

DEVANT LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE**CHAMBRES EXTRAORDINAIRES AU SEIN DES TRIBUNAUX CAMBODGIENS****INFORMATIONS RELATIVES AU DÉPÔT****Dossier n°** : 002/19-09-2007-ECCC/TC**Partie déposante** : l'équipe de défense de IENG Sary**Déposée devant** : la Chambre de première instance**Langue** : français, original en anglais**Date du document** : 4 février 2011**CLASSEMENT****Classement proposé par la partie déposante** :**PUBLIC****Classement retenu par les co-juges d'instruction ou par la Chambre** : សាធារណៈ/Public**Statut du classement** :**Révision du classement provisoire** :**Nom du fonctionnaire du service des dossiers et archives** :**Signature** :

**REQUETE DE IENG SARY AUX FINS D'EXCLUSION DES ELEMENTS DE
PREUVE ENTACHES PAR LA TORTURE**

Déposée par :Destinataires :**Les co-avocats** :ANG Udom
Michael G. KARNAVAS**Les juges de la Chambre de première instance** :M. le Juge NIL Nonn
M. le Juge THOU Mony
M. le Juge YA Sokhan
M^{me} la Juge Silvia CARTWRIGHT
M. le Juge Jean-Marc LAVERGNE
M. le Juge de réserve YOU Ottara
M^{me} la Juge de réserve Claudia FENZ**Les co-procureurs** :CHEA Leang
Andrew CAYLEY**Toutes les équipes de défense**

IENG Sary, par l'intermédiaire de ses co-avocats (la « Défense »), prie la Chambre de première instance de déclarer irrecevable tout élément de preuve vicié par la torture, sous toutes ses formes, dans toutes les circonstances et dans toute procédure judiciaire portée devant les CETC, si ce n'est contre la personne accusée de torture pour établir qu'une déclaration a été faite. L'utilisation d'éléments de preuve viciés par la torture va à l'encontre de toute procédure judiciaire. La Chambre de première instance, conformément à la pratique suivie dans le dossier n° 001¹ et à son obligation de réserver le même traitement à tous ceux qui comparaissent devant elle², ne doit ni admettre ni examiner tout élément de preuve entaché par la torture, sauf à les utiliser contre la personne accusée de torture pour établir qu'une déclaration a été faite. La Chambre de première instance doit exiger de la partie désireuse de produire un tel élément qu'elle démontre d'abord que ledit élément n'est introduit qu'à cette fin. Comme le Commissaire européen pour les droits de l'homme l'a dit avec justesse, « [l]a torture reste la torture, quel que soit celui qui la pratique ; une procédure judiciaire est une procédure judiciaire, quelle qu'en soit la finalité ; la torture ne peut en aucun cas être recevable dans une procédure judiciaire³ ».

I. RAPPEL DE LA PROCEDURE CONCERNANT L'ADMISSION D'ELEMENTS DE PREUVE VICIES PAR LA TORTURE DANS LE DOSSIER N° 002

1. Le 28 juillet 2009, les co-juges d'instruction ont rendu leur ordonnance sur l'utilisation des éléments obtenus ou susceptibles d'avoir été obtenus sous la torture⁴. Dans l'Ordonnance, les co-juges d'instructions ont relevé que le Règlement intérieur ne

¹ Conformément à l'article 15 de la Convention contre la torture, la Chambre de première instance a uniquement admis des documents établis sous la torture en tant qu'éléments attestant de ce fait et non pour la véracité de leur contenu. Elle a jugé, citant l'article 15 de la Convention contre la torture, que « [c]es pièces sont pertinentes dans la limite où elles ont été établies sous la torture et où elles peuvent attester de ce fait. Elles ne sont pas versées au dossier pour la véracité de leur contenu ». Dossier *Kaing Guek Eav* alias « *Duch* », 001/18-07-2007-ECCC/TC, Décision relative aux demandes des parties en vue de produire certaines pièces en application de la règle 87 2) du Règlement intérieur, 28 octobre 2009, E176, cote ERN : 00398394-00398401, par. 8.

² Le droit à l'égalité devant la loi est garanti par l'article 31 de la Constitution cambodgienne, lequel dispose notamment que « [l]es citoyens khmers sont égaux devant la loi [...] » (non souligné dans l'original). Ce droit est également énoncé à l'article 3 du code de procédure pénale cambodgien, lequel précise que « [l]'action publique s'exerce contre toute personne, physique ou morale, sans distinction de race, de nationalité, de religion, de sexe ou de situation sociale ». Ce droit est également inscrit à l'article 7 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ainsi qu'aux articles 14 1) et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, que les CETC sont tenues de respecter conformément à l'article 31 de la Constitution cambodgienne.

³ Rapport de M. Alvaro-Gil Robles, Commissaire aux droits de l'homme, sur sa visite au Royaume-Uni du 4 au 12 novembre 2004, Strasbourg, 8 juin 2005, Comm DH (2005) 6, par. 27, disponible sur [https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CommDH\(2005\)6&Language=lanFrench&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet](https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CommDH(2005)6&Language=lanFrench&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet).

⁴ Dossier *IENG Thirith*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, Ordonnance sur l'utilisation des éléments obtenus ou susceptibles d'avoir été obtenus sous la torture, 28 juillet 2009, D130/8, cote ERN : 00355926-00355933 (« Ordonnance »).

contient aucune disposition spécifique concernant la faculté d'utiliser ou non des éléments viciés par la torture lorsqu'ils ont été obtenus par un organe autre que les Chambres extraordinaires, et ont précisé qu'ils entendaient se référer aux règles de procédure pertinentes établies au niveau international, soit en l'espèce, à l'article 15 de la Convention contre la Torture et autres peines ou traitement cruels, inhumains ou dégradants (la « Convention contre la torture⁵ »). Les co-juges d'instruction ont ajouté que l'article 15 ne s'applique qu'aux éléments dont il a été établi qu'ils ont été obtenus par la torture⁶, et que les annotations apparaissant sur les confessions, de même que les déclarations biographiques préliminaires et les informations objectives contenues dans la confession et connues indépendamment des interrogatoires, n'ont pas été obtenues par suite de torture et ne peuvent donc pas être exclues⁷. Ils ont fait valoir que la question de la fiabilité ne se pose que lorsqu'il s'agit de tenir pour vrai le contenu des déclarations lui-même, et que l'évaluation de la fiabilité des déclarations n'est possible qu'à la fin de l'instruction, lorsque le dossier est estimé complet⁸.

2. Peu après le dépôt de l'Ordonnance, plusieurs grandes organisations des droits de l'homme se sont dites affligées et déçues que le BCII ait autorisé l'utilisation d'éléments de preuve viciés par la torture⁹. Le Centre cambodgien pour les droits de l'homme, estimant que l'Ordonnance du BCII va profondément à l'encontre de l'interdiction internationale frappant l'utilisation d'éléments de preuve viciés par la torture, a même saisi officiellement le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture¹⁰.

