26^e session, supp. n° 29, p. 100, Doc. N.U. A/8429 (1971) et A.G. Rés. 3144B, Doc. off. A.G., 28^e session, supp. n° 30, p. 92, Doc. N.U. A/9030 (1973); *Torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en relation avec la détention et l'emprisonnement*, A.G. Rés. 3218, Doc. off. A.G., 29^e session, supp. n° 31, p. 86, Doc. N.U. A/9631 (1974).

96. A.G. Rés. 3452, Doc. off. A.G., 30^e session, supp. n° 34, p. 91, Doc. N.U. A/10034 (1975) [ci-après dénommée la Déclaration contre la torture].

agents de la fonction publique ou à leur instigation, aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'un tiers des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle a commis, ou de l'intimider ou d'intimider d'autres personnes. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles, dans une mesure compatible avec l'Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus.

- 2) La torture constitue une forme aggravée ou délibérée de peines ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants⁹⁷.

L'article 7 renforce la protection de l'article premier en exigeant que non seulement les actes de torture ainsi définis mais aussi la participation, la complicité ou l'incitation à la torture ou la tentative de la pratiquer soient aussi des délits selon la législation pénale de chaque État^{98 99 100}.

Si cette définition a le mérite de couvrir la quasi-totalité des pratiques de torture connues, la restriction de la définition aux seuls actes délibérés des agents de la fonction publique est toutefois notable. Les actes de torture commis par des individus n'entrent pas dans le champ de l'article premier, ni la tolérance de F État vis-à-vis ces mêmes actes. La référence faite à la notion de sanctions légitimes est aussi susceptible de laisser place à F abus en réservant aux agents de la fonction publique une grande marge d'appréciation dans l'infliction d'un châtement ". Le raisonnement nous est donné par le Comité international des Experts sur la torture.

[TRADUCTION] Comme l'Ensemble des règles minima interdisent les peines corporelles, la définition de la Déclaration couvrirait toute infliction de souffrances physiques aiguës pour les fins prévues audit article, puisqu'aucun traitement physiquement douloureux ne serait admis comme une sanction permise par l'Ensemble des règles minima. Par contre la souffrance mentale n'est évaluée qu'en fonction de sa compatibilité avec l'exigence de l'Ensemble des règles minima voulant que les sanctions ne doivent pas être cruelles, inhumaines ou dégradantes. Référence doit donc être faite à ces termes non définis [d'où le risque], pour déterminer si telle ou telle pratique jouit de la protection accordée par l'expression «sanctions légitimes compatibles avec l'Ensemble des règles minima»¹⁰⁰.

97. *Id.*, art. 1^{er}.

98. *Id.*, art. 7.

99. Voir KLAYMAN, *loc. cit. supra*, note 28, à la p. 484.

100. ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT PÉNAL, *loc. cit. supra*, note 32, aux pp. 78 et ss : [Traduction de l'auteur] «Because the Rules forbid corporal punishment, the above definition [Déclaration against torture, art. 1] apparently would encompass any infliction of severe physical pain for the stated purposes,

Le deuxième alinéa situe la torture par rapport aux peines et aux traitements cruels, inhumains ou dégradants en la qualifiant de forme aggravée ou délibérée de ces actes condamnés. Les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, quant à eux, ne se définissent que par rapport à la torture. Semblable à l'interprétation donnée par la Commission européenne des droits de l'homme¹⁰¹, cette deuxième définition plutôt vague sera néanmoins susceptible de s'appliquer aux cas qui ne pourraient être couverts par la première définition.

Les améliorations apportées à ces concepts sont tout de même remarquables d'autant plus qu'elles ne sauraient être confinées au cadre de cette seule Déclaration qui, considérée isolément, aurait plutôt une valeur morale. D'ailleurs, l'article 2 précise que :

Tout acte de torture ou toute autre peine ou traitement cruel inhumain ou dégradant est un outrage à la dignité humaine et doit être condamné comme un reniement des buts de la Charte des Nations Unies et comme une violation des droits de l'homme et des libertés fondamentales proclamés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme.

Il faudrait donc, comme le proposent certains auteurs, interpréter la définition de l'article premier comme une spécification des obligations exprimées en termes généraux dans la *Charte des Nations Unies* et comme s'insérant à la *Charte internationale des droits de l'Homme*¹⁰².

Quoi qu'il en soit, l'article 3 précise bien qu'aucune dérogation à cette interdiction de la torture et des mauvais traitements n'est permise, y compris la tolérance de l'État à l'égard de tels actes, et ce, même en des circonstances exceptionnelles telles qu'un état ou une menace de guerre, l'instabilité politique intérieure ou tout autre état d'exception.

La valeur juridique de la Déclaration contre la torture n'est certes pas chose facile à évaluer. Celle acquise par la Déclaration universelle n'a pas été automatique et est encore débattue. Mais force est de constater qu'il existe une tendance à reconnaître que les déclarations de l'Assemblée

since no physically painful treatment would ever be part of punishment consistent with the Rules. But mental suffering would be governed only by the requirement in the Rules that punishment not be cruel, inhuman or degrading, so that reference to these undefined terms is necessary in order to determine whether a given practice enjoys the protection of "lawful sanctions to the extent consistent with" the Rules ».

101. *Infra*, chapitre II, 8.1.

102. Voir KLAYMAN, *loc. cit. supra*, note 28, p. 488 et ACKERMAN, *loc. cit. supra*, note 18, à la p. 672.

générale, comme la Déclaration contre la torture, adoptée d'ailleurs à l'unanimité, sont beaucoup plus que de simples recommandations. E. Suy rappelle en ce sens que « dans la mesure où ces déclarations énoncent des principes généraux et des normes coutumières, leur valeur en tant que norme du droit positif est incontestée »¹⁰³. La pratique constante de l'ONU dans sa condamnation de la torture de même que la reconnaissance massive par les États des normes que cette condamnation implique, sont certes à considérer au soutien de la Déclaration contre la torture.

C'est dans cette optique qu'a été adoptée la résolution 32/64¹⁰⁴ par laquelle l'Assemblée générale demandait à tous les États membres de faire des déclarations unilatérales contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. À peine plus d'une trentaine d'États, dont le Canada¹⁰⁵, se sont manifestés en ce sens en utilisant des

103. SUY, *loc. cit. supra*, note 22, à la p. 1.

104. *Déclarations unilatérales des États Membres contrôla torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, A.G. Rés. 32/64, Doc. off. A.G., 32^e session, supp. n° 45, p. 148, Doc. N.U. A/32/45 (1977) [ci-après dénommée la Résolution 32/64].

105. *Déclaration unilatérale du Canada contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, reproduite in D. TURP, *Droit international des droits de la personne : recueil de documents*, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 1986, volume 3, p. 371. Le Québec a aussi jugé bon de faire une déclaration unilatérale suite à la Résolution 32/64 : voir *VArrêté en conseil concernant la Déclaration de 1975 de l'Assemblée générale des Nations Unies sur la torture*, reproduite in D. TURP, *id.*, p. 379. Adoptée sous la forme d'un arrêté en conseil, celle-ci se fondait sur l'article 15 de la *Loi sur le ministère des Affaires intergouvernementales*, L.R.Q. 1977, c. M-21, qui prescrit que « le ministère recommande au Lieutenant-gouverneur en conseil la ratification des traités ou accords internationaux dans les domaines ressortissants à la compétence constitutionnelle du Québec ». Sans vouloir dénigrer cette initiative, il s'agit là tout de même d'une interprétation bien large de la loi et de la résolution 32/64 et deux données élémentaires à la base de cette dernière sont à rappeler. D'une part, l'invitation de l'Assemblée générale s'adressait aux États membres, et, d'autre part la Déclaration contre la torture comme sa dénomination l'indique, n'est pas un traité ou un accord international tant au sens que lui accorde les Nations Unies, qu'à celui de la *Loi du ministère des Affaires intergouvernementales*. Mais si la base juridique de la déclaration unilatérale québécoise paraît contestable, sa valeur d'engagement moral ne s'en trouve pas pour autant diminuée. Sans nul doute, « cette pratique [québécoise] rejoint les objectifs de la communauté internationale » : voir A. SAMSON, « La pratique et les revendications québécoises en matière de conclusions d'ententes internationales », (1984) 1 *R.Q.D.I.* 69, à lap. 77.

formulations qui parfois gênent par leur prudence¹⁰⁶. Cette initiative est critiquable sur le plan stratégique car il aurait pu en résulter, en l'absence d'un développement législatif ultérieur au niveau de l'ONU, un morcellement des engagements internationaux à l'égard d'une norme impérative déjà reconnue universellement. L'on doit tout de même considérer ces déclarations unilatérales comme autant de précédents fondés sur *Vopinio juris* ou « la conviction que l'accomplissement de ces actes est nécessaire parce que le droit l'exige »¹⁰⁷.

La résolution 32/64 n'a été que l'une des nombreuses résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil économique et social à prendre comme référence la Déclaration contre la torture¹⁰⁸. Mais avant que ne soit adopté un instrument plus contraignant sur le plan juridique, deux textes vinrent encore améliorer la portée de cette interdiction ; le *Code de conduite pour les responsables de l'application des lois*^{109 110} et les *Principes d'éthique médicale dans la protection des prisonniers et des détenus contre la torture*¹¹⁰.

