

CONCEPTS JURIDIQUES ET TORTURE USAGES ET ABUS THÉORIQUES*

Massimo LA TORRE**

Professeur à l'Université de Catanzaro (Italie) et à l'Université de Hull (Royaume-Uni)

Riassunto : *Per secoli la tortura ha fatto parte dell'armamentario (purtroppo non solo concettuale) del giurista. Ma, è assai dubbio che si possa considerare la tortura un concetto giuridico.*

I. Pendant des siècles la torture a fait partie de l'attirail (malheureusement pas seulement conceptuel) du juriste. Dans une procédure pénale au sein de laquelle seulement l'aveu est considéré comme une preuve vraie et entière, auquel on ne peut pas vraiment renoncer, auquel on doit recourir et qui doit être obtenu par tout moyen possible et légitime. Ainsi, la torture qui est utilisée pour extorquer la confession, devient une sorte de principe accessoire du droit de la preuve. À cela s'ajoute une conception du droit, et spécialement du droit pénal, qui est manifestement de force absolue, dans laquelle donc la violence n'a pas besoin d'être atténuée ou apprivoisée, mais seulement, au besoin, centralisée et institutionnalisée, et l'on aura la raison profonde de la permanence du tourment dans les régions en général considérées abstraites de la pratique juridique à laquelle correspond une science ou une doctrine juridique qui, de cette nécessité de violence et de force radicale, se fait bien l'interprète et, je dirais aussi, la complice. Ainsi, la torture assume le rang et la dignité de « concept juridique ». Nous la retrouvons dans les traités de procédure pénale, et elle existe comme s'il s'agissait d'une pratique anodine ou d'un concept technique comme le contrat. Mais peut-on vraiment dire que la torture ait ou ait pu être un « concept juridique » ?

II. Qu'est-ce qu'un « concept juridique » est une question ardue qui a tourmenté les meilleurs esprits de la jurisprudence européenne. Ce qui peut-être peut se dire avec certitude c'est ce que sont de tels concepts, quelles en soient la typologie et la fonction. Nous pouvons identifier au moins quatre acceptions possibles et répandues du concept juridique. Je commence avec celle qui est la théorie la plus forte et qui est davantage riche en conséquences. C'est l'idée que les concepts juridiques sont les « choses » du droit, « objets » avec une certaine conformation et néanmoins aussi capables de malformation, en définitive « essences » dotées de contenus spécifiques et de principes ou valeurs. Le droit résulterait de la somme de ces « essences », de ces « choses » que sont les

* Intervention présentée au colloque « L'évolution et la révision des concepts juridiques » (Faculté de Droit, Université d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 23 octobre 2014).

** NDLR : Traduit de l'italien par Mikaël Kazgandjian, doctorant en sociologie, EHESS - Paris / DISFOR - Università degli studi di Genova.

concepts juridiques ; les normes positives ne feraient que les expliquer et leur donner une forme autorisée.

Mais le concept n'est encore jamais complètement expliqué dans la norme positive, de façon à ce que du concept puissent se tirer d'ultérieures conséquences normatives qui accompagnent la lettre de la loi et la même systématique des codes. C'est l'idée d'« institution juridique » (le germanique « *Rechtsinstitut* ») autour de laquelle se construit la science juridique continentale à partir de l'œuvre de Savigny et de la pandectistique. Pour cela, le droit est précisément composé d'« institutions juridiques », de *Rechtsinstitute*, qui dérivent de son histoire et de la tradition doctrinaire, en particulier de celle du droit romain. En travaillant sur les matériaux de celle-ci (en utilisant les justes « réactifs »), peuvent s'« isoler » des « éléments » fondamentaux : la « chimie » est ici vue, comme un vrai et propre modèle méthodologique, plus que comme une métaphore de l'œuvre du « scientifique ».

