

# **La torture : une pratique en quête de légitimation**

## **Atelier du CIRCEM du 13 mars 2008<sup>1</sup>**

**Sandra Lehalle (Criminologie, Université d'Ottawa)**

Ce document se donne comme objectif de proposer, dans le cadre d'un atelier du CIRCEM, une description du débat actuel concernant la torture. En opérant la distinction entre les communications philosophiques, politiques et juridiques qui abordent la question de la justification de la torture, nous espérons susciter une discussion productive à l'avancement des connaissances et de l'analyse d'une pratique prohibée et pourtant répandue.

### **I. Présentation du débat et distinction conceptuelle**

L'interdiction de la torture semble ne pas appeler de flexibilité puisque bien au contraire, elle se caractérise au plan normatif par son caractère absolu. Dans les divers instruments internationaux ou nationaux, rien ne semble autoriser des exceptions à cet interdit et il est souvent affirmé que l'interdiction absolue de la torture est de nos jours un acquis majeur du droit international.

Or, la torture n'est ni une pratique nouvelle, ni une pratique tombée en désuétude puisque même des pays démocratiques défenseurs des droits de la personne la pratiquent de façon continue et organisée. On relève, en effet, l'existence concomitante d'une opposition discursive et normative à la torture et une pratique permissive. Même les États qui la pratiquent de façon organisée ne se prononcent jamais ouvertement en faveur de la torture! Nous constatons que l'interdiction légale de la torture ne semble pas avoir d'effets contraignants suffisants sur le système politique de nombreux États. La réalité de sa pratique semble, au contraire, indiquer que la torture peut être compatible avec la logique politique malgré son incompatibilité logique avec les engagements internationaux. C'est à la lumière de cette dichotomie de logiques qu'il apparaît pertinent d'analyser les communications concomitantes que suscite la torture de nos jours.

Avant d'entrer dans le vif du sujet, il convient préalablement de clarifier quelques éléments. La torture étant une pratique aux multiples facettes, nous proposons dans un premier temps de distinguer trois cas de figure conceptuels :

- la torture qui n'est aucunement rattachée à l'État et ses agents (actes pratiqués par des individus de la société civile, des groupes criminels...)<sup>2</sup>,

- la torture pratiquée dans le cadre d'activités ordinaires par la police et les services correctionnels,
- la torture pratiquée dans le cadre d'activités extraordinaires par les agences de sécurité nationale et l'armée.

Ces trois cas ont toujours existé, notamment les deux cas rattachés à l'État documentés comme des pratiques récurrentes. À ce sujet, Amnesty International rapporte qu'entre 1997 et 2000, les  $\frac{3}{4}$  des gouvernements du monde ont utilisé la torture. Cependant, même si la pratique de la torture est relativement constante, le débat qu'elle suscite connaît un renouveau notable dans les sphères publiques, politiques et dans une moindre mesure académiques. Nous pouvons, en effet, constater que ce sont les problématiques de la torture pratiquée par les agences de sécurité nationale et de l'armée dans le cadre de la lutte contre le terrorisme qui ont fait resurgir la polémique. C'est dans le cadre de ce 3<sup>e</sup> cas conceptuel que la torture est à nouveau devenue un sujet de discussions autour de la question : y a-t-il des circonstances dans lesquelles la torture est une option valable, ou pour le moins une option excusable?

Ce questionnement sur la remise en cause du caractère absolu de l'interdiction de la torture sera analysé dans ce document qui vise à présenter les arguments avancés pour justifier certaines pratiques de torture. L'analyse de ce débat conduit à distinguer, dans un premier temps, les défenseurs d'une interdiction inconditionnelle de la torture et ceux pour qui certaines circonstances justifient davantage de flexibilité et donc une interdiction relative de la torture. Cette distinction assez simple permettrait d'opposer absolutistes et utilitaristes. Cependant, une analyse plus poussée nous incite à repenser cette distinction. Il semble bien qu'il faille se garder de penser que seuls les défenseurs d'une certaine torture nécessaire procèdent à une analyse en termes d'utilité et de calcul coûts-bénéfices. S'il est vrai que les absolutistes avancent principalement des arguments déontologiques centrés sur les droits humains, on retrouve dans les deux camps du débat des arguments utilitaristes qui proposent une analyse coûts-bénéfices de la torture pour finalement conclurent à son intérêt ou désintérêt. De façon plus pertinente, nous proposons de distinguer les arguments selon le type de communication qui les met en œuvre, notamment la communication philosophique, la communication politique et la communication juridique. Il nous apparaît, en effet, que le pouvoir exécutif, susceptible de pratiquer la torture à travers ses agences de sécurité nationale ou son armée, est l'instigateur, la cible et le destinataire

de ces trois types de communications<sup>3</sup> qui ont pour but de conseiller et orienter les politiques et pratiques concernant la torture.

## **II. La communication philosophique**

La communication philosophique est l'œuvre de penseurs, universitaires, philosophes conseillers du pouvoir exécutif, nous pourrions dire les « philosophes conseillers du prince ». Cette communication réfère clairement à des arguments d'ordre philosophiques, voire éthiques, et nous renvoie aux dilemmes évoqués entre autres par Kant et Dostoïevski. Les questions abordées par cette communication concernent principalement l'éthique et la moralité (ou l'immoralité) de la torture. Il apparaît très nettement que cette communication centrée sur l'aspect moral de la torture est davantage mobilisée par ceux qui soutiennent une interdiction absolue de la torture que par ceux qui cherchent à justifier son usage. Les opposants inconditionnels de la torture avancent principalement, sinon exclusivement, des arguments fondés sur les principes du devoir et de la morale sous ses différentes formes<sup>4</sup>. On retrouve de façon récurrente des références à l'inviolabilité de la personne humaine, la morale, la religion, l'intégrité physique et morale, l'autonomie individuelle ou encore l'humanité. Le devoir moral de respecter la dignité et l'autonomie de tout être humain était déjà posé par Kant (1785) comme un impératif absolu. Une telle position, ancrée dans la morale, soutient que la torture est un acte intrinsèquement mauvais et qui reste mauvais indépendamment des conséquences possibles de son interdiction absolue.

Cependant, comme le souligne Babissagna (2006), la dignité humaine est une notion dont les tentatives de définition semblent toujours vouées à l'échec. La difficulté de démontrer a priori et a posteriori, de façon empirique, l'existence de la dignité humaine constitue une faiblesse importante pour toute argumentation basée sur ce principe et ouvre donc la porte aux critiques qui défendent une position relative face à la torture. En effet, à défaut de justification, l'interdiction de la torture basée sur ce principe reste une conviction morale dont la justification rhétorique apparaît faible.

### *Des droits et principes en conflit potentiel*

En effet, le débat de la torture nous situe très rapidement au cœur de la question des droits humains et notamment des principes de dignité, égalité et valeur des individus. Le principe de dignité insiste justement sur le fait que les êtres humains existent en tant qu'individus indépendamment de la communauté. La notion que chaque être humain doit être traité avec dignité au seul motif qu'il est humain implique inévitablement l'acceptation d'un second principe : celui de l'égalité morale entre êtres humains. Ils méritent tous une considération et un poids égal et cette égalité exige des États qu'ils appliquent indifféremment les droits humains et acceptent d'être contrôlés selon les mêmes standards. Le troisième principe, étroitement relié aux deux premiers, postule que tous les êtres humains ont une valeur et que tous peuvent contribuer à la société. Ces notions de valeur et d'égalité ne signifient cependant pas que tous les individus soient traités de façon identique. Des différences de traitement existent et sont inévitables, mais tous les traitements doivent respecter la valeur morale et la dignité des individus. Selon Mertus (2004), c'est toute l'idée moderne des droits humains qui repose sur l'existence de ces trois principes. Or ce sont précisément ces principes et leur importance relative que le débat de la torture vient justement questionner.

L'équilibre entre d'une part, l'engagement envers la dignité individuelle (incarnée dans les droits humains) et d'autre part, l'engagement envers les intérêts de la majorité (incarnée dans la souveraineté populaire) est au cœur du débat sur la torture. Notamment, en temps de crise réelle ou perçue, ce conflit de valeurs devient intense et confronte dignité-sécurité ou encore individu-collectivité. Nous pouvons, en effet, visualiser ici une tension entre deux pôles de la dignité humaine : l'inviolabilité de la dignité individuelle *versus* la préservation du corps social. Le débat existant pose ces valeurs en situation contradictoire avec d'un côté la préservation des libertés civiles et des droits individuels et de l'autre la sécurité et la sûreté de la communauté des citoyens. La question se pose de savoir comment peut-on maintenir l'effectivité des droits humains en tant que garantie de la dignité si ces droits sont suspendus en cas d'urgence, de nécessité. En effet, un interrogatoire intensif pratiqué pour des intérêts de sécurité nationale, même non physique, n'en demeure pas moins une violation de la dignité individuelle.

Dans le débat en cours, les utilitaristes favorables à la torture demandent en fait aux absolutistes de démontrer que leur position morale (basée sur la dignité) n'entraîne pas comme conséquence la destruction de vies dont ils prétendent défendre la dignité et l'intégrité. Il se

produit comme un renversement du fardeau de la preuve où chaque partie demande à l'autre de prouver que les coûts moraux et sociaux associés à leur position ne sont pas les plus élevés. L'affrontement se situe justement au niveau des conséquences associées à chaque position priorisant la dignité ou la sécurité; l'individu ou la collectivité. Mais au-delà des conséquences, la question se pose donc en termes de valeur respective à donner à chaque principe, concept et entité. Doit-on donner plus de valeur aux intérêts de la majorité ou aux droits des minorités? Le principe de dignité et donc d'interdiction de la torture doit-il être absolu? L'interdiction absolue rejette en bloc une quelconque légitimité au fait de doser et d'équilibrer dans certaines situations cette interdiction avec les autres valeurs en compétition. Gross (2004) souligne à ce propos que pour que la dignité soit absolue, elle doit donc surpasser les autres valeurs en jeu telles que le droit à la vie des victimes potentielles, et ce, même si toute l'humanité doit disparaître. L'idée alors retenue est celle de principes moraux au nom desquels toute forme de torture doit être interdite sans même l'objet d'une analyse coûts-bénéfices.

