

**LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
EN DEMI-TEINTE SUR LES LIMITES
DE L'INTERDICTION DES TRAITEMENTS
INHUMAINS ET DÉGRADANTS**

**Cour européenne des droits de l'homme (Gde Ch.),
Gäfgen c. Allemagne, 1^{er} juillet 2010 (*)**

PAR

Marie-Aude BEERNAERT

*Professeur à l'Université catholique de Louvain
(Centre de recherche interdisciplinaire sur la déviance
et la pénalité, CRID&P)*

Résumé

L'arrêt de Grande Chambre rendu par la Cour européenne dans l'affaire *Gäfgen c. Allemagne* est quelque peu ambigu : tout en réaffirmant le caractère absolu de l'interdit de la torture et des traitements inhumains et dégradants, la majorité de la Cour a considéré que des preuves matérielles recueillies au moyen d'un traitement inhumain infligé à un accusé peuvent malgré tout être admises au procès dès lors qu'elles n'ont aucune incidence sur l'issue de la procédure.

L'affaire *Gäfgen c. Allemagne*, définitivement tranchée par la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme le 1^{er} juillet 2010, après l'avoir été une première fois en chambre le 30 juin 2008, était pour le moins délicate. Plus qu'aucune autre, sans doute, elle confrontait la Cour à ce principe fondamental – mais ô combien exigeant parfois – qui veut que les droits de l'homme ne se méritent pas et valent indépendamment des agissements de la personne concernée.

Les faits reprochés au requérant étaient en effet particulièrement atroces : il avait attiré chez lui, sous un prétexte fallacieux, un jeune garçon de onze ans, fils d'une riche famille de banquiers, et

(*) L'arrêt peut être consulté, avec d'autres documents, par un lien sur la page correspondant au présent article sur le site www.rtdh.eu (« Documents proposés »).

l'avait ensuite tué par étouffement, avant d'adresser une importante demande de rançon aux parents de ce dernier. Arrêté peu de temps après avoir pris possession de cette rançon, M. Gäfgen avait commencé par refuser de révéler où se trouvait le garçon. Dans l'espoir de sauver l'enfant (qu'il croyait encore en vie), le directeur adjoint de la police de Francfort avait alors donné l'ordre à un policier de le menacer de graves sévices pour l'amener à parler. Soumis à cette menace, le requérant était presque immédiatement passé aux aveux et avait accepté de conduire les enquêteurs jusqu'à la dépouille de l'enfant.

Les juridictions nationales avaient, par la suite, expressément reconnu que les menaces subies par le requérant l'avaient été en violation de l'article 3 de la Convention. Seuls ses aveux furent toutefois exclus en qualité de preuves par la juridiction de jugement, laquelle refusa, par contre, d'exclure également les éléments matériels que ces aveux avaient permis de récolter (notamment la découverte du corps de l'enfant et les résultats de l'autopsie), considérant qu'une telle exclusion serait disproportionnée dans les circonstances du cas d'espèce, la gravité de l'atteinte aux droits fondamentaux de l'accusé (*menacé* de violences physiques) ne faisant pas le poids face à la gravité de l'infraction qui lui était reprochée et qu'il fallait ins- truire (à savoir le meurtre *effectif* d'un enfant).

Après avoir été informé tout à la fois de l'exclusion de ses décla- rations antérieures et du refus d'écarter les preuves matérielles que ces déclarations avaient permis de recueillir, le requérant avait réitéré des aveux au procès et c'est ceux-ci qui constituèrent le fonde- ment principal de sa condamnation, même si les éléments litigieux furent également pris en compte, parmi d'autres éléments de preuve, pour établir la véracité de ces aveux.

Les deux policiers impliqués firent quant à eux l'objet de pour- suites pénales et se virent, l'un comme l'autre, infliger un avertis- sement ainsi qu'une amende assortie d'un sursis.

Le requérant tenta également, par la suite, d'obtenir une indem- nisation pour le traumatisme que lui auraient causé les méthodes d'interrogatoire employées par la police. Il sollicita l'assistance judi- ciaire pour pouvoir engager à cet effet une action en responsabilité administrative contre le Land de la Hesse mais fut débouté de cette demande en première instance et en appel. Après cassation par la Cour constitutionnelle fédérale, l'affaire revint devant les juridic- tions de fond où elle était toujours pendante à la date de l'arrêt de Grande Chambre (soit près de cinq ans après son introduction).