⁵ *Ibidem*, par. 17. La Convention contre la Torture et autres peines ou traitement cruels, inhumains ou dégradants est parfois désignée en anglais par l'acronyme « CAT », mais certains commentateurs utilisent cet acronyme pour se référer au Comité contre la torture. Pour éviter cette confusion, seul le terme « Convention contre la torture » sera utilisé dans la présente.

⁶ *Ibid.*, par. 19.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*, par. 28.

⁹ Voir, par exemple, *Application of Amnesty International, the International Commission of Jurists and the Redress Trust to Present an Amicus Curiae Submission Pursuant to Internal Rule 33*, 25 septembre 2009, disponible en anglais uniquement sur

http://www.icj.org/IMG/ECCC_Torture_Evidence_Amicus_Application_AI_ICJ_REDRESS_25_Sept_09.pdf.

(« Demande d'Amnesty International »); *Application of the CCHR to Present an Amicus Curiae Submission Pursuant to Internal Rule 33 Amicus Curiae Submission of the CCHR*, 7 septembre 2009, (« Demande du CCDH »), disponible en anglais uniquement sur

[http://www.cchrcambodia.org/English/add_report/reports/cchr%20acb%20sept.%207\(090709_1252307364\).pdf](http://www.cchrcambodia.org/English/add_report/reports/cchr%20acb%20sept.%207(090709_1252307364).pdf)

¹⁰ *Pre-Trial Chamber Rejection of Amicus Curiae Brief – Opaque Filing Procedures and the Disregard of Legacy at the ECCC*, Communiqué de presse, Centre cambodgien pour les droits de l'homme, 15 octobre 2009, disponible en anglais uniquement sur :

[http://www.cchrcambodia.org/English/add_press_release/press_release/cchr%20press%20release%20-%20opaque%20filing%20procedures%20and%20the%20disregard%20of%20legacy%20at%20the%20eccc\(101509_1255603015\).pdf](http://www.cchrcambodia.org/English/add_press_release/press_release/cchr%20press%20release%20-%20opaque%20filing%20procedures%20and%20the%20disregard%20of%20legacy%20at%20the%20eccc(101509_1255603015).pdf).

3. Le 27 août 2009, l'équipe de défense de KHIEU Samphan a interjeté appel de l'Ordonnance¹¹. Le 10 septembre 2009, celle de IENG Thirith a également fait de même¹². Le 19 novembre 2009, la Défense a interjeté appel¹³ du rejet motivé des deux requêtes connexes¹⁴ qu'elle avait déposées devant le BCJI concernant la définition et l'identification des éléments de preuve viciés par la torture et demandé que soient précisés les principes directeurs retenus par le BCJI pour l'utilisation de ce type d'élément.
4. Le 18 décembre 2009, la Chambre préliminaire a déclaré irrecevable l'appel interjeté par IENG Thirith¹⁵. Le 27 janvier 2010, elle a également statué que l'appel déposé par KHIEU Samphan était irrecevable¹⁶. Le 10 mai 2010, elle a jugé l'appel de la Défense irrecevable¹⁷, tout en affirmant ce qui suit :

Nonobstant toute indication du contraire avancée par les co-juges instruction dans l'Ordonnance, les termes de l'article 15 de la [Convention contre la torture] doivent faire l'objet d'une application stricte. Il n'y a lieu ni de se prononcer sur la véracité du contenu d'une déclaration obtenue sous la torture, ni d'en faire tout autre usage.¹⁸ [traduction]

5. Le 16 août 2010, les co-procureurs ont déposé leur réquisitoire définitif¹⁹, fondé en grande partie sur un certain nombre de confessions²⁰.

¹¹ Dossier *IENG Thirith*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ(PTC27), Appel de M. KHIEU Samphan contre l'ordonnance sur l'utilisation des éléments obtenus ou susceptibles d'avoir été obtenus sous la torture, 27 août 2009, D130/10/1, cote ERN : 00374825-00374828.

¹² Dossier *IENG Thirith*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ(PTC26), *Defence Appeal Against OCIJ 'Order on Use of Statements which were of may have been Obtained by Torture' of 28 July 2009*, 10 septembre 2009, D130/9/6, cote ERN : 00374841-00374872.

¹³ Dossier *IENG Sary*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ(PTC 31), *IENG Sary's Appeal Against the OCIJ's Constructive Denial of IENG Sary's Requests Concerning the OCIJ's Identification of and Reliance on Evidence Obtained through Torture*, 19 novembre 2009, D130/7/3/1, cote ERN : 00399297-00399327.

¹⁴ Dossier *IENG Sary*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, Demande concernant l'identification et l'utilisation de preuves obtenues par la torture, 17 juillet 2009, D130/7, cote ERN : 00352184-00352185 ; dossier *IENG Sary*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, *Letter Concerning the OCIJ's Identification of, and Reliance on Evidence Obtained through Torture*, 7 août 2009, D130/7/21, cote ERN : 00360855-00360856.

¹⁵ Dossier *IENG Thirith*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ(PTC26), Décision quant à l'admissibilité de l'appel interjeté contre l'ordonnance des co-juges d'instruction sur l'utilisation des éléments obtenus ou susceptibles d'avoir été obtenus sous la torture, 18 décembre 2009, D130/9/21, cote ERN : 00416830-00416838.

¹⁶ Dossier *IENG Thirith*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ(PTC27), Décision quant à la recevabilité de l'appel interjeté contre l'ordonnance des co-juges d'instruction sur l'utilisation des éléments obtenus ou susceptibles d'avoir été obtenus sous la torture, 27 janvier 2010, D130/10/12, cote ERN : 00432775-00432784.

¹⁷ Dossier *IENG Sary*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ(PTC31), *Decision on Admissibility of IENG Sary's Appeal against the OCIJ's Constructive Denial of IENG Sary's Requests Concerning the OCIJ's Identification of and Reliance on Evidence Obtained through Torture*, 10 mai 2010, D130/7/3/5, cote ERN : 00512912-00512924 (« Décision de la Chambre de première instance concernant la torture »).

¹⁸ *Ibidem*, par. 38 (non souligné dans l'original).

¹⁹ Dossier *IENG Sary*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, Réquisitoire définitif des co-procureurs (règle 66), 16 août 2010, D390, cote ERN : 00591062-00591992.

6. Le 16 septembre 2010, les co-juges d'instruction ont rendu l'ordonnance de clôture²¹. Bien que celle-ci ne soit pas fondée sur autant d'éléments de preuve viciés par la torture que le réquisitoire définitif des co-procureurs, il semblerait que les co-juges d'instruction se soient appuyés sur des confessions dans un but illicite²². En outre, ces derniers ont utilisé diverses sources secondaires, telles que des livres de David Chandler et Steve Heder, qui reposent sur des aveux pour la véracité de leur contenu²³.