Les tenants d'une position plus relative face à la torture se risquent, eux, à poser la question de savoir si la société doit s'engager dans de telles pratiques dans un but d'auto-préservation contre l'ennemi et en ayant, de plus, pleinement conscience que quelques innocents souffriront probablement. À ce sujet, il est fréquemment fait référence au dilemme posé par Dostoïevski dans son dialogue des frères Karamazov : *imagine que tu es en train de construire l'édifice de la destinée humaine avec l'objet de rendre les gens heureux et de leur donner la paix, mais que pour cela tu dois inévitablement torturer un enfant?* Un autre classique de ce débat est la position absolutiste défendue par Kant au sujet du devoir inconditionnel de vérité qui ne doit pas céder même s'il s'agit de révéler à un assassin où se trouve la personne (un proche) qu'il désire tuer.

Face à ce dilemme, Ignatieff (2004) propose une position plus flexible. Il estime, en effet, qu'aucun principe ne doit triompher sur les autres de façon absolue. Il argumente en faveur d'une éthique d'équilibre qui ne privilégierait ni les droits, ni la dignité, ni la sécurité puisque tous sont importants et doivent être évalués avec équilibre sans suprématie. Ainsi, selon cet auteur, les droits devront parfois se plier à la sécurité lorsque les circonstances et motifs l'exigent sans que cela signifie pour autant qu'ils perdent de leur valeur. Nous retrouvons ici l'idée que les droits humains ne doivent pas constituer l'ensemble de la moralité de la politique, ils doivent être

équilibrés avec d'autres facteurs tels que l'ordre social. Dans cette logique, aucun de ces droits n'est absolu justement en raison du fait qu'ils peuvent entrer en conflit les uns avec les autres.

### ***Relativisme-universalisme***

Toute discussion sur le caractère absolu ou relatif des droits humains nous ramène à l'éternel débat sur l'universalisme de ces droits. Si l'universalisme suppose la protection de valeurs communes universelles entre des individus et des États égaux, le particularisme réfère à l'attitude de support et de protection des intérêts des groupes sociaux dominants aux dépens des droits des moins puissants, des minorités moins populaires. On parle également de relativisme normatif et/ou moral lorsque des standards et obligations différents semblent s'appliquer ou prétendre s'appliquer à un État par rapport aux autres. À ce sujet, il est important de souligner qu'une étude de cas comme celle du débat, des politiques et des pratiques de la torture aux États-Unis dans les dix dernières années ravive l'intérêt d'une analyse en termes d'universalisme et relativisme.

Le particularisme des États-Unis sur les questions des droits de l'homme est largement public et documenté; qu'il s'agisse de voter contre le protocole additionnel à la convention contre la torture ou encore de revendiquer un statut d'exception auprès de la Cour pénale internationale, les illustrations sont nombreuses. Il est d'ailleurs assez significatif que les États-Unis aient perdu en 2001 leur siège à la Commission des droits de l'homme (une première depuis la fondation de celle-ci en 1947).

Dans une étude menée par Mertus (2004), il ressort nettement que les acteurs politiques et militaires américains ont tendance à se prononcer universalistes sur les normes des droits de l'homme, mais qu'ils agissent, en fait, de façon relativiste. Selon cet auteur, la façon dont les droits humains ont été compris et appliqués dans ce pays menacerait même de dépouiller ces droits de leur contenu. Il relève, en effet, l'existence d'un double standard selon lequel les droits humains sont encouragés pour les autres pays mais ne s'appliquent pas de la même façon dans leur propre pays. Les entrevues réalisées par Mertus (2004) montrent que lorsque les personnes interviewées évoquent les droits humains, il s'agit en fait d'une liste de valeurs américaines à appliquer aux autres dans la lignée des intérêts des États-Unis. Ils semblent, par contre, échouer à appliquer ces normes à leur propre comportement, aux politiques et aux actions de leur pays et de cette façon, ils portent atteinte à la nature même des droits humains.

Il semble alors que, tout au moins au niveau discursif, les droits humains soient devenus le meilleur choix disponible pour encadrer les arguments et les choix politiques. Cependant, les droits humains ne demeurent qu'une option et n'ont pas atteint le statut impératif. Ils apparaissent, de plus, vulnérables à une mauvaise utilisation par des États puissants dans la poursuite de leur propre bénéfice. Il existe bien une culture des droits humains où ces derniers sont devenus le langage commun alors qu'en pratique le niveau de connaissance et de vigilance aux droits humains est extrêmement bas. L'étude de Mertus (2004) montre que très peu des personnes interviewées connaissent réellement la Déclaration universelle des droits de l'homme et que même lorsque c'est le cas, elles sont de toute façon prêtes à accepter et tolérer l'empiètement de ces droits.

Dans ce contexte, la signature des conventions prohibant la torture ne traduit pas un véritable consensus, mais davantage une pratique discursive. Cet état de fait vient affaiblir les mécanismes de sanction et de prévention et ouvre la porte à des stratégies de contournement de la part des États. Se produit ainsi une cohabitation de l'interdiction générale avec des exceptions selon les intérêts particuliers de l'État. En revanche, seul l'État lui-même peut évaluer sa propre situation même s'il peut, cependant, évaluer, juger et sanctionner les autres États.

De façon générale, nous constatons que les droits humains et plus précisément le principe de dignité semblent manquer de force nécessaire pour s'imposer d'eux-mêmes. Greenberg (2006) souligne à ce propos que la dignité ne suffit généralement pas dans un vrai monde de conflits et d'intérêts nationaux. On peut d'ailleurs se faire la réflexion qu'il s'agit probablement de la raison pour laquelle les lois de la guerre ont historiquement dépendu de la réciprocité plus que de l'adoption unilatérale de contraintes morales.

### ***Concilier torture avec libéralisme et démocratie***

Puisque les valeurs libérales insistent sur les limites imposées au gouvernement et sur l'importance de la dignité humaine et des droits individuels, la communication philosophique entreprend également de discuter la compatibilité (ou l'incompatibilité) de la torture et du libéralisme. Luban (2006) expose à ce sujet quatre objectifs de la torture qui apparaissent contraires à l'idéologie libérale : le plaisir du vainqueur, la terreur, la punition et arracher une confession. Selon lui, il demeure cependant un motif de torture qui soit acceptable pour un libéral : celui de la torture comme technique d'obtention d'informations. En effet, l'opposition libéralisme-torture n'est pas si tranchée puisque les libéraux, même les plus empathiques,

peuvent approuver certaines circonstances qui pourraient justifier la torture. Dans ce qu'il nomme l'idéologie libérale de la torture, Luban (2006) constate l'existence d'une fiction dans laquelle le bourreau (de façon irréaliste la même personne que le preneur de décision) est animé par le désir de stopper une catastrophe et non pas par la cruauté. Dans cette perspective, les violations des droits humains sembleraient trouver avec le concept libéral un terrain d'entente où leurs positions contradictoires sont atténuées.

Il en est de même pour le concept de démocratie que certains proclament en totale opposition avec l'idée de torture. Il existe, en effet, une croyance commune que les droits humains et la démocratie se supportent mutuellement et sont, par définition reliés un à autre. Cependant, la relation entre ces deux peut s'avérer plus complexe. Il est vrai que des valeurs similaires, tels que le respect de la dignité des individus, peuvent former la base à la fois des droits humains et de la démocratie. On convient également que la démocratie peut, empiriquement, être la meilleure forme de gouvernement pour protéger les droits humains, et ce, même si certaines démocraties échouent à protéger ces droits alors que certains régimes autoritaires y parviennent parfois mieux (Freeman, 2002). Certes, le concept de droits humains a été désigné pour limiter le pouvoir des gouvernements; et, dans ce sens, il a bien une caractéristique démocratique. Néanmoins, les droits humains et la démocratie ont des fondations théoriques différentes et potentiellement en compétition. Les théories démocratiques se posent la question « qui doit régner? » et elles répondent : « le peuple ». Les théories des droits de l'homme posent la question « comment les gouvernements doivent agir? » et elles répondent : « dans le respect des droits de chaque individu ». La démocratie est un concept collectif qui n'est pas forcément une garantie des droits individuels.

Cette situation complexe nous invite à tenter de comprendre comment, pour les tenants d'une position relativiste, peut se négocier l'apparente contradiction entre se proclamer un État démocratique respectueux des droits de l'homme et pratiquer la torture au regard de la distinction élaborée par Dworkin (2004). Selon cet auteur, si la démocratie égalitaire reconnaît l'égalité entre tous les citoyens et les protège contre les violations par la majorité; la démocratie majoritaire permet, elle, de nier l'égalité de tous les citoyens et de faire régner la tyrannie de la majorité. À la lumière de cette distinction, il semblerait donc que la torture et plus généralement les exceptions faites aux droits humains s'opposent à l'idée de démocratie égalitaire, mais pas avec celle de démocratie majoritaire.