Ainsi résumée, l'affaire soulevait un certain nombre de questions au regard de la Convention européenne : celles de la qualification juridique du traitement infligé (I), de la possibilité de justifier éventuellement des mauvais traitements dans des circonstances extrêmes (II), des conditions dans lesquelles on peut considérer qu'une violation de la Convention a été réparée en droit interne (III) et enfin des répercussions d'une violation de l'article 3 de la Convention sur le droit au procès équitable protégé par l'article 6 (IV).

Ce sont ces quatre questions que nous nous proposons d'évoquer, dans l'ordre, ci-après.

I. – La qualification juridique du traitement infligé

La première question à laquelle la Cour européenne s'est retrouvée confrontée dans l'affaire *Gäfgen* consistait à savoir comment qualifier, au regard de la Convention, les « menaces de vives souffrances » proférées par la police allemande à l'encontre du requérant.

Tant en chambre qu'en Grande Chambre, la Cour va considérer la méthode d'interrogatoire à laquelle le requérant avait été soumis comme suffisamment grave pour être qualifiée de traitement inhumain au sens de l'article 3 de la Convention, sans pour autant atteindre le niveau de cruauté requis pour être considérée comme constitutive de torture.

La motivation des arrêts sur ce point est toutefois tantôt assez malheureuse, tantôt extrêmement sommaire.

En chambre, la Cour avait, pour conclure à l'existence d'un traitement inhumain, mis en balance ce qu'elle qualifiait elle-même de « circonstance aggravante » – à savoir le fait que les menaces proférées l'avaient été par des policiers dans l'exercice de leurs fonctions et dans le but d'extorquer des aveux à l'intéressé – et ce qui lui apparaissait comme des « circonstances atténuantes » – à savoir le fait que l'interrogatoire n'avait duré qu'une dizaine de minutes et qu'il avait eu lieu dans un contexte de tension extrême où les policiers impliqués pensaient pouvoir sauver encore la vie du jeune garçon enlevé (§69).

L'utilisation d'un concept comme celui de circonstances atténuantes en lien avec la prohibition – pourtant absolue – de

l'article 3 de la Convention paraissait pour le moins discutable. Elle fut critiquée par les premiers commentateurs de l'arrêt de chambre (1) et heureusement abandonnée par la Grande Chambre, qui va insister au contraire sur le fait que le droit consacré à l'article 3 «ne souffre aucune exception, aucun facteur justificatif et aucune mise en balance d'intérêts» (à ce sujet, voy. aussi *infra*, point II).

Reste que la Grande Chambre arrive malgré tout au même constat – la méthode d'interrogatoire à laquelle le requérant a été soumis est constitutive d'un traitement inhumain mais non de torture – sans fournir de réelle justification à l'appui de cette conclusion. Elle se contente, en réalité, d'énumérer plusieurs facteurs pris en compte (la durée de l'interrogatoire sous menaces – dix minutes environ –, les effets qu'il a eus sur le requérant – «une angoisse et des souffrances mentales considérables» sur le moment même, mais sans qu'il ne soit attesté qu'il en est résulté des «séquelles psychologiques à long terme» –, le caractère intentionnel et même prémédité des menaces ou encore le fait qu'elles ont été proférées alors que le requérant était menotté et particulièrement vulnérable) (2), mais sans préciser quels poids elle accorde à chacun d'eux ni comment exactement elle les met en balance. Or, pourtant, et comme on le verra par la suite (voy. *infra*, point IV), l'enjeu de la qualification était loin d'être purement symbolique, la Cour faisant, au regard de l'article 6, une différence selon que les preuves utilisées au procès ont été obtenues à la suite de torture ou d'un traitement inhumain se situant en deçà de la torture.

(1) Voy. notamment W. WIERENGA et S. WIRTZ, «Case of Gäfgen versus Germany: How absolute is the absolute prohibition of torture? The outcome of an ethical dilemma», *M.J.*, 2009, p. 368, ainsi que A. BUYSE, «Evidence obtained through violation of article 3 ECHR», article publié en ligne sur le site <http://echr-blog.blogspot.com>.

(2) Comme l'a relevé un commentateur de l'arrêt, ces mêmes critères pourraient être appréciés de manière très similaire s'agissant de la pratique d'interrogatoire du «waterboarding», qui consiste à soumettre un prisonnier à un simulacre de noyade. Est-ce à dire que la Cour européenne refuserait là aussi la qualification de torture pour considérer qu'il y a «simplement» traitement inhumain? Voy. N. SIMONSEN, «Is torture ever justified? The European Court of Human Rights decision in *Gäfgen v. Germany*», article consultable en ligne sur le blog du *European Journal of International Law* (www.ejiltalk.org).

