

La justice pénale  
internationale  
dans les décisions  
des tribunaux *ad hoc*

Etudes des Law Clinics  
en droit pénal international

sous la direction de  
Emanuela Fronza - Stefano Manacorda

DALLOZ



GIUFFRÈ EDITORE

## L'APPORT DES TRIBUNAUX PÉNAUX INTERNATIONAUX À LA DÉFINITION DU CRIME DE TORTURE

FRANCESCA DE VITTOR

SOMMAIRE: 1. Introduction. — 2. Les éléments qui caractérisent la torture tant en droit international des droits de l'homme qu'en droit international humanitaire. — A. L'élément matériel: le fait d'infliger, par un acte ou une omission, une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales. — B. Les éléments subjectifs: le caractère intentionnel de l'acte et la présence d'un but défendu. — 3. Les éléments qui diffèrent en conséquence des caractères particuliers du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire. — A. Les différences de perspective entre le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire appliquées au droit international pénal. — B. La question de la présence d'un agent de l'État.

1. — Le droit de ne pas être soumis à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants est prévu par tous les instruments internationaux de protection des droits de l'homme<sup>1</sup>. En outre, des instruments spécifiques pour la prévention et la répression de la torture sont prévus tant au niveau universel qu'au niveau régional<sup>2</sup>. D'ailleurs, les quatre Conventions de Genève de 1949 classent « la torture et les traitements inhumains » parmi les infractions graves du droit international humanitaire, donnant ainsi un fondement à leur incrimination en tant que crimes de guerre<sup>3</sup>. Tous ces instruments juridiques correspondent à une condamnation univoque de cette pratique de la part de la communauté internationale; il n'est donc plus

<sup>1</sup> Cf. art. 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 3 de la CEDH, Art. 5, 2) de la Convention américaine des droits de l'homme, art. 5 de la Charte africaine des droits de l'homme.

<sup>2</sup> *Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants*, du 10.12.1984, *Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants*, du 26.11.1987, *Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture*, du 09.12.1985.

<sup>3</sup> Cf. art. 50 de la première Convention, art. 51 de la deuxième, art. 130 de la troisième et art. 147 de la quatrième. Il faut, en outre, citer l'article 3 commun aux quatre Conventions qui interdit, même dans les conflits non internationaux, « les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants ».

possible de douter que l'interdiction de la torture constitue une norme de droit international coutumier <sup>4</sup> et, peut-être, de *jus cogens* <sup>5</sup>. Cependant, ce n'est pas sur le rôle et la valeur de cette interdiction en droit international que notre analyse sera centrée, mais plutôt sur son contenu.

En effet, si l'existence d'une norme de droit coutumier interdisant la torture ne pose pas trop de problèmes, des doutes existent encore en ce qui concerne la définition de cette pratique. C'est pour cette raison que la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux revêt sur ce point une grande importance, non pas seulement du point de vue du droit international pénal, mais aussi de celui du droit coutumier en général.

Afin de dégager une définition générale de la torture en tant qu'infraction pénale, les Tribunaux *ad hoc* se sont fondés sur celle contenue dans l'article premier de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants, adoptée par l'Assemblée générale le 10 décembre 1984 <sup>6</sup>. En effet, ces Tribunaux ont pu considérer cette définition comme traduisant « un consensus ... représentatif du droit international coutumier » <sup>7</sup>. Ensuite, ils l'ont précisée et clarifiée à

<sup>4</sup> Il n'y a pas lieu ici d'approfondir l'analyse de ce point, il suffit de se référer à A. MARCHESI, *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, *RDInt*, 1993, 979 s.

<sup>5</sup> TPIY, Jugement, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, Chambre de première instance II, 10 décembre 1998, par. 153 s.

<sup>6</sup> L'article premier de ladite Convention désigne par le terme torture « 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 ». Cette définition a son précédent dans la Déclaration sur la torture, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies avec la résolution 3452(XXX) du 9.12.1975, qui, par contre, n'est qu'une recommandation et en tant que telle n'a pas d'effets obligatoires. Enfin, une définition très proche apparaît dans l'art. 2 de la Convention interaméricaine pour la prévention de la torture.

<sup>7</sup> TPIY, Jugement, *Le Procureur c. Zejnil Delalic et autres*, Chambre de première instance II, 16 novembre 1998, par. 459; dans cette affaire la Chambre est parvenue à ladite conclusion après avoir comparé la définition donnée par la Convention avec celles contenues dans la Convention interaméricaine, cit., et dans la Rés. AG 3452(XXX), cit. Ensuite, cette conclusion a été confirmée par la Chambre d'appel dans l'affaire *Furundzija* (arrêt du 21 juillet 2000, par. 111). Précédemment la Chambre de première instance du TPIR avait appliqué la même définition - mais sans s'interroger sur sa correspondance au droit coutumier - dans son jugement du 2 septembre 1998 dans l'affaire *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, par. 593. En doctrine voir aussi A. MARCHESI, *Il divieto di tortura*, cit., 983 s.

la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ainsi que de la pratique du Comité des droits de l'homme des Nations Unies.

