

1. OPINION PARTIELLEMENT DISSIDENTE DE LA JUGE FENZ

1. Bien que je m'associe à mes collègues pour ce qui est des sections 1 à 5.4 de la Décision, je marque respectueusement mon désaccord avec la Majorité pour ce qui est de l'interprétation qu'elle a retenue, dans la section 5.5 de la Décision, de la nature et de la portée de l'exception contenue dans l'article 15 de la Convention contre la torture.

2. Je vais d'abord examiner certains aspects du raisonnement de la Majorité qui me paraissent peu convaincants. J'exposerai ensuite ma propre interprétation de l'article 15, fondée sur le sens ordinaire à attribuer aux termes de la disposition concernée dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de la Convention. J'examinerai en outre en quoi le recours à des moyens complémentaires d'interprétation visés dans la Convention de Vienne sur le droit des traités vient conforter mon analyse.

1.1. Motifs de l'Opinion de la Majorité

3. L'article 15 de la Convention contre la torture dispose qu'aucune déclaration dont il est établi qu'elle a été obtenue par la torture ne peut être invoquée comme un élément de preuve dans une procédure, si ce n'est contre la personne accusée de torture **pour établir qu'une déclaration a été faite**. L'interprétation retenue dans l'Opinion de la Majorité aboutit à métamorphoser ces dispositions qui deviennent la règle suivante : aucune déclaration dont il est établi qu'elle a été obtenue par la torture ne peut être invoquée comme un élément de preuve dans une procédure, si ce n'est contre la personne accusée de torture et **pour toutes fins autres que celle d'établir la véracité des informations qu'elle contient**.

4. Dans ses motifs, mais non dans le dispositif de la Décision, la Majorité semble prévoir que les « fins » en question seront à restreindre selon les cas (elle considère, par exemple, que « les informations figurant dans une déclaration obtenue sous la torture peuvent être utilisées à une autre fin que celle d'établir la véracité des informations qu'elle contient mais dans le seul but d'établir quelles sont les actions qui ont découlé du fait que la déclaration contenant ces informations a été faite »)¹. J'y viendrai plus loin.

5. Une comparaison entre le libellé original de l'article 15 et les termes utilisés dans le passage correspondant du dispositif de la Décision fait tout simplement apparaître qu'on est

¹ Opinion de la Majorité, par. 75.

passé d'une exception où l'utilisation d'une déclaration obtenue sous la torture n'est permise qu' **à une seule fin**, à une situation où l'utilisation d'une telle déclaration est autorisée à **toutes les fins sauf une** (à savoir celle de vouloir établir la véracité de son contenu). La différence est significative et constitue en soi une première indication que l'interprétation retenue est problématique. Elle est également surprenante en ce que la Majorité convient que les termes sans équivoque de l'exception appellent une interprétation restrictive².

6. La Majorité aboutit à une telle interprétation en alléguant que la formulation de l'exception à l'article 15 contient une ambiguïté, puisque le texte ne précise pas « comment une déclaration peut être utilisée [ni] dans quel objectif »³. Elle affirme ensuite résoudre cette ambiguïté présumée en recourant à une interprétation téléologique de l'article 15 pris dans son ensemble (c'est-à-dire par référence au « but de l'article 15 ») ainsi qu'en se référant aux travaux préparatoires⁴. La Majorité déclare alors qu'en règle générale, « la production autorisée d'éléments de preuve obtenus sous la torture doit être conforme à l'objectif général de l'article 15 »⁵. Cette approche revient à légiférer et non à interpréter.

7. Il s'ensuit que les paragraphes 73 à 77 de l'Opinion de la Majorité se présentent moins comme une interprétation de l'exception originelle que comme une démonstration que l'« interprétation » qu'en a donnée la Majorité ne va pas à rebours (de certains) des principaux buts de l'article 15. Même si ce fait était jugé établi, ce serait là toute la portée de la démonstration : l'exception à l'article 15 retenue par la Majorité ne viole pas les buts de la Convention. Ce qui n'est pas établi, c'est que cette exception était celle voulue par les auteurs de la Convention. Le législateur dispose toujours d'une variété de possibilités lorsqu'il est appelé à réglementer une matière par la loi. En définitive, après avoir mis en balance les intérêts, les principes et les questions en présence, il opte pour une de ces possibilités (excluant, ce faisant, les autres). C'est précisément ce qu'ont fait les rédacteurs de la Convention.