II. – Le dilemme éthique dit de «la bombe à retardement»

La deuxième question au cœur de l'affaire *Gäfgen* consistait à déterminer si l'utilisation de la torture (ou de la menace de torture) est injustifiable en toutes circonstances, même et y compris lorsqu'il s'agit de sauver la vie d'une ou plusieurs personne(s). Il s'agit là d'une interrogation classique des débats éthiques, généralement illustrée au départ d'un scénario fictif dit de «la bombe à retardement» (ou «ticking bomb») : un terroriste aurait posé, dans un endroit très fréquenté, une bombe susceptible d'exploser à tout moment ; arrêté, il refuse de révéler où celle-ci est cachée ; ne serait-il pas légitime, dans un cas pareil, de pratiquer la torture pour tenter de lui arracher cette information susceptible de sauver la vie de dizaines ou centaines d'innocents (3) ?

Pour les tenants d'une doctrine utilitariste, cela ne paraît pas devoir poser problème : la mort de plusieurs personnes constituant, à l'évidence, un mal supérieur à la torture d'une seule, celle-ci sera justifiée au nom d'une sorte d'état de nécessité. Mais la Cour européenne refuse résolument de s'engager dans cette voie et d'admettre que la torture ou les traitements inhumains et dégradants puissent être jamais utilisés, fût-ce pour désamorcer une prétendue bombe à retardement. Elle rappelle au contraire avec force que «l'interdiction des mauvais traitements vaut indépendamment des agissements de la personne concernée ou de la motivation des

(3) Sur le scénario de la bombe à retardement et ses implications morales et politiques, voy. M. TERESTCHENKO, *Du bon usage de la torture ou comment les démocraties justifient l'injustifiable*, Paris, La Découverte, 2008. Comme le démontre l'auteur, légitimer exceptionnellement la torture ou les traitements inhumains et dégradants au motif qu'il y aurait des contextes où cela permettrait de sauver une ou plusieurs vie(s) innocente(s) est en réalité à la fois pervers et extrêmement dangereux. Pervers, dans la mesure où le scénario de la bombe à retardement est fallacieux : il part d'une hypothèse qui ne se rencontre pour ainsi dire jamais en pratique. On ne trouve en effet pas un seul exemple vécu d'un cas où la torture aurait permis d'éviter un attentat ou un décès imminent (et l'affaire *Gäfgen* est d'ailleurs symptomatique à cet égard puisque, rappelons-le, il s'est avéré que l'enfant était en réalité déjà décédé au moment où la police pensait pouvoir encore le sauver). Dangereux, dans la mesure où, au départ d'une hypothèse irréaliste mais à très forte charge émotionnelle, le scénario de la bombe à retardement revient à briser un tabou moral, avec un risque de banalisation progressive. En ce sens, il s'agit d'une métaphore fâcheusement extensible puisqu'une fois admise la justification, on pourrait l'étendre à la prévention de menaces non imminentes, voire à la torture d'autres personnes (proches du «terroriste» présumé), innocentes cette fois, mais pouvant fournir des informations vitales. Dans un sens similaire, voy. aussi S. GARVELINK, «Het Daschner dilemma. Dreigen met foltering om levens te redden», *Aers Aequi*, 2009, pp. 22-28.

autorités», qu'elle «ne souffre aucune exception, aucun facteur justificatif et aucune mise en balance d'intérêts» et que «la torture ou un traitement inhumain ou dégradant ne peuvent être infligés même lorsque la vie d'un individu se trouve en péril» ou qu'il y a «danger public menaçant la vie de la nation» (§107).

Cette posture, ferme et exigeante, de la Cour mérite d'être saluée : même si elle est la seule conforme au prescrit de la Convention – qui confère effectivement un caractère indérogeable à l'article 3 et érige l'interdit de la torture et des traitements inhumains et dégradants au rang d'impératif catégorique – elle n'était sans doute pas facile à adopter dans une affaire où, comme l'arrêt de chambre l'avait relevé, «l'opinion publique approuv[ait] largement le traitement auquel le requérant a[vait] été soumis» (§80).