Le Code de conduite adopté en 1979 par l'Assemblée générale, et s'inspirant de la Déclaration universelle, des Pactes et de la Déclaration contre la torture¹¹¹, prescrit qu' :

106. Voir par exemple la Déclaration du Rwanda, Doc. N.U. A/37/263 (1982), p. 3.

107. NGUYEN QUOC DINH, *Droit international public* (1975), p. 294.

108. *Torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, A. G. Rés. 31/85, Doc. off. A.G., 31^e session, supp. n° 39, p. 114, Doc. N.U. A/31/39 (1976) ; *Rapport du Cinquième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants*, A.G. Rés. 32/59, Doc. off. A.G., 32^e session, supp. n° 45, p. 145, Doc. N.U. A/32/45 (1977) ; *Questionnaire relatif à la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, A.G. Rés. 32/63, Doc. off. A.G., 32^e session, supp. n° 45, p. 148, Doc. N.U. A/32/45 (1977) ; *Torture des prisonniers et détenus politiques en Afrique australe*, A.G. Rés. 32/65, Doc. off. A.G., 32^e session, supp. n° 45, p. 149, Doc. N.U. A/32/45 (1977) ; *Question des droits de l'homme de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement*, C.E.S. Rés. 1993, Doc. off. C.E.S., 60^e session, supp. n° 1, p. 23, Doc. N.U. E/5850 (1976).

109. A.G. Rés. 34/169, Doc. off. A.G., 34^e session, supp. n° 46, p. 185, Doc. N.U. A/34/46 (1979) [ci-après dénommé le Code de conduite].

110. *Principes d'éthique médicale applicables au contrôle du personnel de santé dans la protection des prisonniers contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, A.G. Rés. 37/194, Doc. off. A.G., 37^e session, supp. n° 51, p. 261, Doc. N.U. A/37/51 (1982) [ci-après dénommés les Principes d'éthique médicale].

111. Code de conduite, *supra*, note 109, préambule.

[a]ucun responsable de l'application des lois ne peut infliger, susciter ou tolérer un acte de torture ou quelque autre peine ou traitement cruel, inhumain ou dégradant, ni ne peut invoquer un ordre de ses supérieurs ou des circonstances exceptionnelles telles qu'un état de guerre ou une menace de guerre, une menace contre la sécurité nationale, l'instabilité politique intérieure ou tout autre état d'exception pour justifier la torture ou d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants¹¹².

Le Code de conduite s'adresse aux personnes logiquement les plus susceptibles de commettre des abus dans l'exercice de leur fonction menant à des actes tels que définis par la Déclaration contre la torture. Elles sont décrites aux commentaires du Code de conduite comme étant les personnes qui exercent des pouvoirs de police, en particulier les pouvoirs d'arrestation ou de détention. Ce sont les représentants de la loi ou les agents militaires dans les pays où ces tâches leur sont dévolues¹¹³. L'article 5 les empêche, et c'est une précision non négligeable, de recourir à l'habituelle excuse que constitue l'obéissance à un ordre d'un supérieur^{114 115}. Cette innovation au Code de conduite a pour effet de supprimer ce moyen de défense trop souvent utilisé par les personnes qu'il vise, tout comme le fait la condamnation de la simple tolérance par celles-ci d'actes de torture commis par d'autres. Cet ajout colmate une importante brèche à l'article premier de la Déclaration contre la torture et il devient concevable que la tolérance d'actes condamnés commis par des individus privés soit visée. Si le premier paragraphe de l'article premier de la Déclaration contre la torture semble ignorer cette hypothèse par sa référence exclusive aux agents de la fonction publique, le paragraphe 2 de la même disposition pourrait la couvrir. Le commentaire, en tout cas, laisserait place à cette interprétation, puisqu'il précise que :

L'expression « peine ou traitement cruel, inhumain ou dégradant », n'a pas été définie par l'Assemblée générale, mais doit être interprétée de façon à assurer une protection aussi large que possible contre tous abus, qu'ils aient un caractère physique ou mental. »^{1,5}

112. *Id.*, art. 5.

113. *Id.*, commentaires a et b de l'art. 1.

114. *Id.*, art. 5.

115. *Id.*, commentaire de l'art. 5. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe adoptait quelques mois plus tard la Déclaration sur la police, texte qui allant dans le même sens que le Code de conduite, précise de plus que la déontologie prescrite est applicable aux membres des services secrets : *Déclaration sur la police*, Rés. 690(1979), (1979) 22 A.C.E.D.H. 77, Annexe A, Déontologie, par. 3.

Visant d'autres acteurs potentiels dans un processus de torture, l'Assemblée générale des Nations Unies adoptait en 1982, les Principes d'éthique médicale qui prévoient en outre que :

Il y a violation flagrante de l'éthique médicale et délit au regard des instruments internationaux applicables si des membres du personnel de santé, en particulier des médecins, se livrent activement ou passivement, à des actes par lesquels ils se rendent coauteurs, complices ou instigateurs de tortures et autres traitements cruels, inhumains ou dégradants ou qui constituent une tentative de perpétration¹¹⁶.

Dérivé des articles premier et 7 de la Déclaration contre la torture^{116 117}, ce principe met sur le même pied en tant que violations flagrantes, tous les comportements, passifs ou actifs, qui sont associables à la torture ou à des mauvais traitements, y compris la tentative. Le principe 4 utilisera une nouvelle approche en se concentrant sur la fonction des personnes visées dans la circonstance d'un interrogatoire ou de l'infliction d'un traitement ou d'un châtement.

Il y a violation de l'éthique médicale si des membres du personnel de santé, en particulier des médecins :

- a) Font usage de leurs connaissances et de leurs compétences pour aider à soumettre des prisonniers ou détenus à un interrogatoire qui risque d'avoir des effets néfastes sur la santé physique ou mentale desdits prisonniers ou détenus et qui n'est pas conforme aux instruments internationaux pertinents ;
- b) Certifient, ou contribuent à ce qu'il soit certifié, que des prisonniers ou des détenus sont aptes à subir une forme quelconque de traitement ou de châtement qui peut avoir des effets néfastes sur leur santé physique ou mentale et qui n'est pas conforme aux instruments internationaux pertinents, ou participent, de quelque manière que ce soit, à un tel traitement ou châtement non conforme aux instruments pertinents¹¹⁸.

La Déclaration contre la torture se concentrait sur les finalités de l'acte reproché, alors qu'ici l'accent est mis sur le rôle du médecin et sur les conséquences, à savoir les effets néfastes sur la santé, auxquelles peut mener une participation même lointaine du médecin.

116. Principes d'éthique médicale, *supra*, note 110, principe 2.

117. Déclaration contre la torture, *supra*, note 96.

118. Principes d'éthique médicale, *supra*, note 110, principe 4.

3. — *La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*

L'aboutissement prévisible de cette évolution du droit international interdisant la torture fut l'entrée en vigueur de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*^{119 120}, adoptée à l'unanimité par l'Assemblée générale des Nations Unies le 5 décembre 1984. Rappelant les principes proclamés par la *Charte des Nations Unies*, l'article 5 de la Déclaration universelle, l'article 7 du Pacte sur les droits civils ainsi que la Déclaration contre la torture, la Convention contre la torture propose en son article premier cette définition :

Le terme torture désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles.

2. Cet article est sans préjudice de tout instrument international ou de toute loi nationale qui contient ou peut contenir des dispositions de portée plus large.¹²⁰

Si la convention emploie le mot « intentionnellement » au lieu de « délibérément », les quelques différences notables par rapport à la Déclaration contre la torture se retrouvent au niveau des motivations de l'acte condamné par la convention. L'énumération des motifs de la torture comporte notamment ceux fondés sur la discrimination ou celui consistant en l'exercice de pressions sur la personne ou un tiers, ou celui de punir cette personne d'un acte qu'elle a commis ou est soupçonnée

119. *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, A.G. Rés. 39/46, Doc. off. A.G., 34^e session, supp. n° 51, p. 206, Doc. N.U.A/39/51(1 984) [ci-après dénommée la Convention contre la torture ou la Convention]. La Convention a été signée par 49 États et ratifiée par 15 États au 31 décembre 1986 et entrera en vigueur 30 jours après le dépôt du 20^e instrument de ratification ou d'adhésion (art. 27).

120. *Ibid.*

d'avoir commis. La portée de cette définition se trouve également étendue par une désignation plus large de l'auteur ou de l'instigateur des souffrances ou de la douleur en ce qu'elle n'est plus limitée à l'agent de la fonction publique mais vise aussi toute autre personne agissant à titre officiel. La responsabilité du crime de torture repose également sur les épaules de ceux y ayant consenti, expressément ou tacitement.

Contrairement à la Déclaration contre la torture, la référence à *l'Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus* n'est pas reprise en fin d'article puisque les auteurs de la convention ont jugé qu'un tel instrument légalement contraignant ne devait pas se référer à un instrument n'ayant pas ce caractère. Ayant disparu du texte, cette restriction aux sanctions légitimes qui échappent à la condamnation, n'est compensée que par l'interprétation large qu'entendent donner au mot «légitime» certains gouvernements, c'est-à-dire dans une mesure compatible non seulement avec le droit national mais aussi avec le droit international qui, quant à lui, interdirait le recours au châtement corporel¹²¹. L'incertitude demeure néanmoins et l'on ne peut s'empêcher de craindre que les peines corporelles pratiquées en terre d'Islam puissent ainsi échapper à la condamnation, du moins légale, face à une interprétation stricte du paragraphe 1.

Force est de reconnaître que cette définition n'a pas comblé les quelques lacunes observées à la Déclaration contre la torture. L'énumération des motifs de la torture a beau être plus complète que celle faite alors, la preuve de l'existence d'un but et celle de l'ordre ou de la permission de P État incriminé sont encore exigées. Il semble qu'il sera donc possible aux États de prétendre que les faits constatés ont été accomplis contre son consentement, entre particuliers.