C'est ainsi que Jhering se réfère plusieurs fois à la chimie pour expliquer le travail de la science juridique. Celle-ci a la tâche de trouver des essences non ultérieurement réductibles et qui sont les concepts juridiques de base, justement les *Rechtsinstitute*. Par exemple, tels sont considérés les « actes juridiques », éléments plus fondamentaux du contrat. Une « institution juridique » sera par exemple encore le « mariage », et celui-ci, une fois défini d'une certaine manière, avec certaines caractéristiques essentielles, sera en mesure de guider l'œuvre du juriste praticien. Un cas pourra être résolu au moyen de la référence aux implications matérielles du concept, bien au-delà de la lettre de la loi. Il ne s'argumentera plus moralement ou de manière jusnaturaliste par principe, mais d'après la méthode de l'« école historique » et de la pandectistique de manière apparemment descriptive en spéculant sur les caractères définitoires d'un certain concept, qui ne consentent pas certaines conclusions et qui, au contraire, poussent vers certaines autres. Par exemple, en utilisant encore le cas du mariage, si celui-ci est défini comme l'union entre deux sujets de sexes différents, chaque décision possible qui en amplifie la circonférence et l'application en direction de la protection des intérêts des couples homosexuels, semblera être interdit. Et de telles conclusions se soutiennent de manière apparemment neutre, sans valeur, « scientifique », en faisant appel aux « choses » comme elles sont, aux « éléments » comme ils se donnent, à la « nature » de l'« institution ».

Quelque chose d'analogue se produit dans le droit pénal avec la théorie du « bien juridique », entité qui constituerait l'essence des faits de l'infraction et de laquelle on pourrait tirer des réponses pratiques pour la décision des cas concrets. Le « bien juridique » se présente ainsi comme une réalité, une « chose », qui précède la norme (et la constitution dont elle dépend), et qui est le critère fondamental de référence aux fins de comprendre le sens et déterminer la portée des faits de l'espèce en question. Le « bien juridique » en effet est plus qu'un concept ; il serait ce à quoi le concept (en l'espèce, par exemple l'« escroquerie ») se réfère à certains égards « *a contrario* ».

Presque symétriquement opposée à la précédente idée des concepts juridiques, on retrouve celle qui les voit comme simples « *presentation tools* » (pour utiliser l'expression d'Alf Ross), « instruments de présentation » de normes juridiques positives. Ici, domine l'anti-essentialisme, qui parfois parvient à reconfigurer les concepts juridiques en tant qu'« essence », comme une sorte d'objet de magie, de « licornes », qui s'évoquent sur le fond de conventions métaphysiques fortes ou de superstitions sur l'existence d'êtres suprasensibles, dans un monde de l'au-delà normatif capable d'interagir et de modeler la sphère empirique de l'ici-bas. Il n'y aura alors pas de « droits », ou d'« actes juridiques », ou de « mariage », mais seulement des termes qui, étant privés de référence ou de référant empirique, deviennent en effet dépourvus de signification, « objets fictifs ». Si l'on veut continuer à donner un sens et une fonction à de telles expressions, il faudra faire coller les faits spécifiques et certaines conséquences normatives dans le monde (fondamentalement les obligations) imposées par la norme de la loi.

Les concepts juridiques nous aideraient alors à ne pas devoir énumérer chaque fois, pour chaque cas concret, les faits de l'espèce et les conséquences normatives considérables, mais on pourra plus facilement se référer précisément à une notion qui résume tel faisceau de faits et conséquences. De fait, les concepts juridiques n'ont pas de vie ou de propre consistance ; ils dépendent au contraire tout à fait du matériel juridique positif. C'est ce dernier qui les détermine, et non vice-versa comme cela arrive dans le cas des *Rechtsinstitute*.

Cette perspective reprend celle qui est la plus traditionnelle et pour laquelle les concepts (comme les règles) seraient tirés de manière inductive, grâce à la généralisation, par une somme de cas concrets à laquelle on attribue une certaine signification ou un certain sens. Puisqu'à une série d'objets similaires on applique une certaine notion, nous supposons que celle de « chaise », après une certaine application répétée, fera dériver par association et analogie le concept de « chaise ». Un peu comme se déduira une règle du fait qu'un certain comportement soit adopté par une série de cas qu'on estime similaires. Ici aussi, concept et règle obéissent à un critère d'utilité, de commodité, ou de réduction de complexité de l'opération asséritive.

Mais il y a encore une troisième possibilité différente, une perspective alternative. Cette fois on a recours à l'idée wittgensteinienne de « ressemblance de famille ». Ici, il n'y a pas de conditions nécessaires pour l'application du *definiens* au *definiendum*, ou l'utilisation du concept ; on manie seulement des conditions présomptives suffisantes. Ainsi qu'à la limite on puisse parler d'un amalgame ou d'un ensemble plus ou moins homogène de propriétés, aucune d'elle ne devient vraiment essentielle. Wittgenstein l'applique avant tout à la notion de jeu, « *game* », et puis Herbert Hart l'utilise, justement, contre la perspective essentialiste, également commune, paradoxalement, à une partie du néo-empirisme logique qui tend à faire des conditions de signification des conditions de vérité.