² Opinion de la majorité, par. 72.

³ Opinion de la majorité, par. 72.

⁴ Opinion de la majorité, par. 72.

⁵ Opinion de la majorité, par. 73.

8. Je suis d'avis que la Majorité a de fait créé sa propre variante de l'exception qui pourrait certes, prise isolément, se défendre au regard des buts de la Convention, mais qui n'est tout simplement pas celle qu'a choisie le législateur⁶.

9. Il est certes très préoccupant d'envisager que si la Majorité adoptait une conception plus restrictive de l'exception contenue dans l'article 15, celle-ci pourrait profiter au tortionnaire présumé (faisant ainsi échec à l'objectif dissuasif de la Convention)⁷ et empêcher la pleine appréciation du comportement allégué⁸. Mais ce n'est pas une situation inhabituelle. Il est des cas où des règles (de preuve) ont été créées au risque de « profiter à l'accusé » en rendant les poursuites plus difficiles⁹. Ce résultat est accepté comme étant une conséquence inévitable (sans nécessairement être voulue), après que les questions, valeurs et principes en jeu ont été dûment mise en balance.

10. Je relève que lorsqu'elle applique la règle d'exclusion à au moins un cas particulier, la Majorité estime nécessaire d'y apporter une restriction supplémentaire¹⁰. Elle aborde cette question dans la partie de ses motifs consacrée au droit à un procès équitable. Les raisons qui sous-tendent cette restriction supplémentaire restent inexplicées. Il n'est pas évident à première vue de déterminer pourquoi, dans l'exemple associé à ce contexte, l'élément de preuve peut être admis uniquement pour établir ce scénario précis, et non d'autres questions sans rapport avec la véracité de la déclaration.

11. Je déduis de cet exemple que, d'une façon générale, la Majorité envisage que le principe général par elle retenu dans le dispositif de la Décision est susceptible d'être adapté selon les cas, en adoptant des restrictions supplémentaires aux buts autorisant l'utilisation d'une déclaration obtenue sous la torture. C'est une approche problématique¹¹. Le fait d'apporter

⁶ Je doute en outre que l'interprétation de l'article 15 retenue par la Majorité puisse adéquatement préserver l'intégrité de la procédure dès lors que le fait d'autoriser le recours à une déclaration pour établir certains faits (un mode opératoire, par exemple) revient effectivement à faire un usage indirect des éléments de preuve obtenus ou susceptibles d'avoir été obtenus sous la torture. À ce problème s'ajoute la possibilité que des déclarations obtenues ou susceptibles d'avoir été obtenues sous la torture fassent l'objet de débats prolongés en audience publique pour décider en définitive de leur admissibilité.

⁷ Opinion de la Majorité, par. 74.

⁸ Opinion de la Majorité, par. 76.

⁹ Dans les systèmes de *common law*, par exemple, la règle d'exclusion peut empêcher le procureur de produire des preuves à charge qui ont été recueillies lors d'une fouille illégale. Voir, par exemple, *Mapp v. Ohio*, U.S. Supreme Court, 367 U.S. 643 (1961). Cette règle a pour effet de rendre plus difficile l'action publique.

¹⁰ Voir Opinion de la Majorité, par. 75 : « ... dans le seul but d'établir quelles sont les actions qui ont découlé du fait que la déclaration contenant ces informations a été faite. »

¹¹ La problématique d'une jurisprudence fragmentée est déjà inhérente à l'interprétation de l'article 15 telle qu'elle figure dans le dispositif de la Décision au sujet de l'invocation d'éléments de preuve « à des fins autres que celles d'établir la véracité des informations qu'ils contiennent. »

des restrictions supplémentaires aux fins autorisées selon les cas ne peut que conduire à une jurisprudence hautement fragmentée et potentiellement incohérente – un résultat qui n'est pas dans l'intérêt de l'objectif de dissuasion de la Convention, dès lors que le message général perçu devient ambigu.

1.2. Motifs de l'Opinion dissidente

12. J'expose à présent la façon dont j'estime que l'article 15 doit être interprété eu égard au sens ordinaire à attribuer aux termes de la disposition dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. Je ferai en outre référence à des moyens complémentaires qui viennent étayer cette interprétation¹².

13. À mon avis, l'article 15 vise à empêcher que des déclarations obtenues ou susceptibles d'avoir été obtenues sous la torture soient utilisées comme sources d'information – c'est-à-dire comme preuves – devant les juridictions. L'interdiction est absolue.