L'interdiction ainsi conçue n'en demeure pas moins absolue car selon les paragraphes 2 et 3 de l'article suivant¹²², aucune circonstance exceptionnelle ne peut être invoquée pour justifier la torture pas plus que l'ordre d'un supérieur ou d'une autorité publique.

La Convention n'apporte cependant pas d'éclaircissement sur ce qui constitue des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Si la Déclaration contre la torture fait, *a contrario*, de ces peines ou traitements une forme moins grave de la torture¹²³, la Convention dans

121. Voir Observation générale 7(16), *infra*, note 167.

122. Convention contre la torture, *supra*, note 119, art. 2.

123. Déclaration contre la torture, *supra*, note 96, art. 1.2.

la première phrase de son article 16(1) ne semble pas y voir une différence de degré mais plutôt de substance :

Tout État partie s'engage à interdire dans tout territoire sous sa juridiction d'autres actes constitutifs de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants qui ne sont pas des actes de torture telle qu'elle est définie à l'article premier lorsque de tels actes sont commis par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel, ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite¹²⁴.

La deuxième phrase de cette disposition, en ne rendant applicable aux cas de mauvais traitements qu'une partie des obligations des États en matière de prévention et de réparation de la torture, semble confirmer l'interprétation suivant laquelle toutes peines ou tous traitements cruels, inhumains ou dégradants n'équivalent pas à des tortures telles que définies par l'article 1. Ainsi, le droit à une indemnisation équitable et adéquate suite à de mauvais traitements et l'admissibilité en preuve lors d'une procédure d'une déclaration obtenue de cette manière ne sont pas expressément garantis par la Convention¹²⁵. Par contre, les mauvais traitements et la torture appellent les mêmes engagements de la part des États, notamment celui d'informer sur l'interdiction de ces pratiques les personnes susceptibles d'être de par leur fonction en contact avec une personne privée de sa liberté, celui d'exercer une surveillance sur l'ensemble du dispositif de garde et de traitement de ces personnes, celui d'instituer une enquête impartiale au besoin et celui d'accorder une protection à la prétendue victime qui exerce son droit de porter plainte¹²⁶.

L'on notera comme autre différence que la protection contre les mauvais traitements de l'article 16 ne bénéficient pas d'une garantie expresse contre toute dérogation contrairement à la protection contre la torture. Ce sera, selon l'article 16(2), par le biais de l'interprétation et de l'application d'autres instruments internationaux que devra s'établir le caractère intangible de cette protection.

Malgré ces quelques précisions, la Convention contre la torture ne se limite pas à rappeler la définition déjà connue des crimes qu'elle condamne. Elle comporte plusieurs obligations à charge des États parties

124. Convention contre la torture, *supra*, note 119, art. 16(1).

125. *Id.*, art. 14 et 15.

126. *Id.*, art. 16(1) *in fine* : « En particulier les obligations énoncées aux articles 10,11,12 et 13 sont applicables moyennant le remplacement de la mention de la torture par la mention d'autres formes de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. »

parmi lesquelles nous n'avons pas encore mentionné celles de faire des actes de torture des infractions au regard de leur droit national, de punir ces infractions ainsi que de s'accorder une juridiction de type universelle pour connaître de ces dernières ¹²⁷. Devrait en effet avoir cette compétence, et devrait l'exercer, tout État partie sur le territoire duquel un tortionnaire est arrêté quels que soient sa nationalité, celle de sa victime ou bien le lieu de perpétration de la torture, à moins qu'il ne soit décidé de l'extradition de ce dernier. Visant à faciliter cette dernière procédure, la Convention prévoit même qu'elle peut suppléer un traité d'extradition lorsqu'un État partie subordonne à l'existence d'un tel traité, l'extradition demandée par un autre État partie ¹²⁸.

Mais il ne sera pas moins surprenant qu'intéressant de constater que si la Convention s'applique à tout mettre en œuvre pour qu'aucun tortionnaire ne puisse échapper à la justice, elle veille aussi à ce que :

Toute personne poursuivie pour l'une quelconque des infractions visées à l'article 4 [actes de torture, tentative, complicité ou participation] bénéficie de la garantie d'un traitement équitable à tous les stades de la procédure ¹²⁹.

La deuxième partie, quant à elle, institue le Comité contre la torture¹³⁰, organisme quasi judiciaire dont la compétence s'étend à quatre types de procédures : un examen des rapports périodiques soumis par les États parties, une enquête sur les pratiques systématiques de torture et deux examens de communications émanant soit d'un État partie à l'encontre d'un autre État partie, soit d'un particulier à l'égard d'un État partie ¹³¹. Nous traiterons brièvement au chapitre suivant des perspectives d'élaboration du droit que représente l'exercice par le Comité de ses compétences, mais qu'il soit déjà souligné, que l'entrée en vigueur de la Convention ne rendra pas pour autant possibles les deux derniers recours mentionnés: cinq déclarations de reconnaissance de compétence devront au préalable avoir été déposées dans les deux cas ¹³², alors qu'évidemment seuls ceux ayant reconnu cette juridiction pourront se porter requérants ou y seront soumis selon la circonstance.

127. *Id.*, art. 4 et 5.

128. *Id.*, art. 8 et 9.

129. *Id.*, art. 7(3) ; voir aussi par. 1, 2 et 3 de l'art. 6 et par. 2 de l'art. 7.

130. *Id.*, art. 17 et 18.

131. *Id.*, art. 19, 20, 21 et 22.

132. *Id.*, art. 21(2) et 22(8).

D. — La Convention interaméricaine contre la torture

La *Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture*¹³³ adoptée par l'Assemblée générale de l'OEA un an presque jour pour jour après la Convention contre la torture, est à la fois la première convention régionale spécifique et le dernier instrument international à proposer une définition de la torture :

Aux fins de la présente Convention, on entend par torture tout acte par lequel sont infligées intentionnellement à une personne des peines ou souffrances, physiques ou mentales, aux fins d'enquêtes au criminel ou à toute autre fin, à titre de moyen d'intimidation, de châtement personnel, de mesure préventive ou de peine. On entend également par torture l'application à toute personne de méthodes visant à annuler la personnalité de la victime ou à diminuer sa capacité physique ou mentale même si ces méthodes et procédés ne causent aucune douleur physique ou angoisse psychique.

Ne sont pas couvertes par le concept de torture les peines ou souffrances, physiques ou mentales, qui sont uniquement la conséquence de mesures légalement ordonnées ou qui leur sont inhérentes, à la condition que les méthodes visées au présent article ne soient pas employées dans l'application de ces mesures¹³⁴.

Si, dans l'ensemble, cette disposition utilise la même approche que celle de l'article premier du texte onusien, néanmoins la définition qu'elle suggère représente à la fois un élargissement et une clarification de la protection contre la torture. L'absence de l'adjectif «aiguës» pour qualifier la douleur et la souffrance ne saurait passer inaperçue car du coup, elle fait disparaître, en théorie du moins, l'exigence d'un seuil minimal pour que la torture puisse être constatée. Par conséquent, il devient extrêmement difficile de voir ce qui caractériserait autrement les traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants, notion peu utilisée par la Convention interaméricaine contre la torture sauf pour rappeler aux États parties qu'ils doivent assurer une formation spéciale aux agents de police et au personnel pénitencier, de même que prévenir et punir de tels actes¹³⁵. Si cette distinction, par ailleurs toujours floue comme nous avons pu le constater, semble s'estomper complètement, il en est ainsi de la liste limitative des buts poursuivis dans l'infliction de mauvais traitements. En effet, en plus des motifs très généraux énumérés,

133. O. A.S.T. A. n° 67, reproduite in (1986) 5 D.J.I.510 [ci-après dénommée la Convention interaméricaine contre la torture ou la Convention interaméricaine].

134. A/., art. 2.

135. *Id.*, art. 7(2) et 6(3).

l'interdiction de la torture s'applique quand elle est employée «à toute autre fin».

L'OEA a aussi pris soin, non pas de préciser la notion de torture mentale, mais de l'élargir en condamnant expressément une forme supplémentaire de celle-ci, à savoir les « méthodes visant à annuler la personnalité de la victime ou à diminuer sa capacité physique ou mentale... »¹³⁶. De plus, non seulement l'acuité de la souffrance n'est pas nécessaire, mais la provocation d'une douleur physique ou d'anxiété mentale n'est plus un prérequis pour faire jouer la prohibition. Le deuxième paragraphe, quant à lui, mentionne bien sûr la légalité des sanctions légitimes, mais ces « mesures ordonnées légalement » restent sujettes à l'application du premier paragraphe au lieu d'être soumises à un droit international moins clair.

* * *

Le dernier élément notable témoignant d'une évolution, se situe au niveau de la responsabilité des agents de P État :

Sont coupables du crime de torture :

- a) Les employés ou fonctionnaires publics qui, agissant en cette qualité, ordonnent, prônent, encouragent l'emploi de la torture ou l'utilisent directement, ou n'ont pas empêché son emploi quand ils pouvaient le faire¹³⁷.

Les employés de l'État, pour ne pas être incriminés, se voient ainsi clairement imposés non plus seulement une obligation de s'abstenir activement ou passivement, mais celle de prévenir la commission de tels actes lorsqu'ils en sont capables. Autrement dit, peu importe qui utilise la torture, même un particulier, les agents ou employés de l'État se voient forcés d'intervenir afin de ne pas être tenus eux-mêmes responsables du crime.

Pour le reste, par contre, la Convention interaméricaine reprend dans l'ensemble les grandes lignes de la Convention contre la torture en ce qui a trait aux obligations qui incombent aux États parties relativement à leur législation interne¹³⁸, à l'exercice de leur juridiction¹³⁹, à leurs

136. ZtZ., art. 2.

137. Zrf., art. 3.

138. *Id.*, art. 6(2), 8, 9(1) et 10.