Au-delà de cette distinction, un autre questionnement persiste : est-il possible que la nécessité requière d'entreprendre certaines actions pour défendre la démocratie, actions qui s'écartent justement des engagements fondamentaux de la démocratie envers la dignité? Pour certains comme Ignatieff (2004), il ne faut pas repousser l'utilisation de la violence, et notamment la torture, puisque celle-ci, loin de miner la démocratie libérale, est nécessaire à la survie de celle-ci. Cet auteur rejette l'idée que tout ce qui est fait au nom de la démocratie doit être exclusivement et intrinsèquement bon et il argumente sa position du moindre mal (ou « lesser evil »). Pour lui, le garde-fou de cette position et des actions qui en découlent est justement la démocratie elle-même. Ce sont la démocratie et ses mécanismes de contrôle qui empêcheront ce « moindre mal » de devenir plus important. Le modèle démocratique et ses garanties de transparence et responsabilisation permettraient ainsi d'adopter une position favorable à la torture dans le cadre d'un choix éthique éclairé.

### ***Un choix d'éthique***

La question de l'éthique nous conduit à reprendre l'analyse faite par Weber (1959) à ce sujet. Dans une réflexion sur les normes éthiques et les relations multiples entre éthique et politique, il est, en effet, pertinent de revisiter le questionnement de Weber : « Peut-on vraiment croire que les exigences de l'éthique puissent rester indifférentes au fait que toute politique utilise comme moyen spécifique la force, derrière laquelle se profile la violence? » (Weber, 1959, p. 184). Dans le débat de la torture, la position absolutiste semble bien être une position d'éthique absolue dans le sens dégagé par Weber, c'est à dire, une éthique qui ne se préoccupe nullement des conséquences. Or une activité ou une position fondée sur l'éthique peut selon lui prendre deux attitudes ou orientations différentes : une éthique de conviction et une éthique de responsabilité. Un opposant de la torture convaincu selon une éthique de conviction ne sera aucunement sensible aux arguments basés sur les conséquences négatives de sa position. Si on applique le raisonnement de Weber, soit il ne les croirait pas, soit il en attribuerait la responsabilité à un élément extérieur, « au monde, à la sottise des hommes ou encore à la volonté de Dieu » (Weber, p. 187). En revanche, un partisan de l'éthique de responsabilité tiendra compte des défaillances de l'homme et se considérera en position de ne pas pouvoir se déresponsabiliser des conséquences de ses actions ou de ses positions sur les autres. Cette analyse de Weber utilise justement la violence, comme outil de la politique, pour argumenter qu'aucune éthique ne peut nous dire quand et comment une fin moralement juste vient justifier

des moyens dangereux et les conséquences factuelles et morales qui en découlent. Cet auteur souligne donc le caractère apparemment irrésoluble de ce dilemme.

Il ressort, en effet, dans la communication centrée sur l'éthique et la morale la difficulté de trancher le débat avec des arguments définitifs. Nous verrons à présent comment, à travers la communication politique, les tenants d'une interdiction relative de la torture adoptent eux une éthique de responsabilité en étant convaincus de se retrouver face à une situation qui justifie clairement les moyens à adopter et les conséquences inhérentes.

### **III. La communication politique**

La communication politique fait référence aux notions et principes de politique étatique (responsabilité et rôle de l'État...). Dans ce type de communication, l'argumentation est souvent structurée autour de la nécessité politique pour l'État d'identifier et délimiter les circonstances « exceptionnelles » qui justifieraient (ou non) de faire exception à l'interdiction de la torture. La question posée est de savoir si la torture est, pour l'État, une option politique viable et justifiable.

Dans le contexte actuel de lutte contre le terrorisme, le caractère absolu de l'interdit de la torture est explicitement ou implicitement remis en cause. Certes, il convient de clarifier que personne ne se prononce haut et fort en faveur de la torture et de son application indiscriminée. Le raisonnement est plus nuancé : oui, la torture est mauvaise et doit être interdite, mais dans certains cas, il s'agit, politiquement, de la meilleure option ou tout au moins de la moins pire. C'est bien le caractère absolu de l'interdiction de la torture dont il est fait le procès. Plus ou moins ouvertement, la torture est perçue et présentée comme inévitable et même bénéfique pour les États et les Nations qui se proclament démocratiques et respectueuses des droits.

#### ***Arguments***

Nous avons recensé divers arguments fréquemment avancés pour justifier la torture dans une logique politique.

Un premier argument repose sur le comportement particulier de l'ennemi et la réciprocité qu'il engendre :

*- Lorsque l'ennemi ne respecte pas les règles et conventions, nous ne sommes plus tenus de les respecter dans nos actes de défense contre cet ennemi*

Dans certaines circonstances, il est argumenté que la torture est une décision politique et pratique inévitable :

*- La torture est un mal nécessaire face au choix entre lutter contre le mal par le*

*mal ou succomber*<sup>5</sup>

- *Dans une position de pouvoir et de responsabilité politique, il est inévitable et nécessaire de se salir les mains*<sup>6</sup>

- *Placés dans la position décisionnaire face à certaines situations, même les absolutistes décideraient en fait de pratiquer la torture*<sup>7</sup>

Dans ces circonstances, la décision de pratiquer la torture est la meilleure option pour un État qui veille au bien commun :

- *La torture se justifie afin de protéger le plus grand nombre victimes potentielles et futures*

- *Il s'agit du prix à payer pour garantir le bonheur du reste de la société*<sup>8</sup>

Il s'agirait, même, d'une décision et une pratique courageuse et patriotique :

- *Ceux qui décident et pratiquent la torture sont des patriotes dévoués, des défenseurs du bien commun*

Finalement, cette pratique permettrait à l'État de défendre des valeurs sociales et politiques importantes :

- *Protection et défense des individus et la société (question de survie)*<sup>9</sup>

- *Sauver la nation*<sup>10</sup>

- *Assurer la sécurité et intégrité de l'État*

- *Protection d'un objectif et but supérieur (selon le cas : libéralisme, communisme, libre échange, fascisme, au service de dieu)*<sup>11</sup>

### ***Des circonstances bien spécifiques : le « ticking bomb » scénario***

Il apparaît nettement que les arguments mentionnés font références à certains cas présentés comme étant uniques et bien spécifiques. La difficulté majeure réside dans l'identification et la délimitation de ces exceptions. Il existe, en effet, un questionnement sur la nature et les caractéristiques de ces circonstances qui justifieraient de faire exception à l'interdiction de la torture (Parry, 2004). Si ce questionnement connaît un regain d'intérêt, il n'est cependant pas nouveau. Il nous renvoie au dialogue amorcé par les écrits de Beccaria et Bentham, tous deux contre l'usage routinier de la torture de leur époque. Bentham (1777) insiste cependant sur le fait que quelques cas et un nombre limité de circonstances viennent justifier le maintien de la torture. De Bentham (1777) à Ignatieff (2004), nombreux sont ceux qui ont tenté de définir et défendre les conditions à retenir. Nous notons cependant que les mêmes exigences

reviennent, avec plus ou moins d'emphase d'un auteur à l'autre. Nous avons ainsi identifié un ensemble de 7 conditions classées selon leur popularité et récurrence.

1. **la gravité du risque ou danger encouru** : il est fréquemment avancé que la torture peut être un outil nécessaire pour faire face à une menace grave. L'idée est celle d'un moyen d'autodéfense proportionné à la gravité du danger émanant d'un agresseur spécifique ou plus généralement pour sauver la Nation (Levinson, 2004). La question se pose ensuite de comment définir le risque en question et qui doit définir la catastrophe qui justifie l'exercice de la torture.

2. **l'urgence** : il doit s'agir d'une situation urgente, d'un risque imminent qui ne laisse pas le temps de respecter la règle de droit et les garanties procédurales.

3. **le dernier recours** : la torture doit être le dernier recours possible pour faire face à la situation et au danger encouru. Lorsque d'autres options ou solutions sont possibles, elles doivent être entreprises avant de recourir à la torture.

4. **la preuve** : il doit exister une preuve suffisante pour justifier l'utilisation de la torture sur un individu. On doit disposer d'une preuve de qualité indiquant que la torture de cette personne permettrait d'éviter le danger encouru. Dans l'idée que la torture prend fin lorsque l'information nécessaire est obtenue, il faut donc être certain que la personne puisse fournir cette information. Pour certains auteurs, le défi est alors : comment savoir qu'il sait? Certains proposent que la décision soit prise par un juge ou un jury, mais soulèvent la contradiction de cette procédure avec l'urgence de la situation.

5. **les techniques** : pour certains auteurs, les techniques à employer constituent une condition de l'exercice de la torture. Si nul ne se prononce en faveur d'une torture physique intense, certains appuient différents types de torture « light » et mentionnent les techniques qui leur semblent acceptables ou non (Margulies, 2006). Du manuel de l'armée, au manuel KUBARK, en passant par les techniques approuvées par Rumsfeld (mémo du 2 décembre 2002), il existe une diversité de techniques physiques et psychologiques dont l'approbation et l'identification en tant que torture suscitent la polémique.

6. **les régulations et limites** : certains auteurs exigent que la torture, si elle devait s'avérer nécessaire, fasse l'objet de limites réglementaires et légales préétablies. Ces limitations peuvent concerner les différentes caractéristiques précédemment mentionnées : urgence, danger, preuve,

les personnes pouvant faire l'objet de torture, les caractéristiques des victimes menacées, les techniques, la durée... avec l'idée de les régler au préalable.

**7. la transparence et responsabilisation :** l'existence de processus transparents de contrôle et de responsabilisation est parfois mentionnée comme condition d'acceptation de la torture. Ignatieff (2004) insiste notamment sur la nécessité de mécanismes de révision et l'exigence d'une justification publique présentée aux citoyens pour leur permettre d'évaluer et juger les décisions prises et actions entreprises. Nous reviendrons, plus loin, sur cet aspect.