II. DROIT APPLICABLE

7. L'article 15 de la Convention contre la torture, à laquelle le Cambodge a adhéré²⁴, dispose que : « [t]out État partie veille à ce que toute déclaration dont il est établi qu'elle a été obtenue par la torture ne puisse être invoquée comme élément de preuve dans une procédure, si ce n'est contre la personne accusée de torture pour établir qu'une déclaration a été faite ».

III. ARGUMENTS

A. Les éléments de preuve entachés par la torture sont généralement interdits dans les procédures judiciaires

8. L'interdiction de la torture est considérée comme une norme impérative du droit international²⁵. Elle est consacrée dans une multitude d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme²⁶. Cette condamnation s'étend également à l'utilisation officielle

²⁰ Voir Dossier *IENG Sary*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, *IENG Sary's Response to the Co-Prosecutors' Rule 66 Final Submission and Additional Observations*, 1^{er} septembre 2010, D390/1/2/1.3, cote ERN : 00599293-00599359, annexe, qui énumère les notes de bas de page du réquisitoire définitif fondées sur des confessions.

²¹ Dossier *IENG Sary*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, Ordonnance de clôture, 15 septembre 2010, D427, cote ERN : 00604508-00605246.

²² Ainsi, le paragraphe 1188 de l'Ordonnance de clôture cite une confession de Penh Thuok, *alias* Von Vet, pour étayer l'argument selon lequel il « s'avère [...] que Khieu Samphan a assisté à l'arrestation de Vorn Vet le 2 novembre 1978 ».

²³ Les notes de bas de page 37 à 39 de l'Ordonnance de clôture, par exemple, s'appuient sur le livre de DAVID P. CHANDLER (disponible uniquement en anglais), *BROTHER NUMBER ONE: A POLITICAL BIOGRAPHY OF POL POT*, p. 63, 64, 67 à 69, 191, 201 et 202 (1999). Ces pages de *BROTHER NUMBER ONE: A POLITICAL BIOGRAPHY OF POL POT* s'appuient sur des confessions de Siet Chhae, Chou Chet, Chhim Samauk, Kheang Sim Hon, Im Naen, Som Chea, Vorn Vet, Keo Moni, Kol Thai et Keo Meas. Autre exemple : les notes de bas de page 41 et 42 de l'Ordonnance de clôture citent STEVE HEDER, *CAMBODIAN COMMUNISM AND THE VIETNAMESE MODEL*, p. 88, 92, 109 et 110 (White Lotus Press 2004) (disponible uniquement en anglais). Ces pages du livre de Heder s'appuient sur les confessions de Saom Chea, Bou Phat, Suo Keum An, Tauch Chaem, Meah Chhuon, Kae San et Kung Sophal.

²⁴ Voir http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtldsg_no=IV-9&chapter=4&lang=fr&clang=fr. La Chambre préliminaire a confirmé que le « droit » applicable au Cambodge comprend des instruments internationaux tels que la Convention contre la torture. Décision de la Chambre préliminaire concernant la torture, par. 35.

²⁵ James Thuo Gathii, *Torture, Extraterritoriality, Terrorism, and International Law*, 67 ALB. L. REV. 335, 341 (2003).

²⁶ Voir, par exemple, PIDCP, art. 7 ; Convention relative aux droits de l'enfant, art. 37 a) ; Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, art. 3 ; La Charte des Droits fondamentaux de LA TORTURE

d'éléments de preuve obtenus par la torture, laquelle signifierait qu'il est acceptable de recourir à la torture pour obtenir des preuves²⁷. Ainsi, le Conseil de l'Europe a déclaré que « [l]es gouvernements européens ne doivent pas tolérer la torture dans d'autres régions du monde. Des informations obtenues sous la torture ne doivent jamais, dans aucune circonstance, être acceptées comme preuves devant un tribunal quels que soient l'endroit où elles ont été obtenues ou la personne par qui elles ont été obtenues²⁸ ».

9. Un rapport récemment établi par Martin Scheinin, Rapporteur spécial des Nations Unies sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, montre que la communauté internationale prend au sérieux la question de la torture et des éléments de preuve viciés. Dans son rapport, le Rapporteur spécial se dit inquiet du rôle joué par les agences de renseignement dans la lutte contre le terrorisme :

Il reste très préoccupant pour le Rapporteur spécial que les États-Unis aient mis en place tout un système de restitutions extraordinaires, de détention au secret prolongée et de pratiques qui violent l'interdiction de la torture et autres formes de mauvais traitements. Ce système, impliquant un réseau international d'échange de renseignements, a créé une base d'information corrompue qui était partagée systématiquement avec les partenaires dans la guerre contre la terreur par le biais de la coopération en matière de renseignement, corrompant ainsi la culture.

[...]

Le Rapporteur spécial rappelle aux États que leur responsabilité est engagée lorsqu'ils agissent en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite, ou qu'ils prêtent aide et assistance dans la commission de tels faits, y compris les violations des droits de l'homme. Par voie de conséquence, les violations graves des droits de l'homme commises par les États, telles que torture, disparitions forcées ou détentions arbitraires, devraient inciter les autres États, y compris leurs agences de renseignement, à limiter fortement leurs activités de coopération avec les pays dont on sait qu'ils violent les droits de l'homme. L'interdiction de la torture est une norme de droit international absolue et péremptoire. Les États ne doivent prêter ni aide ni assistance dans la commission

l'Union européenne, art. 4 ; Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 5 2) ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 5 ; Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture.

²⁷ Par exemple, voir *United States v. Abu Ali*, 395 F.Supp. 2d 338, 379 (E.D.Va. 2005). « En raison de la gravité des allégations de torture et de mauvais traitements formulées par le défendeur, la Cour souhaite déclarer très fermement que toute torture est légalement et moralement inacceptable, et que le système judiciaire des États-Unis n'acceptera pas qu'elle entache ses procédures judiciaires » [traduction].

²⁸ Communiqué de presse du Conseil de l'Europe, « Rien ne saurait excuser la torture », 526, 11 octobre 2005, disponible sur :

[https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=PR526\(2005\)&Language=lanFrench](https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=PR526(2005)&Language=lanFrench) (non souligné dans l'original). Dans l'affaire *Jalloh c. Allemagne*, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que « des éléments à charge – qu'il s'agisse d'aveux ou d'éléments matériels – rassemblés au moyen d'actes de violence ou de brutalité ou d'autres formes de traitements pouvant être qualifiés de torture – ne doivent jamais, quelle qu'en soit la valeur probante, être invoqués pour prouver la culpabilité de la victime ». Affaire *Jalloh c. Allemagne*, CEDH [Grande Chambre], n° 5481/00, 2006, par. 105.