Par ailleurs, il faut souligner que tous ces instruments font partie du système du droit international des droits de l'homme, et ont donc pour but la protection de l'individu à l'encontre de l'État: leur violation implique la responsabilité internationale de ce dernier<sup>8</sup>. Au contraire, les Tribunaux pénaux internationaux doivent appliquer une définition de la torture en tant que crime de droit international humanitaire, impliquant la responsabilité pénale de l'individu. Par conséquent ils se sont aussi interrogés sur la question de savoir si la définition de la torture dégagée dans le cadre des droits de l'homme était entièrement applicable au droit humanitaire ou si, au contraire, il y avait des éléments de différence.

En suivant le raisonnement proposé par les juges de La Haye et de Arusha, nous analyserons dans une première partie les éléments constitutifs de la torture communs aux deux branches du droit. Ensuite, notre attention sera focalisée sur les différences entre droit international des droits de l'homme et droit international humanitaire, et sur les conséquences qui en découlent pour la définition qui nous intéresse. À la lumière d'une analyse de la pratique, nous verrons finalement que la différence entre les deux champs est plus apparente que réelle, et qu'au contraire, il est possible d'envisager une notion tendancielle unique de la torture.

2. — A. — Le premier élément à prendre en considération, lorsqu'il s'agit de donner une définition de la torture est la conduite ou élément matériel. La Convention des Nations Unies définit cet élément comme « tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne »<sup>9</sup>. Cette définition reprend presque littéralement celle contenue dans l'article premier de la Déclaration contre la torture adoptée le 9 décembre 1975 par l'Assemblée générale des Nations Unies<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Cependant, la Convention des Nations Unies prévoit aussi l'obligation pour tout État partie de « veill[er] à ce que tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal » (art. 4); elle prévoit, en outre, une compétence juridictionnelle universelle pour connaître desdites infractions (art. 5, par. 1) et l'obligation, si l'État ne veut pas juger, d'extrader la personne soupçonnée d'avoir commis de telles infractions (art. 5, par. 2). Bien qu'elle s'applique toujours aux États, la Convention constitue néanmoins le fondement de l'incrimination de la torture en tant qu'infraction pénale. Cf. E. DELAPLACE, *La torture*, dans *Droit International Pénal*, sous la direction de H. ASCENSIO - E. DECAUX - A. PELLET, Pedone, Paris 2000, 372; L. S. SUNGA, *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violation*, La Haye 1992, 85.

<sup>9</sup> Conv. Torture, art. 1, cit.

<sup>10</sup> Rés. AG 3452(XXX). Légèrement différent est l'art. 2 de la Convention interaméri-

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dans son article 7, et la Convention européenne des droits de l'homme, dans son article 3, interdisent eux aussi la torture, mais ils n'en donnent pas de définition. C'est donc aux décisions du Comité des droits de l'homme, ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour et de l'ancienne Commission européennes des droits de l'homme qu'il faut se référer lorsqu'on veut savoir ce qui est considéré comme torture dans le cadre de ces instruments.

En tant qu'élément objectif, constitutif de la conduite en soi, le « fait d'infliger une douleur ou des souffrances aiguës » caractérise l'acte de torture aussi bien en droit international humanitaire qu'en droit international des droits de l'homme. Par conséquent, en ce qui concerne cet aspect, les instruments conventionnels que nous avons cités, les communications du Comité des droits de l'homme, la jurisprudence de la Cour européenne et les arrêts des Tribunaux pénaux *ad hoc* s'intègrent et se complètent mutuellement. En d'autres termes, les Tribunaux pénaux utilisent la définition de la torture contenue dans la Convention de 1984, complétée par les jurisprudences des organes de sauvegarde des droits de l'homme et des juridictions nationales, afin de déterminer quels actes commis par les accusés peuvent être considérés comme ayant produit des souffrances tellement aiguës qu'elles s'apparentent à une torture. En même temps, vu ladite correspondance, la jurisprudence des Tribunaux pénaux nous donne des éléments importants qui permettront de clarifier cette définition également dans le cadre du droit international des droits de l'homme.

Le fait que la torture soit une forme particulièrement grave de traitement cruel, inhumain ou dégradant <sup>11</sup> implique, en général, que, même si tous les éléments constitutifs de la torture ne sont pas réunis, cela n'exclut pas que l'accusé puisse être condamné pour traitement inhumain. Certes, cela peut avoir une importance particulière lorsqu'il s'agit de déterminer le but de l'action (voir sur cet aspect le prochain paragraphe). En ce qui concerne la détermination de l'élément objectif, cela n'a toutefois pas moins d'importance: comme l'a affirmé la Cour européenne des droits de l'homme, des agissements qui ne peuvent être qualifiés de torture puisqu'ils « n'ont pas causé des souffrances de l'intensité et de la cruauté particulières qu'implique

caine pour la prévention de la torture qui, en se référant à « tout acte par lequel sont infligées intentionnellement à une personne des peines ou souffrances, physiques ou mentales », ne semble pas imposer un degré minimum de gravité de souffrances. Par contre, ce degré minimum s'avère faire partie du droit coutumier car pris en considération aussi bien dans la pratique des organes internationaux de protection des droits de l'homme, que dans la jurisprudence des Tribunaux pénaux qui nous occupent.