Certaines de ces conditions ou caractéristiques sont mises en exergue dans ce que l'on nomme traditionnellement le scénario de la « ticking bomb ». Dans ce scénario sont réunies un ensemble de variables : les autorités viennent de capturer un terroriste, juste avant qu'une attaque à la bombe soit perpétrée, avec assez de connaissances sur le risque (savoir qu'il est imminent), sur le terroriste (savoir qu'il détient l'information) et sur l'attaque (connaître la gravité du danger), mais pour des raisons inexplicables, il manque aux autorités quelques détails essentiels que seule la torture peut fournir. Ce scénario qui place la légitimité de la torture comme dépendant uniquement de ses futures conséquences, suggère de plus un héros silencieux (l'interrogateur) qui sacrifie ses scrupules et son équilibre à contrecœur pour le bien commun.

L'ultra spécificité de ce scénario est évidente à la fois au niveau des faits avérés, des connaissances acquises et des ressources disponibles. McCoy (2006), à l'issue d'une analyse historique approfondie, insiste sur le caractère improbable d'un tel scénario et sur le fait que la situation ne réunit jamais tous ces éléments. Il mentionne de nombreux cas où la personne est arrêtée, mais les autorités n'avaient pas suffisamment de connaissances pour savoir qu'il s'agissait d'un terroriste ou/et qu'une attaque était imminente. Dans d'autres cas, les personnes étaient torturées alors que leur implication et le danger perçu n'étaient, en fait, pas réels. Il insiste sur le fait que peu de gens ont la bonne information et ceux qui la détiennent sont le moins susceptibles de la livrer. Selon lui, il n'existe aucun cas documenté répondant aux exigences du scénario de la « ticking bomb ».

À plusieurs égards, ce scénario qui requiert un grand niveau d'abstraction n'est ni réaliste ni représentatif. Il apparaît si peu probable qu'il semble impensable qu'il puisse servir de fondement à des lois et des politiques de diplomatie et de sécurité nationale. Il est souvent rappelé que même lorsqu'un tel cas est argumenté, dans les faits la torture est souvent pratiquée sur des périodes prolongées, des mois et parfois des années, en bref des situations qui ne

correspondent pas au scénario énoncé. Pour Luban (2006), le scénario de la « ticking bomb » est une fraude intellectuelle qui permet de dissimuler les vraies questions que posent la torture parmi lesquelles : son incertitude, la moralité de ses conséquences, les conséquences de sa pratique sur la culture, l'identité et le devenir des bourreaux et finalement l'impunité.

Indépendamment des objections ou réticences que suscite un tel scénario, il ressort de ce type de communication la justification politique de la torture basée sur la responsabilité et le rôle de l'État. Pour certains, au nom du bien commun, la torture pourrait être une décision politique difficile, mais malgré tout responsable et justifiable. Sans que soit nié son caractère intrinsèquement mauvais, la torture est alors présentée comme un moindre mal dans certaines circonstances plus ou moins identifiées qu'il serait possible de délimiter et contrôler. L'appel à un processus d'encadrement et de contrôle nous renvoie à l'aspect juridique et légal de la justification de la torture. En effet, une fois convaincu de la nécessité philosophique et politique de pratiquer la torture en certaines occasions, l'État doit encore résoudre ou contourner la question de la légalité de cette pratique (objet de la communication juridique).

#### **IV. La communication juridique**

Si l'on se centre, à présent, sur la communication juridique, on constate qu'elle est souvent l'œuvre de juristes consultés par le pouvoir exécutif, nous pourrions parler des avocats conseillers du prince. Il est important de préciser que cette communication se situe à la périphérie du droit et non pas en son cœur que sont les tribunaux. Ces avocats-conseils se réfèrent à la législation, au droit, pour émettre des avis professionnels, des suggestions sur la légalité ou l'illégalité de certaines pratiques pouvant être identifiées comme torture. À la différence des deux autres communications précédemment mentionnées, il ne s'agit pas ici de porter un jugement de valeur ou de tenir une position de principe, mais de proposer une interprétation juridique des textes existants. L'étude de cette communication est l'occasion d'analyser comment le droit est une ressource et un outil malléable qui est utilisé pour justifier et argumenter les prises de position du pouvoir exécutif. Pour illustrer ce propos, nous prendrons quelques exemples précis issus de l'analyse du cas des États-Unis dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Il s'agit donc d'argumentations juridiques proposées par les avocats-conseils au président de ce pays : les fameux « mémos de torture<sup>12</sup> ».

Que l'objectif soit de justifier une exception au caractère absolu de l'interdiction de la torture, d'appuyer une position relativiste face aux droits humains ou de gérer la responsabilité qui

découle d'une position favorable à la torture, le défi s'est posé pour ces avocats-conseils d'encadrer légalement – a priori ou a posteriori – les pratiques qui détournent l'interdit de la torture. Il s'agit, en effet, d'un processus avec des étapes juridiques qui ne concernent pas toutes la torture de façon explicite (il est bien clair qu'aucun mémo n'affirme : nous allons torturer), mais qui posent les jalons de la négociation entre les normes existantes et la pratique de torture. Le droit, et éventuellement les droits humains, sont alors mis en œuvre pour discuter des limites actuelles de l'interdiction de la torture. Ces mémos ont donc été réalisés pour répondre au besoin de l'administration américaine<sup>13</sup> d'établir un argumentaire légalement viable pour justifier des pratiques d'interrogatoire interdites par les conventions internationales et pour éviter les conséquences légales auxquelles elles sont rattachées. Certaines de ces communications juridiques proposent des justifications a priori, préalables à certaines actions ou décisions pouvant conduire à des pratiques de torture ainsi qu'aux responsabilités qui les concernent. Comme nous l'avons mentionné en évoquant la communication politique, les partisans de l'utilisation de la torture – ou des pratiques assimilables – se prononcent généralement en faveur d'une justification et d'une autorisation de celle-ci qui vont être préalables à son exécution. Les divergences apparaissent cependant lorsqu'il s'agit de désigner l'autorité ou plus largement le pouvoir chargé d'autoriser l'exception à l'interdiction de la torture.

### ***Justification juridique par le pouvoir législatif***

Le choix le plus évident démocratiquement semble celui du pouvoir législatif. Dans une décision célèbre du 6 décembre 1999, la Cour suprême israélienne affirmait que si la décision devait être prise pour le pays d'utiliser des modes d'interrogatoires physiques, ils devraient être entérinés par le pouvoir législatif qui représente le peuple<sup>14</sup>. Si le principe est bien sûr d'essence démocratique, il apparaît peu réaliste en pratique. Il n'existe guère d'exemples où une assemblée législative s'est prononcée en faveur de la torture, même pour des situations exceptionnelles. Nous voyons, au contraire, dans le cas des États-Unis, que le Parlement est intervenu pour interdire ces pratiques. En octobre 2005, le sénat a voté 90-9 une mesure proposée par le sénateur Mc Cain qui interdit à l'armée et la CIA d'utiliser des traitements cruels, inhumains et dégradants sur tout détenu partout dans le monde. Peu après, l'administration a tenté d'approcher les membres du Congrès pour obtenir une dérogation de cette mesure lorsque le président autorise, dans l'intérêt du pays et des citoyens, des opérations clandestines de lutte contre le terrorisme à l'étranger envers des personnes qui n'ont pas la citoyenneté américaine. Cette

dérogação n'a pas été acceptée par le Congrès. Il semble donc que la voie législative ne soit pas la plus adaptée pour détourner l'interdiction absolue de la torture de façon préalable et rendre légalement justifiable sa pratique.

### ***Justification juridique par le pouvoir exécutif***

Le pouvoir le plus à même de détourner une interdiction légale, quelle qu'elle soit, semble bien être le pouvoir exécutif. Ce pouvoir est le plus susceptible de réunir la motivation et les moyens de détourner l'interdiction absolue de la torture. Le cas des États-Unis illustre le choix de cette voie dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. La publication des mémos de la Maison Blanche nous permet d'analyser, en effet, l'articulation juridique élaborée pour justifier les pratiques et politiques du pouvoir exécutif dans le traitement des prisonniers.

- *C'est le cas notamment de la justification de la non-application du droit d'habeas corpus devant les tribunaux américains.*

Le 28 décembre 2001, deux avocats-conseils du bureau du conseil juridique du département de la justice (Philbin et Yoo) remettent leur mémo au sujet de la possible juridiction des cours fédérales sur les détenus étrangers détenus à Guantanamo Bay. Une telle juridiction permettrait en effet de réviser la constitutionnalité de la détention, l'utilisation des commissions militaires, l'application de certains traités et peut-être le statut légal de ces prisonniers. Le mémo procède à une analyse de la jurisprudence qui conclut qu'indépendamment de certaines éventualités, une cour fédérale ne pourrait probablement pas exercer pleinement sa juridiction d'*habeas corpus* pour déterminer la constitutionnalité et la légalité des détentions d'étrangers en dehors du sol américain. Il répond clairement à la question posée des risques légaux qu'entraînerait un recours fructueux à l'*habeas corpus*. « There is little doubt that such a result could interfere with the operation of the system that has been developed to address the detainment and trial of enemy aliens<sup>15</sup> ».