REQUÊTE DE IENG SARY AUX FINS D'EXCLUSION DES ÉLÉMENTS DE PREUVE ENTACHÉS PAR LA TORTURE

Page 5 sur 15

d'actes de torture, ni reconnaître comme licites ces pratiques, y compris en utilisant des renseignements obtenus par la torture.²⁹

10. Cette condamnation universelle de la torture a conduit l'Assemblée générale des Nations Unies à adopter en 1975 la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (la « Déclaration contre la torture »³⁰). L'article 12 de la Déclaration contre la torture interdit l'utilisation d'éléments de preuve obtenus par la torture :

Quand il est établi qu'une déclaration a été faite à la suite de tortures ou d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, cette déclaration ne peut être invoquée comme preuve au cours de poursuites, quelles qu'elles soient, ni contre la personne en cause, ni contre une autre personne.

11. La Convention contre la torture a été établie afin de renforcer la Déclaration contre la torture³¹. Elle a été adoptée et ouverte à la signature, la ratification et l'adhésion le 10 décembre 1984 ; elle est entrée en vigueur le 26 juin 1987. À l'heure actuelle, 147 États y sont parties³², ce qui en fait « l'un des traités multilatéraux les plus ratifiés »³³. L'article 15 dispose que « [t]out État partie veille à ce que toute déclaration dont il est établi qu'elle a été obtenue par la torture ne puisse être invoquée comme élément de preuve dans une procédure, si ce n'est contre la personne accusée de torture pour établir qu'une déclaration a été faite³⁴ ». Aucun État partie n'a formulé de réserve concernant cet article. Cela montre bien qu'interdire l'utilisation de déclarations obtenues sous la torture est universellement accepté comme un moyen de dissuasion nécessaire contre le recours à la torture pour obtenir des preuves.
12. La Convention contre la torture n'est pas la seule source pertinente s'agissant de l'exclusion des éléments de preuve entachés par la torture³⁵. D'autres conventions

²⁹ Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement, Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, Martin Scheinin, A/HRC/10/3, 4 février 2009, par. 51 et 53, disponible sur <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/106/26/PDF/G0910626.pdf?OpenElement> (non souligné dans l'original).

³⁰ Disponible sur : <http://www2.ohchr.org/french/law/protection.htm>.

³¹ CHRIS INGELSE, *THE UN COMMITTEE AGAINST TORTURE: AN ASSESSMENT 2-3* (Kluwer Law International 2001).

³² Voir http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&lang=fr.

³³ Michael P. Scharf, *Tainted Provenance: When, if Ever, Should Torture Evidence Be Admissible?*, 65 WASH. & LEE L. REV. 129, 134-35 (2008) (« Scharf »).

³⁴ Non souligné dans l'original.

³⁵ Les co-juges d'instruction ont estimé que le droit cambodgien étant ambigu sur la question de l'utilisation éventuelle d'éléments de preuve viciés par la torture, ils devaient se référer aux règles de procédure pertinentes établies au niveau international. Voir Ordonnance, par. 17. Ils se sont ensuite penchés exclusivement sur la Convention contre la torture, bien qu'il existe plusieurs autres sources pertinentes.

internationales et règles de procédure³⁶ interdisent également l'usage d'éléments viciés par la torture. Prenons, par exemple, l'article 7 du PIDCP³⁷. Bien que l'article 7 n'interdise pas expressément l'usage d'éléments de preuve viciés par la torture, le Comité onusien des droits de l'homme³⁸ a déclaré qu'« [i]l importe, pour dissuader de commettre des violations de l'article 7, que la loi interdise d'utiliser ou déclare irrecevables dans une

³⁶ L'article 95 du Règlement de procédure et de preuve du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (« TPIY »), du Tribunal pénal international pour le Rwanda (« TPIR ») et du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (« TSSL »), ainsi que l'article 69 7) du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (« CPI ») interdisent l'admission d'éléments de preuve qui ont été obtenus par des moyens allant à l'encontre de l'intégrité de la procédure. Aux termes de l'article 95 du TPIY et du TPIR (identiques en anglais pour les deux tribunaux) : « N'est recevable aucun élément de preuve obtenu par des moyens qui entament fortement sa fiabilité ou si son admission, allant à l'encontre d'une bonne administration de la justice, lui porterait gravement atteinte ». L'article 95 du TSSL dispose que, « aucun élément de preuve ne doit être admis si son admission serait de nature à jeter le discrédit sur l'administration de la justice. » [traduction]. L'article 69 7) de la CPI prévoit que « [l]es éléments de preuve obtenus par un moyen violant le présent Statut 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 ». Selon une spécialiste, « [u]ne déclaration obtenue directement par la torture est, par excellence, un élément de preuve dont l'admission irait à l'encontre de l'intégrité du tribunal ou lui porterait gravement atteinte. » [traduction] Rosemary Pattenden, *Admissibility in Criminal Proceedings of Third Party and Real Evidence Obtained by Methods Prohibited by UNCAT*, 10 INT'L J. EVIDENCE & PROOF 1, 15 (2006) (« Pattenden »). Aux termes de ces articles de tribunaux internationaux ou internationalisés, tout élément de preuve entaché par la torture doit être totalelement exclu. Admettre d'abord ces éléments de preuve, pour en évaluer le poids à la fin du procès dans le cadre de l'ensemble du dossier, est une exception à la règle générale appliquée par les tribunaux internationaux. Voir *Le Procureur c/ Orić*, IT-03-68-T, Jugement, 30 juin 2006, par. 14. Voir aussi JUDGE RICHARD MAY & MARIEKE WIERDA, *INTERNATIONAL CRIMINAL EVIDENCE* 93 (Transnational Publishers, Inc. 2002) (« MAY & WIERDA ») : « À cet égard, les procès pénaux internationaux sont semblables aux procès pénaux nationaux qui appliquent le principe de la "libre appréciation des éléments de preuve" » [traduction] ; J. HERMAN BURGERS & HANS DANIELIUS, *THE UN CONVENTION AGAINST TORTURE: A HANDBOOK ON THE CONVENTION AGAINST TORTURE AND OTHER CRUEL, INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT* 148 (Martinus Nijhoff Publishers 1988) (« BURGERS & DANIELIUS ») : « Même dans les pays dont les procédures judiciaires reposent sur la libre appréciation de tous les éléments de preuve, il est difficilement acceptable qu'une déclaration recueillie sous la torture puisse y jouer un rôle quelconque » [traduction]. « L'article 95 du Règlement commande d'exclure les éléments de preuve illégitimement obtenus : n'est recevable aucun élément de preuve obtenu par des moyens qui entament fortement sa fiabilité ou si son admission, allant à l'encontre d'une bonne administration de la justice, lui porterait gravement atteinte. En conséquence, la Chambre de première instance tient à préciser d'entrée de jeu que ne peuvent être admises les déclarations qui ne sont pas volontaires mais, par exemple, le fruit de pressions ». *Le Procureur c/ Perišić*, IT-04-81-T, *Order for Guidelines on the Admission and Presentation of Evidence, and Conduct of Counsel in Court*, 29 octobre 2008, par. 38 (non souligné dans l'original). Voir aussi *Le Procureur c/ Delić*, IT-04-83-T, Décision portant adoption de lignes directrices relatives à la présentation et à l'admission des éléments de preuve, ainsi qu'à l'activité des conseils durant le procès, 24 juillet 2007, par. 33. Dans la logique de cette exception, certaines Chambres ont jugé que les déclarations « obtenues par des moyens incluant la pression » [traduction] sont irrecevables. Aucun de ces tribunaux internationaux ou internationalisés – créés ou soutenus par les fonds et l'aide des Nations Unies – ne tolèrent d'exceptions ni ne posent de conditions à l'utilisation, au cours de l'instance judiciaire, de portions d'éléments de preuve obtenues par la torture, y compris au stade de l'enquête, surtout lorsque, comme en l'espèce, l'enquête n'est menée par un seul organe judiciaire. Les CETC – une juridiction nationale soutenue en partie par les Nations Unies – ne doit pas faire figure d'exception.