III. – La réparation en droit interne et la perte éventuelle de la qualité de victime

Eu égard au caractère subsidiaire du mécanisme de contrôle institué par la Convention, c'est d'abord et avant tout aux Etats membres qu'il revient de constater l'éventuelle violation des droits fondamentaux protégés et d'octroyer, le cas échéant, un redressement approprié. Et, en toute logique, un requérant ne devrait plus pouvoir se prétendre victime d'une violation devant la Cour européenne s'il a déjà obtenu qu'il y soit remédié en droit interne.

Pour autant, il ne suffit pas que les autorités nationales aient pris une quelconque décision ou mesure favorable au requérant pour que celui-ci perde sa qualité de victime aux fins de l'article 34. De longue date (4), la jurisprudence de la Cour exige une double condition supplémentaire à cet effet : il faut que les autorités nationales aient *reconnu* – explicitement ou en substance – la violation de la Convention et *réparé* celle-ci.

Qu'en était-il du respect de ces différentes exigences dans les circonstances du cas d'espèce ?

La première condition (reconnaissance de la violation de la Convention) ne posait guère de difficulté : les tribunaux internes avaient reconnu de manière explicite et non équivoque que le trai-

(4) Pour une première affirmation du principe, voy. Cour eur. dr. h., *Eckle c. Allemagne*, 15 juillet 1982, §66.

tement imposé au requérant lors de son interrogatoire était contraire à l'article 3 de la Convention.

Nettement plus délicate, par contre, était la question de savoir s'il avait été suffisamment remédié à cette violation en droit interne. Sur ce point, chambre et Grande Chambre divergèrent dans leur appréciation : là où la première avait considéré que la violation avait été dûment réparée par les juridictions allemandes, la seconde va estimer que tel n'avait pas été le cas.

Trois formes spécifiques de réparation avaient en réalité été offertes, ou à tout le moins poursuivies, en droit interne et se retrouvaient en débats devant la Cour européenne :

- une réparation « pénale » : les fonctionnaires de police impliqués dans la violation de l'article 3 avaient été identifiés, poursuivis, reconnus coupables de contrainte et sanctionnés pénalement de ce chef;
- une réparation « procédurale » : les déclarations faites par le requérant sous le coup des menaces avaient été expressément écartées comme preuves dans le cadre de son procès;
- une réparation « indemnitaire » : le requérant avait sollicité l'assistance judiciaire pour pouvoir engager une action en responsabilité administrative contre le Land de la Hesse afin d'obtenir une réparation pour le dommage qu'il estimait avoir subi; cette procédure était toutefois toujours en cours.

Dans son arrêt du 30 juin 2008, la chambre avait, par six voix contre une, considéré que les deux premières formes de réparation pouvaient passer pour suffisantes et que le requérant avait dès lors perdu sa qualité de victime au sens de l'article 34 de la Convention.

La Grande Chambre, quant à elle, va arriver à la conclusion contraire aux motifs que la sanction infligée aux fonctionnaires de police impliqués était symbolique, manifestement disproportionnée à une violation d'un des droits essentiels de la Convention et inapte à produire « l'effet dissuasif nécessaire pour prévenir d'autres transgressions de l'interdiction des mauvais traitements dans des situations difficiles qui pourraient se présenter à l'avenir » (§124).

La possibilité d'une réparation indemnitaire ne fut pas davantage considérée comme adéquate et suffisante par la Grande Chambre, eu égard aux lenteurs excessives de la procédure engagée par le requérant qui soulevaient de sérieux doutes quant à l'effectivité de l'action en responsabilité administrative (§127).

Quant à la question de la réparation «procédurale», la Grande Chambre refusa de l'aborder de front. Après avoir, de manière assez ambiguë, déclaré qu'elle «*n'exclurait pas que* lorsque l'emploi d'une méthode d'interrogatoire prohibée par l'article 3 a eu des conséquences défavorables pour un requérant dans la procédure pénale dirigée contre lui, une réparation adéquate et suffisante implique [aussi] des mesures de restitution se rapportant à l'incidence que cette méthode d'interrogatoire prohibée continue d'avoir sur le procès, parmi lesquelles figure en particulier le rejet des éléments de preuve que la violation de l'article 3 a permis de recueillir» (§128, italiques ajoutés), elle poursuivit en considérant qu'elle n'avait pas à se prononcer sur la question puisque, eu égard à l'insuffisance des sanctions prononcées à charge des fonctionnaires impliqués et à l'ineffectivité du recours indemnitaire ouvert au requérant, elle devait, de toute façon, constater que les différentes mesures prises par les autorités internes n'avaient pas pleinement satisfait à la condition d'un redressement telle qu'établie dans sa jurisprudence (§129).

