
La CPI au cœur du contrat social

Le contrat social global, fondé sur la spécificité du droit de punir, semble être la seule réponse envisageable à la rigidité dichotomique de la théorie de la souveraineté et de son contrepoint anarchiste. Parce qu'il n'envisage pas les étapes transitoires du passage d'un état de nature à l'état de droit, Hobbes postule que soit une entité souveraine existe et s'impose absolument, soit l'état de nature – c'est-à-dire le retour des échelons inférieurs, féodaux, religieux, claniques – prévaudra. Les partisans d'une redéfinition de la forme étatique comme ceux d'un dépassement, ou d'un contrôle de celle-ci, visent tous à construire cet entre-deux manquant. La Cour pénale internationale apporte une réponse nuancée à cette aporie paradigmatique tout en restant compatible avec le système actuel de la souveraineté (A), qui constitue une novation sans précédents dans la construction institutionnelle de la mondialisation (B), mais qui n'en interroge pas moins sur ses limites (C). Il nous faudra donc mettre en question la pertinence d'un tel projet et, si celui-ci devait être *admis*, à quelles conditions il pourrait l'être (D).

A. Le dépassement de Hobbes par lui-même : l'instrument de la CPI

Toutes les tentatives précédentes à la Cour pénale internationale ont échoué à apporter une réponse systémique au problème que nous venons d'exposer. Les conventions touchant aux droits de l'homme, pour essentiel que soit leur rôle, restent des instruments fragiles, facilement dérogeables et trop incantatoires, rappelant à bien des égards les alliances et contre-alliances mises en œuvre par les individus dans l'état de nature¹⁰⁰⁸. Longtemps, la démocratisation puis la constitutionnalisation ont permis d'établir des limites à la souveraineté plénipotentiaire et westphalienne, mais sans que l'état de droit ne progresse au niveau externe, limitant les développements du droit public à des avancées non-contraignantes, et ne permettant pas d'éviter les crimes de masse de l'époque contemporaine¹⁰⁰⁹. Ainsi, la charte de l'ONU elle-même, pourtant perçue comme un grand progrès, réaffirme le principe de primauté de la souveraineté des États et celui de non-ingérence, faisant de l'intervention l'exception, et pour des raisons d'ordre purement interétatiques. Pierre Hassner, dans *La Violence et la paix*,

¹⁰⁰⁸ Leur universalisation, ou plutôt l'universalisation du contrôle de leur respect, reste encore largement illusoire, tant du fait d'obstacles d'ordre pratique (importance du contentieux, unification juridique, malgré la différence des régimes nationaux et les différences de formalisme, etc.) que culturels (différence d'appréciation de ce que sont les droits de l'homme et leurs importances respectives, priorités variant selon le niveau de développement, variabilité des références historiques et des sensibilités des opinions, etc.). Elles se voient une nouvelle fois barrer la route par l'absence d'une société mondiale que les incantations successives n'ont toujours pas réussi à faire vivre.

¹⁰⁰⁹ De nombreux chercheurs ont tenté de montrer comment, comme cela a été le cas en France, du Roi Soleil à la V^e République et la fondation du conseil constitutionnel, un même mouvement de fond a amené à la limitation des pouvoirs du souverain aux échelles nationales sans que la société internationale moderne ne cède sur le principe de l'exclusivité des compétences sur un territoire donné. Pourquoi ne pas envisager ce même mouvement de fond au sein des relations internationales, les limitations de la souveraineté interne s'externalisant progressivement, amenant les États absolument souverains à accepter une régulation supraétatique ? Voir par exemple les ouvrages de Monique Chemillier-Gendreau, dont *Droit international et démocratie mondiale : Les Raisons d'un échec*, Paris, Textuel, 2002.

laissait entendre que l'équilibre des puissances était le pendant international de la limitation du Léviathan, avec les conséquences que l'on sait en ce qui concerne les conflits périphériques¹⁰¹⁰. C'est ce qui expliquerait le gel transitoire de toute véritable évolution de la gouvernance mondiale, non pas tant du fait de l'impossibilité de s'accorder sur un modèle commun, mais par l'absence de nécessité de celui-ci. Cet état ne sera de toute façon plus retrouvé.

Dans cette quête effrénée d'ordre qui angoisse les différents acteurs des relations internationales, la CPI est apparue comme une solution acceptable, permettant de dépasser le Léviathan sans y substituer un nouveau, plus imposant encore, ni atteindre son souverain fondement, contournant ainsi les principales difficultés que nous avons évoquées¹⁰¹¹. Cette évolution est permise par ce qui constitue la véritable novation du Système de Rome : la reconnaissance mutuelle d'un droit pénal universel, calqué sur le droit naturel hobbesien et ne tolérant aucune exception. C'est bien ce droit qui donnera naissance à une communauté, et non une hypothétique communauté préexistante qui aurait donné naissance à la Cour.