Cette idée de « *family likeness* » est ensuite reformulée par Hilary Putnam comme « *cluster concept* », concept qui comprend de nouveau une série disparate de propriétés. Abandonner ou laisser tomber une série nombreuse de telles propriétés finirait par ne plus nous donner la signification du concept, et toutefois l'absence de quelques unes de ces propriétés ne nous empêcherait pas nécessairement d'utiliser le même concept. D'autre part, ici, la recherche de la propriété qui seule ou avec d'autres définirait toujours et dans chaque cas les contours de la signification du concept et de son utilisation devient oisive. Le concept vient donc, pour ainsi dire, s'émanciper de la tutelle essentialiste et son utilisation est libéralisée et rendue plus généreuse et plus flexible à l'application métaphorique qui est une grande partie du langage naturel.

D'autre part, ici s'affirme aussi l'idée que les concepts juridiques importants sont ceux employés par qui agit à l'intérieur de la pratique juridique. On ne peut alors opérer sur ceux-ci en les déstructurant et en les recomposant d'après les préférences d'un théoricien qui se place du point de vue externe et qui prétend posséder un plan ou un modèle d'observation et de compréhension supérieur (parce qu'alternatif ou opposé) à celui des acteurs dans le droit. Les concepts, même ceux du théoricien du droit, doivent pouvoir rendre compte de manière « charitable » et herméneutiquement respectueuse des concepts mobilisés par les opérateurs du droit.

A cette dernière conception des concepts se relie une autre conception qui ramène à l'idée de « *essentially contested concepts* ». Il s'agit ici en général de concepts reconnectés aux faits et aux conduites sociales. Cela arrive en particulier dans le milieu de la politique du droit. Si, en effet, les « concepts fondamentalement contestables ou controversés » ont été retrouvés dans le cadre du discours politique, à partir d'eux s'est étendue l'applicabilité au discours juridique. On pense à la notion de « principe de droit » employée par Ronald Dworkin. C'est-à-dire à des concepts comme « liberté » ou encore « égalité ». Ici, comme on le sait, Dworkin fait la distinction entre « concept » et « conception ». Le « concept » est la notion pré-interprétative, et controversée, du principe. Elle doit être précisée et délibérée dans un affrontement-rencontre de différentes doctrines ou théories qui remplissent les contenus des principes. Donc, les « concepts » renvoient aux « conceptions », et celles-ci ne se donnent pas en termes simplement sémantiques, à savoir par de simples opérations linguistiques, mais requièrent l'explication des valeurs qui soutiennent et justifient le contenu que l'on veut attribuer au « concept ».

La manipulation et l'utilisation des concepts juridiques dans une telle perspective ne nous dispensent pas de l'effort et de la nécessité d'expliquer les valeurs en jeu. Les concepts juridiques ne peuvent pas se mobiliser d'après une méthodologie naturaliste, ou par la méthodologie empiriste dans son acception simpliste, tant aimée par le juspositiviste. Les cartes doivent être découvertes et l'on doit entreprendre une franche discussion et une forte délibération normative (morale et politique). « Mariage », par conséquent est encore seulement un

« concept » qui doit être rempli avec la « conception » qui se situe derrière, laquelle s'obtient par une théorie morale spécifique du concubinage ou de l'amour entre deux êtres humains. Ici, il n'y a pas d'« essences » auxquelles se raccrocher.

Enfin, il y a une approche des concepts juridiques tout-à-fait pragmatique, voilà pourquoi ceux-ci seraient des concepts du langage ordinaire, qui cependant assument une technicisation élevée jusqu'à les séparer de leur fond de sens commun. Par exemple, on pourra alors dire que ce que le sens commun retient être de la torture ne l'est plus dans l'enclos du droit, simplement parce qu'une loi ou un document juridique positif ou une sentence se réfèrent à la torture d'après certains paramètres qui deviennent plus restrictifs par rapport à l'usage linguistique commun. La référence au langage ordinaire est bloquée par la technicisation, et par le positivisme juridique qui se situe en arrière-plan et auquel a été soumis ce terme.