³⁷ Aux termes de l'article 7, « [n]ul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En particulier, il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique ».

³⁸ Le Comité des droits de l'homme est le principal acteur au niveau international mandaté pour faire appliquer les droits énoncés dans le PIDCP. CHRISTIAN TOMUSCHAT, PACTE INTERNATIONAL RELATIF AUX DROITS CIVILS ET POLITIQUES 3, disponible sur http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/iccpr/iccpr_f.pdf.

procédure judiciaire des déclarations et aveux obtenus par la torture ou tout autre traitement interdit³⁹ ».

13. Selon le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture⁴⁰, l'exclusion de tout élément de preuve vicié par la torture repose sur deux principes :

A. interdire l'utilisation aux fins de poursuites judiciaires d'éléments obtenus sous la torture élimine une incitation majeure à recourir à la torture et, par conséquent, devrait contribuer à prévenir cette pratique⁴¹ ;

B. les éléments d'information obtenus par la torture ne sont généralement pas suffisamment fiables pour être utilisés dans une quelconque action en justice.

14. Selon le premier principe, il est à craindre qu'autoriser l'utilisation, dans les procédures judiciaires, d'éléments de preuve par la torture viciés par la torture ne constitue une incitation à recourir à cette pratique. Ce qui est en cause ici n'est pas l'incitation créée pour un tortionnaire en particulier, mais pour tous ceux qui pourraient envisager de la pratiquer dans le but de recueillir des éléments de preuve aux fins de procédures judiciaires. Comme l'a expliqué le Centre cambodgien pour les droits de l'homme, « le Cambodge vit une période de transition d'une situation de conflit et d'instabilité vers la démocratie, au cours de laquelle il est non seulement tributaire des CETC dans sa quête de justice et de réconciliation, mais également parce qu'elles se sont engagées à servir de modèle pour le système judiciaire cambodgien⁴² » [traduction]. Le Centre cambodgien pour les droits de l'homme redoute également que le système judiciaire cambodgien autorise l'admission d'éléments de preuve entachés par la torture dans d'autres affaires si

³⁹ Observation générale no. 20 : Remplacement de l'observation générale 7 concernant l'interdiction de la torture et des traitements cruels (art. 7), 10 mars 1992, (non souligné dans l'original) disponible sur [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/720dfcebc8e2a75d80256523004b0109?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/720dfcebc8e2a75d80256523004b0109?Opendocument). Voir aussi Récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, U.N. Doc. N° HRI/GEN/1/Rev.3, 15 août 1997, p. 8, par. 1 ; Rapport du Comité des droits de l'homme, U.N. Doc. N° A/47/40, annexe VI, par. 12.

⁴⁰ Assemblée générale des Nations Unies, Torture et autres peines ou traitement cruels, inhumains ou dégradants, U.N. Doc. N° A/61/259, 14 août 2006, par. 45. Ce raisonnement a également été repris par les co-juges d'instructions. Voir Ordonnance, par. 23.

⁴¹ « Le fait que la torture continue de prospérer dans certaines parties du monde aujourd'hui est dû (au moins en partie) à ce que certains tribunaux sont prêts à ignorer qu'elle a été utilisée pour obtenir des éléments de preuve à charge » [traduction]. Pattenden, 7, renvoyant au Rapport soumis par le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture, Doc E/CN.4/1993/26, 15 décembre 1992 par. 590 ; U.N. Doc. N° A/54/44 (1999) par. 45 ; CAT/C/SR.289, par. 34. « Le comité contre la torture a établi un lien direct entre l'admissibilité devant la Cour des déclarations obtenues par la torture et les maigres résultats glanés par la lutte contre la pratique de la torture[...] Les éléments de preuve obtenus par la torture sont dénués de valeur et n'ont donc pas leur place dans les dossiers judiciaires » [traduction]. CHRIS INGELSE, *THE UN COMMITTEE AGAINST TORTURE: AN ASSESSMENT* 379 (Kluwer Law International 2001).

⁴² Demande du CCDH, par. 16.

ceux-ci sont jugés recevables devant les CETC ou qu'une telle admission fasse jurisprudence et permettent d'ignorer ou d'avoir recours à une très libre appréciation du droit national et international afin d'obtenir le résultat souhaité⁴³.

15. S'agissant du deuxième principe, « le manque de fiabilité des éléments de preuve obtenus par la torture était la principale raison, en dehors de toute considération humanitaire, à l'origine de son abolition dans les codes réformés de procédures pénales post-révolutionnaires et éclairés du continent européen. La torture est davantage susceptible de tester la capacité d'un suspect à endurer la souffrance que son attachement à la vérité⁴⁴ » [traduction].

16. Bien que les préoccupations concernant la fiabilité soient considérées comme l'une des raisons pour lesquelles les éléments de preuve entachés par la torture doivent être exclus, l'article 15 de la Convention contre la torture, de même que les autres normes internationales similaires, ne prévoit aucune exception concernant les informations dont il est établi qu'elles sont fiables. Qu'un élément de preuve puisse être considéré comme fiable n'a aucune incidence sur son exclusion, ou non, au titre de l'article 15 de la Convention contre la torture. Pour reprendre les propos du Juge Hope dans l'affaire *A and Others v. Secretary of State for the Home Department* :

[l]'utilisation de telles preuves [obtenues par la torture] est exclue non pas en raison de leur manque de fiabilité – s'il s'agissait de l'unique objection soulevée à leur égard, celle-ci affecterait le poids qu'il convient de leur accorder et non leur admissibilité – mais en raison de leur barbarie, leur illégalité et leur inhumanité. Le droit ne prêterait pas son concours à l'utilisation de la torture quel que soit l'objectif visé.⁴⁵ [traduction]

B. Les éléments de preuves viciés par la torture comprennent les éléments biographiques préliminaires, les preuves indirectes et les sources secondaires

i. Les informations biographiques préliminaires

⁴³ *Ibidem*, par. 20. L'inquiétude exprimée par le Centre cambodgien pour les droits de l'homme concernant le système judiciaire cambodgien semble justifiée. En 2004, le Comité contre la torture s'est dit préoccupé par « [l]es allégations nombreuses, concordantes et persistantes faisant état d'actes de torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants commis par des membres des forces de l'ordre dans les postes de police et dans les prisons [...] ». Conclusions et recommandations du Comité contre la torture : Cambodgia, U.N. Doc. N° CAT/C/CR/31/7, 5 février 2004, par. 6 a), e), disponible sur [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CAT.C.CR.31.7.fr?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CAT.C.CR.31.7.fr?OpenDocument).