En s'attaquant aux acteurs de la souveraineté, ceux qui personnifient l'État, plutôt qu'aux États eux-mêmes, la CPI reprend à son compte la séparation entre les deux corps du souverain. Elle permet ainsi d'envisager un contrôle « doux » et limité de l'exercice de la souveraineté qui viendrait compenser l'évolution des systèmes politiques depuis la théorisation hobbesienne et empêcher les violations les plus exagérées, imprévisibles à l'époque de la rédaction du *Léviathan*, du droit

¹⁰¹⁰ Hassner, P., *La violence et la paix*, Paris, Seuil, 2000, tome I, page 62 : « Deux structures de puissances sont possibles à cet effet, à l'intérieur comme à l'extérieur : l'existence d'une autorité supérieure, exerçant des pouvoirs de sanction et d'arbitrage, ou celle d'un équilibre entre puissances comparables. Le système européen moderne reposait sur l'existence de la première condition à l'intérieur (l'autorité de l'État tempérée par l'équilibre des pouvoirs dans les États constitutionnels) et sur la seconde à l'extérieur : l'équilibre des puissances ».

¹⁰¹¹ Parce qu'elle ne peut pas aller à l'encontre du bien des populations, ni structurellement agir à l'encontre de leurs intérêts vitaux, la CPI échappe à cela.

naturel par les puissances souveraines. Cette évolution est notamment le fait de la matérialisation implicite par l'institution du « droit de résistance collectif » nié par la théorie hobbesienne.

La CPI crée une situation intermédiaire dans les relations entre souverain et sujets : si un souverain ne garantit plus l'exécution des droits « naturels » de ses sujets¹⁰¹², à savoir assurer des conditions matérielles et de sécurité suffisantes à la préservation de leur vie, elle permet, au lieu de replonger dans l'état de nature par une rupture légitime du contrat social et la dissolution de la puissance civile, une déchéance « partielle » et personnalisée. C'est en cela qu'elle forme une réponse directe à l'aporie hobbesienne qui empêchait toute remise en cause collective du souverain : excluant de son champ d'action les violations isolées des droits individuels, contre lesquelles les hommes ont *par nature* un droit de résistance individuel, elle n'entre en action que lorsqu'un crime « suffisamment grave¹⁰¹³ », et donc d'essence politique et collective, est commis, ouvrant ainsi le droit à une reconnaissance « collective » des victimes, et par voie de conséquence au renversement, ou plutôt au *dessaisissement temporaire*, du souverain criminel¹⁰¹⁴. La Cour trouve ainsi en elle-même le fondement de son action lui permettant de s'attaquer à des entités – fruit d'un héritage hobbesien – pourtant *a priori* immunes à toute poursuite ou renversement légitime autre que celui inscrit dans le pacte social. Elle vient ainsi compléter les évolutions internes de la représentation de la souveraineté allant vers un contrôle accru du pouvoir,

¹⁰¹² Que cela soit du fait de sa propre action criminelle ou du fait qu'il laisse prospérer des groupes criminels qui mettent en péril la vie des individus.

¹⁰¹³ C'est-à-dire concernant un nombre élevé de personnes, ou à défaut ayant une portée symbolique telle qu'il puisse être considéré comme attentant à la communauté humaine dans son ensemble de façon particulièrement exemplaire.

¹⁰¹⁴ Ou du bannissement, ce qui revient à la mort dans un système où l'ensemble de l'espace géographique est occupé par des entités politiques fortes (les situations où des entités politiques faibles provoquant des résultats d'autant plus pénibles, comme peut le montrer la déstabilisation de la région des Grands lacs à la suite du génocide rwandais et l'expulsion de millions de Hutus dans les pays limitrophes, provoquant une guerre de vingt ans ayant coûté la vie à des millions de personnes).

notamment au sein d'un certain nombre de sociétés occidentales ayant institué des démocraties constitutionnelles dont le modèle reste l'élection ou les régimes parlementaires sans exécutif bicéphale¹⁰¹⁵. Elle permet par ailleurs de combler ce deuxième vide qu'est l'impossibilité de sanctionner autrement que par les représailles l'agresseur qui aurait commis des violences de masse en dehors de son contrat social, au sein d'un pays envahi.

En s'attaquant aux « plus responsables » des crimes commis, la CPI isole le

¹⁰¹⁵ Il reste que ce mouvement de « conditionnement interne » ne prévoit au final que des modalités d'évolution institutionnelles pré-agrées et limitant fortement les capacités de contestation contre le souverain. Le droit de rébellion n'a ainsi été que parcimonieusement – et la plupart du temps très temporairement – accordé, comme le montre la destinée de la constitution de 1793 et de l'article 35 de sa déclaration des droits de l'homme. Les dispositifs constitutionnels ou politiques les plus communs n'offrent aucun moyen d'action pour les individus contre la répression exagérée qu'ils subiraient, sauf la dissolution, à moins d'envisager qu'un pouvoir politique commettant des crimes de masse soit prêt à se plier aux contraintes préétablies d'un contrat social qu'il est lui-même en train de violer. Les violences de masse, celles qui constituent le cœur de notre propos, sont le fait d'un régime dans son ensemble, ou d'un mouvement rebelle, et non d'un seul ou d'un petit groupe d'individu : l'auto-renversement semble inenvisageable et le respect des règles constitutionnelles dans une telle situation illusoire. Ces conditions n'offrent de plus aucune possibilité de « dépôt » ou de délégitimation du détenteur de la souveraineté suprême pour des actes de violence commis dans l'exercice de ses fonctions, et ce *a fortiori* vis-à-vis de populations extérieures ou minoritaires, ce qui en compose la deuxième limite, essentielle dans notre réflexion : elles sont nulles et non avenues dans les relations internationales. Mises en place par la majorité, ces règles sont l'outil de la majorité, ce qui rend leur effectivité aléatoire et conditionnée au contexte. Il s'agit donc au final d'un outil à double tranchant, son renversement, par des voies tout à fait légales, pouvant permettre de « rendre étranger » et de mettre en minorité des parties de la population afin de s'autoriser à les traiter inhumainement, comme le montrent notamment les exemples de la colonisation, de l'esclavage et de la guerre contre le terrorisme, toujours soigneusement légalisés. Si donc les instruments légaux nationaux constituent des inhibiteurs bienvenus, ces limitations n'apportent qu'une réponse partielle, et complémentaire à la CPI, au fond du problème, comme le montrent d'innombrables exemples historiques et la constance des violences de masses au XX^e siècle malgré leur plein développement (inclusive en Allemagne). La nécessité de créer une instance extérieure à la souveraineté et au contrat social découle du constat d'insuffisance de ces outils, et de la complémentarité que trouvent ces deux démarches, l'établissement de l'État de droit à l'échelle interne garantissant l'exécution des décisions prises en conformité avec ce droit par des instances externes.