- *Dans une seconde étape, les avocats-conseils se sont vus demander de justifier la non-application des traités internationaux aux détenus d'Al-Qaida et talibans.*

Dans leur mémo du 9 janvier 2002, Yoo et Delabunty évaluent l'impact des traités internationaux et des lois fédérales sur le traitement des détenus du conflit en Afghanistan. Ils concluent que ces traités ne protègent pas les membres d'Al-Qaida qui, en tant qu'acteur non-étatique (pas un État-nation), ne peut pas être partie prenante aux conventions internationales qui

régissent la guerre. Puisque l'Afghanistan est bien signataire des quatre conventions de Genève, un autre argumentaire juridique est avancé pour les prisonniers appartenant à la milice des Talibans. Les avocats-conseils proposent cette fois d'envisager que les Talibans se sont pas un gouvernement et que le pays en question n'était pas un État fonctionnel au moment de l'engagement des hostilités. Ils interprètent donc des éléments des outils normatifs dans un sens qui permet l'exclusion de certains prisonniers des protections du droit international. Cette analyse juridique est reprise dans le mémo du 22 janvier 2002 rédigé par Bybee pour Gonzales. Celui-ci affirme clairement que les conventions de Genève ne s'appliquent pas aux détenus en question et que le président dispose des pleins pouvoirs<sup>16</sup> constitutionnels de suspendre les obligations des États-Unis envers les traités internationaux durant la période de conflit avec l'Afghanistan.

Ce pouvoir discrétionnaire peut donc se justifier au choix (deux argumentaires) par la position que l'Afghanistan est un État déchu, « a failed state » ou par le fait que les prisonniers ne peuvent être qualifiés de prisonniers de guerre selon les termes de la convention. C'est cette dernière argumentation qui sera adoptée par le Président des États-Unis et réitérée comme l'opinion juridique formelle du département de la justice<sup>17</sup>. Le ministre de la justice Ashcroft<sup>18</sup> lui-même, dans son courrier au président du 1er février 2002, propose tout un support argumentaire à la décision de ne pas appliquer la Convention de Genève aux détenus en question afin d'éviter toute incrimination ultérieure. Il affirme sans détour que grâce à cette argumentation juridique les risques légaux seraient minimisés et que serait ainsi atteint le plus grand niveau d'assurance possible contre des inculpations de violations des conventions de Genève pour les interrogatoires et les détentions gérées par les membres de l'armée et des agences de sécurité nationale :

if a determination is made that Afghanistan is a failed state and not a party to the treaty (Option 1 above), various legal risks of liability, litigation and prosecution are minimized (...) a presidential determination against treaty applicability would provide the highest assurance that no court would subsequently entertain charges that American military officers, intelligence officials, or law enforcement officials violated Geneva Conventions rules relating to field conduct, detention conduct or interrogation of detainees<sup>19</sup>.

Une semaine après cet échange, le 7 février 2002, le président signe le mémo qui affirme que les conventions de Genève ne s'appliquent pas au conflit avec Al-Qaida et qu'il détient

l'autorité de suspendre les obligations de Genève entre les États-Unis et l'Afghanistan (même s'il ne l'exercera pas pour le moment). Le président précise cependant que les prisonniers doivent être traités humainement et « to the extent appropriate and consistent with military necessity, in a manner consistent with the principles of Geneva<sup>20</sup> ».

○ *La justification de l'utilisation de certaines techniques d'interrogatoires.*

Le même exercice de justification juridique a été entrepris au sujet des méthodes d'interrogatoires applicables. Du mémo du 26 février 2002 sur les contraintes légales potentielles applicables aux interrogatoires des prisonniers des forces américaines en Afghanistan à celui signé par le secrétaire de la défense Rumsfeld le 26 avril 2003 en passant par la demande d'approbation de stratégies du général Hill le 11 octobre 2002, divers documents témoignent du débat juridique sur les techniques d'interrogatoires à appliquer dans ce conflit ainsi que les justifications qui leur sont applicables. Le mémo de Bybee du 1er août 2002<sup>21</sup> analyse les standards de conduite au regard de la Convention contre la torture telle qu'intégrés dans le Code des États-Unis. Il propose à cet effet diverses interprétations qui tendent toutes à restreindre la définition de la torture prohibée. Le juriste se base sur la définition de la torture dans le Code criminel pour poser comme condition requise l'intention de l'agent d'infliger de la souffrance et de commettre un crime. Ainsi, il déduit de l'esprit du texte que si l'agent a pour intention, non pas de faire souffrir, mais d'obtenir des informations, il ne s'expose pas aux sanctions criminelles du Code<sup>22</sup> Bybee propose également de circonscrire la définition de la torture à l'exigence d'une souffrance ou douleur physique et mentale intense et ayant des conséquences durables. Il analyse le texte et l'histoire du statut criminel de la torture pour conclure que celle-ci doit constituer une douleur équivalente en intensité à celle de blessures telles que la perte d'un organe, l'arrêt d'une fonction physique et même la mort. Une telle interprétation limite bien sûr la prohibition de la torture aux actes extrêmes<sup>23</sup> et permet donc l'utilisation de techniques d'interrogatoire physiques et de privations sensorielles puisque celles-ci ne procurent pas l'intensité de souffrance nécessaire pour être définie tortures (il précise que ces techniques pourraient se voir qualifiées de traitements inhumains, mais pas de torture)<sup>24</sup>. Ce mémo a été le premier jalon d'un processus légal conduisant à l'approbation en décembre 2002 de techniques d'interrogatoires de catégories I, II (cagoules, nudité, rasage forcé, utilisation des phobies telles que la peur des chiens) et III (convaincre de l'imminence de la mort ou conséquences douloureuses pour l'individu et/ou sa famille, exposition au froid et à l'eau)<sup>25</sup>. On observe donc

dans cette communication juridique la gradation de justifications préalables aux pratiques de torture : contourner légalement les contraintes des instruments nationaux, internationaux puis finalement les définitions des techniques employables.

### ***Justification juridique par le pouvoir judiciaire***

Face aux excès et au manque de transparence des politiques et pratiques de détournement de l'interdiction absolue de la torture entreprises par le pouvoir exécutif, certains auteurs ont proposé de se tourner vers le troisième pouvoir : le pouvoir judiciaire. L'idée de se procurer l'aval des instances judiciaires préalablement à la pratique de torture a été amplement développée par Dershowitz. En écartant le débat pour ou contre la torture, cet auteur argumente que si la torture va être, de toute façon, utilisée, il est de loin préférable de la réguler et contrôler au moyen de mandats judiciaires.

L'argument principal de cette solution est celui de réduire les abus et de justement faire entrer l'État de droit dans les salles d'interrogatoire. Selon Dershowitz, les mandats de torture réduiraient la fréquence, la sévérité et la durée de la torture en raison du fait qu'ils imposeraient un degré supplémentaire de contrôle. Il argumente, en effet, qu'il vaut mieux légitimer et contrôler une pratique spécifique que de légitimer une pratique générale de tolérance d'actions illégales. Pour McCarthy (2006) également, cette transposition serait bien préférable à l'hypocrisie actuelle. L'idée de mandats judiciaires, reprise par d'autres auteurs, permettrait d'obtenir l'autorisation au cas par cas d'une instance indépendante du pouvoir exécutif. Il est même envisagé que les tribunaux puissent développer une jurisprudence avec des critères établis. McCarthy (2006) précise que l'on pourrait ajouter des limitations d'éligibilité à ce genre de traitement ainsi que l'exigence d'approbation par une autorité gouvernementale. Un tribunal de sécurité nationale pourrait éventuellement surveiller l'exécution des permis de torture en présentant les avantages de spécialisation et de rapidité. Dans cette optique, un projet académique a été entrepris en vue de créer un code d'interrogatoire mentionnant les règles et les contrôles. Cette initiative s'est rendue jusqu'au Congrès en 2005, mais a été avortée par les défenseurs des droits humains<sup>26</sup>.

Indépendamment d'une opposition de fond, une des lacunes de cette proposition de mandats de torture semble être sa faisabilité. Les cas susceptibles de faire une demande de mandat seraient certainement des cas très urgents (ticking bomb) qui se prêteraient mal à une instruction et une analyse détaillée (et probablement longue) par des magistrats. Scarry (2004)

souligne, de plus, que l'on assume trop facilement la capacité des juges de prendre une décision de ce type. Il semblerait difficilement envisageable de demander à n'importe quel magistrat local de prendre une telle décision tout comme il apparaît peu souhaitable d'assigner cette fonction à des juges « spécialisés en torture » qui pourraient rapidement être désensibilisés au caractère exceptionnel de cette pratique. Les critiques des mandats de torture questionnent également la probabilité que les autorités sollicitant un tel mandat soient prêtes à divulguer aux magistrats concernés l'information très confidentielle qui fonde leurs soupçons et leur justification à utiliser des méthodes d'interrogatoires extrêmes. Même si leur volonté ne faisait pas défaut, on envisage mal en pratique, dans ces cas où « chaque minute compte », les enquêteurs prendre le temps de rédiger une requête documentée. Comme le souligne Levinson (2004), toutes les autorisations préalables, qu'elles soient législatives, exécutives ou judiciaires, ont pour talon d'Achille la possible normalisation de la torture qui en découlerait. Permettre la torture comme une pratique et non plus une improvisation dans des cas d'urgence engendre plusieurs problématiques : doit-on créer des professionnels de la torture? Les former en établissant des diplômes de torture? Ne va-t-on pas ainsi engendrer une culture de la torture et donc la banalisation de celle-ci?