<sup>11</sup> Cf. aussi l'art. 2 de la Rés. AG 3452(XXX), cité, qui, sur ce point, est explicite.

le mot torture » peuvent néanmoins constituer des traitements inhumains et dégradants<sup>12</sup>. Ce qui, par ailleurs, pose des problèmes est qu'« il est difficile de fixer précisément le degré de souffrance nécessaire pour que d'autres formes de mauvais traitements deviennent des tortures »<sup>13</sup>; cela d'autant plus si l'on considère que l'évaluation de la sévérité du traitement est normalement faite en prenant en considération les circonstances effectives du cas, telles que la situation de la victime et les habitudes sociales du lieu<sup>14</sup>.

La seule solution au problème de fixation du degré de souffrance pourrait être la rédaction d'une liste exhaustive des actes constituant des tortures. Mais il s'agit d'une solution impraticable parce qu'« une définition juridique ne peut dépendre d'un catalogue de pratiques horribles, car ce serait tout simplement mettre à l'épreuve l'ingéniosité des tortionnaires et non pas édicter une interdiction juridique valable »<sup>15</sup>. Vu l'absence d'une telle liste, les Tribunaux pénaux internationaux ont choisi de donner des exemples de ce qui, dans la pratique antérieure, a été considéré comme torture, afin d'évaluer, parmi les actes imputés aux accusés, ceux qui pouvaient être assimilés aux précédents pris en considération. C'est ainsi que, dans l'affaire *Delalic*, la Chambre de première instance énumère — à titre d'exemple - toute une série de cas décidés par le Comité des droits de l'homme<sup>16</sup> ou par la Cour européenne<sup>17</sup>, afin d'arriver à la conclusion que

<sup>12</sup> Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt, *Irlande c. Royaume-Uni* (1979-80), 18 janvier 1978, Série A, No 25, par.167. Mais précédemment voir aussi le rapport de la Commission du 05.11.1969 dans *l'Affaire grecque*, *Annuaire de la Commission européenne des droits de l'homme* 1969, XII, 186.

<sup>13</sup> Affaire *Delalic*, Chambre de première instance, cit., par. 469.

<sup>14</sup> Sur cette « appréciation relative » du seuil de gravité dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, cf. F. SUDRE, *Article 3*, in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, sous la direction de L.-E. PETTITI - E. DECAUX - P.-H. IMBERT, Paris 1999, 159-161; voir aussi, pour une énumération des exemples jurisprudentiels, P. VAN DIJK - G.J.H. VAN HOOF, *Theory and Practice of European Convention on Human Rights*, La Haye 1998, 311 s. Pareillement, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies considère que « *the assessment of what constitutes inhuman or degrading treatment falling within the meaning of article 7 depends on all the circumstances of the case, such as the duration and manner of the treatment, its physical or mental effects as well as the sex, age and state of health of the victim* » (*Vuolanne v. Finland*, 265/87, par. 9.2), cf. S. JOSEPH - J. SCHULTZ - M. CASTAN, *The International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford 2000, 149.

<sup>15</sup> N. S. RODLEY, *The Treatment of Prisoners under International Law*, Oxford 1998, 105; cité aussi par la Chambre de première instance dans l'affaire *Delalic*, cit., par. 469.

<sup>16</sup> Sévices corporels, électrochocs et simulacres d'exécutions dans l'affaire *Tshitenge Muteba c. Zaïre*, *Rapport du Comité des droits de l'homme*, *Documents officiels de l'Assemblée générale de l'ONU*, DOAG, 22<sup>ème</sup> session, supplément n. 40 (1984), par.10.2; *plantones* (consistant à obliger une personne à se tenir debout pendant des périodes très longues), coups et privation de nourriture dans l'affaire *Violeta Setelich c. Uruguay*, DOAG, 14<sup>ème</sup> session,

les mauvais traitements subis par les prisonniers dans le camp de *Celebici* constituaient des tortures (brûlures, coups de poing, de pied et à l'aide d'instruments métalliques, application de poudre corrosive sur le corps, viols et autres sévices) <sup>18</sup>.

À l'occasion de la même affaire, le Tribunal a souligné, en outre, que bien que les cas de torture les plus caractéristiques fassent apparaître des actes positifs, « des omissions peuvent également fournir l'élément matériel nécessaire pour autant que les souffrances morales ou physiques soient d'une gravité suffisante » <sup>19</sup>.

De plus, il nous semble utile de remarquer qu'il n'est pas nécessaire que lesdites souffrances soient physiques. Comme l'a démontré la Chambre d'appel dans l'affaire *Furundzija*, en confirmant le jugement de première instance, des souffrances uniquement morales ou psychologiques, ainsi que la simple menace de graves sévices, peuvent constituer une torture <sup>20</sup>.

Bien qu'il n'y ait pas lieu ici de procéder à l'énumération des conduites pour lesquelles les Tribunaux pénaux internationaux ont jugé les accusés coupables de torture, une de celles-ci mérite d'être rappelée pour ses caractéristiques particulières: le viol <sup>21</sup>. En dépit de sa nature d'infraction au droit international humanitaire <sup>22</sup>, le viol en tant que tel n'est pas énuméré

par.10.2; maintien au secret pendant plus de trois mois avec les yeux bandés et les mains liées dans l'affaire *Luciano Winberger c. Uruguay*, Rapport du Comité des droits de l'homme, DOAG, 31<sup>ème</sup> session, par. 4.