mauvais « acteur » incarnant le souverain. Elle le remplace temporairement et de façon très limitée dans l'exécution de certaines de ses obligations les plus essentielles (celle de juger et de réparer). Reprenant la doctrine des deux corps, elle s'attaque au représentant du souverain pour empêcher une remise en cause de sa superstructure, l'État, et la dissolution du contrat social. Étant donné que les obligations de juger et de réparer, découlant du droit naturel, fondent la légitimité du souverain, leur non-exécution est un crime commis par celui-ci à l'encontre de son peuple : la substitution est, pour le moins en principe, légitimée, et sert d'alternative valable à la désautorisation violente¹⁰¹⁶. Le Système de Rome établit ainsi des mécanismes visant à compenser ce manquement sans annihiler toute la structure étatique, en dépassant les immunités de juridiction que s'attribuent naturellement les souverains¹⁰¹⁷. Alors qu'elle se fonde sur un contrat social entre souverains, la Cour garantit par ce biais la sauvegarde des contrats sociaux nationaux, et *in fine* de l'ordre existant tout autant que des vies des populations. Dit autrement, elle apporte une réponse judiciaire à un problème autrefois traité (ou absorbé) politiquement, c'est-à-dire par le rapport de force¹⁰¹⁸. Elle propose une alternative au renversement illégitime et violent, alternative qui préserve les deux corps, l'un dans sa continuité, l'autre dans son intégrité physique : une

¹⁰¹⁶ Nous verrons par la suite par quels biais la CPI intervient et quels sont les mécanismes de contrôle existants.

¹⁰¹⁷ Le souverain étant la source de la justice et déterminant ce qui est bon ou non, il ne peut être soumis. Cette vision est à l'origine des immunités de juridiction encore aujourd'hui largement en place. Ces immunités ne sont pas prises en compte par la Cour pénale internationale, au même titre que les amnisties : dans le cas d'atteintes si évidentes et graves à la vie de ses sujets, le souverain ne peut s'abriter derrière une interprétation propre de ses actes, ceux-ci atteignant directement à la source du contrat social, et donc à sa capacité à dire le juste et l'injuste. Hobbes propose par ailleurs une deuxième justification à l'immunité de juridiction dont bénéficient les souverains : il fonde en effet le droit pénal sur le principe qu'il n'est pas possible de commettre un crime contre soi-même, or, tout acte commis par le souverain l'est conséquemment par tous ses sujets. Le souverain s'attaque lui-même en attaquant son peuple, et ne peut en conséquence être tenu pour responsable.

¹⁰¹⁸ Cela a une conséquence périphérique. En situant hors de l'espace politique certains actes de violence autrefois acceptés, en les faisant appeler « crimes les plus graves » (pour les placer dans le juridique), leur amnistie devient inenvisageable, l'amnistie étant justement un processus politique.

logique de dessaisissement temporaire et limité, accompagné le cas échéant d'un renversement légitimé. La sécurité fondamentale des individus¹⁰¹⁹, source du contrat social auquel ils ont décidé de se lier, est protégée par l'institution. Le système politique voit quant à lui sa continuité assurée. Le souverain lui-même, ou plutôt le représentant de la souveraineté, se voit garantir à la fois la permanence du pouvoir qu'il incarne – bien qu'il puisse en être déchu – et l'intégrité de sa vie.