139. ZtZ., art. 12 et 14.

obligations en matière d'extradition, etc.¹⁴⁰. Néanmoins, sa grande lacune par rapport à cette dernière réside dans le fait qu'elle ne prévoit aucun mécanisme régional d'enquête ou d'examen de plaintes, si ce n'est que l'imposition d'un devoir pour les États parties d'informer la Commission interaméricaine des droits de l'Homme des mesures adoptées aux fins de son application, à charge pour celle-ci de faire une analyse de la situation dans la région dans son rapport annuel¹⁴¹.

IL — LA DÉFINITION JURISPRUDENTIELLE

A. — La jurisprudence universelle

1. — *La Cour internationale de Justice*

Cinq des conventions examinées mentionnant implicitement ou expressément la torture, accordent une compétence à la Cour internationale de Justice sur les questions d'interprétation ou d'application desdites conventions. Elle pourra statuer, lorsqu'un différend qui n'a pu être résolu par arbitrage intervient en ces matières entre des États parties et lorsque l'un de ceux-ci en fera la demande. Il s'agit de la Convention contre le génocide¹⁴², la Convention supplémentaire relative à l'esclavage¹⁴³, la Convention contre la discrimination raciale¹⁴⁴, la Convention contre l'apartheid¹⁴⁵ et la Convention contre la torture¹⁴⁶.

Pendant, la Cour a dépassé ce cadre en insistant sur le caractère si fondamental de certains droits prévus à ces conventions que leur application ne devrait pas se limiter aux seuls États parties. Ainsi dans son avis consultatif de 1951 sur les *Réserves à la Convention sur le génocide*, elle affirme que « les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les États même en dehors de tout lien contractuel »¹⁴⁷.

140. *Id.*, art. 11 et 13.

141. *Id.*, art. 17.

142. *Supra*, note 65, art. IX.

143. *Supra*, note 67, art. 101.

144. *Supra*, note 71, art. 22.

145. *Supra*, note 73, art. XII.

146. *Supra*, note 119, art. 30.

147. *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p. 15, à la p. 23.

La Cour développa cette opinion dans son arrêt *Barcelona Traction* en affirmant au sujet des obligations *erga omnes* :

Ces obligations découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale¹⁴⁸.

À cette énumération non limitative de droits fondamentaux de la personne humaine proposée par la Cour, il y aurait tout lieu d'ajouter la protection contre la torture et les traitements cruels, inhumains et dégradants, d'autant plus que les actes nommément mis hors la loi par certaines conventions spécifiques, se voient définis eux-mêmes par une référence à la torture et aux mauvais traitements¹⁴⁹.

La Cour internationale de Justice s'est aussi interrogée par la voix de certains de ses juges sur les sources autres que conventionnelles de quelques-uns de ces droits fondamentaux de l'homme. Dans son opinion dissidente dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, le juge Tanaka a émis l'avis que «la norme interdisant la discrimination ou la séparation fondée sur la race est désormais une règle de droit international coutumier»¹⁵⁰. Pour le juge, la preuve en est l'accumulation des résolutions, déclarations et décisions issues des organes compétents de la communauté internationale qui interprètent ainsi la Charte. C'est ce qu'il qualifie de « système collectif, cumulatif et organique de création de la coutume... »¹⁵¹.

Le vice-président Ammoun, dans son opinion individuelle dans l'avis consultatif sur les *Conséquences juridiques pour les États de la*

148. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, à la p. 32, par. 34. Voir les opinions individuelles de M. PETRÉN dans *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 457 et *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 253. Voir aussi l'opinion dissidente de Sir Garfield Barwick dans *Essais nucléaires (Australie c. France)*, *id.*, p. 254. Pour ce dernier juge, l'énoncé au par. 34 de la p. 32 de l'arrêt *Barcelona Traction* ne serait qu'un *obiter dictum*.

149. Voir Convention contre le génocide, *supra*, note 65, art. 11b; Convention supplémentaire relative à l'esclavage, *supra*, note 67, art. 5 ; Convention contre la discrimination raciale, *supra*, note 71, art. 5b ; Convention contre l'apartheid, *supra*, note 73, art. II

150. *Sud-Ouest africain*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, p. 6, à la p. 293.

151. *id.*, aux pp. 292 et ss.

présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, viendra prêter main-forte à ce constat en s'appuyant plutôt sur la nature du droit à l'égalité :

Un droit qui est certes à considérer comme une norme coutumière obligatoire antérieure à la Déclaration universelle des droits de l'homme et que celle-ci a codifiée, est le droit à l'égalité, droit que Ton s'accorde à considérer, depuis les temps les plus anciens, comme inhérent à la nature humaine¹⁵².

Les droits de l'Homme et leur protection ont aussi été examinés comme principes généraux reconnus par les nations civilisées au sens de l'article 38(1)c du *Statut de la Cour internationale de Justice*¹⁵³. L'examen des constitutions et des législations nationales ainsi qu'une reconnaissance d'un droit naturel en la matière feront admettre au juge Tanaka, dissident dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, la possibilité d'une telle valeur juridique notamment attribuable à la norme de non-discrimination¹⁵⁴. Pour le juge, cette obligation a donc une valeur plus que morale mais aussi juridique. Ainsi,

[n]i les imperfections d'ordre législatif dont souffre la définition des droits et des libertés de l'homme, ni l'absence d'un mécanisme pour leur mise en œuvre [dans la Charte] ne constituent des motifs de nier leur existence ou la nécessité de les protéger en droit¹⁵⁵.

Dans son *Avis sur la Namibie*, il semble bien que la Cour ait adopté cette opinion en déclarant au sujet de la politique de ségrégation poursuivie par l'Afrique du Sud en Namibie que :

Le fait d'établir et d'imposer [...] des distinctions, exclusions, restrictions et limitations qui sont uniquement fondées sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique et qui constituent un déni des droits fondamentaux de la personne humaine, est une violation flagrante des buts et principes de la Charte.^{156 157}

Un arrêt d'une cour américaine, celui rendu dans l'affaire *Filartiga v. Pena-Irala*¹⁵⁷, mérite d'être cité dans ce contexte puisque y furent

152. Ordonnance du 29 janvier 1971, C.I.J. Recueil 1971, p. 12, à la p. 76 [ci-après dénommé l'*lvzš sur la Namibie*].

153. *Supra*, note 17.

154. *Sud-Ouest africain, supra*, note 150, aux pp. 294 et ss.

155. *Id.*, à la p. 290.

156. *Supra*, note 152, à la p. 45.

157. *Filartiga et al. v. Pena-Irala*, 630 F. 2d 876 (2d Cir. 1980) [ci-après dénommée *FAffaire Filartiga*].

appliqués à la torture, et en des termes non équivoques, les principes énoncés par les décisions de la Cour internationale de Justice au sujet d'autres droits fondamentaux.

Cette affaire, portée en appel devant la Cour fédérale d'appel (Second Circuit Court of Appeals), consistait en une poursuite en dommages-intérêts intentée par les proches d'une victime décédée suite à des actes de torture commis au Paraguay, contre l'auteur présumé de tels actes ; un ancien haut-gradé de la police paraguayenne présent sur le territoire américain lors de l'institution de l'action. Le tribunal de première instance s'était déclaré incompétent, ayant donné une interprétation étroite au concept de « law of nations » utilisé par la législation habilitante invoquée par le demandeur. En effet, le *Alien Tort Statute*¹⁵⁸ accordait compétence aux tribunaux américains pour entendre des recours civils intentés par les étrangers victimes d'une violation au regard du droit international. Pour la cour, cette notion devait s'entendre comme ne couvrant pas les rapports entre un État et ses propres citoyens¹⁵⁹.

Rappelant que, selon la Constitution américaine, « law of nations forms a part of the laws of United States », le tribunal de deuxième instance fonda sa juridiction sur une version plus moderne du droit international qui, en matière des droits de l'Homme, conférait des protections fondamentales aux individus à l'égard de leur propre gouvernement¹⁶⁰. Cette interprétation s'imposait car, selon la Cour, même si la section 1350 du *Alien Tort Statute* avait été invoquée par le passé sans qu'il ne lui ait été accordée un sens aussi large, jamais n'avaient été en jeu ce qu'elle qualifia, en désignant la protection contre la torture, des [TRADUCTION] «normes de droit international aussi bien établies et universellement reconnues... »¹⁶¹.

La Cour avait d'ailleurs clairement établi la source de ce droit au début de son arrêt en citant la doctrine et en invoquant les articles 55 et 56 de la *Charte des Nations Unies*, ainsi que la Déclaration universelle et la Déclaration contre la torture qui mettent toutes deux en évidence et

158. 28 U.S.C. 1350: «The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations...».

159. *Affaire Filartiga*, *supra*, note 157, à la p. 884.

160. *Id.*, à la p. 885. « [S]uch well established, universally recognized norms of international law ».

161. *Id.*, à la p. 888.

définissent la protection des droits fondamentaux contenus à la Charte. Furent également mentionnés la Convention américaine, le Pacte sur les droits civils et la Convention européenne, dont le contenu, souvent repris expressément ou implicitement par la constitution ou les législations de nombreux pays, fait foi d'un consensus qui se serait formé contre la torture¹⁶². Pour ce tribunal américain, l'existence d'un droit international coutumier en la matière¹⁶³ et son application ne sont pas problématiques :

[TRADUCTION] La torture officielle est prohibée par le droit des gens; la prohibition est claire et non ambiguë et n'autorise aucune distinction dans le traitement des étrangers et citoyens¹⁶⁴.

