



HAL
open science

Invisibiliser la torture par le droit. Une comparaison Espagne / États-Unis

Caroline Guibet Lafaye, Mathias Delori

► **To cite this version:**

Caroline Guibet Lafaye, Mathias Delori. Invisibiliser la torture par le droit. Une comparaison Espagne / États-Unis. *Revue internationale de politique comparée*, 2023, 29, pp.77 - 103. 10.3917/ripc.294.0077 . hal-04116828

HAL Id: hal-04116828

<https://hal.science/hal-04116828v1>

Submitted on 5 Jun 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

INVISIBILISER LA TORTURE PAR LE DROIT. UNE COMPARAISON ESPAGNE / ÉTATS-UNIS

Caroline GUBET LAFAYE*
Mathias DELORI**

La question du rapport des démocraties à la torture a fait l'objet d'une littérature importante depuis les années 2000¹. De multiples travaux (présentés ci-après) soulignent que les institutions démocratiques telles que la séparation des pouvoirs, l'État de droit, le pluralisme politique ou encore l'autonomie de la presse constituent des contraintes pour les États démocratiques qui décident de torturer. Cependant, des démocraties ont recours à la torture et il n'est pas certain que ce fait soit la simple conséquence d'un développement insuffisant des institutions démocratiques. En effet, des élections libres peuvent constituer un terrain favorable au développement de politiques de torture quand une majorité de citoyens s'estiment menacés et quand les victimes de ladite politique n'appartiennent pas à la majorité. Dès lors se pose la question de savoir comment les États démocratiques composent avec les normes juridiques qui condamnent celle-ci.

Nous nous intéresserons dans cet article à deux cas : la politique de l'Espagne postfranquiste à l'égard des participants à la lutte indépendantiste basque et celle des États-Unis au début des années 2000 vis-à-vis des prisonniers de leur « guerre contre la terreur ». L'intérêt de cette double étude réside dans le fait que l'on a affaire à deux pays dans lesquels les institutions démocratiques sont relativement développées, mais qui, par ailleurs, présentent de nombreuses différences, que ce soit

* Université Jean Jaurès, Toulouse, Liss, Orcid : 0000-0002-2114-7605.

** Centre Marc Bloch de Berlin, Orcid : 0000-0002-7066-3729.

1. Nous remercions les trois évaluateurs anonymes de la RIPC pour leurs remarques très pertinentes sur une version précédente de ce texte.

sur le plan de l'ancrage historique desdites institutions, de la puissance politique, de la représentation du conflit (national dans le cas espagnol, international dans le cas états-unien) ou encore de l'insertion dans les régimes juridiques condamnant la torture. Relevons, à propos de ce dernier point, que l'Espagne a ratifié l'ensemble des conventions internationales condamnant la torture, notamment les Conventions de Genève, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, les protocoles additionnels aux conventions de Genève de 1977, la Convention de 1987 « contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants » et la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Les États-Unis, pour leur part, n'ont ratifié que les conventions de Genève de 1949 (sans les protocoles additionnels de 1977), le pacte de 1966 et la convention de 1987 tout en posant une réserve sur laquelle nous reviendrons plus loin.

La comparaison qualitative de cas *a priori* différents – ce qu'on appelle en anglais la « most different case design » – est intéressante quand elle permet de révéler des points communs (Gerring & Cojocaru, 2016). En l'occurrence, cette étude montre que les forces de sécurité espagnoles et états-uniennes ont pratiqué la torture dans des espaces fermés aux juges, aux journalistes et aux acteurs humanitaires. Qui plus est, ils ont utilisé des techniques qui ne laissent pas ou guère de traces visibles sur le corps des détenus. Cette politique d'invisibilisation pratique ou matérielle n'est pas très étonnante. Elle est du reste conforme à un attendu fort de la littérature (Rejali, 2007, p. 5). Dès lors, la principale originalité de notre étude se trouve ailleurs : en Espagne comme aux États-Unis, les partisans de la torture se sont appuyés sur le droit pour mettre en place des zones de non-droit.

Ce recours ne découle pas seulement de considérations pratiques. Dans son étude sur la torture perpétrée par la France en Algérie, Raphaël Branche n'a trouvé que deux textes officiels évoquant ces pratiques, en l'occurrence des documents à usage interne sans valeur juridique (Branche, 2001, p. 247)². Notre hypothèse, qui mériterait d'être mise à l'épreuve sur d'autres cas, est que le droit permet aux démocraties d'organiser l'invisibilisation pratique de la torture et de légitimer celle-ci quand ladite invisibilisation rencontre des ratés. On a pu s'en rendre compte lorsque des juges ont dû se prononcer sur les conditions de détention de prisonniers basques en Espagne ou lors de la publication des photographies des mauvais traitements dans la prison d'Abu Ghraib.

2. Le « Guide provisoire à l'usage des officiers de renseignement en Algérie » et le « Bulletin d'information et de liaison des officiers d'artillerie d'active et de réserve ».

L'usage de la violence contre des détenus n'est pas systématiquement apparue comme une « torture », car ladite violence était encadrée par le droit.

Nous déployons cet argument en trois temps. La première section présente de manière plus détaillée notre argument en le situant par rapport à la littérature spécialisée sur le rapport entre démocratie et torture. Les deuxième et troisième sections exposent respectivement les cas espagnol et états-unien.

Le droit : contrainte ou instrument pour les démocraties qui ont recours à la torture ?

Le rapport des démocraties, en particulier occidentales, à la torture a fait l'objet d'une littérature importante depuis la fin des années 2000. Elle distingue la violence répressive – ciblant spécifiquement les opposants politiques – et la violence oppressive – portée contre toute cible jugée délinquante (Beger & Hill, 2019). Bien que la plupart des spécialistes estiment que les institutions politiques associées à la démocratie réduisent la fréquence de la torture et d'autres abus violents, les analyses du rapport complexe – et rarement assumé explicitement – entre démocratie et torture soulignent les conditions de possibilité au sein desquelles ces pratiques rencontrent une tolérance accrue. Si, de façon générale, les institutions des démocraties (élections libres et pluralistes, indépendance relative de la justice, liberté de la presse) jouent un rôle dans la prévention de la torture et des mauvais traitements, l'existence d'élections libres et ménageant une concurrence électorale ne suffit pas à éradiquer la possibilité de violations des droits humains. En effet, les individus les plus susceptibles de subir ces mauvais traitements ne constituent pas toujours un électorat intéressant du fait de leur caractère minoritaire. Par ailleurs, ils peuvent incarner la figure de l'ennemi (Davenport, 2007), notamment quand ils sont présentés comme racialement ou culturellement « autres » (Balibar, 2010, p. 108).

La littérature a établi que trois mécanismes, caractéristiques du fonctionnement démocratique, contribuent à réduire ces pratiques, en l'occurrence la *voice*, entendue comme l'expression à travers les urnes et la contestation, le *veto* (Lupu, 2015) s'exprimant dans le cadre de la séparation des pouvoirs, et enfin la liberté d'expression comme possibilité de la critique (Davenport *et al.*, 2007 ; Moore, 2010, p. 424). Néanmoins, une étude portant sur 137 pays entre 1976 et 1996 et une autre concernant

146 pays entre 1980 et 1999 ont mis en évidence que ces obstacles à la torture sont relativement fragiles (Davenport, 2007 ; Davenport *et al.*, 2007)³. Dans une situation de conflit politique, un État démocratique peut être tenté de s'autoriser des pratiques abusives, et ce d'autant plus qu'il existe des possibilités légales de « déroger » au respect des droits humains, notamment lorsque surviennent des situations exceptionnelles. Les traités internationaux prévoient en effet la possibilité de suspendre certaines libertés civiles et politiques en réponse à des crises (Helfer, 2002 ; Koremenos, 2005, p. 561 ; Neumayer, 2007, p. 409), tout en maintenant des mécanismes de surveillance. La possibilité de ces dérogations offre aux États une marge de manœuvre juridique, légale, quoique temporaire, face à la menace et à une incertitude politique majeure (Hafner-Burton *et al.*, 2011)⁴.

Des conditions sociales peuvent aussi favoriser la tolérance à la torture dans les démocraties, à commencer par les cultures professionnelles de certaines forces de sécurité (Courtenay *et al.*, 2017). En particulier, la militarisation de la police contribue à la perpétuation de pratiques considérées localement comme acceptables alors qu'elles sont contraires aux droits humains. Le cas de l'Espagne avec la Garde civile constitue un exemple emblématique. La militarisation de la police nourrit des stratégies, des techniques, des moyens voire un *ethos* conduisant à traiter le suspect comme un « ennemi en temps de guerre » (Magaloni & Rodriguez, 2020). Dans le cas états-unien, la CIA et les forces spéciales ont elles aussi imposé leurs cultures organisationnelles à des institutions plus hostiles à l'usage de la violence contre des détenus, notamment le FBI et les forces conventionnelles (Bigo & Guittet, 2018).