On perçoit rapidement les limites d'un tel fonctionnement, en mesure de renforcer des régimes pour peu qu'ils fassent respecter le cadre finalement très limité de l'institution – voire de sacrifier quelques rares éléments pour préserver un système sans en corriger les injustices fondamentales. Une préservation de l'ordre étatique, qui renforce à son tour le système international, provoquant un mouvement essentiel mais restreint au profit d'une préservation de la stabilité d'ensemble. Dès lors, on y voit aussi assez naturellement les possibilités d'extension qu'aurait l'action de la Cour, appelée à prendre sous son aile, ou par le truchement d'institutions sœurs, bien plus de violations des contrats sociaux que celles incluses dans son socle minimal. Cette normativisation d'une partie, limitée, de l'espace politique, loin d'attenter à la souveraineté des États et au contenu du contrat social qui en est à l'origine, les renforce logiquement. S'appuyant exclusivement sur le droit naturel, dont dérive le droit pénal, et sur le principe objectivable de préservation des populations, le fondement de la CPI ne *peut* pas être remis en cause en soi par des sociétés fondées sur la même fiction à

¹⁰¹⁹ Le souverain étant la source de la justice et déterminant ce qui est bon ou non, il ne peut y être soumis. Cette vision est à l'origine des immunités de juridiction encore aujourd'hui largement en place. Ces immunités ne sont pas prises en compte par la Cour pénale internationale, au même titre que les amnisties : dans le cas d'atteintes si évidentes et graves à la vie de ses sujets, le souverain ne peut s'abriter derrière une interprétation propre de ses actes, ceux-ci atteignant directement à la source du contrat social, et donc à sa capacité à dire le juste et l'injuste.

Hobbes propose par ailleurs une deuxième justification à l'immunité de juridiction dont bénéficient les souverains : il fonde en effet le droit pénal sur le principe qu'il ne soit possible de commettre de crime contre soi-même. Or, tout acte commis par le souverain l'étant par tous ses sujets, le souverain s'attaque lui-même en attaquant son peuple, et ne peut en conséquence être tenu pour responsable...

une échelle inférieure ; il remplit l'objectif assignable à la justice, celui d'être l'outil utilisé par le souverain pour répondre à l'aspiration profonde de ses sujets : la régulation de la violence et la préservation de leur vie. Il force seulement le souverain à confier à un organe partiellement extérieur à sa structure le contrôle de la bonne exécution de cette obligation¹⁰²⁰. Parce qu'il devient partie du nouveau contrat social (global) l'acteur souverain, le chef d'État, renonce en adhérant au Système de Rome à son droit de punir sur tous au profit de l'instance supérieure, la CPI, qui à son tour va mettre en place un système complémentaire en autorisant à nouveau le souverain à exercer par délégation son pouvoir avec la possibilité à tout moment de lui retirer cette autorisation¹⁰²¹. C'est à ce titre que se révèle être particulièrement importante la notion de *subsidiarité*, affirmée dès l'article 1^{er} du Statut de Rome, la Cour n'intervenant qu'en dernier recours, après que l'État a fait montre de son incapacité ou de son absence de volonté à traiter les crimes commis par l'acteur de la souveraineté. Cela permet de résoudre les éventuelles contradictions concernant le principe de souveraineté au niveau fondamental, en faisant de la CPI un acteur de dernier recours¹⁰²². Les importantes limitations du Statut de Rome, qui ne peut traiter que des crimes de guerre, crimes contre l'humanité et crimes de génocide, contribuent à leur tour, du moins dans cette première phase, à légitimer la Cour et ses prérogatives et à réduire les risques de partialité ou d'interventionnisme exagéré.¹⁰²³

¹⁰²⁰ Cette logique est finalement en tous points similaires à celle qui a amené Montesquieu à théoriser la séparation des pouvoirs et à prôner l'indépendance de l'institution judiciaire. D'un juge indépendant au sein de l'institution souverain, nous passons à un juge souverain en dehors de ses structures, dont les lois (qui assurent son contrôle politique) sont élaborées par un parlement composé de représentants d'États (l'AEP) et non plus de représentants d'individus.

¹⁰²¹ Une interprétation alternative bien que similaire dans ses conséquences consisterait à envisager que le souverain ne fasse qu'accepter l'éventualité d'une intervention de la CPI, et dès lors de son dessaisissement du droit de punir dès que l'institution en décide.

¹⁰²² La subsidiarité consiste en l'activation de la compétence de la Cour dans les seuls cas où la justice des pays concernés ne soit en état, ou en volonté, de livrer justice de façon impartiale, voire de livrer justice tout court.

¹⁰²³ Un argumentaire non hobbesien et similaire en tous points permet d'expliquer la légitimité d'une action limitée de la CPI. Richard Posner prétend que le

développement des instances juridiques, comme la Cour européenne des droits de l'homme ou la CJCE, est dû au fait que le *legalism*, que l'on pourrait traduire en utilisant le néologisme « juridicisme », est la meilleure solution pour résoudre les conflits entre des communautés ne partageant que partiellement un passé et des traditions communes tout en se reconnaissant dans le projet de société dans lequel elles se sont volontairement insérées : plus l'entité dans laquelle ils ont accepté de se fonder est grande, plus les principes sur lesquels les juges peuvent s'appuyer se réduisent (ainsi les Cours américaines ont une légitimité et capacité d'action d'autant plus grande vis-à-vis des couches immigrées qui sollicitent leur action que ces différentes vagues d'immigration qui ont fini par constituer la société américaine avaient, *a priori*, accepté de se fonder dans le projet sociétal américain défini par la constitution ; ainsi les Cours européennes se trouvent-elles déjà plus limitées, tant dans leur modalité d'action que sur les questions de fond, et se contentent de contrôler les violations des droits fondamentaux et procéduraux ; ainsi la Cour pénale internationale doit-elle se limiter aux violations les plus graves des droits de l'homme).