III. Pour l'heure, il est très douteux que l'on puisse considérer la torture comme un concept juridique à partir de l'un des quatre modes énumérés ci-dessus. Il est peut être possible qu'elle soit apparentée à un concept juridique dans le dernier des sens susvisés, comme terme de langage ordinaire technicisé. Cela est cependant discutable et probablement inexact.

La torture renvoie à une expérience de sens commun qui trouve son expression dans le langage ordinaire. Une de ses technicisations pourrait seulement vouloir rendre indépendant le droit de cette expérience, et de cette manière lui permettre de rendre possible des « libertés » par rapport à l'usage de la torture que l'évidence et le sens commun ne lui consentiraient pas. C'est par exemple ce qui arrive dans la redéfinition de la torture comme une souffrance directe qui endommage gravement un organe du corps humain et qui met en danger de mort la personne torturée, définition, comme il est bien connu, offerte par le désormais tristement célèbre *Memorandum* de l'OLC, *Office of legal Counsel* de l'administration gouvernementale étasunienne, du 1^{er} août 2002, signée par Jay Bibee et rédigée par John Yoo.

De toute façon, il est certain que l'on a récemment tenté de réintroduire la torture dans l'enclos du droit dont elle avait été expulsée dans les années de la *Sattelzeit* de Reinhart Koselleck, pendant lesquelles s'affirment la culture juridique libérale et le droit, spécialement le droit pénal, alors civilisé, domestiqué, rendu plus au moins indulgent, loin du fracas des os cassés et des lamentations des torturés qui remplissaient encore les places et les prisons des villes européennes jusqu'à la fin du XVIII^e siècle. L'interdiction de la torture semblait être consolidée et très solide jusqu'à des temps très récents. Toutefois, dans les dernières années elle semble s'être relâchée, ou même avoir été abrogée. Néanmoins, pourquoi et comment cela est advenu, est en dehors de l'espace thématique de cette brève intervention.

Ici, je m'arrête seulement sur les stratégies « juridiques » de la réadmission de la torture dans le discours sur le droit, et donc sur sa plus au moins impartiale réadmission dans le groupe des concepts juridiques ou des faits en l'espèce juridiquement licites.

La première manœuvre me paraît être celle qui fait de la torture un concept « limite », une pratique qui s'impose où les lois s'arrêtent de parler : *ibi tormentum, ubi silent leges* – pourrait-on dire en petit latin. Qu'est-ce qu'une telle situation ? Eh bien, c'est celle qui est évoquée depuis toujours pour la subversion de la légalité : l'état de nécessité. Pour lequel *ordinem non servare* – comme écrivait à la moitié du XVII^e siècle Friedrich Spee von Langenfeld dans son traité mordant, *Cautio criminalis* : « l'ordre consiste précisément à ne pas respecter l'ordre »¹. Cela se répète durant le XXI^e siècle, apparemment plus civil. Et cela se fait avec un artifice juridique, employant ce qui a été défini par Bobbio comme la « norme juridique exclusive », une espèce de règle de clôture du système, pour laquelle se trace une frontière nette entre ce qu'est le « juridique » et ce qu'est le « non-juridique », en interprétant cependant ceci comme « indifférence juridique », et enfin en tant que tel, comme licite.

La frontière peut se tracer de différentes manières. Mais il y en a deux qui conviennent particulièrement à ces pratiques qui s'avèrent être, au moins à première vue (moralement), répugnantes. Il s'agit de déterminer l'exceptionnalité (et la monstruosité) de la « situation » ou du « sujet ». Nous trouvons ainsi comme motifs pour actionner le piège de la « norme générale exclusive », qui nous permet d'écarter le droit positif, parce qu'il nous dit que le droit positif n'est pas valable : il est donc « exclu » ; en l'occurrence la (i) « situation moralement monstrueuse », et le (ii) « monstre moral ». Sur les deux s'exerce en particulier la fantaisie des philosophes moraux de profession d'après des modalités qui font craindre le pire pour l'intégrité de leur profession. Les usages et abus d'ingéniosité théorique et d'ergotage casuistique sont profus et abondants. Passons-en en revue quelques-uns. La considération suivante d'Anthony Quinton est par exemple paradigmatique. Il fut parmi les premiers dans les années 1970 à rouvrir la boîte de Pandore dans laquelle était jusqu'alors rejetée et sigillée la légitimité de la torture :

« I do not see on what basis anyone could argue that the prohibition of torture is an absolute moral principle [...] Consider a man caught planting a bomb in a large hospital, which no one dare touch for fear of setting it off. It was this kind of extreme situation I had in mind when I said earlier that I thought torture could be justifiable ».