<sup>17</sup> Dans l'*Affaire grecque*, par exemple, la Commission européenne avait jugé que la pratique de la *falanga*, consistant dans le fait d'administrer des coups sur toutes les parties du corps, constituait une forme de torture.

<sup>18</sup> Affaire *Delalic*, Chambre de première instance, cit., par. 461 s.

<sup>19</sup> *Ibid.*, par. 468.

<sup>20</sup> Dans le cas d'espèce « le fait de frotter un couteau contre les cuisses et le ventre d'une femme tout en la menaçant d'introduire ce couteau dans son vagin » a été considéré comme un acte si humiliant et grave qu'il ne pouvait qu'être qualifié de torture (Arrêt, Affaire *Furundzija*, Chambre d'appel, cit., par. 114).

<sup>21</sup> Pour une analyse approfondie de la définition du viol, voir A. ESPOSITO, *supra* dans cet ouvrage, p. 41 ets., et, en jurisprudence, le jugement rendu le 22 février 2001 par la Chambre de première instance du TPIY dans l'affaire *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac* (par. 436 s.). Ici il suffit de le considérer, d'une manière très générale, comme « tout acte de pénétration sexuelle non consensuel commis sur la personne d'autrui » (affaire *Akayesu*, Chambre de première instance, cit., par. 596; dans la jurisprudence du TPIY, cf. aussi les jugements *Delalic*, Chambre de première instance, cit., par. 478 s., et *Furundzija*, Chambre de première instance, cit., par. 174 s.)

<sup>22</sup> Cf. l'art. 27 de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève, l'art. 4 du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève, l'art. 76, 1) du Protocole additionnel, l'art. 6 c) du Statut du Tribunal international de Nuremberg, ainsi que les articles 5 du STPY et 3 et 4 du STPR. Voir aussi le jugement *Delalic*, cit., par. 476.

parmi les violations graves des Conventions de Genève, ni dans l'article 3 commun. Il y entre seulement en tant que forme de torture ou traitement inhumain. Dans l'affaire *Delalic*, la Chambre de première instance du TPIY a considéré que « tout viol est un acte abject, qui porte atteinte au plus profond de la dignité humaine et de l'intégrité physique. [...] Le viol provoque de vives douleurs et souffrances, tant physiques que psychologiques. La souffrance psychologique des victimes de viol, notamment des femmes, est parfois encore aggravée par les conditions socioculturelles et elle peut être particulièrement vive et durable »<sup>23</sup>. Vu ladite constatation, on ne peut que conclure que le viol en tant que tel atteint toujours le degré de souffrance nécessaire pour intégrer la conduite matérielle constitutive de la torture; par conséquent, si les autres éléments constitutifs sont réunis, il pourra sans aucun doute être qualifié de torture.

C'est donc le moment d'analyser quels sont ces autres éléments.

B. — Du point de vue subjectif<sup>24</sup>, deux autres éléments sont nécessaires tant en droit international des droits de l'homme qu'en droit international humanitaire: l'acte doit être intentionnel et il doit viser un but spécifique ultérieur.

En ce qui concerne le caractère intentionnel des actes ou omissions — c'est-à-dire le fait que, jugés objectivement, ils apparaissent délibérés et non accidentels — il s'agit d'un élément dont l'appréciation ne pose généralement pas de problèmes. En effet, il est difficile d'imaginer que les effrayantes conduites décrites au paragraphe précédent puissent être réalisées accidentellement, ou que les souffrances qu'elles provoquent soient inattendues.

C'est plutôt relativement à la question du but défendu que le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie a eu l'occasion de se prononcer et d'éclaircir l'état actuel du droit international.

L'article 1 de la Convention de 1984 prévoit que les mauvais traitements constituant la torture doivent être infligés à la victime « 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 ».

Il s'agit d'une liste qui va au-delà de celle figurant dans la Déclaration sur la torture adoptée par l'Assemblée générale puisque cette dernière ne prévoit

<sup>23</sup> Affaire *Delalic*, Chambre de première instance, cit., par. 495.

<sup>24</sup> Nous nous référons, par ce terme, à l'attitude psychologique de la personne qui inflige la torture, et non pas à la qualité du sujet. Notre deuxième partie sera consacrée plus particulièrement à ce dernier aspect.

pas le simple but discriminatoire. D'ailleurs, l'expression « aux fins notamment » indique que les buts indiqués ne sont que des exemples et que d'autres finalités pourraient s'ajouter dans la définition coutumière de la torture. Ces considérations indiquent comment, en ce qui concerne la question du but défendu, la coutume internationale est continuellement en évolution, d'où l'importance et le rôle éclaircissant de la jurisprudence internationale — et en particulier de celle des Tribunaux pénaux.