Les représentations ethnoraciales jouent également un rôle. Ainsi, Piazza a montré que les pratiques d'interrogatoire renforcé, de détention arbitraire voire de privation de droits en détention étaient davantage

3. Toutefois une étude plus fine des dénonciations de torture ne laissant pas de trace physique ainsi que de la sous-déclaration des sévices de torture et mauvais traitements permet de nuancer ces conclusions (Courtenay *et al.*, 2018). Ces conclusions se sont vérifiées avec le cas Abu Ghraib. L'existence de structures représentatives tout comme celle d'une justice indépendante ne suffit pas à hypothéquer la torture (Conrad *et al.*, 2018, p. 13) dans la mesure où celle-ci peut se pratiquer sans laisser de trace et en s'invisibilisant – ainsi que nous le verrons dans le cas espagnol – mais également du fait de la construction de la figure de l'ennemi, dans un contexte où règne sur la démocratie considérée une menace, nationale ou transnationale. Ainsi de solides instances judiciaires peuvent conduire à ce que soit privilégiée une torture extérieurement « non visible » (Conrad *et al.*, 2018, p. 13-14).

4. Cette possibilité, en revanche, se réduit lorsque le facteur « veto » intervient sur les décisions de l'exécutif national, c'est-à-dire lorsque l'opposition législative devient un mécanisme national renforçant la valeur contraignante des traités internationaux (voir Lupu, 2015).

acceptées par les citoyen.e.s américain.e.s lorsqu'elles concernaient des détenus musulmans plutôt que des personnes issues de l'extrême droite suprémaciste blanche ou chrétienne (Piazza, 2015, p. 667). De façon générale, la littérature suggère qu'une perception accrue de la menace diminue la tolérance des populations à l'égard de minorités raciales, ethniques et religieuses (Courtenay *et al.*, 2018)⁵ tout en favorisant la tolérance par rapport à la torture (Conrad *et al.*, 2018). On observe, *a contrario*, que lorsque le sentiment de menace décroît, les élections libres et la liberté d'expression permettent une réduction de la pratique de la torture, y compris contre les minorités (Conrad & Moore, 2010). Ces études quantitatives sur le lien racialisation/torture sont cohérentes avec celles, plus qualitatives, qui soulignent les continuités entre certaines politiques de torture récentes et les pratiques violentes institutionnalisées contre les personnes racisées dans les empires coloniaux libéraux (Morrissey, 2011 ; Khalili, 2010 ; Richter-Montpetit, 2014 ; Delori, 2021).

Les éléments présentés ci-dessus signifient que les démocraties qui ont recours à la torture doivent composer avec des contraintes particulières, ce qui pose la question du comment. Dans son ouvrage sur le sujet, Darius Rejali soutient la thèse que les démocraties ont recours à des techniques de torture qui ne laissent pas de trace sur les corps. Il mentionne notamment l'usage de l'électricité, de l'eau, les privations de sommeil ou encore les exercices d'épuisement (Rejali, 2007, p. 6). Notre étude sur l'Espagne démocratique et les États-Unis des années 2000 va dans le sens de cette thèse. Dans le cas états-unien, cette volonté de ne pas laisser de trace fut même formalisée – nous y reviendrons – dans des répertoires « d'interrogatoires renforcés ».

Bien que la thèse de l'invisibilisation soit logique et intuitive, on sait peu de choses sur la manière avec laquelle elle est aujourd'hui construite. L'argument développé dans ce texte est que l'Espagne et les États-Unis ont eu recours au droit pour produire une double invisibilisation, à la fois pratique et symbolique. Nous appelons « invisibilisation pratique » le fait de cacher les traces matérielles ou corporelles de la torture. Nous utilisons l'expression d'« invisibilisation symbolique » pour rendre compte des effets d'euphémisation de la violence produits par l'inscription de la torture dans le champ lexical de la *potestas*, c'est-à-dire de la violence légale. Ce recours au droit est une sorte de *lawfare*

5. Cette construction de la figure de l'autre absolu comme ennemi accroît également la torture laissant des séquelles physiques plutôt que seulement la torture « blanche » (Conrad *et al.*, 2018, p. 8).

(Ancelin & Ferey, 2022), un usage stratégique du droit, à ceci près que l'objet de la stratégie est moins l'ennemi que l'opinion publique ou les contre-pouvoirs domestiques. Nous développons cet argument dans les pages suivantes en commençant par le cas espagnol.

L'ordinaire de la torture : le cas de l'État espagnol

En Europe occidentale et depuis le milieu du XXe siècle au moins, l'Espagne s'est distinguée par un recours régulier et, dans certains cas systématisé, à des pratiques de torture. Celle-ci a connu une longue histoire, en particulier concernant la lutte contre le « terrorisme » basque⁶. Avant même l'existence officielle d'*Euskadi Ta Askatasuna* (ETA) et dans l'objectif (déclaré) d'obtenir des informations sur l'organisation que les forces de sécurité du régime franquiste sentaient se constituer, des activistes ont été arrêtés lors d'une vaste opération policière en novembre 1959 (Casanova, 2007, p. 17). Ces arrestations ont permis à la Garde civile d'identifier les militants d'EGI, l'organisation de jeunesse du Parti Nationaliste Basque (PNV), sur le point de s'impliquer dans la création d'ETA. Le recours à la torture ne vise alors pas seulement à extraire des informations, mais plus largement à « terroriser » une population susceptible d'avoir des vellétés d'opposition ou simplement de critique d'un régime sur le déclin. Ainsi, après la première action d'éclat d'ETA – action manquée toutefois – qui consista à faire dérailler à Usurbil (Guipúzcoa) un train transportant des partisans de Franco vers San Sébastian, pour la célébration des 25 ans de la victoire de ce dernier durant la guerre civile le 18 juillet 1961, la répression fut massive : près de 200 personnes sont arrêtées, emmenées dans des wagons de marchandises à Madrid et torturées. Parmi elles, 29 sont emprisonnées et sept jugées. Durant le franquisme, la torture est systématique et donne souvent lieu à des victimes mortelles, directement liées ou non à ETA, comme ce fut le cas de deux citoyens portugais en mars 1966, pris pour des membres de l'organisation, et dont l'un est mort des suites de la torture dans la prison de Martutene (Casanova, 2007, p. 45).

La question de la torture est un point nodal de l'interaction entre les forces de sécurité de l'État espagnol (FSE) et l'organisation armée basque

6. Il n'existe pas de consensus, dans la littérature spécialisée, quant à la question de savoir si l'on peut faire un usage non accusatoire et réflexif du mot « terrorisme ». Les guillemets permettent de dénoter que les personnes ainsi désignées ne se considèrent pas elles-mêmes comme « terroristes ». En revanche, les termes « contre-terrorisme » et « antiterrorisme » sont des autodenominations. Nous les employons donc sans les guillemets.

ETA puisque la première victime mortelle ciblée par cette dernière est un tortionnaire notoire, Melitón Manzanos, commissaire en chef de la Brigade politique et sociale de Guipúzcoa, exécuté par le groupe le 2 août 1968 à Irún. Dans les années qui suivent, et jusqu'à la fin du franquisme, la torture a continué d'être perpétrée principalement par la Garde civile, corps de sécurité de l'État à statut militaire. Au terme du dernier état d'urgence décrété par le franquisme en Biscaye et en Guipúzcoa entre le 25 avril 1975 et le mois de juillet de la même année, 4 000 personnes sont arrêtées, la plupart torturées (Casanova, 2007, p. 116). La dictature prend fin avec la mort de Franco le 20 novembre 1975. Une période de transition vers la démocratie s'ouvre et les premières élections, en faveur d'un gouvernement qui ne soit plus de transition, se tiennent en 1982. Elles donnent lieu à l'élection de Felipe González comme président du gouvernement le 28 octobre 1982.

Que ce soit durant la période de la transition dite démocratique ou après l'élection du gouvernement socialiste, les pratiques de torture n'ont aucunement pris fin (Garbay-Douziech, 2017 ; Guibet Lafaye, 2022). L'histoire, la fonction et l'évolution des techniques de torture en Espagne – et dans l'Espagne démocratique – sont complexes. Il n'était pas nécessaire sous le franquisme de déployer un discours de justification de ces pratiques – légitimées par le fait et la nécessité de faire taire toute forme d'opposition au régime – ni un appareil juridique *ad hoc*. En revanche, avec l'adoption d'institutions démocratiques, la persistance de pratiques de torture d'abord systématisées, dans le contexte du conflit au Pays basque, a dû s'inscrire dans un cadre à la fois normatif et législatif approprié. Avant d'entrer dans l'analyse, il convient de rappeler quelques chiffres permettant de comprendre que la torture et les mauvais traitements ne constituent pas des phénomènes « isolés » à placer au compte d'agents « déviants » dont les comportements seraient exceptionnels au sein des FSE. La fondation *Euskal Memoria* a dénombré 22 417 incarcérations dans le cadre de ce conflit entre 1960 et 2017. Parmi ces personnes, 5 657 ont porté plainte pour torture⁷. Une enquête menée sur la période 2000-2008 a considéré le cas de 1 231 détenus (Morentin & Landa Gorostiza, 2011) dont 957 avaient connu le régime d'incommunication (mise au secret) analysé plus loin⁸. Parmi eux, le nombre de détenus ayant affirmé avoir subi des mauvais traitements ou

7. https://issuu.com/triguero/docs/tortura_informe_euskal_memoria_2017

8. Le régime d'incommunication a été introduit en 1980, c'est-à-dire durant la période de la transition dite démocratique, dans la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, articles 520-527. Il permet qu'une personne, soupçonnée de terrorisme, soit placée en détention sans rapport avec quiconque d'extérieur, pas même son avocat, pendant cinq jours, la durée étant susceptible d'être prolongée cinq jours supplémentaires puis trois jours encore sur ordre du juge d'instruction.

de la torture s'élève à 634, dont 446 ont déposé une plainte judiciaire. Au vu de ces chiffres, on ne peut considérer que la torture et les mauvais traitements constituent un phénomène marginal dans l'approche de la question basque par les gouvernements espagnols successifs. Bien au contraire, ce phénomène s'inscrit dans un dispositif juridique et législatif qui le rend possible.