⁴⁴ Kai Ambos, *The Transitional Use of Torture Evidence*, 42 ISR. L. REV. 362, 369 (2009).

⁴⁵ *A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, [2005] UKHL 71, par. 112.

17. Les informations biographiques préliminaires doivent être considérées comme entachées par la torture et irrecevables. De telles informations ont pu être obtenues dans des circonstances qui, sans être assimilables à des actes de torture, peuvent suggérer qu'elles ont été obtenues sous la contrainte⁴⁶. Il est indéniablement difficile de considérer que des informations ont été fournies de plein gré alors même que l'intéressé était sur le point d'être soumis à la torture. En outre, il est difficile de déterminer le moment où la torture commence réellement, et ces informations ne devraient pas faire l'objet d'un examen même si elles ont été obtenues dans un contexte qui n'est pas assimilable à des actes de torture proprement dits.
18. Il n'existe aucun consensus international sur la définition de la torture⁴⁷. « Ce qui constitue une torture dépend des perceptions individuelles, et la portée du comportement prohibé diffère selon les cultures⁴⁸ » [traduction]. L'interrogatoire préliminaire est susceptible, en soi, de constituer une forme de torture. Demander à une personne de fournir des informations biographiques de base alors qu'elle sait pertinemment que la torture l'attend peut constituer une forme illégale de mauvais traitement, même si cela n'est pas assimilable à un acte de torture proprement dit. Bien que l'exclusion visée par l'article 15 de la Convention contre la torture ne concerne que les éléments de preuve dont il est établi qu'ils ont été obtenus par la torture, le Comité contre la torture a toujours soutenu que les déclarations faites à la suite d'autres formes illicites de mauvais traitements ne doivent pas être utilisées comme éléments de preuve dans quelques procédures que ce soit : "[l]e Comité considère que les obligations énoncées dans les articles 3 à 15 [de la Convention contre la torture] s'appliquent indifféremment à la torture et aux mauvais traitements⁴⁹ ». L'article 15 a donc été interprété comme s'appliquant également aux mauvais traitements qui ne sont pas assimilables à des actes de torture proprement dits.
19. De même, le Comité onusien des droits de l'homme a déclaré, à l'égard de l'article 7 du PIDCP, qu'il importe que « que la loi interdise d'utiliser ou déclare irrecevables dans une

⁴⁶ Ordonnance, par. 19.

⁴⁷ Pattenden, 18. Bien que la Convention contre la torture donne une définition de la torture, les conventions internationales qui interdisent la torture ne définissent pas ce qui la constitue. Voir aussi Jeremy Waldron, *Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House*, 105 COLUM. L. REV. 1681, 1695-96 (2005), concernant les points de vue divergents sur les comportements observés à Abu Ghraib et combien il est difficile, d'une manière générale, d'établir des critères objectifs permettant de définir la torture.

⁴⁸ Omer Ze'ev Bekerman, *Torture - The Absolute Prohibition of a Relative Term: Does Everyone Know What is in Room 101?*, 53 AM. J. COMP. L. 743, 745 (2005).

⁴⁹ Comité contre la torture, Observation générale n° 2 concernant l'application de l'article 2 par les États parties, U.N. Doc. N° CAT/C/GC/2, 24 janvier 2008, par. 6. (non souligné dans l'original).

procédure judiciaire des déclarations et aveux obtenus par la torture ou tout autre traitement interdit⁵⁰ ». L'article 12 de la Déclaration contre la torture interdit également l'utilisation de déclarations « quand il est établi qu'[elles ont] été faite[s] à la suite de tortures ou d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants[...]»⁵¹ ». Par conséquent, les informations biographiques préliminaires doivent être exclues lorsqu'elles ont été obtenues dans de telles circonstances.

ii. Les preuves indirectes

20. Les preuves indirectes, à savoir les éléments de preuve récoltés à la suite d'une déclaration faite sous la torture (*le fruit de l'arbre empoisonné*, pour ainsi dire⁵²), doivent également être exclues, comme instamment demandé par Amnesty International, la Commission internationale de juristes et le Redress Trust⁵³. L'Article 15 de la Convention contre la torture n'aborde pas la question de la preuve indirecte. Le Professeur Rosemary Pattenden note que, pris dans leur sens ordinaire, les termes « toute déclaration dont il est établi qu'elle a été obtenue par la torture » signifient que les preuves indirectes ne sont pas visées par l'interdiction inscrite à l'article 15. Elle précise, cependant, que « si la [Convention contre la torture] vise à éliminer l'incitation pour les États de recourir à la torture, il est tout aussi important de priver un État d'éléments de preuve qui seraient restés cachés si la torture n'avait pas été utilisée que de le priver de preuves obtenues sous la torture⁵⁴ ». Le Comité contre la torture, souscrivant à ce raisonnement, a critiqué les États qui autorisent l'utilisation d'éléments de preuve dont il est établi qu'ils découlent de la torture⁵⁵. « Le Comité ne fait pas de distinction [...] entre, d'une part, les preuves

⁵⁰ Rapport du Comité des droits de l'homme, U.N. Doc. N° A/47/40, annexe VI, par. 12 (non souligné dans l'original).

⁵¹ Non souligné dans l'original.

⁵² Ce principe est défini ainsi : « Règle selon laquelle les éléments de preuve découlant d'une perquisition, d'une arrestation ou d'un interrogatoire illégal sont irrecevables, car ces éléments (‘le fruit’) ont été entachés d'illégalité (‘l'arbre empoisonné’) » [traduction]. BLACK'S LAW DICTIONARY 679 (7th ed. 1999).

⁵³ « Les Demandeurs prient instamment la Chambre d'étendre cette interdiction aux informations directes et indirectes » [traduction]. Demande d'Amnesty International, par. 7.

⁵⁴ Pattenden, 8 et 9 (non souligné dans l'original).