Encore une fois, l'affaire *Delalic* est particulièrement significative. Dans le cas d'espèce, la défense avait soutenu qu'en droit international humanitaire le seul but distinctif de la torture serait l'extorsion d'aveux ou de renseignements, comme il était énoncé dans le commentaire officiel à l'article 147 de la IV<sup>ème</sup> Convention de Genève. La Chambre de première instance du TPIY, au contraire, n'a pas partagé cette opinion et elle a affirmé que le droit coutumier « envisage clairement des buts défendus autres que ceux proposés par le commentaire »<sup>25</sup>. En effet, la jurisprudence du TPIY et celle du TPIR ont constamment admis que toutes les fins énumérées dans l'article 1 de la Convention de 1984 caractérisent le crime de torture du point de vue du droit international général, et du droit international humanitaire en particulier. Par conséquent, il est possible de considérer comme acquis, en vue d'une définition coutumière de la torture, les buts défendus suivants:

« a) obtenir de la victime ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux;

b) punir la victime ou une tierce personne d'un acte que la victime ou la tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis;

c) [...] d'intimider la victime ou la tierce personne ou de faire pression sur elle;

d) pour tout motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit. »<sup>26</sup>

De plus, ce but ne doit pas nécessairement être la seule ou principale motivation du tortionnaire; bien au contraire, il suffit qu'il soit l'un des mobiles de l'acte<sup>27</sup>. Ainsi, la Chambre de première instance du TPIY a pu affirmer que « ce n'est que dans des cas exceptionnels qu'il serait donc possible de conclure que les douleurs ou souffrances graves infligées par un

<sup>25</sup> Affaire *Delalic*, Chambre de première instance, cit., par. 472.

<sup>26</sup> Affaire *Akayesu*, Chambre de première instance, cit., par. 594; voir aussi, pour le TPIY, les affaires *Furundzija*, Chambre de première instance, cit., par. 162 point iii), *Delalic*, Chambre de première instance, cit., par. 494 point iii), *Kunarac*, Chambre de première instance, cit., par. 485.

<sup>27</sup> Affaire *Delalic*, Chambre de première instance, cit., par. 470; affaire *Kunarac*, Chambre de première instance, cit., par. 486.

agent de l'État ne constituent pas des tortures au motif qu'il a agi pour des raisons purement privées »<sup>28</sup>.

Il faut enfin ajouter que la jurisprudence du TPIY semble aller même au-delà de ce qui était prévu par l'article 1 de la Convention contre la torture en élargissant ultérieurement la liste des buts défendus. Lorsqu'elle s'interroge sur la qualification du viol en tant que torture, la Chambre de première instance considère queladite forme de violence outrage tout particulièrement la femme en tant que telle, donc qu'« il s'agit d'une forme de discrimination qui répond au critère des fins prohibées entrant dans la définition du crime de torture »<sup>29</sup>. Ce faisant, la Chambre semble donner une portée extrêmement élargie au but discriminatoire<sup>30</sup>; combinée avec les considérations que nous avons faites concernant les souffrances nécessairement provoquées par le viol, cela implique que cette conduite puisse presque toujours être qualifiée de torture.

Si, dans l'affaire *Delalic*, la Chambre de première instance a interprété d'une manière extensive un des buts défendus énumérés dans l'article 1 de la Convention contre la torture, dans l'affaire *Furundzija* elle en a directement ajouté un autre, spécifique au droit pénal international, se rapportant aux conflits armés: le but « d'humilier » la victime. La Chambre a motivé cet ajout en se fondant sur « l'esprit général du droit international humanitaire » dont l'objectif principal serait « de préserver la dignité de l'homme »<sup>31</sup>. Cela nous conduit à nous interroger sur les différences entre droit international des droits de l'homme et droit international humanitaire, ainsi que sur leurs éventuelles conséquences sur la définition de la torture.

3. — A. — Dans la première partie de cette analyse, nous avons souligné que, faute d'une définition du crime de torture spécifique au droit international humanitaire, les Tribunaux ont fait référence aux précédents en matière de droit international des droits de l'homme. Mais, puisque la définition d'une infraction est strictement liée au contexte juridique dans lequel elle est développée, les différences entre ces deux branches du droit ne peuvent pas rester sans conséquences sur la définition du crime.

Dans l'affaire *Kunarac*, la Chambre de première instance du TPIY a

<sup>28</sup> Affaire *Delalic*, Chambre de première instance, cit., par. 471, qui cite BURGÉS, *A Handbook on the Convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, Dordrecht 1998, 119.

<sup>29</sup> Affaire *Delalic*, cit., par. 963.

<sup>30</sup> Pour une critique de cette appréciation du but discriminatoire, cf. les considérations de H. ASCENSIO - R. MAISON, *L'activité des Tribunaux pénaux internationaux (1998)*, *AFDI*, 1998, 397 s. Il faut toutefois noter que l'affirmation de la Chambre n'avait, dans ce cas, qu'une valeur d'*obiter dictum* car presque tous les autres buts étaient présents.

<sup>31</sup> Affaire *Furundzija*, Chambre de première instance, cit., par. 162.