B. La novation dans la mondialisation

La *valeur interne* de la Cour pénale internationale s'évalue dans un cadre idéologique précis, faisant de l'ordre et de la préservation de la vie, coûte que coûte, le fondement de la société. Dans cette perspective, l'introduction d'un lien direct avec les individus, qui ne pouvait être envisageable que par le droit de punir, est une première bienvenue pour une institution non-étatique permanente et universelle. Cette spécificité est déterminante pour valider la légitimité, au regard des attentes formulées par une certaine opinion, de l'institution. Nous l'avons dit, la Cour pénale internationale ne peut être considérée comme le support d'un contrat social global seulement dans la mesure où elle a *in fine* pour objectif de servir les individus et non les souverains. Ainsi, dès lors qu'il a été déterminé que le contrat social est établi par les acteurs de la souveraineté en représentation des individus restés détenteurs de la souveraineté, il est de première importance que ce contrat social soit établi, si ce n'est exclusivement, du moins tout autant en faveur des populations et individus que de leurs représentants eux-mêmes, sans qu'il ne soit à aucun moment envisageable que la Cour puisse agir « négativement », c'est-à-dire à l'encontre des intérêts immédiats des populations. C'est-à-dire que la Cour ne peut exister que parce qu'elle ne peut pas prendre pour cible les populations, et là peut-être aussi pourquoi l'affaire Katanga peut susciter un tel malaise, comme si celui-ci était tombé dans une *trappe* qui n'aurait jamais du *l'attraper*. La décision d'autoriser la CPI à exercer des attributions essentielles de la souveraineté individuelle, dont nous avons vu qu'« elle » n'avait pas été effectivement transférée dans son *essence* aux États mais seulement dans sa potentielle mise en œuvre, ne peut se faire à l'attention exclusive de la puissance souveraine représentante et de ses intérêts, fussent-ils indirectement ceux de ses sujets, au risque de voir l'autorité des premiers immédiatement remise en cause par les seconds. Ainsi, tout rebelle qui prétendrait représenter d'une meilleure façon les intérêts des populations que le

chef d'État en exercice ne pourrait se voir disqualifier par l'institution que s'il commettait des actes suffisamment graves pour menacer la sécurité dans son ensemble des populations, se disqualifiant de fait lui-même de son propre combat. Cela pourrait sembler suffire, si cette impossibilité théorique ne masquait pas le puissant effet de la fiction dominante imposée par la Cour, imposant une perspective vitaliste, dans le sens le plus simplement charnel du terme, à la politique, et rendant théoriquement impossible la remise en cause de pouvoirs qui ont eu le *privilège* d'imposer leur fiction par le sang et de le maintenir par l'effet de sidération alors provoqué, ainsi que par les structures de pouvoir chargées de l'alimenter depuis. Cette objection, pour inaudible qu'elle soit à l'heure où nos sociétés se sont éloignées de leurs origines sacrificielles et ont fait de la mort un interdit, n'est contestable qu'à la condition de considérer que nos modèles politiques actuels offrent des bénéfices suffisamment importants pour compenser une inamovibilité obtenue *de facto* par la combinaison de l'ensemble de ces facteurs.

Une fois ce premier préalable accepté, l'efficacité de la CPI à cet égard ne peut qu'être louée. Le modèle institutionnel de la Cour pénale internationale est un élément essentiel participant de la *capacité* positive de cette dernière à établir une société mondiale – allant au-delà d'un cosmopolitisme des chefs¹⁰²⁴. Il est,

¹⁰²⁴ Cette notion est importante et rapproche le Système de Rome d'un Dharma qui serait appliqué au souverain. Concept hindou ne respectant pas les distinctions disciplinaires occidentales, le Dharma est au fondement des équilibres et d'un ordre universel, et inspire des obligations plus ou moins formalisées tant au niveau juridique que sociétal et spirituel, dont la rupture menacerait le devenir des *cosmos* dans leur ensemble. Son effectivité va au-delà des dispositifs positifs visant à le mettre en œuvre, dont les brahmanes sont chargés de l'élaboration comme de l'application, et s'appuie très largement sur la performativité de son discours et du *faire société* qu'il implique. Son non-respect – tout en constituant un formidable outil de maintien de l'ordre – peut ainsi justifier la déchéance du souverain, ce qui fait naturellement penser à la CPI et son utilisation de plus en plus instrumentale et directe en ce sens. Concernant l'applicabilité du Dharma au droit, voir Shiv Narayan Persaud, « Eternal law : the underpinnings of Dharma and Karma in the justice system », *Richmond journal of law and the public interest*, volume 13, 2009, notamment page 80 et suivantes.

comparativement à celui des institutions internationales déjà existantes, novateur à de nombreux égards. Comme d'autres, il permet l'établissement d'une entité supra-étatique, imposant des standards universels sur un domaine relevant des compétences régaliennes, avec un Tribunal chargé de mettre en application ces principes, cela sans pour autant envisager un quelconque transfert permanent de souveraineté. À l'image de l'OMC, la Cour pénale internationale lie ainsi un fonctionnement intergouvernemental à une institution permanente et autonome ayant autorité sur ses États membres¹⁰²⁵, tout en dépassant le simple cadre étatique. Elle va cependant bien au-delà de l'Organisation mondiale du commerce en n'utilisant les puissances souveraines que comme des autorisants intermédiaires et exécutants de ses décisions : ceux-ci ne sont pas les *objets* de son action, ce qui constitue une novation radicale dans la mondialisation¹⁰²⁶. Au contraire des institutions intergouvernementales, la Cour pénale internationale ne prend pour objet l'État mais l'individu. Cet élément est à différencier de celui exposé précédemment : ainsi, la CPI ne veille pas seulement aux *intérêts* des individus – ils sont l'objet direct ou indirect de son action – mais son *action* elle-même se concentre exclusivement sur les individus.

