

Actes du colloque

Équipe
de recherche
sur la pénalité



Centre International de
Criminologie Comparée

Montréal,
5-6-7 décembre 2007

La malléabilité du droit : torture et discours juridique

Sandra Lehalle
slehalle@uottawa.ca

RÉSUMÉ *À travers l'étude des mémos de torture échangés entre la Maison-Blanche et ses conseillers juridiques entre 2001 et 2004, nous proposons une analyse des argumentations ayant conduit à l'adoption de pratiques d'interrogatoire et de torture interdites par les conventions internationales. Nous analysons ainsi la mise en œuvre et l'utilisation du droit par le pouvoir exécutif dans le but de contourner l'interdiction et éviter a priori et a posteriori les répercussions légales de celle-ci.*

MOTS CLÉS *Torture, justifications juridiques, droits humains.*

SUMMARY *Through the study of the «torture memos» exchanged between the White House and its legal counsels between 2001 and 2004, we offer an analysis of the justifications leading to the practice of coercive interrogations and torture. We focus on the conception and the use of legally viable arguments by the executive power in order to pave the way for practices forbidden under international conventions with the express intent of evading legal consequences.*

KEYWORDS *Torture, legal justifications, human rights.*

RESUMEN *Mediante el estudio de los memorandos sobre la tortura intercambiados entre la Casa Blanca y sus consejeros jurídicos entre 2001 y 2004 nos proponemos el análisis de la argumentación que condujo a la adopción de prácticas de interrogatorio y de tortura prohibidas por los convenios internacionales. Asimismo analizaremos la*

puesta en marcha y la utilización del derecho por parte del poder ejecutivo con el fin de eludir la prohibición y evitar a priori y a posteriori las repercusiones legales de ésta.

PALABRAS CLAVE *Tortura, justificaciones jurídicas, derechos humanos.*

Introduction

Ce court article vise à présenter succinctement un des aspects d'une recherche en cours sur l'articulation de la torture et des droits de la personne dans les discours juridique, politique et philosophique. Nous limiterons ici notre exposé en proposant une description analytique du débat concernant la torture en mettant l'accent sur une communication spécifique : la communication juridique telle que mise en œuvre aux États-Unis dans le cadre de la lutte contre le terrorisme.

La torture : polémique et distinction

Certes, la torture n'est pas quelque chose de nouveau, puisque même des pays démocratiques défenseurs des droits de la personne l'ont pratiquée ou la pratiquent encore de façon continue et organisée¹. Amnesty International rapporte en effet qu'entre 1997 et 2000, les trois quarts des gouvernements du monde ont utilisé la torture. Bien évidemment, même les États qui la pratiquent de façon organisée ne se prononcent jamais ouvertement en faveur de la torture ! On relève, en effet, l'existence concomitante d'une opposition discursive et normative à la torture et une pratique permissive.

*Sandra Lehalle est
professeure remplaçante au
Département de criminologie
de l'Université d'Ottawa*

L'interdiction actuelle de la torture est bien absolue et les conventions internationales ne laissent aucun doute à ce sujet. Cependant, cette interdiction ne semble avoir que peu d'effets contraignants sur le système politique des États. La réalité de sa pratique semble indiquer que la torture serait compatible avec la logique politique malgré son incompatibilité avec les engagements internationaux. Il ressort donc un intérêt certain d'analyser plus en profondeur cette dichotomie de la communication au sujet de la torture.

Avant d'entrer dans le vif du sujet, il convient de clarifier quelques éléments. Afin de délimiter notre objet, nous proposons en effet de distinguer trois cas de figure conceptuels : la torture qui n'est aucunement

[Lehalle, S. La malléabilité du droit : torture et discours juridique |

rattachée à l'État et pour laquelle la communication de l'État est exclue (individus de la société civile, groupes criminels), la torture pratiquée dans le cadre d'activités ordinaires par la police et les services correctionnels et finalement la torture pratiquée dans le cadre d'activités extraordinaires par les agences de sécurité nationale et l'armée.