Torturer à l'abri des regards : « l'incommunication »

En premier lieu, en particulier dans les premières années des gouvernements espagnols démocratiquement élus, l'espace juridique et légal de l'épuration n'a pas été ouvert : le personnel répressif n'a pas été renouvelé et se trouvait, par conséquent, directement issu de l'appareil franquiste, socialisé aux méthodes alors employées. Alors que durant le franquisme les méthodes de torture s'appuyaient sur la souffrance physique, le spectre des moyens utilisés s'élargit après la transition : les forces de sécurité mettent l'accent sur la torture psychologique et sur les techniques de torture physique qui ne laissent pas de trace sur les corps, conformément à la thèse de Rejali⁹.

Cependant le principal dispositif permettant de ne pas mettre au jour et de ne pas condamner les responsables de torture et de mauvais traitements est d'ordre juridique. Ce dispositif s'appuie en premier lieu sur des articles du Code pénal autorisant « l'incommunication », c'est-à-dire la mise au secret de certains détenus, systématiquement appliquée à ceux qui sont soupçonnés d'appartenir ou de collaborer à une organisation dite terroriste. Sans qu'il s'agisse de l'inscription de la possibilité de la torture dans la loi, celle-là dessine les conditions de possibilité matérielles de cette pratique et de son invisibilisation. Lors de l'incommunication, le détenu ne peut rencontrer un avocat de son choix ni d'autre médecin que le médecin légiste désigné par l'institution. Son état de santé physique et mental ne peut donc être évalué par aucun médecin indépendant susceptible de produire une expertise impartiale. Bien que le détenu rencontre le médecin légiste toutes les six heures, ce dernier travaille avec les FSE et a le statut de fonctionnaire d'État. Dès lors, les détenus font souvent le choix de ne rien déclarer à ce

9. Sont utilisés la technique du « sac » plastique permettant l'asphyxie, les électrochocs, la méthode de la baignoire visant à simuler la noyade, l'épuisement physique, les humiliations notamment de type sexuel. Sur l'évolution des techniques de torture, voir Etxeberria *et al.*, 2016, p. 19, 33 et sq.

médecin afin d'éviter des représailles – ce qui peut éventuellement être retenu contre eux ultérieurement, car les rapports médicaux sont des pièces centrales des procédures judiciaires (Miralles Ruiz-Huidobro, 2013, p. 33 ; Protocole d'Istanbul, 2008, p. 5). En outre, ce médecin ne dispose pas toujours des instruments qui permettent de prouver le recours à certaines pratiques de torture qui ne laissent pas de trace sur les corps, tel le recueil de gazométrie artérielle. L'incommunication signifie non seulement la rupture des liens avec l'extérieur, mais le fait que le détenu est placé à l'abri des regards : l'État espagnol, en dépit des recommandations internationales d'organisations gouvernementales et non gouvernementales, refuse d'installer des caméras dans les locaux où ces détenus sont placés et interrogés. Aucun contrôle n'est alors possible, même *a posteriori*, d'autant qu'au cours des jugements ultérieurs sera mise en balance la parole du détenu – souvent présumé « terroriste » – avec celles des fonctionnaires de l'État.

Un appareil juridique au service de la torture

Aux conditions matérielles de possibilité de la torture s'ajoutent celles de la production juridique de son occultation. Ce deuxième volet consiste, en premier lieu, à empêcher le recueil de preuve, comme nous l'avons vu précédemment (médecins légistes non indépendants, absence de caméras). Il passe également par le refus de certaines preuves, notamment de celles apportées par les détenus (Miralles Ruiz-Huidobro, 2013, p. 32 ; Ruiloba Alvariano, 2005, p. 212-213) ainsi que le révèle le cas Otamendi Egiguren, où la remise de preuves a été rejetée par le juge d'instruction¹⁰. Réciproquement il arrive que les juges refusent d'entendre les personnes soupçonnées d'avoir perpétré la torture¹¹, de poursuivre la procédure au motif qu'il est difficile d'identifier les auteurs des faits (Ruiloba, 2005, p. 212-213). De même les lenteurs des procédures et les obstacles placés à son déploiement ont pour effet que les plaintes n'aboutissent pas (Ruiloba, 2005, p. 213, p. 215, p. 217)¹². Ces mécanismes juridiques participent des conditions de possibilité matérielle de la poursuite de ces pratiques et de leur impunité.

10. CEDH 378 (2012), 16 octobre 2012, communiqué de presse. Juan Carlos Yoldi, candidat de Batasuna à la Présidence du Gouvernement Basque, estime que dans 70 % des cas les juges rejettent les preuves réclamées par les plaignants dénonçant la torture (« Torturas En El Pais Vasco : ¿Realidad O Simple Propaganda? », *El País*, 5 mai 2002).

11. Cas San Argimiro Isasa c. Spain, Sentence CEDH, requête n° 2507/07, 28 septembre 2010, p. 9, § 33.

12. Cas D. Andrés Martínez Arrieta, Cour Suprême, 19 novembre 2003, p. 9.

Le régime de production de la preuve, en matière de torture, est fondé dans le droit espagnol sur la mise en évidence d'éléments allant « au-delà de tout doute raisonnable ». Cette référence a pour effet que, même au niveau européen, lorsque les plaignants saisissent la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), l'Espagne peut être condamnée pour une violation procédurale de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme¹³, mais rarement pour une violation substantielle de ce même article, dans la mesure où la CEDH ne peut conclure avec certitude et « au-delà de tout doute raisonnable » que la torture a été pratiquée. Pourtant la Cour avoue elle-même être consciente, dans de nombreuses affaires, des difficultés que le requérant peut rencontrer à prouver les mauvais traitements subis lors de la détention au secret « surtout lorsqu'il s'agit de mauvais traitements qui ne laissent aucune trace »¹⁴. En outre, certaines organisations internationales ont souligné que « l'absence de signes [c'est-à-dire de preuves] ne doit pas être considérée comme une preuve concluante de l'absence de mauvais traitements »¹⁵. Des techniques de torture comme celles provoquant une asphyxie (« la bolsa », c'est-à-dire le sac plastique) ou le fait d'empêcher une personne de dormir n'engendrent la production d'aucune preuve matérielle, mais sont considérées comme relevant de la torture par de nombreuses cours de justice. Ces procédés justifient la proposition étonnante, également admise par la CEDH, selon laquelle l'absence de preuve n'atteste pas de l'inexistence d'un fait, en l'occurrence la torture.

Au-delà de la production de preuve matérielle, l'organisation structurelle des cours de justice espagnoles permet, au fil des procédures et des renvois, que les plaintes soient déboutées. Il est courant que la Cour constitutionnelle rejette des plaintes et déclare l'irrecevabilité des recours des plaignants dans les cas considérés (Miralles Ruiz-Huidobro, 2013, p. 33). Ces conclusions tiennent notamment au fait que ce sont toujours les rapports d'expertise des médecins légistes qui sont pris en compte dans les renvois de plaintes. De plus, l'étude des plaintes pour torture et mauvais traitements, dans les cas considérés, montre que les recours d'*amparo*¹⁶, formés devant la Cour constitutionnelle, ont toujours été jugés irrecevables. Pourtant il arrive que ce que cette Cour juge irrecevable, c'est-à-dire conforme à la Constitution, soit

13. https://www.cncdh.fr/sites/default/files/cedh_0.pdf

14. Arrêt de la CEDH, *Martinez Sala et al. c. Espagne*, 2 novembre 2004, p. 14.

15. L'utilisation de la technique du sac ne peut être démontrée que par une analyse des gaz du sang artériel immédiatement après l'événement (CPT/Inf (96), Partie 3.a, p. 30).

16. Le recours d'*amparo* consiste en une requête en constitutionnalité auprès du Tribunal Constitutionnel dans un souci, pour le requérant, de protection des droits et libertés reconnus aux articles 14 à 29 de la Constitution.

considéré comme une violation grave des droits humains (cas Otamendi Egiguren¹⁷ ; Miralles Ruiz-Huidobro, 2013, p. 34).