Face aux limites que présentent les justifications a priori de la torture, d'autres auteurs sont venus proposer que ce soit bien le pouvoir judiciaire qui valide la pratique de torture, mais a posteriori. En soulignant le risque de normalisation inhérent à toute justification préalable, il est parfois soutenu que mieux vaut gérer et évaluer la légalité des actes de torture au cas par cas une fois que ceux-ci ont été décidés et perpétrés. Les tenants d'une justification à posteriori<sup>27</sup> soutiennent notamment que s'il existe bien des moments où les règles doivent être enfreintes, cela doit rester un tabou et ne pas devenir une pratique. Il convient, selon eux, de maintenir l'interdiction absolue de la torture tout en reconnaissant la possibilité des agents de l'État d'agir de façon extralégale et de chercher par la suite une ratification de leur conduite. Parry (2004) affirme que pour être justifiable, la torture doit être l'exception et non la norme. Dans cette optique, divers cas d'exception pourraient donner lieu à une évaluation et une justification postérieures de la torture par le pouvoir judiciaire.

Toujours à titre d'illustration de cette communication juridique, nous retrouvons les recommandations des avocats-conseils pour justifier a posteriori les pratiques de torture. Ils proposent un argumentaire légal pour éliminer une responsabilité criminelle potentielle après les faits devant les tribunaux. Ils soutiennent ainsi que la désobéissance légitime<sup>28</sup>, hypothèse

reconnue par le droit international et national dans certaines circonstances, pourrait être argumentée dans le cas de la torture. Le droit est alors mis à contribution soit pour disculper la personne et ne pas lui faire supporter tout le blâme soit pour nier le caractère mauvais de l'acte commis (différence classique entre excuse et justification). Une justification de la torture permet, en effet, d'affirmer que sous certaines circonstances, les actes commis étaient justes et sont donc non répréhensibles. On retrouve ainsi l'état de nécessité et la légitime défense qui viennent justifier la violation de la loi lorsqu'un intérêt supérieur exige le sacrifice d'un droit moins fondamental en commettant une infraction. Ces défenses peuvent, de cette façon, venir justifier qu'un individu désobéisse aux normes d'interdiction de la torture en raison d'un principe et objectif supérieur.

- *Justification de nécessité.*

La nécessité est ainsi proposée comme défense à une accusation de torture, comme moyen de défense *ad hoc*. Il s'agit donc de circonstances dans lesquelles un interrogateur ayant utilisé la torture pour prévenir un danger spécifique justifierait devant un tribunal sa conduite par la nécessité<sup>29</sup>. La défense de nécessité peut être classée à la fois comme une justification et comme une excuse; l'utiliser comme justification suppose que des actions mauvaises soient moralement rachetables par le bienfait de leurs conséquences. Nous retrouvons cette utilisation de la nécessité dans le mémo Bybee qui conclut clairement qu'elle peut servir de justification légale à des accusations de torture. Puisque la loi criminelle reconnaît la défense de nécessité, la torture n'est pas un mal absolu lorsqu'elle conduit à un bien. Cette défense de nécessité ne serait, selon Bybee, pas limitée à un certain type de dommage et repose justement sur la volonté d'éviter un dommage plus grand : « clearly, any harm that might occur during an interrogation would pale to insignificance compared to the harm avoided by preventing such an attack that could take hundreds or thousands of lives<sup>30</sup> ». Il mentionne que cette défense n'est possible que lorsqu'une détermination de valeurs n'a pas été établie par le législateur, ce qui est bien le cas de la torture<sup>31</sup>.

- *Justification de légitime défense.*

Une autre défense juridique proposée pour justifier à posteriori la torture est la légitime défense. Comme le mentionne le mémo Bybee, même si un tribunal rencontre une violation qui ne se justifie pas par la nécessité, le défendant pourrait toujours, de façon appropriée, plaider la légitime défense<sup>32</sup>. La doctrine de légitime défense permet l'usage de la force raisonnable pour

prévenir un danger à soi-même ou aux autres. En respectant un certain nombre de conditions (force nécessaire, conviction de la nécessité de la force est raisonnable, danger imminent et force proportionnée à la menace), Bybee soutient que cette défense est appropriée au contexte d'une attaque terroriste<sup>33</sup>.

Ces justifications postérieures tentent donc, au moyen du droit, de laisser à la société (à travers ses juges) le rôle de condamner ou d'approuver a posteriori une action extra-légale (décider si un individu a mal agi et doit être puni ou s'il a au contraire bien agi et peut même se voir récompensé). Deshowitz (2004) désapprouve ces justifications postérieures qui laissent au soldat ou à l'interrogateur le dilemme moral de décider si la torture doit ou non être pratiquée avec l'incertitude supplémentaire de l'issue de son jugement futur. Il semble, selon lui, peu souhaitable que des individus de terrain soient amenés à prendre seuls des décisions secrètes, *ad hoc*. Si une telle situation présente un manque évident de transparence et de responsabilisation, c'est encore davantage vrai pour la pratique de torture par Proxy.

#### ***Une autre option : la torture par Proxy***

Un autre moyen juridique de détourner l'interdiction de la torture consiste à la faire pratiquer au-delà de la chaîne de responsabilité de l'État : par d'autres États, des compagnies privées et/ou des individus n'appartenant à aucune agence gouvernementale. Dans le cas étudié, des transferts de détenus dans des pays pratiquant la torture ont été largement documentés. Cette pratique est clairement interdite par la loi et la convention contre la torture, mais il est possible d'argumenter que le pays d'accueil avait promis de ne pas pratiquer la torture. Si le gouvernement en cause peut affirmer avoir obtenu les garanties diplomatiques que la torture ne serait pas pratiquée, sa responsabilité ne se trouve pas engagée et le transfert apparaît légal.

Cette pratique décriée massivement, notamment par le Conseil de l'Europe, rencontre également la résistance des défenseurs de la torture. Comme le mentionne Grey (2006), on peut être pour la torture dans certains cas, mais on n'est pas pour autant pour la torture par Proxy : si les États-Unis pensent que ces méthodes doivent être employées, il faut alors qu'elles le soient sur le sol américain, par des américains. Il insiste sur le fait que les défenseurs des droits devraient, au lieu de critiquer les prisons secrètes de la CIA à l'étranger, les accueillir, les reconnaître publiquement et les soumettre aux contrôles de l'État de droit. En réponse à la logique de cette argumentation, il a été rétorqué que si l'État en question ne garde pas les

prisonniers sous son contrôle, c'est bien souvent parce qu'il manque de base légale pour justifier leur détention.

### ***Torture et responsabilisation***

Quelle que soit l'option choisie face à la torture (absolutiste ou non), il ressort des diverses justifications avancées la nécessité de clarifier et d'intervenir en conséquence. En bref, si la démocratie rejette la torture, il conviendrait de placer des caméras dans les salles d'interrogatoires, de permettre l'accès des parlementaires et des avocats aux personnes interrogées et de prévoir des procédures d'appel et de révision judiciaires. Si au contraire, nous acceptons la torture comme un mal nécessaire dans certains cas spécifiques, il n'est alors plus question de la prévenir, mais de la réguler de façon responsable.

Dans cette logique de responsabilisation, accepter la torture revient, en effet, à assumer les responsabilités de cette décision. S'il s'agissait d'une erreur ou si le prix à payer par la suite s'avère trop élevé, il convient, comme le suggère Ignatieff (2004), d'admettre et de reconnaître ces erreurs, qui sont de toute façon probablement inévitables dans des situations comme la lutte contre le terrorisme. C'est cette même éthique de responsabilité qui est avancée par Gross (2004) pour défendre l'idée de justifications postérieures, notamment publiques.

Or, dans la réalité, cette reconnaissance est plutôt exceptionnelle et souvent tardive. Que l'on pense aux Français en Algérie ou aux Israéliens dans les territoires occupés, on observe un refus constant d'admettre l'acceptation et l'utilisation de la torture. C'est également la situation des États-Unis dans la guerre contre le terrorisme. En effet, dans le cas étudié, nous retrouvons diverses étapes de négation qui s'opposent à l'idée de responsabilisation et reconnaissance : minimiser les abus, rejeter l'étiquette de torture, justifier par la nécessité et lorsque la controverse éclate, blâmer quelques individus au bas de la hiérarchie et en protégeant l'administration.

Dans toutes ces actions et justifications entreprises pour faire face à la polémique suscitée, nous relevons divers paradoxes puisque l'on inverse (au moyen d'un mémo) une politique sans reconnaître pour autant qu'on l'ait pratiquée. Notons également une contradiction entre d'une part, le besoin de torturer dans les intérêts de la sécurité nationale et d'autre part, le besoin de le cacher pour préserver les apparences de la moralité publique.

La question de la responsabilisation nous conduit à interroger la réaction du public envers les cas de torture documentés. Lorsqu'en 1997, la presse publie des extraits du manuel de torture

distribué par la CIA aux armées d'Amérique Latine durant les années 80, très peu de réactions se manifesteront<sup>34</sup>. La diffusion du documentaire *60 Minutes II* (28 avril 2004) exposant les pratiques d'Abou Ghraib n'a pas connu d'impact majeur auprès d'une population centrée sur la guerre et d'avertissements de menace terroriste codés en couleurs. Près de 2 mois après la divulgation des photos, un sondage indiquait que 35 % du public américain jugeait la torture acceptable dans certaines circonstances (McCoy, 2006). Finalement si certains prédisaient qu'Abou Ghraib serait le Watergate du président Bush, la place secondaire de ce sujet durant la campagne électorale de 2004 et la réélection qui en a résulté ont plutôt réfuté cette idée de « Torturegate ».

La réaction scientifique a été plus développée même si une certaine censure semble avoir été de mise. Si les publications récentes sur ce thème sont plus nombreuses et qu'une opposition entre partisans d'une torture limitée et absolutistes reste présente, on note plus fondamentalement encore une opposition entre les partisans d'un débat et ceux qui le refusent. Enfin, et indépendamment d'une position pour ou contre la torture, le milieu académique semble lui aussi voir son rôle remis en question. Nombreuses furent en effet les critiques adressées à ceux qui osaient faire ce débat. Pour certains, l'idée même de discuter de la torture est mauvaise (Shue, 2004 et Gross, 2004). Weisberg (2004) indique que débattre et rationaliser la torture contribue à aider et inciter son succès et son acceptation même si les auteurs en question s'y opposent.