14. Par le choix du verbe « invoquer » pour désigner le fait prohibé, l'article 15 vise toute forme de recours à une déclaration obtenue ou susceptible d'avoir été obtenue sous la torture, que ce soit en s'y référant ou en l'utilisant. L'absence de toute nuance venant limiter le sens de ce verbe atteste bien que le fait d'« invoqu[er] la déclaration (obtenue sous la torture) comme un élément de preuve » est frappé d'une interdiction générale, peu importe les fins auxquelles cela pourrait servir. L'article 15 semble prévoir une « exception » en disposant que les éléments de preuve obtenus par la torture peuvent être utilisés « contre la personne accusée de torture pour établir qu'une déclaration a été faite »¹³. Je conviens avec la Majorité que les termes sans équivoque de l'exception appellent une interprétation restrictive. Cela étant, je suis d'avis qu'elle est limitée à une catégorie bien précise de personnes ainsi qu'à un usage bien spécifique.

15. Les termes sont clairs, tant pour la catégorie de personnes – celles qui sont accusées de torture – que pour l'usage (le but) – afin d'établir qu'une déclaration a été faite. Autrement dit, l'utilisation d'une telle déclaration n'est autorisée que pour en établir l'existence (voire pour établir qu'elle a été faite sous la torture). La déclaration peut constituer un élément de preuve important pour établir qu'il y a eu torture. L'exception porte sur l'existence de la

¹² Convention de Vienne sur les droits des traités, art. 31 et 32.

¹³ Affaire *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni* (requête n° 8139/09), 17 janvier 2012, par. 266 (« La seule exception à l'interdiction ménagée par l'article 15 concerne les procédures dirigées contre un individu accusé de torture. »).

déclaration ; elle ne concerne en aucune façon son contenu. J'estime que l'interprétation du sens ordinaire à attribuer aux termes de la disposition dans leur contexte et à la lumière de leur objet conduit à ce résultat clair qui n'est ni ambigu, ni manifestement absurde ou déraisonnable¹⁴.

16. La référence à des moyens complémentaires vient étayer cette interprétation. Il est instructif et pertinent, à cet égard, que la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, adoptée un an après la Convention contre la torture, ait donné de la règle d'exclusion une interprétation répondant aux mêmes limites¹⁵. L'article 10 de la Convention interaméricaine se lit comme suit : « Aucune déclaration obtenue par la torture ne sera admise comme preuve dans une instance, sauf contre la ou les personnes accusées d'avoir commis le crime de torture et pour prouver uniquement que l'accusé avait obtenu une telle déclaration par ce moyen. »¹⁶

17. En outre, le Comité des droits de l'homme de l'ONU, dont les observations générales concernant les dispositions du Pacte international relatif au droit civils et politiques (auquel le Cambodge est partie) font autorité, a déclaré ce qui suit concernant « le droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable : « De même, comme l'article 7, dans sa totalité, ne souffre lui non plus aucune dérogation, aucune déclaration, ni aveux ni, en principe aucun autre élément de preuve obtenu en violation de cette disposition ne peuvent être admis dans un procès soumis à l'article 14, y compris en période d'état d'urgence, sauf si une déclaration ou des aveux obtenus en violation de l'article 7 constituent des éléments de preuve établissant qu'il a été fait usage de la torture ou d'autres traitements interdits pour obtenir cette preuve. »

18. Les travaux préparatoires de l'article 15 sont tout aussi convaincants. Le Groupe de travail avait établi un premier projet de cet article qui n'autorisait *aucune* utilisation d'éléments de preuve obtenus ou susceptibles d'avoir été obtenus sous la torture. Pendant l'élaboration du texte de la Convention contre la torture, une disposition a été ajoutée à l'article 15 afin d'en maximiser l'effet dissuasif en autorisant l'utilisation très restreinte de déclarations exclues afin de poursuivre le tortionnaire présumé.¹⁷ Par contre, une tentative

¹⁴ Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 31 et 32.

¹⁵ Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 31 3).

¹⁶ Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, 1986, art. 10 (non souligné dans l'original).