Ou encore on peut écouter ce qu'affirme le juge Richard Posner, influent théoricien du droit américain : « *If the stakes are high enough, torture is permissible* » ; « *No one who doubts that this is the case should be in a position of responsibility* ». En fait,

¹ Ma traduction de *Cautio criminalis*, trad. it. Anna Foa, II^e éd. Salerno editrice, Roma, 2004, p. 226.

pour Richard Posner, les juges, les policiers et les militaires, aussi bien que les hommes politiques, et les hommes d'Etat, pour rester à leur place, devraient donc faire des déclarations publiques d'approbation morale de la torture. Michael Walzer et Martha Nussbaum ne se soustraient pas non plus au cœur des moralistes experts du tourment. Le premier avance : « *Yes, I would do whatever was necessary to extract information in the ticking bomb case* » ; la seconde affirme : « *I don't think any sensible moral position would deny that there might be some imaginable situation in which torture is justified* ». Et en Italie, Angelo Panebianco, un politologue qui se dit libéral se fait leur écho :

« Faisons une hypothèse fantaisiste mais pas tout à fait invraisemblable. Imaginons que dans quelques mois il s'avère que l'Apocalypse des cieux, le grand attentat destiné à obscurcir même les attaques du 11 septembre, avec des milliers et des milliers de victimes innocentes, ait été déjoué seulement grâce à la confession, extorquée sous la torture par les services secrets anglo-américains, d'un djihadiste impliqué dans un complot et éventuellement arrêté (séquestré) illégalement. Qui aurait le courage en Occident de condamner les tortionnaires » ?

C'est donc la monstruosité morale (l'« Apocalypse des cieux », comme la définit Angelo Panebianco) l'idée qui sert à reconceptualiser la torture comme une espèce de légitime défense. Comme cela a été dit, telle monstruosité morale est articulée en deux situations distinctes : (i) celle du fait considéré comme tel fait spécial ou exceptionnel, à savoir la *situation moralement monstrueuse*, et (ii) celle de l'auteur à certains égards extrahumain du fait, d'un sujet nouvellement marqué par la spécialité ou l'exceptionnalité de son caractère, à savoir le *monstre moral*, si l'on veut un nouvel avatar de la « sorcière ». La première situation est celle qui s'évoque le plus souvent, même si elle n'est pas vraiment indépendante de la seconde. Prenons en considération par exemple le passage suivant d'un écrit de Kenneth Himma, jusphilosophe étasunien :

« *Suppose that U.S. officials have as much evidence as anyone could have for believing that the following propositions are true. (1) There are ten hydrogen bombs hidden in the ten most populous U. S. cities ; (2) the bombs are powerful enough to decimate each city leaving no survivors and extensive radioactive fallout ; (3) the bombs are set to go off in twenty-four hours ; (4) it is not possible to evacuate any of the cities within twenty-four hours ; (5) a conspirator in custody knows where each of the bombs are and will reveal this information quickly enough, if tortured, for officials to find and disarm each of the bombs ; and (6) there is no other way to avoid having the bomb detonate* ».

Dans une situation aussi exceptionnelle et moralement monstrueuse – continuera Himma, juspositiviste « inclusif » – la torture perd son caractère odieux, éthiquement blâmable et même l'usage de la chasse aux sorcières se justifie moralement.

Maintenant, dans une situation moralement monstrueuse il n'y a pas de norme ou d'interdiction morale qui puissent résister, et il n'y a aucun concept juridique qui ne puisse se revoir et même maintenir ses contours spécifiques. Dans une telle situation c'est la même moralité qui s'effondre, et avec elle cependant, on pourrait affirmer, la même juridicité. Droits, contrats, obligations ou biens juridiques ne peuvent être retournés contre la survie de la communauté dont ils sont l'expression. La constitution ne peut se convertir en une espèce de « pacte suicide » (comme nous rappelle, entre autres, John Finnis). En effet, la situation morale monstrueuse nous entraîne vers l'impensable morale.

Mais essayons de radicaliser encore la situation moralement monstrueuse. Ne la rendons plus exceptionnelle mais normale ou ordinaire. Supposons que le cas de la « *ticking bomb* », de la bombe sur le point d'exploser, se représente de manière continue, que chaque jour on en retrouve une nouvelle. A ce point, si nous suivions les recommandations de Himma, la torture deviendrait une sorte de fondement de l'ordre juridique, la *Grundnorm* de la vie sociale.