## **V. Éléments de conclusion**

À travers la distinction de trois types de communications, nous suggérons donc une certaine présentation de la logique discursive de chaque système (philosophique, politique et juridique) autour d'une thématique particulière qui est celle de la torture. Il semble ressortir de cette analyse que chaque système communique avec les autres par rapport à sa logique interne et transmet ainsi son avis à un autre système qui va l'interpréter selon sa propre logique. Lorsqu'il s'agit de légitimer la torture, l'État ne semble pas réellement s'engager dans la voie du débat philosophique. Sans refuser catégoriquement de s'engager dans une communication philosophique, il résout rapidement cette question en optant pour une éthique de responsabilité justifiée par la sécurité de la communauté. En considérant que la situation à laquelle il fait face permet de justifier sa position, l'État affirmera devoir, malgré lui, accorder aux principes moraux et aux droits humains une place de second plan dans le cadre d'un contexte particulier et soi-disant limité dans le temps.

Une fois ainsi « réglées » les considérations morales et éthiques que suscitent la torture, l'État entreprend tant bien que mal de démontrer comment la pratique de torture ne remet pas véritablement en cause, comme l'affirment ses détracteurs, la démocratie et le libéralisme, mais bien au contraire vise à défendre ces valeurs démocratiques et libérales contre les attaques de l'ennemi. Ces arguments trouvent écho dans la communication politique qui justifie la décision prise par l'État; une décision certes impopulaire dans certains cas, mais prise pour le bien commun et la défense de la communauté, et précisément décidée par l'État en raison de son rôle et de ses responsabilités politiques.

Il ne reste plus alors à l'État qu'à développer une communication juridique qui rendrait légitimes ou tout au moins légaux des actes de torture bien que ceux-ci ne soient jamais identifiés comme tels. Cette communication juridique prend alors une place centrale dans le processus de légitimation d'activités étatiques questionnables. À travers l'exemple des États-Unis, nous avons relevé à quel point le politique sollicite et utilise la communication juridique pour tenter de justifier la torture. Les illustrations mentionnées nous ont permis d'entrevoir comment le droit fait preuve de malléabilité même au sein d'une communication exclusivement juridique. C'est, il nous semble, une piste intéressante à poursuivre. En effet, nous avons tous conscience de l'utilisation du droit pour s'opposer à la torture et de protéger les détenus. La documentation est abondante sur les situations historiques durant lesquelles les détenus n'avaient pas de droits, pour évoluer vers la reconnaissance des droits des détenus et même le contrôle du respect de ces droits. Puis dans le cadre d'une recherche comme celle-ci, nous sommes confrontés au fait que les outils normatifs, même les plus reconnus et respectables comme les conventions de Genève, peuvent, dans des circonstances précises, être juridiquement interprétés et écartés dans un sens qui va à l'encontre des droits les plus fondamentaux des personnes détenues. Cette malléabilité du droit n'est certes pas une découverte, mais elle apparaît là où on s'y attendait peut-être le moins.

Nous voyons bien, à travers cette analyse, que le caractère malléable du droit permet sa mobilisation et son utilisation discursive et pratique à la fois pour les opposants et les tenants de la torture. Une communication juridique telle que celle évoquée ici est formulée et utilisée pour détourner ou amoindrir d'autres principes de droit. Le droit, ou plus précisément les conseils juridiques, sont-ils à ce point des outils flexibles auxquels on peut faire dire tout et son contraire? Est-ce une mise à mal du principe de légalité qui vise généralement à protéger des abus du

pouvoir du prince de l'exécutif? Nous voyons, en effet, que le droit est ici utilisé pour étendre le pouvoir du prince puisque les avocats-conseils mettent le droit au service du politique. Ceci vient renforcer la nécessité de distinguer entre l'actualisation des droits humains dans la communication politique et l'actualisation des droits humains dans la communication juridique. Les droits humains ont, en effet, une connotation beaucoup plus large en politique qu'en droit où ils sont plus minimalistes, circonscrits, et potentiellement objet de détournement politique. Certes l'État ne parvient pas pleinement, au moyen du droit, à légitimer et légaliser la torture, mais il réussit à ce que des actes de torture fassent l'objet de justifications légales (peu importe que celles-ci soient plus ou moins convaincantes). La conséquence est alors de rendre difficile voire impossible toute accusation formelle ou mise en cause de responsabilité aussi bien au niveau national qu'international. L'État maintient ainsi un positionnement qui présente des caractéristiques légales, démocratiques et libérales. Il se place à l'abri de mises en cause officielles tout se donnant toujours la légitimité de s'inquiéter des États qui adopteraient eux aussi (mais parfois plus explicitement) des politiques et pratiques de torture. Puisque finalement, il affirme toujours œuvrer pour la protection de la démocratie...

## Notes

1. Dans l'esprit des ateliers du CIRCEM, ce document illustre l'état actuel d'un travail en cours et non achevé aussi bien dans sa forme que son fond.
2. Il se peut cependant que les auteurs de ce type de torture aient pour objectif l'État (qui est alors directement ou indirectement par moyens de pression la cible ou le destinataire de ces actes).
3. Nous tenons à préciser qu'il ne s'agit pas forcément de l'identification de la source de chaque communication en question, mais davantage le contenu et les arguments de chacune.
4. Nous ne détaillerons pas dans ce document les divers principes auxquels cette argumentation fait référence.
5. Ignatieff, 2004.
6. Ignatieff, 2004 et Walzer, 2004.
7. Posner, 2004.
8. Cf. Dorfman, 2004
9. Ignatieff, 2004.
10. Cf. Levinson, 2004.
11. Cf. Dorfman, 2004.
12. Nous référerons à ces mémos par leur date, mais également par le numéro chronologique attribué dans le recueil publié par Greenberg (2005).

13. Ces documents ont été rédigés en réponse à une demande explicite du gouvernement.
14. Levinson, 2004.
15. Mémo 3 p36.
16. Sur ce sujet, voir Margulies, 2006.
17. Mémo 7
18. Mémo 9
19. Mémo 9, p. 126.
20. Mémo 9, pp. 133-134.
21. Mémo 14
22. Ils opèrent une distinction d'intention alors qu'en fait l'intention dans le présent semble être une condition nécessaire à l'intention à l'échéance : faire mal apparaît alors la condition nécessaire à l'obtention d'informations.
23. Sur ce sujet, voir Greenberg, 2006 et Parry, 2004.
24. McCoy, 2006.
25. Ces argumentations (par la suite désavouées et rejetées) ont conduit certains analystes à affirmer qu'il s'agissait de légaliser la torture non pas explicitement, mais implicitement. Ces analyses comportent bien sûr des carences et faiblesses. Les avocats-conseils ne clarifient pas la définition et délimitation des cas applicables. L'argumentation concernant les conventions de Genève apparaît erronée et partielle : si les détenus en question ne sont pas des prisonniers de guerre protégés par Genève II, ils sont par conséquent des civils protégés par Genève III. Par ailleurs, l'argumentaire repose sur le fait que ces prisonniers sont membres d'Al-Qaida pour leur refuser le statut protecteur. La question de la preuve de cette appartenance n'est, en revanche, pas questionnée et encore moins établie légalement.
26. McCoy, 2006.
27. Berkth, 2004.
28. Gross, 2004.
29. La Cour suprême israélienne dans son jugement de 1999 s'est penchée sur la défense de nécessité. Elle reconnaît, en effet, que la nécessité peut, dans les circonstances bien précises de danger imminent, être plaidée devant un tribunal criminel par un interrogateur mis en examen. La cour rejette justement l'idée que la nécessité puisse servir pour justifier un pouvoir administratif plus général de torturer, mais accepte l'idée de nécessité lors d'un jugement après les faits. En bref, si la nécessité a pour effet de permettre à une personne d'échapper à la responsabilité criminelle dans certaines circonstances, elle ne possède nullement de valeur normative additionnelle.
30. Mémo 14, p. 208.
31. Luban (2006) souligne, en revanche, que cette défense est très peu utilisée dans la pratique judiciaire. Dans son analyse de la jurisprudence, il n'a recensé aucun cas où la défense de nécessité a été reconnue en cour fédérale. Les cas de défense recensés ont tous été rejetés et aucun n'impliquait l'usage de la violence. Il s'agit en effet d'une défense très spécifique et rien ne semble, selon lui, supporter l'idée qu'elle puisse être reconnue pour la torture. Comme le

mentionne le mémo Bybee, cette défense peut ne pas s'appliquer en cas d'incertitude. Parry (2004) souligne d'ailleurs que la justification de nécessité peut seulement être envisagée quand des informations suffisantes sur une attaque spécifique sont connues avec certitude. Pour cet auteur, une simple probabilité ne peut suffire à justifier la torture par la nécessité qui présente, de plus, un risque inhérent d'escalade dans son utilisation. Mentionnons, pour conclure avec la nécessité, que celle-ci semble clairement écartée dans la convention contre la torture qui mentionne dans son article 2 : « aucune circonstances exceptionnelles, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la torture ».