⁵⁵ Voir, par exemple, Compte rendu analytique de la partie publique de la 250^{ème} séance : Finland, U.N. Doc. N° CAT/C/SR.250, 8 mai 1996, D. Recommandations, par. 18 (non souligné dans l'original) : « Le Comité recommande d'incorporer dans la procédure pénale de l'État partie une disposition spéciale excluant l'utilisation, dans la procédure judiciaire, d'éléments de preuve dont il a été établi qu'ils ont été obtenus directement ou indirectement sous la torture, comme prévu à l'article 15 de la Convention. » ; Compte rendu analytique de la partie publique de la 279^{ème} séance : Georgia, Poland, U.N. Doc. N° CAT/C/SR.279, 21 mars 1997, E. Recommandations, par. 15 (non souligné dans l'original) : « Le Comité recommande que les déclarations obtenues directement ou indirectement sous la torture ne soient pas produites comme éléments de preuve devant les juridictions » [traduction] ; Compte rendu analytique de la partie publique de la 329^{ème} séance : Germany, U.N. Doc. N° CAT/C/SR.329, 14 mai 1998, E. Recommandations, par. 15 : « Le Comité recommande que de nouvelles mesures législatives soient prises pour assurer le strict respect de l'article 15 de la REQUÊTE DE IENG SARY AUX FINS D'EXCLUSION DES ÉLÉMENTS DE PREUVE ENTACHÉS PAR LA TORTURE

indirectes qui ont une valeur probante indépendamment des éléments obtenus sous la torture et, d'autre part, les preuves indirectes qui n'en ont pas⁵⁶ » [traduction].

21. Appliquer le deuxième principe sous-tendant l'interdiction des éléments de preuve entachés par la torture entraînerait également l'exclusion des preuves secondaires : si les preuves obtenues par la torture ne sont intrinsèquement pas fiables, celles qui en découlent ne peuvent pas non plus l'être. En outre, suggérer que toute information obtenue par le biais du proverbe « plateau d'argent » (à savoir, les nouveaux éléments de preuve obtenus à partir d'éléments viciés par la torture) sont d'une certaine façon « blanchis » et donc « non viciés », revient à ignorer les bases fondamentales qui militent contre l'utilisation de la torture pour obtenir des éléments de preuve en premier lieu⁵⁷.

iii. Secondary sources

22. Related to derivative evidence are portions of secondary sources such as books and articles which rely upon torture tainted evidence as their primary sources. This material must also be excluded, for the same reason as derivative evidence. Torture tainted evidence does not become cleansed when it is first relied upon by a scholar. Scholars are not prohibited from relying upon such material for their work because their reliance upon such material does not raise the same concerns as when government officials rely upon it. Courts may not attempt to “go around” the prohibition on the use of torture tainted evidence by relying on material which directly relies on prohibited material – this would undermine the very rationale for the prohibition.
23. Secondary sources may also be based on material which scholars have derived from evidence obtained by torture. This would be quite difficult to verify and for this reason, among others, secondary sources, if admitted, must be given little weight.

C. There is only one exception to the prohibition on the use of torture tainted evidence

Convention et pour empêcher absolument que des éléments de preuve obtenus directement ou indirectement par la torture ne soient soumis aux juges qui statuent dans toute procédure judiciaire ». Il a également été fait valoir que l'article 95 du TPIY, et par analogie l'article 69 7) de la CPI, vise également les preuves indirectes. Et ce, parce que l'article 95 était à l'origine (avant sa révision de 1995) formulé de manière à inclure les preuves indirectes et que « [l]a révision de 1995 ayant eu pour objectif d'élargir les droits de l'accusé, on peut par conséquent estimer que la portée de [cet article] s'étend toujours aux preuves indirectes » [traduction]. Pattenden, 15.

⁵⁶ Pattenden, 9.

⁵⁷ Pour reprendre les propos du Juge Neuberger dans l'affaire *A and Others* : « en adoptant les fruits de la torture, un État démocratique ne fait qu'affaiblir sa cause contre les terroristes puisqu'il adopte leurs méthodes et perd par là-même la supériorité morale dont jouit une société démocratique et ouverte » [traduction]. Juge de la cour d'appel Neuberger (opinion dissidente) dans l'affaire *A and Others v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] EWCA Civ 1123 (11 août 2004), par. 497.

24. Although Article 12 of the Declaration Against Torture does not provide for any exception to the prohibition on the use of evidence obtained by torture,⁵⁸ Article 15 of the Torture Convention requires that “any statement which is established to have been made as a result of torture shall not be invoked as evidence in any proceedings, except against a person accused of torture as evidence that the statement was made.”⁵⁹ Torture tainted evidence may not be used to prove that the statement is a true statement, but may only be used against a person accused of torture to prove that the statement was said under torture.⁶⁰ As stated in the Amnesty International Application, “[t]he formulation ‘except against a person accused of torture as evidence that the statement was made’ is unequivocally cumulative, namely providing for only one, specified category of persons for whom the exclusionary rule applies and for only one, specified use of statements obtained by torture against such persons.”⁶¹ The drafting history of Article 15 shows that States considered whether to allow such statements for their content. The States, having duly considered the matter, rejected the use of statements obtained by torture.⁶² Any argument implying the existence of a lacuna or an oversight on the part of the States parties has no value.
25. Other international sources which prohibit the use of torture tainted evidence follow a consistent approach as to when such evidence may be admissible. Article 10 of the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, for example, states that “[n]o statement that is verified as having been obtained through torture shall be admissible as evidence in a legal proceeding, except in a legal action taken against a person or persons accused of having elicited it through acts of torture, and only as evidence that the accused

⁵⁸ Article 12 states, “[a]ny statement which is established to have been made as a result of torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment may not be invoked as evidence against the person concerned or against any other person in any proceedings.”

⁵⁹ “Whether a literal or teleological construction is applied, this Article obliges the Convention’s signatories to ‘ensure’ that no statement however reliable made under torture is admitted in any trial other than one in which the torturer is prosecuted, and even then it is to be used only to prove that the statement was made...” Pattenden, at 6 (“emphasis added”).

⁶⁰ See BURGERS & DANIELIUS, at 208.

⁶¹ Amnesty International Application, para. 20.