Continuellement exposés au danger imminent de la « *ticking bomb* » nous devons continuellement torturer, et l'on peut torturer le coupable et l'innocent, parce que le coupable pourrait s'effondrer, si ce n'est pas pour la torture exercée sur lui, en raison peut-être de la souffrance infligée à un innocent, à une personne âgée, à un malade, à un enfant. On pourra, et on devra enfin, torturer n'importe qui. N'importe quel citoyen sera exposé au danger imminent de la « torture de sauvetage » (*Rettungsfolter* comme l'a appelée le juriste allemand Winfried Brugger). Tous seront exposés au risque de la « *ticking bomb* », mais aussi, je répète, à la possibilité d'être torturé, qu'il s'agisse de vieux ou de jeunes, de sains ou de malades, d'hommes ou de femmes, et même les animaux (pourquoi pas ?). Mais pourrions-nous accepter tout cela ? Pourrions-nous vouloir vivre ainsi ? Notre « salut », la sécurité personnelle est-elle maintenant vraiment à l'abri ? Et la société et son intégrité sont-elles vraiment à l'abri ?

L'autre situation exceptionnelle est celle du monstre moral. Écoutons-en une configuration récente offerte par Uwe Steinhoff, un spécialiste allemand de philosophie morale.

« If, for example, humanity would face the choice (maybe posed by some maniac) with the ultimate weapon or by an alien race, or what have you, between being exterminated or torturing one particularly bad man (let us say Idi Amin) for an hour or a day, it is far from clear why any person in his right mind – both intellectually and morally – should pray that humanity said “no to torture”. And what, by the way, if the choice is between all human beings (that includes children) being tortured by the alien race or only one particularly bad man being tortured by some humans » (nous soulignons).

On relève que dans cette représentation hypothétique, le sujet à torturer peut bien être un *innocent*, quoique très méchant et mauvais, étant donné que le

danger imminent à éviter par la torture ne lui est pas imputé et ne lui pas autrement imputable.

Ou bien encore on peut lire ce qu'écrit Michael Moore, un jusphilosophe étasunien qui se vante d'être jusnaturaliste, à propos des monstres moraux (ici les « malfaiteurs » auxquels on impute le danger imminent et très grave) :

« Their lives and rights are worth less precisely because they are morally odious individuals deserving of punishment, even if we are not their rightful punishers and even if death or torture is their rightful punishment ».

C'est-à-dire qu'il y a des individus dont la conduite ou le style vie est si odieux et moralement répréhensible qu'ils ne méritent plus d'être couverts ou garantis par le principe d'égalité devant la loi. Pour eux, la loi ne peut pas être la même que celle qui s'applique au loyal et honnête citoyen.

Polynice s'est révolté contre la cité, et il est alors juste qu'il ne mérite pas d'être enterré, peu importe qu'Antigone puisse dire qu'une loi universelle est la même pour tout être humain. Devant le monstre moral, ou dans une autre version devant l'« ennemi » (comme l'a soutenu le pénaliste allemand Günter Jakobs), l'égalité devant la loi n'est plus valable. En ce qui concerne l'« *illegal alien combatant* » – dira l'administration du Président étasunien George W. Bush – les Conventions de Genève n'ont aucune vigueur, et donc celui-ci pourra être licitement torturé.

Mais qu'est-ce vraiment qu'un monstre moral ? C'est encore un être humain ? Ou un être surhumain ? Ou bien c'est un animal privé d'humanité ? Dans cette échelle, entre être surhumain, être humain, et être infrahumain, où se place-t-il ? C'est une bête ? Et s'il reste malgré tout un être humain il conserve pourtant toujours des droits et garde quand même sa dignité ? On pourra le blesser et le tuer par légitime défense, et peut-être aussi lui appliquer licitement la peine capitale. Mais est-ce que l'on peut le torturer ? La notion de torture doit être revue et reconceptualisée en présence du « monstre moral » – telle est la thèse.

Ici, on peut utilement renouer avec la réflexion kantienne sur ce thème. En effet, Kant ne parle jamais explicitement de la torture, de la « *quaestio* ». Et pourtant il y a au moins deux étapes assez significatives sur ce thème, que nous retrouvons dans *La métaphysique des mœurs*. Lisons-les.