énoncé les deux différences fondamentales que l'on doit garder à l'esprit lorsque l'on veut utiliser les principes dégagés dans le cadre du droit international des droits de l'homme afin d'établir la responsabilité pénale individuelle pour violation du droit international humanitaire. En premier lieu, le rôle et la position de l'État en tant qu'acteur sont complètement différents dans les deux régimes: le droit international des droits de l'homme est la réponse aux abus de l'État sur ses citoyens; il est donc né de l'exigence de protéger ces derniers de la violence organisée ou sponsorisée par l'État; le droit humanitaire, au contraire, a pour but de régler la conduite de la guerre afin de limiter les dommages pour les victimes des hostilités. En deuxième lieu, il faut prendre en considération le fait que le Tribunal applique cette partie du droit international que constitue le droit pénal international, c'est-à-dire un droit qui présuppose un procès où il y a une partie, le procureur, à l'encontre d'une autre, l'accusé; au contraire, en droit international des droits de l'homme, il n'y a que l'État qui doit garantir l'efficacité de certains droits. Du point de vue structurel, cela signifie que le droit des droits de l'homme établit une série de droits garantis, le droit pénal international une liste d'infractions<sup>32</sup>.

Une lecture attentive de ladite partie du jugement *Kunarac* révèle, d'ailleurs, que les deux points de distinction indiqués par la Chambre ne sont pas uniformes entre eux car ils correspondent à deux perspectives différentes. D'un côté, il y a la distinction fondamentale entre le champ d'application du droit des droits de l'homme et celui du droit humanitaire. C'est-à-dire entre un droit d'application générale, qui impose à l'État de garantir le respect d'une série de droits et libertés de la personne en tant que telle et en tout moment, et un droit particulier, qui trouve son application dans le cadre des conflits armés et qui a pour but de donner un minimum de garanties aux victimes de la guerre. D'un autre côté, il y a la différence, de toute autre nature, entre droit des droits de l'homme et droit international pénal. C'est-à-dire entre un ensemble de droits, dont le garant est l'État et dont la violation comporte la responsabilité internationale de ce dernier, et un système dont le but est d'établir la responsabilité pénale de l'individu coupable d'avoir commis ou commandé de commettre un crime aux termes du droit humanitaire.

Les deux considérations ont des conséquences sur les éléments dont le Tribunal doit constater la présence afin d'établir la responsabilité d'un accusé pour crime de torture. En ce qui concerne les différents champs d'application, la Chambre de première instance du TPIY a relevé que, « si la définition

<sup>32</sup> Affaire *Kunarac*, Chambre de première instance, cit., par. 470.

[contenue dans l'article 1 de la Convention de 1984] s'applique à toute forme de torture, que ce soit en temps de paix ou en temps de conflit armé, il convient d'identifier ou de préciser certains éléments particuliers concernant la torture envisagée du point de vue du droit pénal international se rapportant aux conflits armés »<sup>33</sup>. Ces éléments particuliers peuvent se réduire en un seul: les actes de torture doivent être « liés à un conflit armé »<sup>34</sup>.

Bien que dans l'affaire *Furundzija* la Chambre de première instance ait énuméré la liaison avec un conflit armé parmi les éléments caractérisant la définition de la torture, il est évident que ladite liaison n'est pas un élément constitutif de la torture, mais plutôt une condition d'application du droit international humanitaire. Au contraire, la différence entre droit international des droits de l'homme - impliquant la responsabilité de l'État — et droit international pénal — impliquant la responsabilité pénale de l'individu — exerce ses effets directement sur un des éléments que la Convention de 1984 considère comme constitutifs de la torture, c'est-à-dire la présence d'une personne agissant à titre officiel.

B. — L'article 1 de la Convention de 1984 établit, comme dernier élément constitutif de la torture, le fait que les mauvais traitements doivent être infligés « 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 ». Cet élément, déjà présent dans la résolution de l'Assemblée générale 3452(XXX) et retenu par la Convention interaméricaine, a initialement été considéré comme correspondant au droit coutumier et constitutif du crime de torture en droit international humanitaire par les Tribunaux pénaux *ad hoc*<sup>35</sup>.

Néanmoins, sur ce point, l'affaire *Kumarac* a signé un important revirement de jurisprudence. La Chambre de première instance du TPIY a constaté que, dans le cadre du droit international humanitaire, la présence d'un agent de l'État ou d'une autre personne agissant à titre officiel n'est pas nécessaire pour que l'action soit qualifiée de torture<sup>36</sup>. Cette conclusion, confirmée par la Chambre d'appel, est le résultat d'une série de constatations qui nous semblent riches d'intérêt. Celles-ci concernent d'une part la définition de la torture dans le cadre des droits de l'homme, et d'autre part les caractères et finalités spécifiques du droit international pénal.

<sup>33</sup> Affaire *Furundzija*, Chambre de première instance, cit., par. 162.

<sup>34</sup> *Ibid.*, point iv).

<sup>35</sup> Affaire *Furundzija*, Chambre de première instance, cit., par. 162 v), confirmé par la Chambre d'appel le 21 juillet 2000, par. 111 v); affaire *Delalic*, Chambre de première instance, cit., par. 473-474, et 494 iv); affaire *Akayesu*, Chambre de première instance, cit., par. 594.

<sup>36</sup> Affaire *Kumarac*, Chambre de première instance, cit., par. 496.