Cette motivation de la Grande Chambre (5) quant au caractère inadéquat de la réparation offerte en droit interne nous paraît problématique à plus d'un égard.

En ce qu'elle se fonde, pour partie au moins, sur le manque de sévérité des punitions infligées aux policiers impliqués, elle constitue une manifestation de plus d'une tendance lourde dans la jurisprudence récente de la Cour européenne, consistant à imposer aux Etats l'obligation de sanctionner pénalement les atteintes les plus graves aux droits et libertés conventionnellement garantis. Sans revenir ici sur les nombreuses questions et difficultés que soulève

(5) A y regarder de plus près, on découvre, chose assez curieuse, que cette partie de l'arrêt de la Grande Chambre ne fut en réalité adoptée que par une minorité de juges (8 sur 17) : six juges furent en effet d'avis que le requérant avait au contraire *perdu* sa qualité de victime (à leur estime, la question du quantum des peines imposées aux deux fonctionnaires de police mis en cause n'ayant pas à entrer en ligne de compte à cet égard; voy. en ce sens l'opinion partiellement dissidente du juge Casadevall à laquelle se rallient les juges Kovler, Mijović, Jaeger, Jočiene et López Guerra) et trois autres juges considérèrent que le requérant pouvait certes toujours se prévaloir de la qualité de victime mais pour une *autre raison* que celles invoquées dans l'arrêt, à savoir la non-exclusion au procès de tous les éléments de preuve obtenus en violation de la Convention (voy., en ce sens, l'opinion partiellement concordante des juges Tulkens, Ziemele et Bianku).

cette jurisprudence (6), on partagera à tout le moins l'interrogation des juges Tulkens, Ziemele et Bianku qui, dans leur opinion séparée sur ce point de l'arrêt, se demandèrent si «en affirmant comme un postulat l'effet dissuasif de sanctions pénales plus lourdes», la Cour «ne risque pas de créer ou d'entretenir une illusion» (7).

Plus fondamentalement encore, on peut regretter que la Cour n'ait pas saisi l'occasion d'affirmer de manière ferme et tranchée que, dans l'hypothèse d'une violation de l'article 3 ayant permis de recueillir des éléments de preuve à charge de l'intéressé, seule l'exclusion de tous ces éléments de preuve peut passer pour une réparation adéquate (8). En optant pour une formulation conditionnelle et plutôt équivoque (la Cour «n'exclurait pas» qu'une réparation adéquate implique aussi le rejet des éléments de preuve que la violation de l'article 3 a permis de recueillir), la Cour nous paraît faire preuve d'une frilosité de nature à compromettre le caractère absolu de l'interdiction énoncée à l'article 3. Cette frilosité se vérifiera plus encore s'agissant de l'appréciation du grief tiré de la violation de l'article 6 de la Convention puisqu'en effet, et comme nous allons le voir ci-après, la Cour va sur ce point franchir un pas qu'elle n'avait encore jamais franchi jusqu'alors en considérant que, en dépit du caractère absolu et fondamental de l'interdiction énoncée à l'article 3 de la Convention, l'admission d'éléments de preuve obtenus au mépris de cette disposition n'a pas nui à l'équité de la procédure pénale.

(6) Pour une analyse plus fouillée, voy. notamment F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, «Les droits de l'homme : bonne ou mauvaise conscience du droit pénal?», in *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, Leuven, Universitaire Pers, 2005, pp. 949 et s.; S. VAN DROOGHENBROECK, «Droit pénal et droits de l'homme : le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme», in *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 2007 pp. 75 et s.; F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, «La clémence pénale et les droits de l'homme. Réflexions en marge de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme», in *La peine dans tous ses états. Liber amicorum M. van de Kerchove*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 125 et s.

(7) Voy. le paragraphe 5 de l'opinion partiellement concordante des juges Tulkens, Ziemele et Bianku.

(8) Dans le même sens, voy. le paragraphe 7 de l'opinion partiellement concordante des juges Tulkens, Ziemele et Bianku. Notons que dans son opinion dissidente sous l'arrêt de chambre, la juge Kalaydjieva avait, elle aussi, fait valoir que seule l'exclusion de tous les éléments de preuve résultant (directement ou indirectement) de la violation de l'article 3 aurait pu passer pour une réparation satisfaisante.