Même si ces trois cas ont toujours existé de façon permanente, nous pouvons constater que l'émergence du débat actuel est attribuée au troisième cas de torture, sur lequel nous avons centré cette recherche. Ce sont les problématiques de la torture pratiquée par les agences de sécurité nationale et l'armée dans le cadre de la lutte contre le terrorisme qui ont fait resurgir la polémique. La torture est à nouveau devenue un sujet de discussion 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 ?

L'analyse de ce débat nous a conduit à distinguer, d'une part, les défenseurs d'une interdiction inconditionnelle de la torture, les absolutistes, et d'autre part, ceux pour qui certaines circonstances justifient davantage de flexibilité et donc une interdiction relative de la torture. Si les absolutistes avancent principalement des arguments déontologiques centrés sur les droits humains (dignité, intégrité...), on retrouve dans les deux camps des arguments utilitaristes qui proposent une analyse coûts/bénéfices de la torture pour finalement conclure à son intérêt ou désintérêt.

Divers types de communication

De façon plus pertinente, nous proposons de distinguer les arguments selon le type de communication qui les met en œuvre, notamment la communication juridique, la communication politique et la communication philosophique. 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 la cible et le destinataire de communications juridiques, politiques ou philosophiques qui ont pour but d'influencer les politiques et les pratiques étatiques concernant la torture.

À défaut de temps, nous ne développerons pas les communications politique et philosophique dans cet article. Il convient cependant de préciser que la communication philosophique est l'œuvre de penseurs, universitaires, philosophes conseillers du pouvoir exécutif, nous pourrions dire les « philosophes conseillers du prince ». Cette

communication fait clairement référence à des arguments d'ordre philosophiques voire épistémologiques et nous renvoie aux dilemmes évoqués par Kant et Dostoïevski, entre autres. La question alors examinée est celle de la moralité ou immoralité de la torture. La communication politique, quant à elle, revoit 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.

Si l'on se centre, à présent, sur la communication juridique, on constate qu'elle est l'œuvre de juristes consultés par le pouvoir exécutif, nous pourrions parler des «avocats-conseils 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 font référence à la législation, au droit, pour émettre des avis professionnels, des suggestions (non plus sur la moralité ou l'intérêt politique de la torture mais) sur la légalité ou l'illégalité de certaines pratiques pouvant être identifiées comme torture. À la différence des communications précédemment mentionnées, il ne s'agit pas de porter un jugement de valeur ou de principes 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 mis en œuvre pour justifier et argumenter les prises de position du pouvoir exécutif.

La communication juridique : le cas des États-Unis et des mémos de torture

Pour illustrer ce propos, nous évoquerons quelques exemples 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 américain : les fameux « mémos de torture ».

Qu'il s'agisse 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 semble alors pour ces avocats-conseils

d'encadrer légalement — *a priori* ou *a posteriori* — les pratiques qui détournent l'interdit de la torture.

Il s'agit souvent d'un processus avec des étapes juridiques qui ne concernent pas toutes la torture de façon expliciteⁱⁱ, mais elles posent les jalons de la négociation entre les normes existantes et la torture. Le droit, et éventuellement les droits humains, est alors mis en œuvre pour discuter des limites actuelles de l'interdiction de la torture. Ces mémos ont, en effet, été réalisés pour répondre au besoin de l'administration américaineⁱⁱⁱ 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.

Des justifications a priori

Certaines de ces communications juridiques proposent des justifications *a priori*, préalables à certaines actions ou décisions pouvant conduire à des pratiques de torture et impliquer des responsabilités mises en cause.

Le premier jalon de cette argumentation a consisté à justifier 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 étrangers détenus à Guantanamo Bay. Une telle juridiction, si elle était reconnue, 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 d'un recours fructueux à l'habeas corpus. Si jamais l'habeas corpus était reconnu, cela viendrait interférer avec le système développé pour gérer la détention et le jugement des ennemis étrangers : « *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^{iv}* ».