La Chambre de première instance commence par souligner que deux dispositions de la Convention de 1984 doivent être gardées à l'esprit lorsqu'on évalue la possibilité d'un effet extraconventionnel de la définition de la torture contenue dans son article premier. Tout d'abord, l'article 1 lui-même limite cette définition « aux fins de la présente convention ». Ensuite, le paragraphe 2 du même article précise qu'il « est sans préjudice de tout instrument international ou de toute loi nationale qui contient ou peut contenir des dispositions de portée plus large »<sup>37</sup>.

Une fois cela précisé, la Chambre constate que, dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour et la Commission considèrent que seuls trois éléments sont nécessaires pour qu'il y ait une torture: un degré minimum de sévérité du mauvais traitement, la nature intentionnelle de l'acte et la présence d'un but défendu spécifique<sup>38</sup>. Dans l'arrêt *HLR c. France*, par exemple, la Cour de Strasbourg a expressément affirmé que, « en raison du caractère absolu du droit garanti », l'article 3 de la CEDH peut trouver une application même « lorsque le danger émane de personnes ou de groupes de personnes qui ne relèvent pas de la fonction publique »<sup>39</sup>.

Pareillement, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, dans ses Observations générales concernant l'article 7 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, a depuis longtemps affirmé que « les pouvoirs publics ont également le devoir d'assurer une protection en vertu de la loi contre [la torture et les traitements inhumains et dégradants], même lorsqu'ils sont appliqués par des personnes agissant en dehors de leurs fonctions officielles ou sans aucune autorité officielle »<sup>40</sup>. Il semblerait donc que, même en droit international des droits de l'homme, la participation de l'État, par la voie de ses agents, ne soit pas toujours requise en tant qu'élément constitutif de l'acte de torture. Il serait possible, par conséquent, de douter de la correspondance

<sup>37</sup> *Ibid.*, par. 473.

<sup>38</sup> *Ibid.*, par. 478. Voir notre partie A.

<sup>39</sup> CEDH, Arrêt, affaire *HLR c. France*, Recueil des arrêts et décisions, 1997-III, 29 avril 1997, par. 40, 758. Dans ce cas, le requérant était un trafiquant de drogue colombien qui, expulsé de la France, risquait de subir la vengeance des organisations criminelles colombiennes car il avait révélé à la police française le nom de son recruteur. En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur ce point, voir aussi A. ESPOSITO, Art. 3. Proibizione della tortura, dans *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, sous la direction de S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI, Padoue 2001, 61 s.

<sup>40</sup> Comité des droits de l'homme des NU, *Observation générale n. 7, art. 7*, du 27.07.1982, par. 2. Plus récemment le même Comité a confirmé sa position dans son *Observation générale n. 20, art. 7*, du 03.04.1992.

avec le droit international coutumier de cette partie de l'article 1 de la Convention de 1984.

Une fois établie cette constatation de caractère général, la Chambre de première instance s'arrête ensuite sur les implications des différences fondamentales entre le droit international des droits de l'homme et la partie du droit international humanitaire qui constitue le droit pénal international<sup>41</sup>. En effet, si, dans le cadre des droits de l'homme, la participation directe ou indirecte de l'État peut être requise, c'est parce que c'est la responsabilité de ce dernier qu'on doit, en définitive, faire valoir. Au contraire, la responsabilité pénale individuelle pour violation du droit international humanitaire est indépendante de la qualité officielle ou non de l'accusé<sup>42</sup>. C'est sur la base de ces considérations que la Chambre arrive à conclure que le crime de torture est envisageable comme tel même s'il n'est pas perpétré par (ou à l'instigation de) une personne agissant à titre officiel.

Par la suite, la Chambre d'appel a confirmé la validité de la décision, mais elle a nié que celle-ci puisse constituer un revirement par rapport à sa jurisprudence antérieure. En particulier, la Chambre d'appel a dû tenir compte de son précédent jugement dans l'affaire *Furundzija*, où elle avait donné une définition de la torture en tout point conforme à celle contenue dans la Convention de 1984<sup>43</sup>. Il nous semble intéressant de suivre brièvement le raisonnement de la Cour, parce qu'il donne des éléments de réflexion utiles pour la définition coutumière de la torture, aussi bien du point de vue des droits de l'homme, que de celui de la responsabilité pénale pour violation du droit international humanitaire.

La Chambre d'appel affirme que:

« La Convention [des Nations Unies contre la torture] lie des États et vise à réglementer leurs activités; c'est seulement à cette fin et dans cette mesure qu'elle traite des actes d'individus agissant à titre officiel. En conséquence, la condition posée par la Convention que l'acte de torture ait été commis par un individu agissant à titre officiel peut être considérée comme limitant les obligations des États: ils ne sont tenus d'engager des poursuites pour actes de torture que si ceux-ci sont commis par « un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ». C'est donc à bon droit que la Chambre d'appel a affirmé, dans l'Arrêt

<sup>41</sup> Voir le paragraphe précédent.

<sup>42</sup> Affaire *Kunarac*, Chambre de première instance, cit., par. 489.

<sup>43</sup> *Furundzija*, Chambre d'appel, 21 juillet 2000, par. 111. En effet, la Chambre d'appel devait tenir compte de l'affirmation contenue au paragraphe 113 de l'arrêt qu'elle avait rendu le 24 mars 2000 dans l'affaire *Aleksovski*, selon laquelle « La Chambre d'appel considère qu'une interprétation correcte du Statut exige que la *ratio decidendi* de ses décisions s'impose aux Chambres de première instance ».