La lutte antiterroriste s'appuie également sur une instrumentalisation du système judiciaire. De même que l'on retrouve des différences d'appréciation d'un même cas entre juridictions nationales (Cour suprême, Audience nationale) et européennes, on identifie des écarts entre sentences provinciales et nationales. Lors des premières arrestations de membres présumés d'ETA, ceux-ci étaient conduits dans les casernes provinciales de la Garde civile. Dès lors, les jugements et d'éventuelles plaintes pour des faits de torture étaient traités, en première instance, au Pays basque ce qui pouvait augmenter le « risque » d'instruction par des juges peu tolérants de ces pratiques¹⁸. Avec le temps, une stratégie de contournement des juridictions provinciales a été mise en place : à l'occasion de chaque démantèlement d'un commando d'ETA, les prévenus étaient directement conduits par les FSE en détention à Madrid ce qui permettait que toute plainte en première instance soit examinée par un tribunal espagnol, à distance du Pays basque.

Les mécanismes et dispositions interdisant la production de preuves ou les techniques d'occultation/dissimulation de la torture permettent que l'État espagnol soit le plus souvent condamné, dans les juridictions européennes, simplement pour n'avoir pas entrepris suffisamment d'investigations à la suite d'allégations ou de plaintes pour torture (volet procédural), mais nullement pour des faits de torture en violation substantielle de l'article 3¹⁹. Le fait de « ne pas » mener ces investigations participe à la fois de la production de l'impunité concernant ces pratiques, mais joue également un rôle d'écran qui en autorise une forme de condamnation à moindres frais sans jamais donner lieu à une enquête susceptible d'attester matériellement de leur effectivité.

Utiliser le pouvoir législatif pour exonérer les tortionnaires

Les dispositions législatives et judiciaires ne sont pas seulement mises à profit par les FSE pour perpétrer des pratiques de torture. L'exécutif se saisit également de dispositions constitutionnelles pour réduire

17. Arrêt de la CEDH, Otamendi Egiguren, 16 octobre 2012, p. 22. Voir aussi le cas Martinez Sala *et al.* c. Espagne (Ruiloba, 2005, p. 216).

18. Voir le cas Josu Eguskiza Bilbao *et al.* jugé par l'Audience de Biscaye puis par la Cour suprême (STC 7/2004, 9 février 2004) et la jurisprudence du cas Joaquín Martín Canivell, Cour suprême, 2/4/2001.

19. À une exception près dans un cas qui ne concernait pas un individu soupçonné de terrorisme.

voire effacer les sanctions pénales des acteurs reconnus coupables de torture. Ainsi aux conditions matérielles de la possibilité de la torture et à celles de la production juridique de son occultation, s'ajoutent enfin les conditions politiques de son effacement. Celles-ci participent de l'invisibilisation symbolique de la torture ainsi que d'une rhétorique implicite considérant qu'un usage excessif de la force peut constituer une réponse légitime au « danger » terroriste. Sur le plan judiciaire, des responsables de faits de torture ou de mauvais traitements ont, dans de rares cas, été condamnés. À l'issue des jugements et d'un bref temps d'incarcération, les gouvernements espagnols successifs les ont quasi systématiquement amnistiés, l'amnistie renvoyant ici à l'*indulto* de l'article 62 de la Constitution espagnole, plus proche de la grâce que de l'amnistie telle qu'elle existe en droit français²⁰. Évoquons à ce titre le rapport annuel du procureur général consacré aux crimes de torture commis par les FSE durant l'année 2007. Sur les 75 allégations de torture et de mauvais traitements par des agents de police, quatre ont été déclarés coupables²¹, sept ont été acquittés et 21 affaires ont été classées sans suite (les autres n'avaient pas été conclues lors du recueil des données)²². Citons en outre le cas emblématique du colonel de la Garde civile Sánchez Corbí, reconnu coupable par l'Audience de Biscaye d'avoir torturé Kepa Urria Guridi en 1997. Condamné à quatre ans de prison et à six ans de suspension d'activité, il a été gracié par le gouvernement de José María Aznar en 1999. Sa carrière a été marquée par des promotions qui l'ont conduit à la tête de l'*Unidad Central Operativa* (UCO). Ces décisions politiques, sans justifier à strictement parler la torture, reconnaissent néanmoins la légitimité de son utilisation. La récurrence des amnisties a pour effet – comme le soulignent les rapports ultérieurs des organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales – de produire un « climat d'impunité »²³. Ses responsables bénéficient publiquement d'une certaine tolérance voire d'une protection politique. La succession des amnisties délivre ainsi un message explicite aux adversaires de l'État.

20. Les premiers jugements pour des cas de torture s'amorcent en 1989, mais les accusés (la Garde civile) sont presque systématiquement acquittés jusqu'en 2001 (voir Etxeberria *et al.*, 2017).

21. Le rapport ne dit pas s'ils ont fait appel et quelle a été la sentence finale.

22. Rapport d'Amnesty International « Du sel dans la plaie : impunité effective des policiers dans les cas de torture et autres mauvais traitements » (EUR 41/006/2007), 2009, p. 7.

23. Amnesty International, « España : Salir de las sombras. Es hora de poner fin a la detención en régimen de incomunicación », 2009 (EUR 41/001/2009), p. 7. Voir aussi Committee against Torture, 2002, § 3.5.15, p. 146 ; Official Records of the General Assembly, Forty-eighth Session, Supplement No. 44 (A/48/44), chap. IV, § 457 ; le cas Josu Arkauz Arana vs. France (observations made by the Committee against Torture on 9 November 1999 in connection with communication No. 63/1997). Sur les difficultés à déconstruire « le système torture » et à sanctionner devant la justice cette violence politique et institutionnelle, voir Hubrecht, 2017.

L'ensemble de ces dispositifs a permis et permet que la torture et les mauvais traitements se perpétuent en Espagne, y compris en contexte démocratique, justifiés par le principe selon lequel, dans la lutte antiterroriste, « tous les moyens sont bons ». Comme l'a déclaré le général et chef d'état-major de la Garde civile, Andrés Casinello, le 25 septembre 1985 : « Nous devrions appliquer les lois de la guerre. Je préfère le terrorisme à l'alternative KAS²⁴ et la guerre à l'indépendance de l'*Euskadi* [Pays basque]. » (*ABC*, 25/09/1985) Sans entrer ici dans le détail des moyens mis en œuvre dans le cadre de cette lutte antiterroriste, dont l'un des dispositifs judiciaires et idéologiques le plus connus est le « Tout est ETA »²⁵, les institutions espagnoles ont accepté d'employer tout type de moyens, légaux et illégaux²⁶, puis de produire les dispositifs dont elles estiment qu'elles constituent les moyens les plus efficaces dans la lutte antiterroriste, en vue de la préservation de l'unité territoriale du Royaume d'Espagne. Le souci de cette préservation est fondamental dans le rapport de l'appareil d'État à tout ce qui pourrait menacer cette intégrité. La Constitution de 1978, votée lors de la transition dite démocratique, est fondée sur « l'unité indissoluble de la nation espagnole » (article 2) et confère à l'armée la fonction de défendre l'unité nationale (article 8). Pour ne pas renoncer à ce moyen de pression que constituent la torture et les mauvais traitements, l'Espagne assume, dans le concert des démocraties européennes, d'être régulièrement condamnée pour ces faits dans une logique où la condamnation s'opère à moindres frais, c'est-à-dire pour des raisons procédurales ou formelles, permettant que ne puisse être mis en évidence aucun fait établi de torture.

La politique états-unienne d'interrogatoires « renforcés » : un droit d'exception normalisé

Dans le cas des États-Unis, l'histoire est plus récente. Les autorités états-uniennes ont eu recours à la violence dans le cadre de l'interrogation et de la détention des prisonniers de la guerre contre le terrorisme. Le grand

24. « Coordination abertzale (patriote) socialiste » autour de laquelle se structure l'indépendantisme de gauche au Pays basque. L'alternative KAS est présentée publiquement le 1^{er} août 1975.

25. Afin de lutter contre l'organisation armée, le pouvoir judiciaire, en particulier le juge Baltasar Garzón, s'appuyant sur les médias, a développé en 1998 cette théorie assimilant l'ensemble du mouvement indépendantiste basque à ETA (voir sumario 18/98). Cette extension de la « sphère du terrorisme » a permis de multiplier les arrestations et condamnations dans le champ politique de la gauche abertzale.