Cette jurisprudence, susceptible d'être considérée comme l'expression de *Vopinio juris*¹⁶⁵ des États-Unis, admet comme directement applicables en droit interne les normes internationales prohibant la torture, alors que les développements jurisprudentiels venant de la Cour internationale de Justice, ne touchent à la torture que si on les extrapole. Ceux-ci n'en demeurent pas moins cruciaux pour les principes qu'ils déclarent car ils sont tous applicables à la protection contre la torture. Le raisonnement analogique suggère clairement qu'en l'absence d'applicabilité de la Convention contre la torture, le non-respect de cette protection demeure une violation d'une obligation coutumière ayant vraisemblablement les attributs du *jus cogens*, obligation à la fois prescrite par la Charte des Nations Unies, précisée à la Déclaration universelle et définie principalement par la Déclaration contre la torture.

2. — *Le Comité des droits de l'Homme*

Le Comité des droits de l'Homme, créé depuis l'entrée en vigueur du Protocole facultatif¹⁶⁶, a eu l'occasion de se pencher à plusieurs reprises sur des communications individuelles alléguant des violations de ce droit à la protection contre la torture, garanti au Pacte sur les droits civils. Jusqu'à présent, cependant, les constatations du Comité rendues conformément à l'article 5(4) du Protocole facultatif, n'ont pas livré de définition

162. *Id.*, aux pp. 883 et ss.

163. *Id.*, aux pp. 883-885.

164. *Id.*, à la p. 876. « Official torture is prohibited by the law of nations ; the prohibition is clear and unambiguous and admits of no distinction between treatment of aliens and citizens ».

165. Voir Sir H. LAUTERPACHT, *The Development of International Law by Courts* (1958), p. 20. Voir aussi TUNKIN, *op. cit. supra*, note 79, pp. 184 et ss.

166. *Supra*, note 12.

théorique de la torture ou des traitements cruels, inhumains ou dégradants de l'article 7. Comme le Comité l'indique dans une observation générale formulée en vertu de l'article 40(4) du Pacte, «[i]l n'est peut-être pas nécessaire d'établir des distinctions très nettes entre les différentes formes de peines ou de traitements qui sont interdites »¹⁶⁷. Son approche s'appuiera donc sur des distinctions qui «... dépendent de la nature, du but et de la gravité du traitement utilisé. »¹⁶⁸

* * *

Toujours dans cette observation générale et à l'égard des personnes privées de liberté, le Comité ajoute que :

l'interdiction des traitements contraires à l'article 7 est complétée par les dispositions positives au paragraphe 1 de l'article 10 du Pacte qui stipule qu'elles doivent être traitées avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine¹⁶⁹.

Ainsi l'insertion d'objets dans l'anus et le « submarino » (le détenu est maintenu la tête enveloppée sous l'eau courante) dans un cas¹⁷⁰, les « plantones » (stations debout prolongées), les coups et la privation de nourriture dans un autre cas¹⁷¹ et les décharges électriques et simulacres d'exécution dans un troisième¹⁷² furent toutes des pratiques qualifiées expressément de torture par le Comité. À chaque fois, il retint également la preuve de l'isolement cellulaire ou la mise au secret prolongé pour constater des violations des articles 7 et 10. Sans employer toutefois l'expression « torture », le Comité fit une même référence indistincte à ces deux articles suite à l'examen de communications où, dans l'une¹⁷³, la victime se plaignait d'avoir été soumise au «planton», à des chocs électriques et à la bastonnade (ce qui lui a laissé des séquelles permanentes),

167. Observation générale 7(16), reproduite in *Rapport du Comité des droits de l'Homme*, Doc. off. A.G., 37^e session, supp. n° 40, p. 106, par. 2, Doc. N.U. A/37/40 (1982).

168. *Ibid.*

169. *Ibid.*

170. *Grille Motta v. Uruguay*, reproduit in HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Selected decisions under the Optional Protocol*, Doc. N.U. CCPR/C/OP/1, p. 56, par. 13-14 [ci-après dénommé *Selected Decisions*].

171. *Setelich N. Uruguay*, in *Selected decisions*, p. 104, par. 16.2.

172. *Muteba v. Zaire*, Doc. off. A.G., 39^e session, supp. n° 40, p. 192, Doc. N.U. A/39/40 (1984), par. 10.2.

173. *Hernandez N. Uruguay*, in *Selected decisions*, p. 42, par. 9 e) ii.

dans une autre¹⁷⁴, d'avoir été maintenue les yeux bandés et les mains attachées ensemble pendant presque dix mois (avec les conséquences d'un bras paralysé, des douleurs aux yeux et d'une perte substantielle de poids) et dans une troisième¹⁷⁵, d'avoir été détenue dans les mêmes conditions à l'intérieur d'un cachot pendant cinq mois.

Une seule communication, celle du pianiste Miguel Angel Estrella¹⁷⁶, a fait l'objet jusqu'à présent d'un examen séparé avec les conclusions qu'il avait été victime de tortures au sens de l'article 7 et de conditions de détention inhumaines (dues entre autres au harcèlement continu de la part des gardiens) au sens de l'article 10. Les conclusions dans une autre affaire¹⁷⁷ ne font mention, par contre, que du non-respect de l'article 7 suite aux traitements infligés au détenu incluant la pratique de la torture et la détention *incommunicado* dans une prison secrète pendant trois mois, le plaignant n'ayant pas allégué l'article 10.

Seule la somme de ces jugements permettrait en définitive de donner un profil au contenu de ces droits que le Pacte entend protéger, si le Comité dans ses observations générales n'avait pas émis l'avis catégorique au sujet de l'article 7 suivant lequel: «l'interdiction doit s'étendre aux peines corporelles, y compris les châtimens excessifs imposés comme mesures éducatives ou disciplinaires »¹⁷⁸. La lecture parallèle de la Déclaration contre la torture et de l'Ensemble des règles minima impose une telle interprétation¹⁷⁹.

Il faut bien constater qu'à l'échelon international, la jurisprudence n'a pas jusqu'ici apporté de précisions considérables sur le contenu de la protection contre la torture et des mauvais traitements telle qu'édictée par les divers instruments universels. Les décisions de la Cour internationale de Justice, dès lors qu'elles sont analysées analogiquement, sont importantes mais uniquement quant à la valeur juridique de certains droits fondamentaux parmi lesquels devrait figurer la protection contre la torture. Quant au Comité des droits de l'Homme, il est demeuré jusqu'à présent plutôt avare d'éclaircissements dans ses constatations. Faudra-t-il en espérer plus du Comité spécialement créé par la récente Convention

174. *Weinberger v. Uruguay*, in *Selected decisions*, pp. 59-60, par. 12.

175. *Buffo N. Uruguay*, in *Selected decisions*, p. 64, par. 9.

176. *Esîrellav. Uruguay*, Doc. off. A.G., 38^e session, supp. n° 40, p. 161, Doc. N.U. A/38/40 (1983), par. 9.1 et 9.2.

177. *Saldias v. Uruguay*, in *Selected decisions*, p. 90, par. 11.3.

178. *Rapport du Comité des droits de l'Homme*, *supra*, note 167, p. 106, par. 2.

179. *Supra*, note 95.

contre la torture ? Du fait que la mission du Comité en matière litigieuse en est avant tout une de conciliation, la réponse ne pourrait être clairement affirmative. La procédure d'enquête sera confidentielle, sauf pour la parution, après consultations avec les États intéressés, d'un compte rendu succinct des résultats dans le rapport annuel du Comité¹⁸⁰. Pour ce qui est de l'examen des communications interétatiques ou individuelles, il se fera à huis clos et le rapport du Comité, limité à un bref examen des faits, ne sera communiqué qu'aux parties intéressées^{180 181}. Ne resteront en définitive que les commentaires d'ordre général qui, formulés après l'étude des rapports périodiques, pourraient faire partie de son rapport annuel¹⁸².

B. — La jurisprudence régionale

1. — *La Cour et la Commission européenne des droits de l'Homme*

a. — *Procédures et concepts*

À l'échelon régional, la jurisprudence des instances chargées de l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁸³ est le résultat d'un système de protection internationale sophistiqué et efficace. La Commission et la Cour européenne des droits de l'Homme n'ont pas hésité à dissenter sur les droits protégés par la Convention européenne tout en discernant clairement les éléments constitutifs de violations. Quant aux arrêts motivés de la Cour¹⁸⁴, ils sont, sinon directement exécutoires, du moins obligatoires pour l'État partie au litige¹⁸⁵.

La procédure européenne prévoit la possibilité pour les États parties à la convention de formuler une plainte contre un autre État partie lorsqu'un manquement aux dispositions de la convention est allégué avoir été commis par ce dernier¹⁸⁶. La Convention européenne se caractérise aussi par le droit de requête individuelle contre tout État

180. Convention contre la torture, *supra*, note 119, art. 20(2) et (5).

181. *Id.*, art. 21(1)d et h /n *fine* et art. 22(6) et (7).

182. *Id.*, art. 19(3) et (4).

183. *Supra*, note 57.

184. *Id.*, art. 51.

185. *Id.*, art. 53.

186. *Supra*, note 57, art. 24.

partie ayant reconnu la compétence de la Commission lorsque le requérant prétend avoir été victime d'une violation par l'État en cause d'un droit reconnu par la convention¹⁸⁷. Requêtes individuelles ou étatiques, l'épuisement des voies de recours internes se pose comme l'un des prérequis procéduraux à la recevabilité de celles-ci¹⁸⁸. Pour les deuxièmes, cependant, cette exigence est levée si, *prima facie*, l'État requérant prouve que la torture ou toute autre violation d'un des droits prévus à la Convention est le résultat d'une « pratique administrative » au sein de l'État incriminé¹⁸⁹. Dans *FAffaire turque*, la Commission a précisé à cet égard qu'

[u]ne pratique administrative peut être constatée par la répétition d'actes tolérés à un niveau inférieur même si aucune tolérance de ce genre n'est établie à un niveau supérieur et même si certains des actes en question ont donné naissance à des poursuites pénales¹⁹⁰.