Dans un deuxième temps, les avocats ont tenté de justifier la non-application des traités internationaux aux détenus d'al Qaeda 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 Qaeda qui, en tant que acteur non étatique (pas un État-nation) ne peut pas être partie aux conventions internationales qui régissent la guerre. Un autre argumentaire juridique est avancé pour la milice des Talibans puisque l'Afghanistan est bien signataire des quatre conventions de Genève. Les avocats-conseils proposent alors d'envisager que les Talibans ne 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 Gonzáles. L'avocat affirme alors clairement que les conventions de Genève ne s'appliquent pas aux détenus en questions et que le président dispose du plein pouvoir^v constitutionnel de suspendre les obligations des États-Unis envers les traités internationaux durant la période de conflit avec l'Afghanistan. Ce pouvoir discrétionnaire peut se justifier au choix (deux argumentaires sont proposés) par la position que l'Afghanistan est un État déchu, « *a failed state* » ou que les prisonniers ne qualifient pas 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^{vi}. Le ministre de la justice Ashcroft^{vii} lui-même, dans son courrier au président du 1^{er} février 2002, propose tout le support argumentaire à la décision de ne pas appliquer la Convention de Genève aux détenus en question afin d'éviter toute incrimination postérieure. Il affirme sans détour que grâce à cette argumentation juridique les risques légaux seraient minimisés :

[...] 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^{viii}.

La troisième étape de la justification juridique a consisté à défendre l'utilisation de certaines techniques d'interrogation. Du mémo du 26

février 2002 sur les contraintes légales potentielles applicables aux interrogations 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'interrogation à appliquer dans ce conflit ainsi que les justifications qui leur sont applicables. Le mémo de Bybee du 1^{er} août 2002^x analyse les standards de conduite au regard de la Convention contre la torture telle qu'intégrée 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^x.



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 la prohibition de la torture aux actes extrêmes^{xi} 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 définies comme torture. L'avocat reconnaît que ces techniques pourraient se voir qualifiées de traitements inhumains, mais pas de torture^{xii}.

Ce mémo a été le premier jalon d'un processus légal conduisant à l'approbation en décembre 2002 de techniques d'interrogation de catégories I, II (cagoules, nudité, rasage forcé, utilisation des phobies telle que la peur des chiens) et III (convaincre de l'imminence de la mort ou des conséquences douloureuses pour l'individu et/ou sa famille, exposition au froid et à l'eau)^{xiii}. 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.

Des justifications a posteriori

Les avocats-conseils ont également tenté de construire une argumentation juridique qui viendrait justifier l'usage de la torture non plus *a priori* mais bien *a posteriori*, une fois celle-ci utilisée dans certaines circonstances. Ils soutiennent ainsi que la désobéissance légitime, hypothèse reconnue par le droit international et national, 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. 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 objectif supérieur.

La première option proposée comme défense à une accusation de torture est la justification de nécessité. Il s'agit donc de circonstances dans lesquelles un interrogateur ayant utilisé la torture pour prévenir une danger spécifique justifierait devant un tribunal sa conduite par la nécessité. La défense de nécessité suppose donc 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 la torture. Puisque la loi criminelle reconnaît la défense de nécessité, la torture ne serait donc pas un mal absolu lorsqu'elle résulte en bien. Selon l'avocat, cette défense de nécessité n'est 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^{xiv}* ».

La deuxième option pour justifier *a 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^{xv}. La doctrine de légitime défense permet l'usage de la force raisonnable pour prévenir un danger pour soi-même ou pour d'autres. En respectant un certain nombre de conditions (force nécessaire, conviction que 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.

On voit bien que ces justifications postérieures (nécessité, légitime défense) tentent, au moyen du droit, de concilier l'interdiction absolue de la torture et la reconnaissance d'actions extra légales dont la société (à travers les juges) détiendrait le rôle de donner une condamnation ou approbation *a posteriori*. Il est pertinent de relever également qu'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 pour l'État qui la pratique d'argumenter que le pays d'accueil avait promis de ne pas pratiquer la torture. Si le gouvernement américain 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^{xvi}.