« Relativement à cette partie de la création qui est animée, mais privée de raison, la violence et la cruauté avec lesquelles on traite les animaux sont très contraires au devoir de l'homme envers lui-même ; car on émousse ainsi en soi la compassion qu'excitent leurs souffrances, et par conséquent on affaiblit et on éteint peu à peu une disposition naturelle, très favorable à la moralité de l'homme, dans ses rapports avec ses semblables. Nous avons le droit de les tuer par des moyens expéditifs (sans les

torturer), et de les soumettre à un travail qui n'excède point leurs forces (puisque nous sommes nous-mêmes soumis à cette nécessité) ; mais ces expériences douloureuses que l'on fait sur eux, dans un intérêt purement spéculatif, et alors qu'on pourrait arriver au même but par d'autres moyens, sont choses odieuses »².

Donc avant tout, Kant exclut la torture des animaux, comme une chose qui suscite l'horreur et affaiblit le sens de compassion si important pour nourrir et activer l'empathie qui est à la base de la morale. Mais ensuite il continue avec une réflexion sur les peines cruelles qui s'appliquent aux êtres humains.

« Je ne puis refuser tout respect à l'homme vicieux lui-même, comme homme ; car, en cette qualité du moins, il n'en peut être privé, quoiqu'il s'en rende indigne par sa conduite. Aussi faut-il rejeter ces peines infamantes qui dégradent l'humanité même (comme d'écarteler un criminel, de le livrer aux chiens, de lui couper le nez et les oreilles), et qui non seulement, à cause de cette dégradation, sont plus douloureuses pour le patient (qui prétend encore au respect des autres, comme chacun doit le faire) que la perte de ses biens ou de sa vie, mais encore font rougir le spectateur d'appartenir à une espèce qu'on puisse traiter de la sorte »³.

De la « lecture combinée » de ces deux passages, nous pouvons déduire deux thèses kantienne sur la torture. (i) On ne peut pas torturer les animaux. (ii) On ne doit pas punir l'être humain avec une sanction qui soit aussi une torture. Cela a pour corollaire que les êtres humains peuvent être punis, mais pas les animaux (qui ne sont pas des êtres humains), et que les animaux pourraient être torturés, là où la torture n'est pas une peine, une sanction pour violation de la norme, mais que l'on ne doit pas le faire. Et qu'enfin les êtres humains doivent être punis, s'ils violent les normes juridiques, mais que leur peine ne doit pas être une torture. Mais si la peine, même due, ne peut pas être une torture, a fortiori on ne pourra pas appliquer une torture qui n'est pas conçue comme une peine, comme la sanction d'un crime juridiquement (processuellement) constaté. La position de Kant contre la torture est donc nette, même si elle est déduite des deux thèses énoncées dans les passages susmentionnés, et qu'elle ne se retrouve pas exprimée de manière explicite au sujet de la « *quaestio* » sur laquelle, probablement par dégoût, le philosophe de Königsberg préfère ne pas dire un mot.

D'un autre côté, les thèses kantienne s'appliquent immédiatement à l'hypothèse du « monstre moral ». En admettant que le monstre moral ne soit pas un être humain en tant que sujet autonome, rationnel et doté de sensibilité, et donc qu'il devienne semblable à un animal, on ne pourra pas le punir, du moment que la peine présuppose la responsabilité pour l'acte accompli et cette

² E. Kant, *La Métaphysique des mœurs, Doctrine de la vertu*, trad.fr. de J.Barni, Paris, Auguste Durand, 1855, p. 110.

³ *ibid.*, p. 143-144.

rationalité, l'autonomie du sujet coupable. Mais pourra-t-on alors le torturer ? Non, on ne le pourra pas, justement parce que c'est une « bête », et donc un être sensible, capable de souffrir et donc un possible objet de compassion. Mais ensuite, la torture n'est-elle pas une peine elle aussi, et une peine des plus cruelles ? Et ne serions-nous pas alors en présence de droit pénal sans droit, ou sans procès, dans le cas de la torture infligée au « monstre moral » (le terroriste, « le combattant étranger illégal ») ?