Condamnant à l'article 3 la torture et les traitements inhumains et dégradants, la Convention européenne n'en reste pas moins muette quant à la définition de ces notions. Un examen détaillé, tant des décisions sur la recevabilité que des rapports de la Commission ou des arrêts de la Cour, permet par contre de cerner à l'aide d'appréciations concrètes d'allégations, les contours de ces termes.

Dans l'*y|Thzre grecque*, la Commission déclarait dans son rapport que « le mot "torture" s'applique souvent à un traitement inhumain ayant pour but, par exemple, d'obtenir des informations ou des aveux ou d'infliger une peine... »¹⁹¹. Plus loin, elle précisait qu'il s'agit « généralement [d'une forme aggravée de traitement inhumain] »¹⁹². Il était en tout cas clair pour la Commission que « toute torture ne peut être qu'un traitement inhumain et dégradant et tout traitement inhumain ne peut être que dégradant »¹⁹³.

187. *Id.*, art. 25.

188. *Id.*, art. 26 et 27(3).

189. *Danemark, Norvège, Suède et Pays-Bas v. Grèce*, Commission européenne des droits de l'homme, *Recueil des décisions*, vol. 25, pp. 92, 114-115 ; *Recueil des décisions*, vol. 26, pp. 80, 106, 110-111.

190. *France, Norvège, Danemark et Suède v. Turquie*, Commission européenne des droits de l'homme, 35 D.R., p. 143, à la p. 191.

191. *Danemark, Norvège, Suède et Pays-Bas v. Grèce*, Commission européenne des droits de l'homme, (1969), texte français *in extenso* disponible au Greffe de la Commission, vol. II, 1^{re} partie, p. 1 [ci-après dénommée *FAffaire grecque*].

192. *Ibid.*

193. *Ibid.*

Dans cette affaire, le Comité des Ministres approuva le rapport de la Commission en invitant « instamment le Gouvernement de la Grèce (...) à abolir immédiatement la torture et autres mauvais traitements de détenus »¹⁹⁴. Ces atteintes à la convention résidaient dans l'utilisation de la «falanga»¹⁹⁵ ou dans l'assèment de coups violents sur toutes les parties du corps mais aussi dans la pratique de nombreuses autres formes de torture ou de mauvais traitements¹⁹⁶.

Analysant l'ensemble des cinq méthodes utilisées dans le contexte des interrogatoires des détenus membres de l'I.R.A. et qui consistaient en la station debout contre le mur, l'encapuchonnement, le bruit, la privation de sommeil et la privation de nourriture solide et liquide, la Commission déclarait dans l'affaire *Irlande c. Royaume- Uni* que l'utilisation combinée de celles-ci violait « l'article 3 de la Convention européenne sous la forme non seulement de traitement inhumain et dégradant, mais aussi sous celle de la torture au sens de cet article »¹⁹⁷. Elle traçait les contours de cette dernière notion en soulignant le fait que «les cinq méthodes appliquées ensemble étaient destinées à infliger un grave stress psychologique et physique causant de graves souffrances, à une personne afin d'obtenir d'elle des renseignements »¹⁹⁸.

D'accord avec la Commission unanime, tant sur le principe de l'interdiction à l'article 3 que sur son application aux faits invoqués au soutien de la requête des détenus membres de l'I.R.A., le président Fawcett dans son opinion séparée considéra cependant avec nuances la notion de torture ou de traitements inhumains : « [Cela] dépendra de leur nature et des circonstances dans lesquelles ils ont été infligés ; la notion de torture ou de traitements inhumains n'est donc pas une notion absolue »¹⁹⁹. En extrapolant à partir de l'une des exceptions à la protection du droit à la vie prévue à l'article 2.2c de la convention, il illustra son affirmation par l'exemple de la souffrance physique résultant d'un traitement chirurgical

194. Resolution (D.H. (70)1), (1969) 12 *Yearbook of the European Convention on Human rights*, pp. 511-512.

195. Ou «falaka» qui consiste en la bastonnade sur la plante des pieds.

196. *Affaire grecque*, *supra*, note *par* **197**. Les témoignages recueillis ont décrit les pratiques suivantes : électrochocs, tête serrée dans un étau, cheveux ou poils du pubis arrachés, coups dans les organes génitaux masculins, eau déversée goutte à goutte sur la tête, bruit intense pour empêcher le sommeil, etc.

197. *Irlande v. Royaume- Uni*, Commission européenne des droits de l'homme, (1976) 19 A.C.E.D.H. 513, à la p. 793.

198. *Ibid.*

199. *Id.*, *texte français in extenso* disponible au Greffe de la Commission, p. 496.

ou celle des blessures graves infligées dans la répression d'une émeute, pour conclure qu'« il est des situations où un mauvais traitement grave se justifie dans l'intérêt individuel ou dans l'intérêt général »²⁰⁰.

Saisie à son tour, la Cour partagea l'opinion de la Commission sur le fait que l'emploi des cinq techniques connues sous le nom de méthodes de « désorientation » ou de « privation sensorielle », était contraire à l'article 3, mais partiellement seulement car, selon elle, cela devait s'analyser en une pratique de traitements inhumains et dégradants et non de tortures²⁰¹. L'arrêt fit apparaître une distinction entre les deux notions qui allaient s'opérer dans l'intensité des souffrances infligées. Ainsi, selon la Cour, la Convention européenne devait se comprendre comme distinguant entre torture et traitements inhumains et dégradants pour « marquer d'une spéciale infamie des traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances »²⁰². En revanche, la Cour n'admit aucune restriction relative à l'interdiction des mauvais traitements comme le suggérait le président de la Commission. Selon elle : « La Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime »²⁰³.

Enfin, la jurisprudence de Strasbourg a reconnu que la torture pouvait être autre que physique. Ainsi, dans *VAffaire grecque*, la Commission estima que l'expression « torture non corporelle » « désigne (...) les moyens de pression autres que des sévices corporels propres à causer une souffrance en occasionnant chez la victime un sentiment d'angoisse »²⁰⁴. Dans *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, la Cour élaborait le raisonnement en énonçant « qu'un simple risque d'agissements prohibés par l'article 3 peut se heurter lui-même à ce texte »²⁰⁵. Ce risque doit être réel et immédiat et, ainsi, la menace de torturer « pourrait dans des circonstances données, constituer pour le moins un traitement inhumain »²⁰⁶.

200. *Ibid.*, Convention européenne, *supra*, note 57, art. 2.1 : « Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi... ; art. 2.2 : La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire ; art. 2.2c) : pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection. »

201. Coureur. D.H., *Affaire Irlande v. Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 1978, série A, n° 25, p. 67, par. 168.

202. *Id.*, par. 167.

203. *À/.*, par. 163.

204. *Affaire grecque*, *supra*, note 191, p. 364.

205. Cour eur. D. H., *Affaire Campbell et Cosans*, arrêt du 25 février 1982, série A, n° 48, p. 12, par. 26.

206. *Ibid.*

Pour la Commission, dans l'*Affaire grecque*. « la notion de traitement inhumain couvre pour le moins un traitement qui provoque volontairement de graves souffrances mentales ou physiques et qui en l'espèce ne peut se justifier »²⁰⁷. À titre d'exemple, la Cour décida que l'emploi des cinq méthodes alléguées et prouvées dans l'*Affaire Irlande c. Royaume-Uni* devait s'analyser en un traitement inhumain parce que « employées cumulativement, avec préméditation et durant de longues heures, les cinq techniques ont causé à ceux qui les subissaient sinon de véritables lésions, du moins de vives souffrances physiques et morales »²⁰⁸. Par contre, la Cour, dans cette même affaire, se contenta de déclarer « déshonorante et répréhensible » une pratique de détention jugée avoir été subie dans un inconfort extrême ainsi que l'obligation de se livrer à des exercices pénibles et douloureux²⁰⁹. Pour la Commission unanime, ces exercices s'assimilaient à diverses voies de fait qui violaient l'article 3 en tant que traitements inhumains²¹⁰.

En somme, le principe admis et appliqué avec plus ou moins de rigueur selon l'instance saisie de l'affaire est qu'un mauvais traitement pour être qualifié d'inhumain au sens de l'article 3, doit atteindre un minimum de gravité. D'ailleurs la Commission reconnut dans l'*Affaire grecque* que « certaines brutalités infligées aux détenus par la police et les autorités militaires sont admises par la plupart d'entre eux et même considérées comme normales »²¹¹. Gifles, coups donnés de la main sur la tête ou le visage seront les exemples retenus à cet effet. Faisant une comparaison avec d'autres formes beaucoup plus graves de mauvais traitements, la Commission constata en tout cas que la violence physique est perçue différemment « d'une société à l'autre, voire d'un secteur de la société à un autre »²¹².

Pour la Cour, dans l'*Affaire Irlande c. Royaume-Uni*, ce minimum de gravité sera aussi relatif et [dépendra] de « l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge, de l'état de santé de la

207. *Affaire grecque*, *supra*, note 191, p. 1.

208. *Affaire Irlande v. Royaume-Uni*, *supra*, note 201, p. 66, par. 167.

209. *Id.*, par. 180-181.

210. *Irlande Royaume-Uni*, *supra*, note 197, pp. 795-947. Voir le cas du prisonnier T6 qui prétendait avoir été roué de coups de pied à plusieurs reprises et d'avoir, alors qu'il portait les menottes, été pendu au mur, touchant juste le sol ; *id.*, aux pp. 809-815.