Cette novation est valable tant en ce qui concerne la finalité de ses actions que son interaction avec les accusés, victimes, témoins, etc. La CPI entretient certes

¹⁰²⁵ L'OMC dispose d'un Organe de Règlement des Conflits, qui agit en tant qu'organe de justice de l'institution, et dispose des conflits commerciaux entre États. Ses décisions ont une effectivité importante, découlant de l'interdépendance créée entre les différents membres de l'organisation et des mesures de sanctions dont dispose l'organisation.

¹⁰²⁶ Certes, la jurisprudence de la Cour internationale de justice touche marginalement à certains cas individuels n'agissant pas en tant que membres ou extension du corps étatique (notamment à travers les cas de non-respect de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires), mais ces cas sont non seulement rares, mais aussi contestés et en général dénués d'exécution de la part des États membres, l'applicabilité des décisions de la CIJ – organe inter-étatique s'il en est, dans le cadre de procédures judiciaires individuelles – restant discuté. Ils doivent par ailleurs être formellement menés par les États dont ces individus sont des citoyens. La bataille juridique entre les États-Unis et la CIJ qui culmina avec l'arrêt Medellin de la Cour suprême américaine en offre un exemple assez parlant.

des liens permanents, et essentiels, avec les structures étatiques. Cependant ces relations, que nous qualifions d'intermédiaires, n'ont pas pour objectif direct de participer à l'organisation des relations internationales¹⁰²⁷, mais d'être des outils visant à réaliser les finalités propres à la Cour. Elles sont donc *primordialement* intermédiaires. Cette particularité, qui découle des précédentes, fait que la Cour pénale internationale répond, nouvellement et pour la première fois depuis la création de la forme étatique, à la définition du « commonwealth » de Hobbes, à savoir une personne juridique créée dans l'objectif de protéger la vie des individus, qui lui cèdent directement ou indirectement, partie ou totalité de leurs droits naturels dans cet objectif. C'est dans cette mesure qu'on comprend que la conception du Traité de Rome ait été fortement accompagnée par les ONG, censément représentantes des « citoyens du monde¹⁰²⁸ », et saluée comme leur plus grande victoire. C'est aussi dans cette mesure qu'apparaît la force novatrice de la Cour et son potentiel impact sur l'ordre westphalien, jusqu'ici institutionnellement limité à la forme étatique. Elle est un début de réponse à ses insuffisances, une volonté de prise en compte du peuple, qui restera inadaptée au système tant qu'il ne se sera pas lui-même démocratisé, au sens le plus absolu du terme, c'est-à-dire sous une forme impérative. Car le postulat de la Cour ne peut qu'être le suivant : que les chefs d'État, les acteurs de la souveraineté, lui ayant cédé leurs droits naturels dans l'objectif de protéger leur vies en tant qu'individus, soient eux-mêmes les garants parfaits de la préservation de la vie des individus qui les ont institués. L'ambition folle de l'institution, qui cherche à fusionner les perspectives hobbesiennes et cosmopolitiques, apparaît immédiatement à cette énonciation, ainsi que son caractère utopique, nécessairement dangereux puisque constituant une *utopie des pouvoirs* bien plus que des populations.

¹⁰²⁷ Au contraire de l'ensemble des organisations internationales créées jusqu'alors, bien que l'utilisation de la justice comme outil pour la résolution de conflits et la stabilité internationale soit l'un des objectifs secondaires de la Cour.

¹⁰²⁸ Mais, et c'est là le paradoxe, en ce qu'elles se doivent d'être les représentantes tant des individus parties aux contrats sociaux nationaux... que des autres.

Voilà qui explique pourquoi la Cour se montre incapable de satisfaire les ambitions des chefs d'État, agissant trop souvent à l'encontre des populations sans que la Cour ne puisse systématiquement les couvrir, et des « représentants » des populations, navrés de voir la Cour coopérer et renforcer des souverains usant de violences graves et répétées mais n'entrant pas dans le mandat de la Cour. Outil de maintien de l'ordre, la CPI renforce mutuellement les pouvoirs nationaux et l'ordre international, préservant les premiers par son action directe tout en s'assurant ainsi du maintien de leur suprématie dans les relations internationales – confortant ainsi, par ricochet et à un second degré, leur assise nationale. Aux dépens de tous ceux qui ne s'y reconnaissent pas.

1. De l'intérêt des souverains dans l'institution de la CPI

Il reste ce paradoxe apparent. Il a été démontré que la CPI et le contrat social global ne peuvent être établis que parce qu'ils offrent un bénéfice aux populations. En quoi répond-elle alors aux intérêts des dirigeants qui l'ont instituée, et comment cela ne la pousse-t-elle pas *naturellement* à trahir ceux des individus ?