Conclusion

Pour conclure, nous soutenons que ces différentes illustrations démontrent bien la malléabilité du droit même au sein d'une communication exclusivement juridique. Il s'agit, selon nous, d'une piste intéressante à poursuivre. En effet, nous connaissons bien l'utilisation du droit pour s'opposer à la torture. Les analyses sont nombreuses à développer sur l'évolution et la reconnaissance des droits des détenus. Cependant, cette recherche révèle que des outils normatifs, même les plus reconnus et respectables comme les conventions de Genève, peuvent, dans des circonstances précises, être juridiquement interprétés et/ou 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 dans un domaine où on s'y attendait peut-être le moins puisque l'interdiction de la torture revêt de nos jours un statut d'absolu immuable. Or, 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 par les opposants et par les

tenants de la torture. Une communication juridique telle que celle évoquée est, en effet, formulée et utilisée pour détourner ou amoindrir d'autres principes de droit. Les normes juridiques sont-elles à ce point flexibles que l'on peut, à l'issue d'un exercice juridique, leur 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 ? On constate, en effet, que le droit est ici utilisé pour étendre le pouvoir du prince puisque ces avocats-conseils mettent la communication juridique au service du politique. Ceci vient une fois de plus souligner la nécessité de distinguer entre l'actualisation des droits humains dans la communication politique et l'actualisation des droits humains dans la communication juridique afin de pouvoir analyser leur influence et utilisation respectives.

Références

- 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 S. Levinson (ed., *Torture: A Collection* (229-253). New York : Oxford University Press.
- Luban, D. (2006). Liberalism, Torture and the Ticking Bomb. In K. J. Greenberg, *The Torture Debate in America* (35-83). New-York : Cambridge University Press.
- Parry, J. T. (2004). Escalation and Necessity: Defining Torture at Home and Abroad. In S. Levinson (éd.), *Torture: A Collection* (145-164). 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.
- Weisberg, R. H. (2004). Loose Professionalism, or Why Lawyers Take the Lead on Torture? In S. Levinson (éd.), *Torture: A Collection* (299-305). New York : Oxford University Press.

-
- ⁱ On pensera entre autres au Royaume-Uni, à l'Irlande, à l'Algérie, aux États-Unis et à de nombreux pays d'Amérique Latine.
- ⁱⁱ Il est bien clair qu'aucun mémo n'affirme ouvertement le choix de la torture.
- ⁱⁱⁱ Ces documents ont été rédigés en réponse à une demande explicite du gouvernement.
- ^{iv} Mémo 3, p. 36 dans Greenberg, K. J., & Dratel, J. L. (2005).
- ^v Sur ce sujet, voir Margulies (2006).
- ^{vi} Mémo 7 dans Greenberg, K. J., & Dratel, J. L. (2005).
- ^{vii} Mémo 9 dans Greenberg, K. J., & Dratel, J. L. (2005).
- ^{viii} Memo 9, p. 126 dans Greenberg, K. J., & Dratel, J. L. (2005).
- ^{ix} Mémo 14 dans Greenberg, K. J., & Dratel, J. L. (2005).
- ^x 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.
- ^{xi} Sur ce sujet, voir Greenberg (2005) et Parry (2004).
- ^{xii} McCoy (2006).
- ^{xiii} 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. Les mémos en questions viennent donner au pouvoir exécutif les outils argumentatifs supportant l'utilisation de la torture sans que celle-ci soit nommable ou répréhensible. Ces analyses comportent bien sûr des carences et faiblesses que nous ne développerons pas dans cet article.
- ^{xiv} Mémo 14, p. 208 dans Greenberg, K. J., & Dratel, J. L. (2005).
- ^{xv} Mémo 14, p.209 dans Greenberg, K. J., & Dratel, J. L. (2005).
- ^{xvi} Cette pratique décriée massivement, notamment par le Conseil de l'Europe, se heurte également à la résistance des opposants et des partisans de l'utilisation de la torture.