211. *Affaire grecque*, *supra*, note 191, p. 417.

212. *Ibid.*

victime, etc. »...²¹³. L'intention des responsables tout comme le comportement de la victime ont aussi été des critères déterminants dans *FAffaire Kornmann c. Allemagne*²¹⁴, une affaire déjà ancienne. Suite à une dispute avec un gardien, Kornmann a dû être transféré de force par plusieurs agents dans différentes cellules pour finalement se faire déshabiller et immobiliser à l'aide d'une camisole de force. Si la Commission constata que l'incident avait donné lieu à une scène très violente, que des «prises spéciales» mais non des coups avaient été utilisées et que le règlement de la prison n'avait pas toujours été appliqué, elle n'eût néanmoins aucune difficulté à écarter toute prétention de torture. La Commission déclara que ce traitement n'équivalait pas non plus à un traitement inhumain parce qu'il n'en avait résulté aucune blessure physique grave mais aussi parce qu'il n'avait pas eu pour point de départ un plan établi d'avance par les gardiens et que la force utilisée pour vaincre la résistance du prisonnier n'avait pas été excessive.

L'on peut en déduire qu'il existerait pour chaque cas de mauvais traitements porté à l'attention des instances de la Convention deux seuils, distincts l'un de l'autre, au-delà desquels une pratique est qualifiée de traitement inhumain ou de torture. Chose certaine, et la Commission l'a répété à plusieurs reprises, «tout traitement violant l'article 3 ne doit pas nécessairement être qualifié d'atroce ou de barbare»²¹⁵.

Dans l'*Affaire grecque*, la Commission a considéré qu'un traitement pouvait être dégradant «s'il humilie [l'individu] grossièrement devant autrui ou le pousse à agir contre sa volonté ou sa conscience »²¹⁶. Cette définition fut approfondie dans l'*Affaire des Asiatiques d'Afrique orientale c. Royaume-Uni*²¹⁷ dans laquelle la Commission, se référant au dictionnaire, qualifia de traitement dégradant au sens de l'article 3, celui « qui provoque un abaissement de rang, de la situation, de la réputation ou du caractère de celui qui en est l'objet, aux yeux d'autrui ou à ses propres yeux »^{217a}. Elle ajouta et ce fut une constante reprise par la Cour ensuite, que le caractère dégradant d'un traitement devait atteindre un «certain degré

213. *Supra*, note 201, par. 162.

214. (1968) 11 A.C.E.D.H. 1021.

215. Voir *Hilton v. Royaume-Uni*, Commission européenne des droits de l'homme, rapport non publié du 6 mars 1978, par. 81. *Guzzardi v. Italie*, Commission européenne des droits de l'homme, rapport non publié du 6 décembre 1978, par. 80.

216. *Supra*, note 191, p. 1.

217. (1970) 13 A.C.E.D.H. 929.

217a. 7cZ., à la p. 973.

de gravité»²¹⁸. Comme l'a souligné la Cour dans *VAffaire Irlande c. Royaume-Uni*, «l'appréciation de ce minimum [de gravité] est relative par essence»²¹⁹ et doit tenir compte, comme elle l'a précisé trois mois plus tard dans *VAffaire Tyrer*, «de l'ensemble des circonstances de la cause, et notamment de la nature et du contexte de la peine ainsi que de ses modalités d'exécution»²²⁰.

Si la Cour reconnaît que toute peine judiciaire présente d'ordinaire et presque inévitablement un aspect humiliant, il faut évidemment un critère supplémentaire pour que cette même peine revête un caractère dégradant au sens de l'article 3. Dans le cas de fustigation analysé dans *l'Affaire Tyrer*, c'est en définitive l'atteinte à «la dignité et l'intégrité physique de la personne», dont la protection figure parmi les buts principaux de l'article 3, qui fut le critère décisif²²¹.

En plus de cette relativité dans l'appréciation des faits, la Cour admet une interprétation dynamique de l'article 3. Ainsi dans ce même arrêt, reconnaît-elle que «la Convention est un instrument vivant, à interpréter (...) à la lumière des conditions de vie actuelles»²²². Elle ajoute que: «Dans la présente espèce, la Cour ne peut pas ne pas être influencée par l'évolution et les normes communément acceptées de la politique pénale des États membres du Conseil de l'Europe dans ce domaine»²²³. Cela n'empêche toutefois pas la Cour en 1982 d'adopter dans *l'Affaire Campbell et Cosans*, au sujet de châtiments corporels éventuellement dégradants, un mode d'appréciation plus indépendant par rapport aux pratiques admises par telle ou telle société à une époque donnée, en rejetant comme élément déterminant le fait qu'il s'agissait ou non «d'une mesure consacrée par un long usage, voire en général approuvée»²²⁴.

218. *Id.*, p. 985, cf. *Affaire Irlande v. Royaume-Uni*, *supra*, note 201, par. 162; Coureur.

D.H., *Affaire Tyrer*, arrêt du 25 avril 1978, série A, n° 26, p. 15, par. 30-31 ; Cour eur. D.H., *Affaire Marckx*, arrêt du 13 juin 1979, série A, n° 31, p. 28, par. 66 ; Cour eur. D.H., *Affaire Guzzardi*, arrêt du 6 novembre 1980, série A, n° 39, p. 40, par. 107; *Affaire Campbell et Cosans*, *supra*, note 205, p. 13, par. 30.

219. *Supra*, note 201, par. 162.

220. *Supra*, note 218, par. 30.

221. ÀZ, par. 33.

222. *Id.*, par. 31.

223. *Ibid.*

224. *Supra*, note 205, par. 29. Le châtimement en question consistait en des menaces de coups de martinet.

b. — *Conditions de détention contraires à l'article 3 de la Convention*

Plus nombreuses que les cas de brutalités physiques ou psychologiques même si ceux-ci les accompagnent souvent, ce sont les conditions de détention qui auront surtout fait l'objet d'un examen par les instances de la Convention au regard de l'article 3²²⁵. Dans *l'Affaire grecque*²²⁶, la Commission, suivie plus tard par le Comité des Ministres²²⁷, condamna comme contraires à l'article 3 les conditions de détention de nombreux prisonniers politiques incarcérés sous le Régime des Colonels. Un tel avis fut rendu au sujet des conditions d'hébergement au siège de la Sûreté d'Athènes où étaient incarcérés des prisonniers politiques mais aussi de droit commun, dans des cellules trop petites (1.10m * 1.90m) aménagées au sous-sol, présentant des conditions d'hygiène gravement déficientes, sans chauffage, presque sans lumière etc., et ce, pour des périodes prolongées d'une trentaine de jours ou souvent plus. Le régime de «l'isolement cellulaire strict» imposé de deux à quatre jours, au cours desquels le détenu n'avait rien pour se laver, pour lire ou écrire, et n'était pas autorisé à aller aux toilettes a évidemment été aussi condamné à ce titre²²⁸. L'avis de la Commission ne précise cependant pas si chaque élément est constitutif de la violation ou plutôt leur combinaison.

À la prison Averoff où la détention des prisonniers politiques et non politiques était généralement pour des périodes plus courtes, c'est l'ensemble des conditions — l'absence de chauffage en hiver et d'eau chaude, l'aménagement défectueux des toilettes, l'insuffisance des soins dentaires et la sévérité des restrictions imposées au courrier et aux visites des détenus — qui fut condamné²²⁹. Aux camps de Leros, ce sont des situations de séparation sans ménagement des détenus de leur famille

225. *Contra Affaire des Asiatiques d'Afrique orientale, supra*, note 217. Dans cette affaire, la Commission décida que c'est l'application d'une loi anglaise ayant pour effet de priver de leurs droits et de rendre apatrides des citoyens de souches asiatiques établis en Afrique orientale et détenant un passeport britannique qui constituait une violation de l'article 3 comme traitement dégradant. Voir aussi *Marckx v. Belgique*, Commission européenne des droits de l'homme, rapport non publié du 10 décembre 1977. Dans cette affaire, les requérantes, une mère et son enfant naturel, prétendaient que la situation juridique en Belgique d'un enfant né hors du mariage constituait un traitement inhumain et dégradant.

226. *Affaire grecque, supra*, note 191.

227. Résolution (D.H. (70)1), *supra*, note 194.

228. *Affaire grecque, supra*, note 191, vol. II, 1^{re} partie, pp. 374-389.

229. *Id.*, pp. 392-402.

ainsi que le surpeuplement excessif qui firent l'objet d'une condamnation au regard de l'article 3²³⁰. Mais l'avis de la Commission ne mentionnait que les prisonniers politiques^{230 231}. Faut-il en déduire qu'elle s'est réservée la possibilité d'utiliser d'autres barèmes à l'égard des prisonniers ordinaires²³² ?

Rares furent les recours individuels qui, présentés devant la Commission ou la Cour au motif de conditions de détention inconfortables contrairement à l'article 3, connurent un dénouement heureux pour les victimes. Même le séjour des détenus membres de l'I.R.A. dans un camp militaire (celui de Bullykinler), pourtant reconnu par la Cour pour avoir été passé dans un « inconfort extrême »²³³, ne fut pas suffisant pour qu'il y ait violation de l'article 3. Toutefois, la Cour s'appuyant sur son autorité morale concluait à une pratique déshonorante et répréhensible²³⁴. De la même manière, la Commission se déclara dernièrement « sérieusement préoccupée » par l'imposition d'une lumière artificielle permanente à des détenus considérés dangereux même si celle-ci était justifiée pour des raisons de sécurité²³⁵.