L'intérêt des chefs d'État et plus largement de tout représentant de la souveraineté est, au-delà des motifs déjà exposés en ce qui concerne la préservation sur le long terme de l'entité étatique¹⁰²⁹, double, et permet d'expliquer pourquoi ils ont, en tant qu'individus, accepté une telle institution. En instituant la CPI, les souverains se protègent d'eux-mêmes et renforcent leur pouvoir vis-à-vis d'abus commis par leur propre population : grâce à la Cour pénale internationale, ils disposent d'un référentiel externe leur permettant de juger leur action, et ainsi de délégitimer toute tentative de renversement de leur

¹⁰²⁹ Intérêt qu'ils ne peuvent d'évidence que partager, tant du moins que la forme étatique trouve son intérêt dans leur préservation.

pouvoir qui ne serait pas prévalidée par une décision ou jurisprudence de la Cour¹⁰³⁰ ou qui chercherait à disséminer la terreur dans la population pour mieux déstabiliser le chef. D'une façon paradoxale, la Cour restreint l'espace politique justifiant la contestation en établissant des critères de rupture si élevés qu'ils ont pour résultat principal de légitimer la plupart des pouvoirs existants. Comme le montre Spinoza, l'institution de l'état civil exige que soit faite une constitution fragilisant le souverain dans le cas où celui-ci attenterait au bonheur du peuple¹⁰³¹. Or moins la multitude fait peur, moins le pouvoir aura peur, et moins il cherchera à faire peur lui-même. Instance répressive contre les acteurs de la souveraineté, la Cour devient jauge indirecte de la légitimité des contestataires et stabilisante du contrat social. Touchant seulement aux « crimes les plus graves », c'est-à-dire ceux étant susceptibles de provoquer la résiliation collective du contrat social interindividuel, la CPI peut devenir un mètre étalon auquel se référer. Le souverain, tant qu'il se maintient à l'intérieur des limites instituées par le Statut de Rome, et Hobbes comme Spinoza postulent qu'il se doit de le faire pour préserver sa position, renforce grâce à la Cour son action et le fondement de son pouvoir, évitant les risques de décomposition « injustifiées » et délégitimant tout appel allant en ce sens – quelles que soient ses autres dérives¹⁰³².

¹⁰³⁰ Ou n'en respecterait pas le cadre établi – c'est-à-dire une limitation sévère des moyens de violence utilisables.

¹⁰³¹ *Traité politique*, chapitre V, paragraphe 7.

¹⁰³² Cette utilisation de la Cour est d'autant plus facile que les compromis qu'elle est susceptible de faire peuvent l'amener à ignorer un certain nombre de faits d'importance relative et pouvant tomber sous sa juridiction – c'est-à-dire justifier une remise en cause du contrat social national –, comme c'est le cas en Ouganda ou en RDC. L'utilisation par Joseph Kabila de l'institution est à ce titre encore plus exemplaire que celle de Yoweri Museveni, celui-ci utilisant l'arrestation de Thomas Lubanga, Germain Katanga et Matthieu Ngudjolo et le mandat d'arrêt contre Bosco Ntaganda non seulement à son profit en termes de politique intérieure, mais pour « laver son image » vis-à-vis de l'extérieur. La stratégie de diabolisation du M23 portera ainsi ses fruits pour détourner l'attention des nombreuses fraudes et entorses au processus électoral menées quelques mois auparavant, fin 2011. Le M23 lui-même jouera à son tour le jeu en abjurant de toute pratique atteignant une « masse critique » suffisante pour attirer l'attention de la CPI et ainsi prétendre à une virginité politique pour le moins douteuse mais discursivement potentiellement porteuse – surtout après le transfert à la Haye de Ntaganda.

Le deuxième intérêt pour le souverain est la conséquence du premier. Les souverains trouvent par le biais de la formation du contrat social global une formalisation des limites du droit naturel à ne pas dépasser pour maintenir la légitimité de leur pouvoir, et ce faisant s'imposent un autocontrôle qui leur bénéficie incidemment. Non seulement parce que s'empêcher d'attenter fondamentalement à ses sujets et de transformer le *jus utendi* en *jus abutendi* permet d'éviter leur propre excès, mais parce que la Cour leur permet une sur-légitimation de leurs actions répressives contre les mouvements qui atteignent à sa souveraineté par le sang, justifiant d'un emploi « équilibré » de la force à leur rencontre. Au risque, en cas d'excès dans l'utilisation de cet outil, de provoquer le processus décrit par Walter Benjamin : « La violence que le droit actuel cherche à ôter aux individus dans tous les domaines de l'action apparaît menaçante, et même vaincue, éveille la sympathie des foules contre le droit¹⁰³³. » La Cour pénale internationale permet ainsi au gouvernant, dans les limites évoquées par Benjamin, de trouver un équilibre qui fonde *a posteriori* la légitimité de son droit de punir¹⁰³⁴, et lui permet de ne pas inciter involontairement à la désobéissance ou à la transgression de son autorité¹⁰³⁵. On peut dès lors comprendre pourquoi les

¹⁰³³ Ce processus constituant une judiciarisation de l'espace politique peut être problématique par la délégitimation des mouvements de contestation, notamment violents, qu'il peut entraîner. Cette question pose *a minima* celle de la nécessaire extension du domaine d'action de la justice pénale internationale à d'autres crimes, afin de limiter définitivement la nécessité d'interventions violentes, ou politiques, dans le renversement des acteurs de la souveraineté, et dans le même temps éviter des effets de bord justifiant au nom de l'« ordre juridique » le maintien au pouvoir de despotes ou tyrans « doux ».