*Furundzija*, que la définition figurant dans la Convention relative à la torture reflète le droit international coutumier, y compris en ce qu'elle traite des agents de la fonction publique »<sup>44</sup>.

Cependant:

« Cette affirmation, qui revient à dire que la définition figurant dans la Convention relative à la torture reflète l'état du droit international coutumier en ce qui concerne les obligations des États, ne signifie pas que cette définition reflète totalement l'état du droit international coutumier en ce qui concerne la signification du terme torture en général.

En conséquence, la Chambre de première instance a eu raison de conclure en l'espèce que le droit international coutumier n'exige pas que le crime soit commis par un agent de la fonction publique lorsque la responsabilité pénale d'un individu est mise en cause en dehors du cadre fixé par la Convention relative à la torture »<sup>45</sup>.

Une telle affirmation nous semble très intéressante, non parce qu'elle permet de maintenir l'unité de la jurisprudence des Tribunaux pénaux *ad hoc*<sup>46</sup>, mais plutôt parce qu'elle nous permet de dégager une définition unique de la torture en droit coutumier, valable tant pour les droits de l'homme que pour le droit international humanitaire. En effet, afin d'éviter une rupture manifeste avec l'arrêt *Furundzija*, la Chambre d'appel a, tout d'abord, confirmé la nécessité de la présence d'un agent de la fonction publique dans le cadre d'un droit qui impose des obligations aux États (c'est-à-dire le droit international des droits de l'homme). Par ailleurs, elle a confirmé également le jugement de la Chambre de première instance en soutenant que cette présence n'est pas nécessaire lorsque la responsabilité de l'individu est mise en cause (c'est-à-dire en droit international pénal). Toutefois, il faut remarquer que, afin de motiver sa décision, la Chambre de première instance avait constaté que ni dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ni dans la pratique du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, la présence d'un agent de l'État n'est considérée comme nécessaire. Par conséquent, nous pouvons en déduire que, même en droit international des droits de l'homme, la sanction officielle

<sup>44</sup> TPIY, Jugement, Affaire *Kunarac*, Chambre d'appel, 12 juin 2002, par. 146.

<sup>45</sup> *Ibid.*, par. 147 et 148.

<sup>46</sup> Ce qu'elle ne fait pas car, sur ce point, le raisonnement de la Cour semble assez forcé. Il est évident, en effet, que, contrairement à ce que la Cour affirme, un revirement de jurisprudence existe: avant l'arrêt *Kunarac*, la liste des éléments constitutifs du crime de torture comprenait la participation d'une personne agissant à titre officiel; à partir de cet arrêt cet élément n'est plus inclus. Sur ce point, le fait d'avoir noté que dans l'affaire *Furundzija* « l'accusé n'avait pas agi à titre privé, mais en tant que membre des forces armées lors d'un conflit armé » (arrêt, Affaire *Kunarac*, cit., par. 147) ne change en rien le fait que le Tribunal avait toujours inclus l'élément subjectif dans sa définition du crime de torture.

n'est pas toujours estimée comme un élément constitutif de l'acte de torture, et donc, en dépit de la jurisprudence *Furundzija*, cet élément n'a pas de valeur coutumière.

Sur la base de ces considérations, il nous semble possible de dégager une définition valable de la torture tant pour le droit international des droits de l'homme que pour le droit international pénal. Peut donc être considéré comme acte de torture tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne. Ces actes doivent être commis afin d'obtenir des renseignements ou des aveux de la victime ou d'une tierce personne, 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. Le fait que de tels actes soient commis par (ou à l'instigation, ou avec le consentement de) une personne agissant à titre officiel n'est pas un élément constitutif de la torture en tant que telle, ni en droit international des droits de l'homme, ni en droit international humanitaire, mais plutôt une condition posée par certaines conventions afin de limiter leur propre champ d'application.

Cette conclusion permet de réunir dans une définition unique de torture la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des droits de l'homme et celle du Tribunal pénal international, mais il nous semble qu'elle ne soit pas encore complète. En effet, l'analyse des cas d'espèce dans leur réalité révèle que — bien que la présence d'un agent de la fonction publique ne soit pas requise comme élément constitutif de la torture — un autre élément est généralement présent: le fait que la victime soit soumise à la garde ou au contrôle de son tortionnaire, en d'autres termes que ce dernier se trouve dans une situation de pouvoir, *de jure* ou *de facto*.<sup>47</sup> La même solution a été adoptée dans le Statut de la Cour pénale internationale qui définit la torture comme « le fait d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle [...] » (art. 7, par. 2, lettre e). Il faut, par ailleurs, envisager que la jurisprudence sera appelée à expliciter, en rapport avec les cas concrets, le sens des termes « garde » ou « contrôle ».

<sup>47</sup> Dans l'affaire *Kunarac*, par exemple, les accusés pouvaient exercer un pouvoir absolu sur les prisonniers du camp de (Calebici) détenus au lycée de Foca et ces derniers ne pouvaient que subir leurs sévices.