26. L'appareil politique n'a pas hésité à recourir, dans la lutte antiterroriste, au recrutement de paramilitaires dans ce que l'on nomme la « guerre sale » contre ETA et dont l'intensité la plus forte s'est déployée dans la première moitié des années 1980, sous le premier gouvernement socialiste démocratiquement élu.

public a pris connaissance de ce fait à partir de 2004 après la publication des premières photographies et des vidéos de la prison d'Abu Ghraib montrant des détenus victimes de mauvais traitements. L'administration Bush a alors expliqué qu'il s'agissait de pratiques regrettables de « brebis égarées », en l'occurrence les soldats ou sous-officiers qu'on apercevait sur les images. Cette communication apparaissait crédible en première analyse. Il arrive en effet que des pratiques de torture se développent sans l'avis du pouvoir politique (Conrad & Moore, 2010) ou en raison d'un faible contrôle bureaucratique et judiciaire sur l'appareil de sécurité (Magaloni & Rodriguez, 2020). Par ailleurs, les photographies et vidéos de la prison d'Abu Ghraib qui ont fait le tour du monde montraient de mauvais traitements à caractère sexuel, or ceux-ci sont particulièrement sujets à ces phénomènes de torture qui ne relèvent pas, à proprement parler, de l'action publique (C. K. Butler, Gluch, & Mitchell, 2007).

La ligne de défense de l'administration Bush fut cependant remise en cause après la publication en février 2006 par le site internet *Salon* de plus de 1 385 photographies et 93 vidéos de mauvais traitements. Le nombre des images révélait qu'on n'avait pas affaire à « quelques » brebis égarées, mais à une pratique massive. Par ailleurs, les images présentaient une homogénéité surprenante. Les geôliers semblaient utiliser les mêmes techniques d'humiliation, ce qui suggérait que ces pratiques étaient plus régulées institutionnellement qu'on aurait pu le penser (Butler, 2010, p. 82). La thèse des brebis égarées a perdu toute crédibilité après la fuite progressive et la publication, au cours de la deuxième partie des années 2000, de principaux « mémos torture » : un ensemble de textes officiels organisant et régulant l'utilisation de la violence contre les détenus²⁷. Les principaux « mémos torture » n'avaient pas été produits par la CIA ou un obscur service chargé des actions clandestines, mais par un organisme très officiel et public : le *Office of Legal Counsel* (OLC) du ministère fédéral de la Justice en coopération avec les plus hautes autorités de l'État, dont le ministre de la Défense de Donald Rumsfeld. Il s'agit donc bien, encore plus que dans le cas espagnol, d'une action publique au sens classique du terme, c'est-à-dire d'un ensemble d'actions réglementées et organisées par une puissance publique, en l'occurrence l'administration Bush (Crawford, 2013). Cette politique a connu son paroxysme lors du premier mandat du président Bush (2001-2004). Elle s'est perpétuée ensuite sous une forme atténuée pendant le deuxième mandat de ce président (2005-2008) avant son abandon officiel, en 2009, par le président Obama.

27. Ces textes ont été déclassifiés par le président Obama le 16 avril 2009.

Invisibiliser la torture

La politique d'interrogatoires renforcés / torture s'apparente, comme dans le cas espagnol, à une fusée à plusieurs étages dont le premier volet consistait à la rendre matériellement invisible. Les interrogatoires étaient pratiqués dans des lieux auxquels les avocats, les journalistes et les acteurs humanitaires n'avaient pas accès : les bases militaires se trouvant dans des pays occupés (base de Bagram en Afghanistan, prison militaire d'Abu Ghraib en Irak), des espaces au statut juridique flou comme la base navale de Guantanamo sur l'île de Cuba et enfin les prisons secrètes de la CIA se situant en Europe, au Moyen-Orient et vraisemblablement au Pakistan. Le degré d'opacité de ces espaces variait quelque peu. Le Comité International de la Croix Rouge (CICR) a par exemple pu visiter une partie des camps militaires (Guantanamo, Bagram, Abu Ghraib, etc.) alors que les prisons secrètes de la CIA sont restées totalement hermétiques, y compris celles présentes dans ces camps. Il s'agit cependant de variations à l'intérieur d'une politique cherchant à empêcher le contrôle juridique et public des conditions de détention et d'interrogation. À Guantanamo, le CICR et les avocats des victimes n'ont par exemple eu accès qu'aux cellules des détenus, pas aux salles d'interrogatoire.

Cette invisibilisation des pratiques allait de pair avec une invisibilisation des traces, en particulier corporelles. Les interrogatoires étaient précédés d'une phase, appelée « conditionnement », correspondant à ce qu'on appelait, pendant la guerre d'Algérie, la « préparation psychologique » (Branche, 2001, p. 186). L'objectif était de saper la « résistance » des détenus (tel était le terme utilisé dans de nombreux documents internes), à charge pour les interrogateurs d'achever de la briser. La principale technique de conditionnement était la privation de sommeil. En Irak en 2003, la technique intitulée « management du sommeil » consistait à ne donner aux détenus que quatre heures de sommeil par nuit (Sanchez, 2003).

Les humiliations à caractère sexuel sont l'autre grand volet de la politique de « conditionnement ». S'il est vraisemblable que des gardiens ont pris des initiatives personnelles, que ce soit par sadisme ou excès de zèle, la plupart des humiliations subies par les prisonniers s'inscrivaient dans un cadre institutionnalisé. Par exemple, une procédure établie à Guantanamo en 2002 prévoyait d'administrer à chaque détenu un « examen rectal » avant tout déplacement ou transfert de cellule. Officiellement, ces examens avaient pour fonction de vérifier

que le détenu n'emportait pas un objet interdit. Cependant, les gardiens de camp se répétaient que les pénétrations rectales contribuent à faire baisser l'estime de soi des détenus et, par conséquent, à préparer les interrogatoires (Neely, 2008, p. 9).

Les détenus « conditionnés » étaient ensuite interrogés par des agents de la CIA et des militaires, notamment des forces spéciales, et des membres de compagnies de sécurité privées. Les techniques d'interrogatoire étaient recensées dans des « répertoires d'interrogation renforcés » et numérotées (ou alphabétisées) de la plus « douce » à la plus « agressive ». La technique la plus emblématique était le « *waterboarding* » (Del Rosso, 2014). Elle consiste à poser une serviette sur le visage d'un détenu et à l'asperger de manière continue avec de l'eau. D'après ses partisans, cette technique est « efficace », car, « si [un interrogateur] est bien entraîné et habitué à utiliser cette technique, elle donne l'impression qu'on est en train de se noyer. Le système lymphatique réagit comme si vous étiez en train de suffoquer ». Cette technique était aussi considérée comme « humaine », car le détenu a seulement l'impression qu'il va mourir : « le corps ne cesse pas de fonctionner ». Ou si c'est le cas, « c'est que vous ne faites pas [le boulot] correctement » (Bybee, 2002, p. 4). Cette technique présentait une autre caractéristique importante : aucun examen médical ne permet de prouver qu'une personne a subi un tel interrogatoire. Les avocats, journalistes et acteurs humanitaires qui ont dénoncé ces pratiques n'ont donc pu s'appuyer que sur les témoignages des détenus, or ceux-ci ne pesaient guère dans le contexte contre-« terroriste » du début des années 2000.

Des « combattants illicites »

En janvier 2002, le président Bush a demandé à l'*Office of Legal Counsel* de produire des avis sur la légalité de la politique d'interrogatoires renforcés. Il ressort de ces textes que le OLC ne craignait guère la justice internationale et ce d'autant moins que les États-Unis n'ont pas ratifié la Convention instituant la Cour pénale internationale. L'attention du OLC portait sur la justice états-unienne et l'interprétation qu'elle pourrait faire du droit domestique et international condamnant la torture. L'administration Bush avait déjà décidé que la politique d'interrogatoire se déploierait à l'étranger ou dans des espaces extramarins, donc loin des juridictions états-uniennes. Cependant, on ne pouvait exclure qu'un juge états-unien se déclare compétent et que la Cour Suprême finisse

par lui donner raison. Il convenait donc de « regarder de près le droit international et domestique applicable » (Bybee, 2002, p.4).

Le contexte de guerre et la qualification des détenus comme « combattants ennemis » les éloignaient *a priori* du régime des suspects ou criminels de droit commun. L'administration Bush a précisé ce point en instituant lors de l'hiver 2001/2002 des tribunaux militaires d'exception chargés de juger une partie d'entre eux : les « commissions militaires ». Cela a engendré une bataille juridique avec quelques juges fédéraux et, en dernière instance, avec la Cour Suprême. Dans l'arrêt *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 de 2006, cette dernière a statué que les commissions militaires du camp de Guantanamo n'ont pas « le pouvoir de procéder parce que leurs structures et procédures violent à la fois le Code uniforme de justice militaire et les quatre Conventions de Genève signées en 1949 ». L'administration Bush a répliqué en faisant voter le « Military Commissions Act » de 2006, une loi autorisant « les commissions militaires pour les violations du droit de la guerre et pour d'autres buts ». La Cour Suprême a rendu un dernier arrêt défavorable à l'administration Bush (arrêt *Boumediene v. Bush*), mais seulement le 12 juin 2008, alors que les interrogatoires renforcés n'étaient plus pratiqués que de manière exceptionnelle dans les prisons secrètes de la CIA. On peut donc dire que le pouvoir judiciaire états-unien a constitué une contrainte pour les partisans de la politique de torture, mais que le temps judiciaire a joué en faveur de la politique d'interrogatoires.