⁶² The United States, for example, proposed the wording: “Each State party shall take such measures as may be necessary to assure that any statement which is established to have been made as a result of torture shall not be invoked as evidence against any person in any proceedings except that it may be invoked in evidence against a person accused of having obtained such statement by torture.” Summary prepared by Secretary-General in accordance with Commission Resolution 18 (XXXIV), UN Doc. No. E/CN.4/1314, 19 December 1978, para. 86 (emphasis added.) This proposed wording was not accepted and the final wording specified that such statements may be invoked against a person accused of torture only as evidence that the statement was made. For a more extensive discussion of the drafting history behind Article 15, see Amnesty International Application, paras. 26-36.

obtained such statement by such means.”⁶³ Another example is found in the Guidelines and Measures for the Prohibition and Prevention of Torture, Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Africa, which provide that States should: “[e]nsure that any statement obtained through the use of torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment shall not be admissible as evidence in any proceedings except against persons accused of torture as evidence that the statement was made.”⁶⁴

26. The OCP has previously argued that the UN Guidelines on the Role of Prosecutors “legally broaden [the] exception and allow the use of such evidence against those responsible of torture for broader purposes...”⁶⁵ Its argument is based on the fact that the UN Guidelines on the Role of Prosecutors do not use the same wording as Article 15 of the Torture Convention, but instead state in paragraph 16:

When prosecutors come into possession of evidence against suspects that they know or believe on reasonable grounds was obtained through recourse to unlawful methods, which constitute a grave violation of the suspect’s human rights, especially involving torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, or other abuses of human rights, they shall refuse to use such evidence against anyone other than those who used such methods, or inform the Court accordingly, and shall take all necessary steps to ensure that those responsible for using such methods are brought to justice.⁶⁶

However, nothing in the wording of this guideline legally broadens the prohibition on using a statement obtained by torture against an accused only as proof that the statement was made. The Guidelines assume that prosecutors will work within the bounds of the law. Other sources remind prosecutors that they must not use such evidence for impermissible purposes:

When prosecutors come into possession of evidence against suspects that they know, or believe on reasonable grounds, was obtained through recourse to unlawful methods, notably torture, they should reject such evidence, inform the court accordingly, and take all necessary steps to ensure that those responsible are brought to justice. Any evidence obtained through the use of torture or similar ill-treatment can only be used as evidence against the perpetrators of these abuses.⁶⁷

⁶³ Emphasis added.

⁶⁴ Emphasis added.

⁶⁵ *Case of IENG Thirith*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ(PTC26), Co-Prosecutors’ Joint Response to IENG Thirith and KHIEU Samphan’s Appeals Against the ‘Order on the Use of Statements which were or may have been Obtained by Torture’, 12 October 2009, D130/9/13, ERN: 00388394-00388423, para. 28.

⁶⁶ Guidelines on the Role of Prosecutors, available at <http://www2.ohchr.org/english/law/prosecutors.htm>.

⁶⁷ CONOR FOLEY, COMBATING TORTURE: A MANUAL FOR JUDGES AND PROSECUTORS (2003) available at http://www.essex.ac.uk/combatingtorturehandbook/manual/3_content.htm, para. 3.8 (citing the UN Guidelines for Prosecutors). See also The Berlin Declaration: The ICJ Declaration on Upholding Human Rights and the Rule of Law in combating Terrorism, 6 September 2004, available at <http://www.unhcr.org/refugees/berlin-declaration.html>.

27. There is no “doctrine of necessity” which would allow torture tainted evidence to be admitted in this Case. Former OCP consultant Michael Scharf has previously made the argument that because torture tainted evidence is necessary to prove the case against the Accused, it could be admitted under a “doctrine of necessity.”⁶⁸ There is no exception in the international standards of justice discussed above which would allow for evidence to be admitted because it is necessary for prosecution. This would completely contradict the purpose of the prohibition on the use of such evidence – it would not deter would-be torturers, but encourage them to use torture when no other evidence is available. This is a classic situation where the end cannot justify the means.

Crime is contagious. If the government becomes a lawbreaker, it breeds contempt for law; it invites every man to become a law unto himself; it invites anarchy. To declare that in the administration of the criminal law the end justifies the means – to declare that the government may commit crimes in order to secure the conviction of a private criminal – would bring terrible retribution. Against that pernicious doctrine this court should resolutely set its face.⁶⁹

28. The purpose of this Tribunal is not to find any way possible to convict the Accused, even if it means ignoring international standards of justice. The purpose of this Tribunal is to strictly adhere to fair trial principles and uphold international human rights principles in its pursuit of justice for the Cambodian people, and thus be a role model for the Cambodian courts.

IV. CONCLUSION

29. Torture tainted evidence – including preliminary biographical information, derivative evidence, and secondary sources relying directly on torture tainted evidence – is prohibited in judicial proceedings except against a person accused of torture as evidence that the statement was made. This is the only exception to the prohibition. The Trial Chamber, continuing its practice from Case 001,⁷⁰ and in order to respect Mr. IENG Sary’s right to equal treatment,⁷¹ must not consider this evidence for any other purpose

http://www.icj.org/news.php?id_article=3503?en. “In addition to working to bring to justice those responsible for terrorist acts, prosecutors should also uphold human rights and the rule of law in the performance of their professional duties, in accordance with the principles set out above. They should refuse to use evidence obtained by methods involving a serious violation of a suspect’s human rights and should take all necessary steps to ensure that those responsible for using such methods are brought to justice.” (Emphasis added).

⁶⁸ Scharf, at 147-52.

⁶⁹ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 485 (1928) (Brandeis, J., dissenting).

⁷⁰ See *Case of Kaing Guek Eav alias “Duch”*, 001/18-07-2007-ECCC/TC, Decision on Parties Requests to Put Certain Materials Before the Chamber Pursuant to Internal Rule 87(2), 28 October 2009, E176, ERN: 00398394-00398401, para. 8.

⁷¹ This right is guaranteed by Article 31 of the Cambodian Constitution, which provides in part that “[e]very Khmer citizen shall be equal before the law...” (emphasis added). This right is further set out in the REQUÊTE DE IENG SARY AUX FINS D’EXCLUSION DES ÉLÉMENTS DE PREUVE ENTACHÉS PAR LA TORTURE

and must require any party wishing to tender such evidence to first demonstrate that it is being introduced only against a person accused of torture as evidence that the statement was made. “[T]he use of evidence obtained by torture must be anathema to any court of law properly so called,”⁷² precisely “[b]ecause torture can coerce truth, break a human being’s dignity, treat him as an expendable means rather than as a fragile end, it has a terrible power to corrupt.”⁷³

V. RELIEF REQUESTED

WHEREFORE, for all the reasons stated herein, the Defence respectfully requests the Trial Chamber not to consider torture tainted evidence except against a person accused of torture as evidence that the statement was made and to ORDER the parties not to tender any such evidence unless they demonstrate that it is being introduced for this sole purpose.

Respectfully submitted,

ANG Udom

Michael G. KARNAVAS

Co-Lawyers for Mr. IENG Sary

Signed in Phnom Penh, Kingdom of Cambodia on this **4th** day of **February, 2011**

Cambodian Code of Criminal Procedure which states in Article 3 that “Criminal actions apply to all natural persons or legal entities regardless of race, nationality, color, sex, language, creed, religion, political tendency, national origin, social status, resources or other status.” This right is also enshrined in Article 7 of the Universal Declaration of Human Rights and Articles 14(1) and 26 of the ICCPR, which the ECCC must respect pursuant to Article 31 of the Cambodian Constitution.

⁷² Tobias Thienel, *Foreign Acts of Torture and the Admissibility of Evidence*, 4 INT’L CRIM. JUST. 401, 409 (2006).

⁷³ Andrew Sullivan, *Dear President Bush*, THE ATLANTIC, October 2009, at 78, 87 (emphasis added).