En dépit du fait que la Commission ait déclaré que « tout traitement violant l'article 3 ne doit pas nécessairement être qualifié d'atroce ou de barbare »²³⁶, seules les conditions de détention très insatisfaisantes seront condamnées au nom de la Convention. Ce « minimum de gravité » apparaît, à la lumière des affaires examinées, indéniablement très élevé.

Dans *VAffaire Mc, Feeley et al. c. Royaume-Uni*, la Commission qualifiait les conditions de vie des détenus membres de l'I.R.A. emprisonnés suite à leurs infractions « de type terroriste », d'inhumaines et dégradantes, tout en refusant d'admettre la requête sur ce motif. En effet, s'ils vivaient dans des cellules souillées en raison de leur « grève de la saleté » dans le but d'obtenir un « statut spécial », la Commission parlant de leurs

230. /J., pp. 403-412.

231. AZ., p. 423.

232. L. DOSWALD-BECK, « What Does the Prohibition of "Torture or Inhuman or Degrading Treatment or Punishment" Mean? The Interpretation of the European Commission and Court of Human Rights », (1978) 25 *Netherlands International Law Review* 24, à la p. 27.

233. *Affaire Irlande N. Royaume-Uni*, *supra*, note 201, par. 180-181.

234. *Ibid.*

235. *Affaire Kročher et Moller*, 34 D.R., p. 25, par. 74 et ss.

236. Voir *Hilton v. Royaume-Uni*, *supra*, note 215 ; *Guzzardi Italie*, *supra*, note 215.

conditions de vie, constatait aussi que «s'ils avaient la volonté de les améliorer, elles pourraient être éliminées presque immédiatement»²³⁷.

La durée, même apparemment excessive de la détention, n'a jamais été considérée comme pouvant contrevenir à l'article 3. Ainsi, la Commission déclara irrecevable une requête où cette disposition était invoquée à l'encontre d'une peine de quatre ans d'emprisonnement imposée au requérant reconnu coupable d'incendie volontaire, au motif qu'« [a]ucune disposition de la Convention ne permet, d'une manière générale, d'attaquer la durée d'une peine prononcée par un tribunal compétent »²³⁸. Il en est autrement de la durée de l'isolement cellulaire. Même si «l'exclusion d'un détenu de la collectivité carcérale ne constitue pas en elle-même une forme de traitement inhumain », comme la Commission l'a affirmé dans *Affaire Ensslin, Baader et Raspe*²³⁹, un ensemble de critères la guide dans sa considération possible d'une telle mesure comme traitement inhumain. Selon elle :

[i]l y a lieu d'avoir égard aux conditions particulières, à la rigueur de la mesure, à sa durée, à l'objectif poursuivi ainsi qu'aux effets sur la personne concernée. Sans doute un isolement sensoriel doublé d'un isolement social absolu peut-il aboutir à une destruction de la personnalité; il constitue ainsi une forme de traitement inhumain que ne sauraient justifier les exigences de sécurité...²⁴⁰.

Les requêtes furent déclarées irrecevables au sujet de l'incarcération à la prison Stuttgart-Stummheim car, selon la Commission, «aucun élément ne permettait] de penser qu'ils y aient été soumis à un isolement sensoriel provoqué par une réduction substantielle des stimulations des organes des sens»²⁴¹.

L'isolement risque d'être jugé moins sévèrement par la Commission, si les mesures de sécurité qui l'ont motivé ont reçu progressivement des aménagements. C'est, du moins, l'idée sur laquelle la Commission a mis l'accent pour rejeter les requêtes de Krdcher et de Møller, comme non contraires à l'article 3 tout en reconnaissant elle-même le caractère d'isolement quasi total du régime carcéral qui leur était imposé²⁴².

237. 20 D.R., p. 44, par. 53 et ss.

238. *X v. Royaume-Uni*, 1 D.R. 54, à la p. 55.

239. 14 D.R., p. 64, à la p. 84. Cf. *Affaire Krdcher et Møller*, *supra*, note 235, par. 60.

240. *Id.*, pp. 84-85. Cf. *McFeeley et al. v. Royaume-Uni*, *supra*, note 237, par. 49. *Affaire Krdcher et Møller*, *supra*, note 235, par. 73.

241. *Id.*, p. 85.

242. *Affaire Krdcher et Møller*, *supra*, note 235, par. 58 et 76.

Il semble bien que les mêmes critères prévaudront dans l'évaluation des conditions de détention de la personne dans l'attente de son procès, bien que la Commission ait indiqué que « l'isolement cellulaire prolongé n'était guère souhaitable surtout lorsque la personne est en détention préventive »²⁴³. La Commission ajoutait que si des raisons exceptionnelles ont motivé une telle détention sans interruption, celle-ci devait être raccourcie en accélérant la procédure judiciaire²⁴⁴.

Un cas particulier d'isolement qui finalement se régla à l'amiable mérite encore d'être signalé. Il s'agit de la requête *Simon-Herold c. Autriche*²⁴⁵ que la Commission déclara admissible, accueillant ainsi les allégations de traitement inhumain et dégradant du requérant au motif qu'il avait été détenu deux semaines dans une section fermée d'un hôpital psychiatrique dans l'attente de son procès pour fraude, alors qu'il ne souffrait d'aucune maladie mentale.

Plusieurs cas de restrictions au niveau de la nourriture lors de l'emprisonnement ont fait l'objet de requêtes devant la Commission. Si celle-ci a implicitement reconnu que de telles mesures selon leur rigueur pourraient entraîner « un niveau de souffrance physique ou morale ou un degré d'humiliation » tels qu'elles pourraient constituer une peine inhumaine ou dégradante au sens de l'article 3, la Commission n'en demeure pas moins très exigeante dans son appréciation. Ainsi, en 1977, jugea-t-elle inadmissible une requête énonçant comme contraire à l'article 3, une sanction comportant une réduction de l'alimentation à 700 grammes de pain par jour, pendant une semaine²⁴⁶. Un an plus tard, ne constitua pas non plus pour la Commission une peine inhumaine, le « régime alimentaire No. 1 », lui aussi réduit, prévu au Règlement pénitenciaire d'Irlande du Nord de 1954, et qui devait être imposé pendant 3 jours. Constatant que celui-ci n'était plus en usage, la Commission s'empessa cependant d'ajouter « qu'un tel régime alimentaire, combiné avec la sanction de la réclusion cellulaire, constitue une forme de punition rigoureuse et totalement inopportune »²⁴⁷.

243. *Id.*, par. 61. Cf. *X v. R.F.A.*, (1973-74) 44 *Recueil des décisions* 115, à la p. 119.

244. *Ibid.* : «... if exceptional reasons have justified such continuous detention, it can obviously best be shortened by expediting the trial proceedings. »

245. (1971) 14 A.C.E.D.H. 353.

246. *X v. République fédérale d'Allemagne*, 10 D. R. 221, aux pp. 221-223.

247. *McFeeley et al. v. Royaume-Uni*, *supra*, note 237, par. 74-75 : « 360 grammes de pain et 240 grammes de pommes de terre par jour avec de l'eau, 1/4 litre de thé le matin et le soir, 1/4 litre de potage à la mi-journée. »

Dans cette même affaire, la Commission estima aussi «que la privation d'exercice constitue un grave danger pour le bien-être physique et moral des détenus... »²⁴⁸. Cette situation, selon la Commission, aurait pu «faire naître de graves problèmes sur le terrain de l'article 3», si McFeeley et les autres requérants n'avaient pas eu droit (par exemple) à une heure d'exercice en plein air chaque jour et s'ils n'avaient pas décidé de ne pas en profiter^{249 250 251}.

Surtout lorsqu'il s'agit de prisonniers non politiques, la Commission se montre circonspecte dans l'application de l'article 3 aux situations dans lesquelles des détenus se plaignent de leurs conditions de détention. La requête d'un prisonnier alléguant ne pas avoir droit, contrairement aux détenus d'autres centres pénitentiaires, à des congés au foyer, à plus de visites et de lettres, à un cours de formation professionnelle, à un travail plus intéressant ou mieux rémunéré, à un appareil de radio, etc., a par conséquent été rejetée comme manifestement mal fondée car, selon la Commission, la convention ne garantit en fait aucun privilège afférent au traitement des détenus²⁵⁰.

Enfin, il faut rappeler que certaines conditions relatives à la personne du détenu seront prises en considération par la Commission dans son analyse de ce qui peut constituer un traitement inhumain et dégradant. Ainsi, la Commission, sans donner raison au requérant, reconnaissait dans *V Affaire Bonnechaux*²⁵¹, la possibilité que dans certaines circonstances la détention d'une personne âgée et en mauvaise santé puisse être contraire à l'article 3. Sont à compter parmi ces circonstances les cas où le détenu n'aurait pas eu à sa disposition les soins médicaux nécessaires à l'état de sa santé²⁵². En revanche, l'État qui maintiendrait la détention d'une personne dont la santé se détériore, ne violera pas l'article 3, s'il lui a assuré tous les soins médicaux nécessaires²⁵³. Il s'agit là d'une obligation positive, qui échoit aux autorités pénitentiaires même à l'égard des détenus dont les conditions de vie se sont gravement dégradées en raison de leur propre comportement. En effet, dans l'affaire *McFeeley et al. c. Royaume-Uni*, la Commission décida que les autorités

248. *Id.*, par. 55.

249. *Ibid.*

250. *X v. Royaume-Uni*, (1970) 13 A.C.E.D.H. 601, à la p. 619.

251. *Bonnechaux v. Suisse*, 18 D.R. 100, à la p. 124. Il s'agissait de la détention durant 35 mois d'une personne âgée de 74 ans, diabétique et souffrant de troubles cardiovasculaires.

252. *Ibid.*

253. *Kotalla v. Pays-Bas*, 14 D.R. 238, à la p. 245.