La deuxième grande bataille juridique relative au statut des détenus dans le régime de droit commun a porté sur les recours en *Habeas corpus*. Ces derniers constituent un droit constitutionnel aux États-Unis : toute personne peut contester devant le pouvoir judiciaire une détention qu'elle estime arbitraire, sauf en cas « de rébellion ou d'invasion ». Le débat a porté sur la question de savoir si ce droit fondamental ne s'applique qu'aux citoyens états-uniens (une minorité infime des détenus de la guerre contre le « terrorisme ») et en dehors du territoire des États-Unis. La Cour Suprême a rendu divers arrêts en 2004. S'ils n'étaient pas toujours cohérents, ils allaient néanmoins dans le sens d'un droit à l'*Habeas corpus* pour l'ensemble des détenus. L'administration Bush a répliqué en adoptant le 30 décembre 2005 le *Detainee Treatment Act*, lequel privait les détenus de Guantanamo de ce droit. Il fallut attendre, là encore, l'arrêt *Boumediene vs Bush* du 12 juin 2008 pour que la Cour Suprême étende le droit à l'*Habeas corpus* à tous les détenus. La politique d'interrogatoires renforcés avait entre-temps été abandonnée, du moins sous sa forme systématique.

L'OLC devait composer avec un autre obstacle potentiel : le droit international. Jay Bybee et John Yoo, les deux principaux responsables du OLC, ont formulé en janvier 2002 un premier avis important : « les conventions de Genève et le droit de la guerre ne s'appliquent ni à al Qaeda ni à la milice talibane ». On ne saurait formuler plus clairement un régime d'exclusion. Ils ont justifié cette idée en expliquant que l'Afghanistan constitue un « État failli » (même s'il a ratifié les conventions de Genève), que les attaques du 11 septembre 2001 constituent un acte « inhumain » et que les terroristes et les « Taliban » ne respectent pas eux-mêmes ce droit, ce qui faisait d'eux des « combattants illicites » (*unlawful combatants*) (Yoo 2002). Lors de l'invasion de l'Irak en 2003, l'administration Bush a dans un premier temps reconnu aux officiers et soldats irakiens la dignité de combattants au sens des conventions de Genève à l'exception de ceux qu'elle estimait liés à al Qaeda. Après l'invasion, l'ensemble des insurgés irakiens ont été considérés comme des « unlawful combatants ».

La notion de « unlawful combatant » ne vient pas de nulle part : « la rhétorique de l'administration Bush concernant les 'combattants illicites' imite dans ses moindres détails les arguments [qui ont alimenté] l'exclusion antérieure des peuples non occidentaux des lois de la guerre » (Megret, 2006, p. 24). En effet, cette notion est la traduction moderne d'un vieux concept du droit de la guerre : celui de « combattant irrégulier » (Branche & Le Gac, 2019). Au cours des XIXe et XXe siècles, ce concept fut parfois utilisé pour caractériser des combattants blancs – les guérilleros espagnols des campagnes napoléoniennes, les « partisans » de la Première Guerre mondiale, les « forces ennemies désarmées » allemandes de la fin de la Seconde Guerre mondiale – et de manière quasiment systématique pour désigner ce que Frédéric Mégret appelle « l'autre colonial du droit de la guerre », c'est-à-dire les individus des pays colonisés qui contestaient l'impérialisme libéral européen (Megret, 2006, p. 2).

Les conventions de Genève de 1949 n'ont pas remis en cause la distinction entre combattants réguliers et irréguliers. Elles l'ont traduite dans l'opposition « conflit internationaux » / « conflits non internationaux », ces derniers étant définis par le fait qu'au moins un des protagonistes n'est pas un État. Ces conventions n'ont donc constitué qu'un progrès partiel en termes d'égalisation des droits des combattants. L'article 3 de ces conventions, qui s'applique aux deux types de conflits, interdit certes « les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices » et prescrit que les prisonniers

soient traités de manière « humaine ». Cependant, l'article se contente d'énoncer les principes. Les normes interdisant l'usage de la violence contre les prisonniers des conflits « non-internationaux » ne sont énoncées de manière détaillée que dans le second protocole additionnel de 1977, or les États-Unis ne l'ont pas ratifié.

Le *distingo* « torture » / « interrogatoires renforcés »

Un autre traité international pouvait poser problème : la Convention de 1987 « contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ». Comme son titre l'indique, ce texte faisait une distinction entre la « torture » et d'autres modes d'utilisation de la violence contre des détenus. Lors de la ratification, l'armée et la CIA avaient obtenu des parlementaires l'adoption d'une réserve importante au sujet des « autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants » : « Cette expression s'entend des traitements ou peines cruels et inaccoutumés interdits par les cinquième, huitième et/ou quatorzième amendements à la Constitution des États-Unis »²⁸. Lesdits amendements ne précisant pas eux-mêmes ce qu'il fallait entendre par « traitements ou peines cruels et inaccoutumés », Bybee et Yoo estimaient que les États-Unis n'étaient tenus de ne respecter que l'interdiction de torturer. Selon eux, un soldat ou agent de la CIA reconnu coupable de torture risquait très gros : jusqu'à 20 ans de prison et même la peine de mort si les actes entraînaient la mort de la victime. En revanche, la même personne serait immunisée de toute poursuite si ses pratiques étaient simplement considérées comme « cruelles, inhumaines ou dégradantes ». Il restait à établir la différence entre les deux.

Bybee et Yoo et leurs collègues de l'*Office of Legal Counsel* ont travaillé pendant plusieurs mois sur ce qui allait devenir le document clef de la politique d'interrogatoires renforcés : le mémorandum du 1^{er} août 2002. Ce document (Bybee, 2002) de 50 pages énonçait que la différence entre un interrogatoire renforcé (licite selon eux) et une séance de torture (illicite) réside dans l'intensité de la souffrance occasionnée. Au-delà d'un certain seuil de souffrance, on quitte la sphère de l'interrogatoire renforcé et on devient un tortionnaire. Cette interprétation se fondait sur la définition de la « torture » donnée par le *United States Code* comme acte qui « inflige, et qui vise spécifiquement à infliger, une douleur et des

28. Voir https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&clang=_fr#EndDec

souffrances aiguës [*severe*], physiques ou mentales ». En dessous du seuil des souffrances « aiguës », écrivaient Bybee et Yoo, les « actes peuvent être cruels, inhumains ou dégradants, mais ils ne causent toujours pas la douleur et les souffrances nécessaires pour relever de l'interdiction de la torture prévue par la section 2340A [du United States Code] » (Bybee, 2002, p. 1).

Bybee et Yoo estimaient que deux précédents non états-unien allaient dans leur sens : l'arrêt rendu le 18 janvier 1978 par la CEDH au sujet de sévices subis par des prisonniers irlandais dans le cadre du conflit en Irlande du Nord d'une part²⁹ et l'avis de 1987 de la Commission Landau (du nom de son président Moshe Landau) de la Cour Suprême israélienne quant au traitement des prisonniers palestiniens d'autre part³⁰. Ces deux cas intéressaient les auteurs du mémorandum, car les États-Unis ne comptaient pas mettre en œuvre cette politique d'interrogatoires renforcés tous seuls. Les arrêts de ces deux Cours devaient donc fournir « des indications sur la façon dont d'autres pays [les pays européens et Israël] réagiront probablement à notre interprétation de la convention contre la torture et du chapitre 2340 [du USC] » (Bybee, 2002, p. 27).

En 1978, la CEDH s'était prononcée sur cinq techniques d'interrogatoires que le plaignant, la République d'Irlande, considérait comme à la fois « inhumains, dégradants et cruels » et relevant de la « torture » :

- (1) « Station debout contre un mur (“wall standing”). Le prisonnier se tient debout, jambes et bras écartés, les doigts bien au-dessus de sa tête contre le mur et les pieds en arrière, debout sur ses orteils [de telle sorte que] tout son poids tombe sur ses doigts.
- (2) Capuche. Une capuche noire ou bleue marine est placée au-dessus de la tête des prisonniers et conservée pendant l'interrogatoire.
- (3) Assujettissement (“subjection”) par le bruit. Pendant l'interrogatoire d'observation, on garde le prisonnier dans une pièce avec un sifflement fort et continu.
- (4) Privation de sommeil. Les prisonniers sont privés de sommeil en attendant leur interrogatoire.

29. CEDH, Irlande c. Royaume-Uni. Arrêt du 18 janvier 1978 (n°91).

30. State of Israel, Commission of Inquiry into the Methods of Investigation of the General Security Service Regarding Hostile Terrorist Activity, Government Press Office, October 30, 1987.

- (5) Privation de nourriture et de boissons. Les détenus bénéficient d'un régime alimentaire réduit pendant leur détention et en attendant leur interrogatoire »³¹.