IV. – L'équité du procès pénal dans lequel sont utilisés des éléments de preuve obtenus au mépris de l'article 3 de la Convention

Il n'était pas contesté ni véritablement contestable qu'au procès pénal du requérant des éléments de preuve avaient été utilisés qui étaient le résultat, au moins indirect, d'une violation de l'article 3 de la Convention. Restait à déterminer si le refus d'écarter ces éléments litigieux avait porté atteinte à l'équité du procès au regard de l'article 6.

A ce sujet, la Cour avait déjà eu l'occasion de préciser, à diverses reprises, que l'utilisation dans une procédure pénale d'éléments de preuve obtenus au moyen d'une mesure jugée contraire à l'article 3 suscite toujours de graves doutes quant à l'équité de la procédure. Pour le surplus, et telle qu'établie jusqu'alors, sa jurisprudence en la matière s'articulait autour d'une double distinction : la nature du mauvais traitement infligé (*torture versus traitement inhumain et dégradant*) et le type de preuves en cause (*déclarations versus preuves matérielles*). En croisant ces deux critères de distinction, les enseignements de sa jurisprudence pouvaient être synthétisés comme suit (voy. aussi les paragraphes 166 et 167 de l'arrêt de Grande Chambre) :

- il y a nécessairement violation de l'article 6 de la Convention s'il est fait usage au procès de *déclarations* obtenues en violation de l'article 3, peu importe que les agissements en cause soient constitutifs de *torture* (9) ou « simplement » de *traitements inhumains ou dégradants* (10);
- il y a aussi automatiquement violation de l'article 6 en cas d'utilisation au procès de *preuves matérielles* recueillies au moyen d'actes qualifiables de *torture* (11);
- s'agissant de l'utilisation de *preuves matérielles* recueillies au moyen d'actes qualifiés d'*inhumains ou dégradants*, la Cour n'avait par contre pas estimé nécessaire de trancher la question de savoir si elle compromet automatiquement le caractère équitable du pro-

(9) Pour une application, voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Haroutyunian c. Arménie* du 28 juin 2007, §66.

(10) Pour une application, voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Söylemez c. Turquie* du 21 septembre 2006, §122.

(11) C'est ce que la Cour avait affirmé en Grande Chambre dans son arrêt *Jalloh c. Allemagne* du 11 juillet 2006, §105.

cès, mais, dans la seule affaire où elle avait eu à connaître de ce problème, elle avait conclu à une violation de l'article 6 sur la base des spécificités de l'espèce (12). Confrontée une nouvelle fois à une question du même type (13), la Grande Chambre de la Cour va, cette fois, se montrer à la fois plus stricte et plus ambiguë.

Elle commence par affirmer que, même si, contrairement à l'article 3, l'article 6 ne consacre pas un droit absolu, il n'en reste pas moins que l'admission, dans le contexte de l'article 6, de preuves recueillies au moyen d'une conduite prohibée par l'article 3 pourrait inciter les représentants de la loi à recourir à de telles méthodes malgré cette interdiction absolue. Et la Cour d'en déduire que «la répression de l'emploi de méthodes d'enquête transgressant l'article 3 et la protection effective des individus contre de telles méthodes peuvent donc elles aussi exiger en principe d'exclure l'utilisation au procès des preuves matérielles rassemblées au moyen d'une violation de l'article 3» (§178) (14).

Immédiatement après avoir proclamé ce principe, la Cour y apporte toutefois une exception en ajoutant que l'équité d'un procès pénal ne saurait toutefois être en jeu que s'il est démontré que «la violation de l'article 3 a *influé* sur l'issue de la procédure dirigée contre l'accusé, autrement dit a eu un *impact* sur le verdict de culpabilité ou la peine» (même paragraphe 178, *in fine*). Or, tel

(12) Voy. l'arrêt *Jalloh* précité. L'affaire portait sur une procédure dans le cadre de laquelle la police allemande avait administré de force un émétique à un suspect en vue de le faire régurgiter un sachet qu'il avait avalé au moment de son arrestation et dont on soupçonnait qu'il contenait de la drogue. Ce traitement fut considéré comme inhumain et dégradant par la Cour, qui a également conclu, dans la foulée, à une violation de l'article 6 de la Convention. Deux circonstances paraissent avoir été déterminantes à cet égard : le fait que les stupéfiants recueillis grâce à la mesure litigieuse avaient été l'élément décisif de la condamnation du requérant, et le fait que l'infraction en cause n'était pas d'une gravité particulière (la mesure ayant visé un trafiquant de rue qui revendait de la drogue en relativement petites quantités).