Et si le monstre moral était encore, malgré tout, un être humain ? Dans un tel cas, sa monstruosité ne lui enlève pas le caractère d'« humanité » et avec celui-ci la valeur de la dignité comme droit fondamental inaliénable parce qu'universel (de tous les êtres humains en tant que tels) et universel parce qu'inaliénable, que lui, le « monstre », pourrait justement quand même réclamer. On pourrait encore dire que le « monstre » est un être surhumain, un « diable », une sorte d'être exceptionnel et négatif. Mais s'il était vraiment ainsi la torture ne pourrait avoir d'effet sur lui. Si nous la lui appliquons, c'est parce que nous croyons qu'il est comme nous, fragile, faible, « humain », capable d'être courbé par la douleur et par la souffrance. Et il suffira d'en observer les réactions, les gémissements et les cris, sous torture, pour ne pas avoir de doute de la sorte à cet égard.

Mais considérerons de nouveau la « situation morale monstrueuse ». Ici, la proposition, comme on l'a vu, est celle d'une règle générale exclusive, pour laquelle l'exceptionnalité de la situation nous libère du droit et de ses contraintes « normales » ou « ordinaires ». A la « sorcière », ou au « terroriste », à l'« *illegal alien combatant* », on n'applique pas la norme juridique (ici essentiellement les Conventions de Genève et le fameux article 3 qui interdit l'usage de la torture). En général, l'argument de l'état d'exception présuppose que, l'applicabilité du droit et la loi ordinaire ayant failli, la nécessité et l'exception se trouvent devant un vide normatif absolu, lequel donc justifie le recours au décisionnisme, à un fort pouvoir discrétionnaire.

Cependant cette thèse tient et tombe avec la validité de la thèse juspositiviste pour laquelle le droit, en tant que raison et règle d'exclusion ou exclusive, désactive une fois pour toute la validité de la morale ou des autres critères de raison pratique. Mais c'est la thèse du droit comme « raison excluante » ou la thèse du système juridique parfaitement délimité par une « règle générale exclusive » plausible, qui rend compte de la pratique et de l'expérience juridique ? Comment est-il possible que le droit tienne par lui-même, qu'il se suffise à lui-même, sans renvoyer à des règles extra-positives (comme par exemple celle de la linguistique ou celle de la logique voire celle de la raison pratique) ?

Et pourquoi, une fois le droit désactivé, devrions-nous retomber dans le pouvoir discrétionnaire d'un décideur non lié par la norme de justice, un espèce d'« anarque » *jüngerien* ou *schmittien* ? Pourquoi et comment les « raisons d'exclusions » (à partir desquelles on affirme et compose le droit) désactiveraient-elles

pour toujours les « raisons de premier degré », les raisons morales surtout par rapport auxquelles les normes juridiques fonctionnent (ou du moins c'est comme cela que l'on dit) comme « raisons de deuxième degré » ?

Ne pourrait-on pas au contraire retenir que, lorsqu'il manque les raisons de deuxième degré (les normes du droit positif), les raisons de premier degré (principalement les normes morales) retrouvent toute leur application ? Peut-on dire et soutenir que la règle « générale exclusive » maintient la validité même en présence de l'exception, de la situation « monstrueuse » ? Ou que tout ce qui reste exclu par de telles règles générales devient licite ? Et ensuite si l'exceptionnalité, la « monstruosité » de la situation qui désactive le droit ordinaire est qualifiée en termes moraux (la « situation morale monstrueuse » ou l'irruption du « monstre moral »), parce que la morale ne devrait pas, pour ainsi dire, reprendre la même situation dans ses propres mains ?

Friedrich Spee von Langenfeld, l'auteur du *Cautio criminalis*, le livre qui au XVII^e siècle affronte et critique l'holocauste et la chasse aux « sorcières » en Allemagne, se dresse contre cette prétendue vertu désactivante et anomique de la situation exceptionnelle, abrégée dans le principe pour lequel ici et maintenant, « *ordo est ordinem non servare* ». Même dans le cas de « *crimina excepta* », de délits exceptionnels, il ne découle pas immédiatement – écrit-il – « qu'il soit licite de faire abstraction au-delà du droit même de la droite raison »⁴. Par conséquent, si l'on n'applique pas le droit ordinaire aux « sorcières », au « monstre moral », on appliquera le droit naturel et pour de tels sujets la compassion vaudra toujours et de toute façon.

« Je ne veux pas nier – écrit-il – que l'on doit aller au secours de l'Etat, mais sans entrer en conflit avec la raison ou avec le droit naturel et sans violer le sentiment universel de la charité chrétienne »⁵.

⁴ ma traduction de *Cautio criminalis*, *op. cit.*, p. 228.

⁵ ma traduction, *ibid.* p. 234.