¹⁷ Une version antérieure de l'article 15 proposée par la Suède ne prévoyait aucune exception ; voir Conseil économique et social de l'ONU, trente-quatrième session, 23 janvier 1978, doc. ONU E/CN.4/1285.

visant à autoriser l'utilisation sans aucune limite de déclarations obtenues par la torture aux fins de poursuites contre des personnes suspectées d'être des tortionnaires a fini par échouer¹⁸. En conclusion, les travaux préparatoires de l'article 15 montrent que le texte actuel est le résultat de délibérations poussées¹⁹.

19. Le libellé de ces dispositions et l'objectif qui ont été retenus pour définir l'exception à l'article 15 ont été expliqués en ces termes par un auteur qui a participé à la rédaction de la Convention : « Cependant, lorsqu'une déclaration est invoquée de cette façon, l'intention n'est pas de prouver que le contenu de la déclaration est vrai, mais d'établir que la déclaration en question a été faite sous la torture, et vraisemblablement que la personne torturée ne l'aurait pas faite en d'autres circonstances, étant donné qu'elle était fautive ou contenait des informations qu'elle ne tenait pas à révéler. D'où il suit que l'exception est plus apparente que réelle. »²⁰

20. Il est clair, à mon avis, que le but de l'« exception » n'est pas d'établir une exception de fond à la règle, mais d'empêcher – en y apportant la précision nécessaire – que soit retenue une interprétation par trop extensive de l'article 15, qui aurait effectivement confiné à l'absurde²¹.

21. Cette interprétation de l'exception contenue dans l'article 15 est conforme aux buts de l'article 15 et de la Convention qu'il entend mettre en œuvre. Seuls les buts les plus importants seront examinés ci-après, à savoir : 1) mener une politique publique de dissuasion de la torture ; 2) empêcher l'utilisation d'éléments de preuve peu fiables insusceptibles de servir la manifestation de la vérité ; 3) préserver l'intégrité de la procédure ; 4) protéger le

¹⁸ Voir *Draft Convention for the Prevention and Suppression of Torture*, projet présenté par l'Association internationale de droit pénal, doc. ONU E/CN.4/NGO/213, 15 janvier 1978 (« Toute déclaration ou tout aveu oraux ou écrits obtenus par la torture, ou tout autre élément de preuve obtenu à partir d'informations contenues dans ceux-ci, sont entièrement dénués de valeur juridique et ne peuvent être invoqués dans aucune procédure judiciaire ou administrative, sauf lorsque la procédure est engagée contre la personne accusée de les avoir obtenus par la torture. » [traduction non officielle]).

¹⁹ Doc. ONU E/CN.4/1314, Conseil économique et social de l'ONU, trente-cinquième session, 19 décembre 1978 ; doc. ONU 3452 (XXX), résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies – Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres traitements cruels, inhumains ou dégradants, 9 décembre 1975.

²⁰ Herman Burgers et Hans Danelius, *The United Nations Convention against Torture – A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (Dordrecht : Martinus Nijhoff, 1988), p. 148 (nous soulignons). Lue dans son contexte, il est clair que l'observation de l'auteur ne visait pas à relever la seule utilisation interdite, mais à en mentionner une, sans doute la plus fréquente, pour énoncer le principe en jeu, comme attesté par le texte en gras.

²¹ Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 32.

droit de l'accusé à un procès équitable, y compris par une application des règles prévues par la loi²². Il n'y a pas de hiérarchie entre ces buts.

22. Premièrement, l'article 15 vise à décourager les autorités d'un État de recourir à la torture en vue d'obtenir des informations. Je suis consciente que cet argument peut perdre de son poids dans certains cas où une interprétation étroite de la règle semblerait avantager le tortionnaire présumé. Cet avantage éventuel semble être une préoccupation majeure de l'Opinion de la Majorité. Comme le montre les travaux préparatoires de la Convention contre la torture, les rédacteurs étaient tout aussi préoccupés par cette possibilité. Ils ont toutefois retenu le libellé de l'article 15 assorti de l' « exception » en tant que seule concession destinée à faciliter les poursuites contre le tortionnaire présumé. L'objectif général de dissuasion est atteint au mieux lorsque le message est sans ambiguïté et la jurisprudence aussi cohérente que possible²³.

23. Deuxièmement, la règle d'exclusion vise à protéger le droit à un procès équitable, notamment en interdisant d'invoquer des éléments de preuve non fiables. Plus précisément, il s'agit d'un mécanisme destiné à prévenir l'utilisation de déclarations faites sous la torture par un accusé ou des tiers, pour établir la véracité de crimes qu'ils auraient avoués ou de toute autre information mentionnée dans la déclaration, car des éléments de preuve obtenus dans de telles conditions sont par nature dénués de fiabilité²⁴. À cet égard, l'interprétation de l'exception choisie par la juge dissidente fournit le plus haut degré de protection contre les éléments de preuve dénués de fiabilité.

²² Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, doc. ONU A/HRC/25/60, 10 avril 2014, par. 21 ; Herman Burgers et Hans Danelius, *The United Nations Convention against Torture – A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (Dordrecht : Martinus Nijhoff, 1988), p. 148 (« Il semblerait que la règle énoncée à l'article 15 soit fondée sur deux considérations différentes. D'abord, il est clair qu'une déclaration faite sous la torture est en général peu fiable ; et il pourrait donc être contraire au principe du "procès équitable" d'invoquer une telle déclaration devant une instance judiciaire. » [traduction non officielle]).

²³ Voir par. 11.

²⁴ Transcription de l'audience du 28 mai 2009, p. 8 à 11 ; doc. n° E74, p. 3 ; doc. n° E185, par. 21 ; voir aussi Herman Burgers et Hans Danelius, *The United Nations Convention against Torture – A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (Dordrecht : Martinus Nijhoff, 1988), p. 148 (lorsqu'une telle preuve est utilisée contre un accusé, « l'intention n'est pas de prouver que le contenu de la déclaration est vrai, mais d'établir que la déclaration en question a été faite sous la torture » [traduction non officielle]) ; Assemblée générale des Nations Unies, *La torture et les autres traitements cruels, inhumains et dégradants*, 14 août 2006, doc. ONU A/61/259, par. 45 ; voir aussi Statut de Rome, art. 69 7), selon lequel les éléments de preuve obtenus par un moyen violant le Statut de Rome lui-même ou les droits de l'homme internationalement reconnus ne sont pas admissibles : « a) Si la violation met sérieusement en question la crédibilité des éléments de preuve ; ou b) Si l'admission de ces éléments de preuve serait de nature à compromettre la procédure et à porter gravement atteinte à son intégrité. »

24. Troisièmement, la règle d'exclusion vise également à préserver l'intégrité de la procédure en empêchant la Chambre d'accorder dans un procès quelque légitimité que ce soit aux actes odieux qui ont permis l'obtention des déclarations en question²⁵. La préservation de l'intégrité de la procédure est un autre argument de poids en faveur d'une interprétation étroite de l'article 15. Le fait d'autoriser les parties à se référer à une déclaration pour établir qu'elle a été faite sous la torture permet à la Chambre d'examiner les allégations de torture sans reconnaître la moindre légitimité à la pratique de la torture²⁶.

25. En résumé, le but de l'article 15 est de veiller à ce qu'aucune information contenue dans une déclaration obtenue par la torture ne soit utilisée en tant qu'élément de preuve dans une procédure judiciaire. Cette prohibition est absolue. L'« exception » n'entame pas ce caractère absolu. Elle a pour seul but de permettre d'établir l'existence d'une telle déclaration comme preuve qu'il y a eu torture.

26. Toute interprétation trop large de l'article 15 risque de compromettre le but de la règle générale. Étant donné que cette règle assure la mise en œuvre d'une des plus importantes protections garanties par le droit international, toute tentative d'en réduire l'applicabilité, ou une ambiguïté quant à son application, doit être considérée avec la plus grande circonspection. Le risque de créer une pente dangereuse et d'affaiblir en définitive cette protection est toujours présent.

Fait à Phnom Penh, 11 mars 2016

(Signé et Scellé)

Claudia Fenz

²⁵ *A and Others*, Chambre des Lords, [2005] UKHL 71, Lord Bingham, par. 39 (notant l'affirmation de l'appelant selon laquelle permettre l'utilisation d'éléments de preuve obtenus sous la torture viole les droits des parties et porte atteinte à la régularité de la procédure, choque la conscience judiciaire, enfreint et corrompt les règles de procédure et entraîne l'État dans un état de souillure morale); Statut de Rome, art. 69 7) (prohibant l'utilisation d'éléments de preuve obtenus par un moyen violant les droits de l'homme internationalement reconnus si la violation met sérieusement en question la crédibilité des éléments de preuve, ou si l'admission de ces éléments de preuve serait de nature à compromettre la procédure et à porter gravement atteinte à son intégrité).

²⁶ Voir par. 8.