(13) Dans l'affaire *Gäfgen*, le problème se posait toutefois en des termes quelque peu différents de l'affaire *Jalloh* puisque, ce qui était en cause, c'était l'utilisation de preuves matérielles obtenues non pas *directement* au moyen d'un traitement inhumain, mais bien indirectement, en tant que suite médiate de celui-ci. La question posée était donc en substance celle de l'application de la théorie dite des «fruits de l'arbre empoisonné».

(14) «Même si – ajoute la Cour – ces preuves ont un lien plus ténu avec la violation de l'article 3 que celles extorquées directement grâce à une violation de cet article». A notre estime, cette précision fait référence à la différence, évoquée dans la note précédente, entre les affaires *Gäfgen* et *Jalloh* : l'exclusion de principe doit valoir non pas seulement pour les preuves matérielles résultant directement de la violation de l'article 3, mais aussi pour les «fruits de l'arbre empoisonné».

n'aurait pas été le cas en l'espèce, dans la mesure où les tribunaux internes fondèrent la condamnation du requérant sur les nouveaux aveux qu'il avait formulés au procès, sans recourir comme preuves nécessaires de culpabilité aux éléments matériels litigieux. «On peut donc dire que la *chaîne de causalité* entre, d'une part, les méthodes d'enquête prohibées et, d'autre part, le verdict de culpabilité et la peine qui ont frappé le requérant *a été rompue* en ce qui concerne les preuves matérielles litigieuses» (§180) du fait de la formulation de nouveaux aveux au procès. Et, à l'estime de la Cour, ces aveux n'auraient pas eux-mêmes été déterminés par le rejet de la demande d'exclusion des preuves matérielles litigieuses mais bien motivés par le remords, puisqu'en effet le requérant avait également reconnu des éléments sans lien avec ce que les preuves matérielles litigieuses auraient permis d'établir (en particulier la préméditation) (§§183-184). En somme, la condamnation du requérant serait équitable parce qu'elle se fonderait sur des aveux librement formulés à son procès, et non sur les preuves matérielles obtenues en violation de l'article 3 qui n'auraient eu aucune incidence sur l'issue de la procédure.

Il nous paraît difficile de suivre sur ce point le raisonnement – extrêmement formaliste, si pas captieux – de la majorité de la Cour : à notre sens, il est incorrect d'affirmer que les preuves matérielles n'auraient eu aucun impact sur la procédure (comme le soulignent les juges dissidents (15), si tel était le cas, alors pourquoi les admettre?) et tout aussi délicat de prétendre que leur admission serait sans rapport avec les nouveaux aveux formulés par le requérant à son procès.

En réalité, les éléments que la police allemande aurait de toute façon recueillis indépendamment des aveux extorqués au requérant (en particulier le fait d'avoir retrouvé dans son appartement la quasi intégralité du montant de la rançon et une note concernant l'organisation du crime) auraient très vraisemblablement permis de le considérer comme coupable à tout le moins d'enlèvement avec demande de rançon, mais pas nécessairement d'homicide volontaire; pour retenir cette autre qualification, les éléments matériels litigieux étaient déterminants et le fait que la juridiction de jugement ait refusé de les exclure du procès a d'emblée faussé la donne en limitant sensiblement les stratégies de défense possibles dans le chef de l'accusé. Comme le relèvent encore les juges dissidents, «une fois

(15) Voy. le paragraphe 9 de l'opinion partiellement dissidente commune aux juges Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku et Power.

admis les éléments l'incriminant, le requérant disposa d'une liberté sensiblement sinon totalement réduite pour construire sa défense, et une condamnation pour les accusations dont il était l'objet était tout sauf évitable» (16). Le requérant avait certes lui-même prétendu dans l'instance nationale que ses nouveaux aveux étaient dictés par le remords, mais il faut reconnaître que cela cadrerait mal avec le fait qu'il avait d'abord cherché à obtenir une décision d'irrecevabilité des éléments de preuves litigieux (17) et qu'il s'agissait plus vraisemblablement de la seule stratégie de défense qui lui restait.