Les auteurs du mémorandum du 1^{er} août 2002 estimaient que l'arrêt de la Cour allait dans leur sens : « La Cour européenne des droits de l'Homme a conclu que ces techniques utilisées en combinaison et appliquées pendant des heures étaient inhumaines et dégradantes, mais ne constituaient pas de la torture ». L'auteur saluait au passage l'argument des juges : « l'intensité » de la souffrance occasionnée n'avait pas été suffisante pour relever de la « torture »³². On devrait donc pouvoir réaliser des interrogatoires musclés, mais légaux. Il suffirait de maîtriser sa violence.

Bybee et Yoo ont ensuite observé que la Commission Landau en Israël était parvenue à la même conclusion en 1987 et qu'elle s'y était même référée : « Même si la Cour Suprême israélienne (sic) a conclu que ces actes constituaient des traitements cruels et inhumains, elle n'a pas expressément conclu qu'ils constituaient de la torture. (...) La Cour s'est même appuyée sur la décision de la Cour européenne des droits de l'Homme en Irlande et n'a pas exprimé son désaccord avec la décision [de cette Cour] selon laquelle les actes considérés ne constituent pas de la torture » (Bybee, 2002, p. 30). Les auteurs du mémorandum pouvaient donc conclure que « tant la Cour Européenne des Droits de l'Homme que la Cour Suprême israélienne ont reconnu un large ensemble d'actions comme constituant des peines cruelles, inhumaines ou dégradantes, mais qui ne sont pas équivalentes à de la torture ». Dès lors, il devenait possible de produire une « interprétation agressive »³³ de ce cadre juridique.

Conclusion

Si les stratégies états-uniennes et espagnoles en matière de torture présentent des similarités, il existe aussi des différences entre les deux cas. La première concerne l'espace. Alors que les forces de sécurité

31. L'extrait en question se trouve en page 40 de l'arrêt de la CEDH : <https://www.law.umich.edu/facultyhome/drwcasebook/Documents/Documents/Republic%20of%20Ireland%20v.%20United%20Kingdom.pdf> (consulté le 14 septembre 2019).

32. L'extrait en question se trouve en page 40 de l'arrêt de la CEDH : <https://www.law.umich.edu/facultyhome/drwcasebook/Documents/Documents/Republic%20of%20Ireland%20v.%20United%20Kingdom.pdf> (consulté le 14 septembre 2019).

33. *Idem*, p. 31.

espagnoles ont torturé sur le territoire national, le gouvernement des États-Unis a délocalisé sa politique « d'interrogatoires renforcés » dans des espaces extramarins. Cette différence s'explique d'abord par des considérations matérielles et pratiques : les États-Unis, super puissance mondiale, ont pu déporter leurs prisonniers pour procéder aux « interrogatoires renforcés », alors que l'Espagne aurait difficilement eu les moyens d'une telle politique. Cette différence découle cependant peut-être aussi d'une asymétrie entre les régimes juridiques nationaux condamnant la torture. Dans le cas espagnol, les juges de la Cour Suprême ont fermé les yeux sur les pratiques de la Garde civile. Aux États-Unis, en revanche, la Cour Suprême a rendu des jugements défavorables à partir de 2005 et les mémos torture révèlent que l'administration Bush était consciente du fait que le pouvoir judiciaire états-unien constituait une contrainte³⁴.

Ces observations posent la question du pourquoi : pourquoi ce recours au droit alors que d'autres démocraties ont pratiqué la torture par le passé – et ont réussi à la rendre peu visible – sans avoir recours à des instruments juridiques. Une partie de la réponse à cette question est comprise dans notre thèse de l'invisibilisation symbolique. Il est devenu difficile – à l'heure des smartphones et des réseaux sociaux – de rendre la torture totalement invisible en pratique, notamment quand on la met en œuvre sur son territoire comme dans le cas espagnol ou de manière massive comme l'ont fait les États-Unis au cours des années 2000. La stratégie de ces deux États en matière de torture consistait à ajouter de l'invisibilisation symbolique à l'invisibilisation pratique quand cette dernière rencontrait des limites. Il est impossible de mesurer précisément l'effet de légitimation produit par ce recours au droit. On peut cependant constater que les juges espagnols se sont montrés fort compréhensifs à l'encontre des forces de sécurité et que les révélations sur les mauvais traitements dans la prison d'Abu Ghraib n'ont provoqué, au plus, qu'une « indignation passagère » aux États-Unis (J. Butler, 2010, p. 12).

34. Notons que cette thèse d'une plus grande résistance de la tradition libérale états-unienne opposée à la torture ne saurait être poussée trop loin. On constate en effet qu'aucun acteur de cette politique d'un rang supérieur au grade de sergent n'a été condamné, même après que le Sénat états-unien a reconnu que la politique d'interrogatoires renforcés pouvait être qualifiée de « torture ». Les poursuites judiciaires contre les responsables politiques, notamment Donald Rumsfeld, n'ont pas abouti. À un échelon intermédiaire, les principaux acteurs de cette politique n'ont pas seulement échappé aux poursuites ; ils semblent avoir été récompensés. John Yoo est aujourd'hui professeur de droit dans la prestigieuse université de Berkeley. Jay Bybee est devenu juge au tribunal fédéral d'appel du Nevada. Le rapport en question est : Senate, Report of the Senate select committee on intelligence committee study of the Central Intelligence Agency's detention and interrogation program, 113 Congress, 2d session, 2014 (December 9). Consultable en ligne : <https://www.intelligence.senate.gov> (consulté le 18 octobre 2022)

Par ailleurs, un élément contextuel commun aux deux pays a certainement pesé. On assiste, depuis la fin de la Guerre froide, à une montée en puissance du droit international. Dès lors, « les gouvernements sont sommés de justifier leurs interventions armées auprès d'une opinion publique qui dépasse la communauté nationale ». Cette contrainte externe peut se transformer en contrainte interne quand les exécutants des politiques de sécurité deviennent « réticents à agir sans être certains de leur protection juridique. » (Ferey, 2022, p. 56). Dans les démocraties, policiers et militaires peuvent accepter de torturer, mais à condition d'être certains qu'ils ne se retrouveront pas un jour traînés devant des tribunaux.

Enfin, cet usage stratégique du droit possédait vraisemblablement une fonction de coordination entre des acteurs animés, le plus souvent, par des intérêts divergents. Les discours de justification des politiques de torture états-unienne et espagnole, tout comme les mémos produits par l'OLC du ministère fédéral de la justice états-unien, mettent l'accent sur la dimension utilitaire de ces actions. La violence exercée contre les détenus est présentée comme un mal nécessaire pour parvenir à une fin plus grande : arrêter la violence des ennemis de l'État. Si ce thème de la *potestas* qui arrête la *violentia* est un mythe, il s'adosse à des rites, c'est-à-dire à des actions répétées à travers lesquelles les agents sociaux incorporent le discours. En s'appuyant sur le droit pour créer des espaces et des temps de non-droit, les responsables et les exécutants de ces politiques de torture ont donné une consistance symbolique à un raisonnement qui apparaît curieux quand on le considère de l'extérieur : l'idée selon laquelle on peut se situer du côté de la justice et de la loi, même quand on arrose le visage d'un détenu avec de l'eau jusqu'à ce que celui-ci a l'impression de ne plus pouvoir respirer.

Références

- Ancelin, J., & Ferey, A. (2022). Vers une théorie du lawfare ? *Raisons politiques*, 85(1), 5-15.
- Balibar, E. (2010). *Violence et civilité. Wellek Library Lectures et autres essais de philosophie politique*. Paris : éd. Galilé.
- Beger, A., & Hill Jr., D. (2019). Examining repressive and oppressive state violence using the Ill-Treatment and Torture data. *Conflict Management and Peace Science*, 36(6), 626-644.
- Bigo, D., & Guittet, P.-E. (2018). The quest for absolution and immunity. Justifying past and future torture in the name of democracy. In E. Guild, D. Bigo, & M. Gibney (Eds.), *Extraordinary renditions* (pp. 202-229). London, New York: Routledge.