32. Mémo p. 209.

33. Nous pourrions bien sûr amplement discuter les problèmes que pose cette défense, notamment le fait que la légitime défense est généralement conçue pour l'usage de la force sur la personne qui va conduire l'attaque en question, la personne qui représente le danger et la menace. Or dans le cas de figure envisagé, la personne sur laquelle on utilise la force ne représente pas en soi une menace puisqu'elle est maîtrisée physiquement (dans un cas de légitime défense, la personne est dangereuse tandis que dans le cas de torture, elle est en fait sans défense!). Nous pouvons également objecter, comme Gur-Arye (2004), que dans le cas de la torture, l'usage de force a lieu non pas contre un acte, mais contre une omission (de parler). Ceci vient questionner la pertinence de la défense de légitime défense sans pour autant la remettre en cause puisque les systèmes juridiques condamnent de plus en plus d'actes d'omissions (ne pas porter secours...). Finalement, le mémo de Bybee associe la légitime défense avec la défense des autres puisque l'interrogateur utilise la violence pour protéger les autres. En identifiant les deux, Bybee représente alors comme une mesure justifiable tous les usages de la force dans l'objectif est l'autodéfense du peuple.

34. McCoy, 2006.

### **Quelques références mentionnées :**

Babissagana, E. (2006). L'interdit de la torture en procès? Bruxelles : Facultés universitaires St Louis.

Dorfman, A.(2004). The Tyranny of Terror: Is Torture Inevitable in Our Century and Beyond? In Ed. S. Levinson; Torture: A Collection. New York: Oxford University Press.

Freeman, M. (2002). Human Rights. Cambridge : Polity Press.

Greenberg, K.J. (2006). The Torture Debate in America. New York : Cambridge University Press.

Greenberg, K.J.& Dratel, J.L . (2005). The Torture Papers. New York : Cambridge University Press.

Gross, O. (2004). The Prohibition on Torture and the Limits of the Law. In Ed. S. Levinson; Torture: A Collection. New York: Oxford University Press.

Gur-Arye, M. (2004). Can the War Against Terror Justify the Use of Force in Interrogation? Reflexions in Light of the Israeli Experience. In Ed. S. Levinson; Torture: A Collection. New York: Oxford University Press.

- Ignatieff, M. (2004). *Political Ethics in an Age of Terror : The Lesser Evil*. Toronto : Penguin.
- Kant, E. (1785). *Les fondements de la métaphysique des mœurs*.
- Levinson, S.(2004). *Contemplating Torture: An Introduction*. In Ed. S. Levinson; *Torture: A Collection*. New York: Oxford University Press.
- Luban, D. (2006) *Liberalism, Torture and the Ticking Bomb* in Greenberg, K.J.,*The Torture Debate in America*. New-York: Cambridge University Press.
- Parry, J.T.(2004). *Escalation and Necessity: Defining Torture at Home and Abroad*. In Ed. S. Levinson; *Torture: A Collection*. New York: Oxford University Press.
- Posner, R. (2004). *Torture, terrorism and Interrogation*. In Ed. S. Levinson; *Torture: A Collection*. New York: Oxford University Press.
- Margulies, J. (2006). *Guantanamo and the Abuse of Presidential Power*. New York : Simon & Schuster.
- McCoy, A. (2006). *A Question of Torture : CIA Interrogation from the Cold War to the War on Terror*. New York : Metropolitan Books.
- Mertus, J. (2004). *Bait and Switch: Human Rights and U.S. Foreign Policy*. New York : Routledge.
- Shue, H. (2004). *Torture*. In Ed. S. Levinson; *Torture: A Collection*. New York: Oxford University Press.
- Walzer, M. (2006). *Political Action, the Problem of Dirty Hands*. In Ed. S. Levinson; *Torture: A Collection*. New York: Oxford University Press.
- Weber, M. (1959). *Le savant et le politique*. Paris : Librairie Plon.
- Weisberg, R.H.(2004). *Loose Professionalism, or Why Lawyers Take the Lead on Torture?* In Ed. S. Levinson; *Torture: A Collection*. New York: Oxford University Press.

**« La torture : une pratique en quête de légitimation ».**  
**Quelques remarques critiques sur le texte de Sandra Lehalle**

*Commentaire de Gilles Labelle, CIRCEM, École d'Études politiques*

Si j'essaie de me placer à l'intérieur de la logique du texte lui-même, d'en juger les mérites : j'ai l'impression qu'une thèse est sous-entendue, mais sans être complètement explicitée. Le texte s'inscrit dans la théorie systémique (Luhmann) : la « logique discursive de chaque système [...] communique[rait] avec les autres par rapport à sa logique interne et transmet[trait] ainsi son avis à un autre système qui va l'interpréter selon sa propre logique » (p. 26). Cela dit, l'impression que laisse le texte est plutôt que les trois logiques discursives (philosophique, politique et juridique) sont relativement fermées sur elles-mêmes; ce que l'auteure veut dire par « communication » n'apparaît pas clairement. Elle pourrait préciser, me semble-t-il, sa thèse ici.

Je me suis particulièrement intéressé à la première partie, qui porte sur la « communication philosophique ». L'auteure soulève dans cette partie des questions difficiles : la question de l'universalisme et du relativisme, d'une part; la question, qui recoupe la précédente, de l'absolutisme et de l'utilitarisme, d'autre part.

L'auteure relève l'existence d'une logique discursive à laquelle la répugnance que soulève la torture conduit en quelque sorte naturellement ou spontanément : la torture devrait être universellement et absolument condamnée parce qu'elle représente une violation de la dignité humaine (c'est le sens de l'universalisme et de l'absolutisme). Or cette position, indique-t-elle, est difficilement tenable. Avant tout parce qu'on associe généralement la dignité humaine à l'existence de droits, que parmi ceux-ci se trouve le droit à vivre en sécurité et que, de la sorte, une argumentation de type utilitariste, qui se fonde sur une estimation du rapport entre les coûts et les bénéfices respectivement de la condamnation absolue de la torture et de la possibilité de son utilisation à des fins sécuritaires, apparaît légitime (aussi choquante soit-elle). Autrement dit, en réfléchissant à partir d'une logique universaliste et absolutiste – la torture est universellement et absolument condamnable – qui se fonde sur la dignité humaine, on aboutit pourtant à une logique relativiste/particulariste et utilitariste : la torture peut être acceptable dans certaines

circonstances, puisqu'elle pourrait engendrer des bénéfices supérieurs à des coûts. Il paraît très difficile de sortir de cette logique selon l'auteure – qui est, me semble-t-il, engendrée sur un mode auto-référentiel, pour en rester au cadre théorique de Luhmann : c'est la logique même de l'universalisme et de l'absolutisme qui conduit à son contraire –, qui pose ainsi un dilemme auquel les sociétés démocratiques libérales sont confrontées sans qu'elle ne parvienne à le dépasser.

Une position utilitariste nous paraît moralement condamnable ou du moins très difficile à accepter et à légitimer. Pourtant, c'est de plus en plus en ce sens que s'oriente une quasi indicible « idéologie libérale de la torture » (p. 8). Il est exact de dire qu'une telle idéologie pourrait être comprise à la lumière de la distinction que fait Weber entre éthique de la conviction et éthique de la responsabilité; mais l'auteure rappelle qu'il faut garder à l'esprit qu'une telle distinction ne permet en aucune façon de trancher les dilemmes qu'elle met en scène (p. 10).

Si je me place maintenant d'un point de vue quelque peu extérieur à la logique du texte, celui-ci me paraît faire ressortir un certain nombre d'éléments susceptibles de nourrir un débat à propos de la démocratie.

Le texte soulève à mon sens le problème de l'écart – qui définit peut-être la démocratie – entre sa réalité et son « principe » ou son « esprit ». La démocratie peut-elle se penser pour ce qu'elle est (c'est là une question soulevée dans la philosophie politique française récente, par Claude Lefort et Marcel Gauchet entre autres, qui y répondent négativement)? La démocratie se pense en fonction du principe ou de l'esprit dont elle se veut l'incarnation : elle associe le *dêmos* (peuple) et le *kratos* (pouvoir, puissance). Or nul ne sait exactement ce que recouvre le *dêmos* (est-ce le grand nombre, l'addition des citoyens? Le peuple est « introuvable », *dixit* Rosanvallon); et par le fait même, nul ne sait ce que peut recouvrir exactement l'association du *dêmos* au *kratos* : on ne pense généralement la puissance exercée par la bureaucratie, par la « société civile », par les « groupes » ou les puissances privées qui la constituent, etc., que comme un écart à l'égard de la norme que serait le pouvoir exercé par le *dêmos*. Bref : la réalité des démocraties telles qu'elles sont échappe parce qu'elle n'est jamais pensée que comme écart ou différence – comme une exception – par rapport à ce qu'elle devrait être. Le cas de la torture pourrait être considérée comme un cas de cette incapacité d'auto-réflexion, comme un cas de l'opacité structurelle de ce qu'est la

démocratie pour elle-même : impensable eu égard à la norme qu'est la dignité humaine, l'existence du droit, la torture – et on pourrait dire plus globalement : la violence – est néanmoins pratiquée par des sociétés démocratiques, tout en ne pouvant être pensée qu'à la marge, par des philosophes ou des juristes, qui ne peuvent en faire autre chose qu'une exception. C'est d'ailleurs ce que la logique discursive propre à ce que l'auteure appelle la « communication politique » affirme clairement : la torture relève – au moins sur le plan rhétorique – de l'exception (qui définit précisément la souveraineté pour Carl Schmitt). En ce sens, l'exception serait la manière dont les sociétés « règlent » (mais cela ne fait que repousser plus loin le problème) le dilemme auquel je fais allusion plus haut, selon lequel tant l'universalisme et l'absolutisme que le relativisme et l'utilitarisme sont intenable et enferment dans une sorte de cercle vicieux (l'absolutisme conduit à l'utilitarisme, qui reconduit à l'absolutisme, etc.).