Cela dit, au-delà du caractère à notre sens très artificiel de l'affirmation selon laquelle les preuves obtenues en violation de l'article 3 n'auraient, en l'espèce, eu aucun impact sur l'issue de la procédure menée, le fait même d'en déduire que leur exclusion n'aurait pas été imposée par l'article 6 de la Convention nous paraît plus critiquable encore.

Ce faisant, la Cour introduit en effet une brèche dans la protection de l'interdit – pourtant absolu – des traitements inhumains, puisqu'elle fait de l'admission au procès pénal d'une preuve recueillie à la suite de tels traitements une irrégularité «réparable» moyennant la production d'autres éléments de preuve, non «contaminés» (de nouveaux aveux, par exemple) qui suffiraient à fonder la condamnation.

Et le raisonnement suivi est d'autant plus discutable qu'il repose sur une distinction entre les différentes catégories de traitements prohibés par l'article 3 : l'utilisation de preuves matérielles rassemblées à la suite d'actes de *torture* emporterait *automatiquement* violation de l'article 6, tandis que les preuves matérielles obtenues par suite d'une *traitement inhumain* ne devraient *pas nécessairement* être exclues, leur admission au procès ne privant pas celui-ci d'équité si elles n'ont pas eu d'impact sur l'issue de la procédure. Cette différenciation – introduite déjà dans l'arrêt *Jalloh c. Allemagne* (18) et confirmée ici – nous paraît inconciliable avec le texte de la Convention qui confère un caractère absolu et indérogeable à *l'ensemble* de

(16) Voy. le § 7 de l'opinion partiellement dissidente commune aux juges Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku et Power.

(17) Dans le même sens, voy. l'opinion dissidente de la juge Kalaydjieva sous l'arrêt de chambre du 30 juin 2008.

(18) Mais avec des conséquences moins décisives puisque, dans ce précédent arrêt, la Cour avait malgré tout conclu à une violation de l'article 6 de la Convention au regard des circonstances du cas d'espèce (voy. *supra*, note 12).

l'article 3, sans distinguer en fonction de la qualification du traitement incriminé.

Conclusion

Gäfgen c. Allemagne était une affaire éminemment difficile. Mettant en cause le meurtre crapuleux d'un jeune enfant, elle avait suscité une émotion considérable. Mais, d'un autre côté, elle portait aussi sur l'un des interdits les plus fondamentaux de la Convention, celui de la torture et des traitements inhumains et dégradants.

À la lecture de l'arrêt de Grande Chambre, on ne peut se départir de l'impression que la Cour a absolument voulu valider la procédure suivie en droit interne et éviter la tenue d'un nouveau procès pénal, fût-ce au prix d'un raisonnement quelque peu contorsionniste consistant à affirmer tout à la fois que l'interdit de l'article 3 est absolu et qu'il ne l'est pas réellement, ou en tous cas pas complètement.

Lorsqu'elle se prononce sur la violation de l'article 3, la Cour insiste en effet sur le fait que la prohibition de la torture et des traitements inhumains et dégradants ne souffre aucune exception, pas même pour sauver la vie d'une ou plusieurs personnes.

Mais au regard de l'article 6, elle nuance – presque malgré elle – l'affirmation. Certes, les autorités nationales ont l'obligation de s'abstenir en toutes circonstances de soumettre un individu à mauvais traitements, mais, si des pratiques violant cet interdit fondamental permettent de recueillir des preuves matérielles, leur admission au procès pénal ultérieur n'emportera pas violation de l'article 6 pour autant qu'on se situe en deçà du seuil de la torture et qu'il y ait « rupture de la chaîne de causalité ».

La vérification de cette seconde condition dans les circonstances du cas d'espèce nous semble, de surcroît, avoir été un peu « forcée », la Cour se satisfaisant de la circonstance que le requérant avait formulé de nouveaux aveux à son procès, sans examiner sérieusement s'il lui restait une quelconque autre stratégie de défense une fois admis les éléments litigieux l'incriminant. C'est là, nous paraît-il, une approche formaliste bien éloignée de l'habituelle pré-

occupation de la Cour pour l'effectivité de la protection des droits garantis...



Le site internet de la *revue* propose à ses lecteurs un dossier permettant d'accéder rapidement aux principaux actes et documents renseignés dans l'article qui précède (www.rtdh.eu, onglet «Sommaries», «n° 86 avril 2011», cliquer ensuite sur le titre de l'article).