- Branche, R. (2001). *La torture et l'armée pendant la guerre d'Algérie (1954-1962)*. Paris : Gallimard.
- Branche, R., & Le Gac, J. (2019). Combattants irréguliers (numéro spécial). 20 & 21. *Revue d'histoire*, 141.
- Butler, C. K., Gluch, T., & Mitchell, N. (2007). Security forces and sexual violence: a cross-national analysis of a principal-agent argument. *Journal of Peace Research*, 44(6), 669-687.
- Butler, J. (2010). *Frames of war. When is life grievable?* London, Brooklyn: Verso.
- Bybee, J. (2002). Memo to Alberto Gonzales, Standards for Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. 2340 – 2340A. Torture documents (The Rendition Project - August 1).
- Casanova Alonso, I. (2007). *ETA 1958-2008. Medio siglo de historia*. Tafalla (Navarre) : Txalaparta.
- Courtenay, R. C., & Moore, W. H. (2010). What stops the torture? *American Journal of Political Science*, 54(2), 459-476.
- Conrad, C. R., & Moore, W. H. (2010). What Stops the torture? *American Journal of Political Science*, 54(2), 459-476. doi: <https://doi.org/10.1111/j.1540-5907.2010.00441.x>
- Courtenay, R. C., Daniel, W. H. & Moore, W. H. (2018). Torture and the limits of democratic institutions. *Journal of Peace Research*, 55(1), 3-17.
- Courtenay, R. C., Conrad, Walsh, J. I., & Piazza, J. (2017). Who tortures the terrorists? Transnational terrorism and military torture. *Foreign Policy Analysis*, 13(4), 761-786.
- Crawford, N. (2013). *Accountability for killing: Moral responsibility for collateral damage in America's post-9/11 wars*. Oxford: Oxford University Press.
- Davenport, C. (2007). *State repression and the domestic democratic peace*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Davenport, C. Moore, W. H., & Armstrong, D. (2007). The puzzle of Abu Ghraib: Are democratic institutions a palliative or panacea? En ligne sur SSRN : <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1022367>.
- Del Rosso, J. (2014). The toxicity of torture: The cultural structure of US political discourse of waterboarding. *Social Forces*, 93(1), 383-404.
- Delori, M. (2021). *Ce que vaut une vie. Théorie de la violence libérale*. Paris: Editions Amsterdam.
- Etxeberria, F., Martín Beristain, C., & Pego, L. (2016). *Proyecto de Investigación de la Tortura en Euskadi entre 1960-2013. Memoria-Resumen de la actividad realizada*. Universidad del País Vasco, Instituto Vasco de Criminología, 27 juin 2016.
- Etxeberria, F., Martín Beristain, C. & Pego, L. (2017). *Proyecto de investigación de la tortura y malos tratos en el País Vasco entre 1960-2014*. Instituto Vasco de Criminología, Universidad del País Vasco, décembre 2017. En ligne : <https://www.berria.eus/dokumentuak/dokumentua1770.pdf>, consulté le 14/10/2022.

- Ferey, A. (2022). Pour une approche descriptive du lawfare dans le conflit israélo-palestinien. *Raisons politiques*, 1, 53-71.
- Garbay-Douziech, A. (2017). Conflit basque et altérations de l'État de droit : de l'usage de la torture dans l'Espagne démocratique. *Cahiers d'histoire*, 34(1), 2017, pp. 115-133.
- Gerring, J., & Cojocar, L. (2016). Selecting cases for intensive analysis: A diversity of goals and methods. *Sociological Methods & Research*, 45(3), 392-423.
- Guibert Lafaye, C. (2022). La fabrique de la torture en contexte démocratique : l'antiterrorisme espagnol face aux militants basques. *Champ pénal*, 27. <https://doi.org/10.4000/champpenal.13867>
- Hafner-Burton, E., Helfer, L. R., & Fariss, C. J. (2011). Emergency and escape : explaining derogations from human rights treaties. *International Organization*, 65(4), pp. 673-707.
- Helfer, L. R. (2002). Overlegalizing human rights: International relations theory and the commonwealth Caribbean backlash against human rights regimes. *Columbia Law Review*, 102(7), 1832-1911.
- Hubrecht, J. (2017). Appliquer le fer rouge de la justice à la torture. *Les Cahiers de la Justice*, 1(1), 67-81.
- Khalili, L. (2010). *The new (and old) classics of counterinsurgency*. Middle East Report, 255.
- Koremenos, B. (2005). Contracting around international uncertainty. *American Political Science Review*, 99(4), 549-565.
- Lupu, Y. (2015). Legislative veto players and the effects of international human rights agreements. *American Journal of Political Science*, 59(3), 578-594.
- Magaloni, B., & Rodriguez, L. (2020). Institutionalized police brutality: torture, the militarization of security, and the reform of inquisitorial criminal justice in Mexico. *American Political Science Review*, 114(4), 1013-1034.
- Megret, F. (2006). From 'savages' to 'unlawful combatants': a postcolonial look at international law's 'other'. In A. Orford (Ed.), *International law and its 'others'* (pp. 1-37). Cambridge: Cambridge University Press.
- Miralles Ruiz-Huidobro, R. (2013). La jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos relativa a España por torturas. Del terrorismo a la criminalización de la disidencia. (*HURI-AGE*), *Informe El tiempo de los Derechos*, 31, 1-45. En ligne : https://www.idhc.org/arxius/recerca/20130900_TEDH_InformeTortura.pdf.
- Moore, W. H. (2010). Incarceration, interrogation, and counterterror : do (liberal) democratic institutions constrain Leviathan ? *PS : Political Science & Politics*, 43(3), pp. 421-424.
- Morentin, B., & Landa Gorostiza, J.-M. (2011). La tortura en relación a la aplicación de la normativa antiterrorista : una aproximación estadística multifactorial. *Eguzkilore*, 25, 49-73.
- Morrissey, J. (2011). Liberal lawfare and biopolitics: US juridical warfare in the war on terror. *Geopolitics*, 16(2), 280-305.

- Neely, B. (2008). *Conditions at Guantanamo (testimony)*. Center for the Study of Human Rights in the Americas. The Guantánamo Testimonials Project. En ligne: <https://humanrights.ucdavis.edu> (consulté le 18 octobre 2022).
- Neumayer, É. (2007). Qualified ratification: Explaining reservations to international Human Rights treaties. *Journal of Legal Studies*, 36(2), 397-429.
- Piazza, J. (2015). Terrorist suspect religious identity and public support for harsh detention and interrogation practices. *Political Psychology*, 36(6).
- Protocole d'Istanbul, Manuel d'enquête et de documentation sur la torture*. (2008). Association Mémoire contre la torture et Action chrétienne pour l'abolition de la torture (ACAT), Pays catalans, [Série de citations professionnelles, 8].
- Rejali, D. M. (2007). *Torture and democracy*. Princeton: Princeton University Press.
- Richter-Montpetit, M. (2014). Beyond the erotics of Orientalism: Lawfare, torture and the racial-sexual grammars of legitimate suffering. *Security Dialogue*, 45(1), 2014, 43-62.
- Ruiloba Alvariño, J. (2005). La Sentencia del TEDH en el asunto Martínez Sala y otros c. España, de 2 de noviembre de 2004. Crónica de una muerte anunciada. *Revista española de derecho internacional*, 57(1), 209-220.
- Sanchez, R. (2003). *Memo from General Sanchez, CJTF-7 Interrogation and counter resistance policy*. Torture documents (The Rendition Project), (September 14). En ligne: <https://humanrights.ucdavis.edu> .
- Yoo, J. (2002). *Memo from John Yoo to Jim Haynes, "Application of treaties and laws to Al Qaeda and Taliban detainees"*. Torture documents (The Rendition Project), (January 9). En ligne: <https://humanrights.ucdavis.edu>.

Caroline Guibet Lafaye est directrice de recherche au CNRS (Lisst – Université Jean Jaurès, Toulouse). Agrégée et docteure en philosophie de l'Université Paris-I Panthéon-Sorbonne, elle consacre ses recherches en sociologie et en philosophie politique aux processus d'engagement dans la violence politique clandestine. Elle a publié en 2019 *Armes et principes. Éthique de l'engagement politique armé* (éd. du Croquant) et en 2020 *Le conflit au pays basque : regards des militants illégaux* (Peter Lang).

Mathias Delori est politiste et chargé de recherche CNRS au Centre Marc Bloch de Berlin. Il a étudié ou travaillé par le passé à Sciences Po Grenoble (thèse), à l'Institut Universitaire Européen de Florence, à l'Université de Montréal, à l'Université Paris-I Panthéon-Sorbonne (HDR) et à Sciences Po Bordeaux. Son dernier thème de recherche est la violence guerrière des démocraties libérales contemporaines. En 2021, il a publié *Ce que vaut une vie. Théorie de la violence libérale* (Editions Amsterdam) et co-dirigé le numéro 123/124 intitulé « Guerres et contre-terrorisme » de la revue *Cultures et Conflits*.

Invisibiliser la torture par le droit. Une comparaison Espagne / États-Unis

Comment les démocraties libérales peuvent-elles mettre en œuvre des politiques de torture, sachant que ces pratiques sont à la fois interdites par leur droit domestique et le droit international ? Nous répondons à cette question à partir d'une enquête sur deux cas : l'Espagne depuis la transition démocratique et les États-Unis au début des années 2000. La littérature sur le sujet souligne que les démocraties libérales qui ont recours à la torture développent un stratagème : elles la rendent invisible. Notre étude va dans le sens de cette thèse tout en soulignant un autre aspect. En Espagne comme aux États-Unis, les partisans de la torture se sont appuyés sur le droit pour créer des zones de non-droit.

Using law in order to make torture invisible. A comparison of Spain and the United States

How can liberal democracies implement policies of torture, knowing that such practices are prohibited by both domestic and international law? We answer this question by investigating two cases: Spain since the democratic transition and the United States in the early 2000s. The literature on the subject emphasizes that liberal democracies that resort to torture develop a stratagem: they make it invisible. Although it is consistent with this thesis, our study highlights another aspect. In Spain and in the United States, the supporters of torture have used the law to create lawless zones.