¹⁰³⁴ Yves-Charles Zarka considère ainsi qu'il n'est nulle légitimation possible *a priori* du droit pénal, et que celui-ci ne peut survivre que par le bon maniement de l'art du gouvernement par le souverain et la recherche permanente d'un point d'équilibre.

¹⁰³⁵ Cette mécanique est par ailleurs tout à fait valable, voire d'autant plus valable, dans les cas des contrats sociaux formés par assujettissement, comme le montrent l'instrumentalisation de la CPI par les puissances occidentales en Libye ou au Mali pour légitimer leur action et se dédouaner de tout excès, qui, parce qu'ils étaient scrutés par la CPI, ne sont en théorie que marginaux, contrairement aux exactions de leurs ennemis, restés en dehors et dès lors immédiatement suspects. Une moralisation du champ de la guerre équivalant à la moralisation de l'espace politique qui tient sa

acteurs de la souveraineté, notamment les entités démocratisées dont la marge de manœuvre a été affaiblie par des dispositions autolimitatives internes, ont accepté de céder une partie de leurs droits essentiels à la CPI en envisageant les avantages suscités. Alors que l'ère westphalienne est née de la consécration de la primauté du politique sur toutes les autres sphères, sa préservation passe paradoxalement par l'institution d'un ordre juridique suprapolitique, c'est-à-dire par sa limitation¹⁰³⁶.

Le fait que la Cour pénale internationale ne puisse exister que parce qu'elle ne peut en aucun cas attenter directement aux intérêts des populations ne vient en rien nier la fonction instrumentale de la CPI dans la sauvegarde de la forme étatique, et *a fortiori* des acteurs dominants de cet ordre. La judiciarisation de l'espace politique a ainsi été paradoxalement impulsée par les souverains eux-mêmes, dans un mouvement qui n'a rien de ponctuel. Michel Foucault avait notamment montré comment le droit occidental s'est développé depuis le haut Moyen Âge en tant que « droit de commande royal »¹⁰³⁷, mouvement dont la constitutionnalisation serait le dernier avatar. Mort trop tôt pour observer l'explosion du droit international, sa réflexion explique, justifie, appuie l'impression que la CPI n'est qu'une extension supplémentaire de ce droit de commande, elle aussi au service du souverain. La Cour s'inscrit dans la continuité d'un retournement qui a fait de l'élaboration juridique un outil au service non plus de l'accroissement du pouvoir royal, mais de la limitation de ses prérogatives, sans que le but ultime du processus, la préservation de la centralité et de la suprématie des instances souveraines, n'en soit affecté. Parce qu'elle est

source dans l'absence d'autonomie de l'institution, mais aussi de son utilisation par les puissances occidentales pour imposer leur ordre à des territoires et des groupuscules récalcitrants.

¹⁰³⁶ Dans la continuité du mouvement mis en place à l'échelle nationale avec les processus de constitutionnalisation et de judiciarisation toujours accrus de domaines autrefois réservés au politique.

¹⁰³⁷ Cours du 14 juillet 1976, in *Il faut défendre la société, Cours au Collège de France*, Paris, Seuil Gallimard, 1976, page 24.

chargée de protéger les populations, mais parce qu'elle est le fruit de la volonté – et qu'elle est mise sous contrôle – de leurs représentants, la Cour pénale internationale va donc chercher en permanence un équilibre entre ces deux pôles¹⁰³⁸. L'objectif affiché, accroître la sécurité des populations, n'est ainsi qu'un outil parmi d'autres au service de la préservation du représentant souverain, si nécessaire, et à un niveau supérieur (et par conséquent prioritaire) de la forme souveraine, c'est-à-dire l'État, prêt à sacrifier ceux en qui il s'incarne pour survivre et maintenir sa suprématie.

2. Transformer la violence pour l'éloigner du politique

Walter Benjamin décrit le processus par lequel le droit capte la violence individuelle, l'interdit et la délégitime, non pas pour lutter contre la violence, car l'acceptation du droit ne se fait que grâce à sa capacité à faire violence, mais pour préserver son monopole¹⁰³⁹. Ce processus d'auto-institution rogne progressivement l'espace de « liberté d'exercice » de la violence au sein de nos sociétés, différenciant la violence légale, seule légitime au sein du système où elle s'exprime, de la violence naturelle. La CPI représenterait alors l'aboutissement d'un processus qui a progressivement délégitimé toute forme de violence politique, jusqu'à atteindre le souverain, et figer l'ordre du monde dans une immuabilité formelle. Telle une créature échappant à ses lointains créateurs, l'État finit ainsi par dévorer sa propre incarnation afin d'assurer sa survie¹⁰⁴⁰. Dès

¹⁰³⁸ Il faudrait que la théorie rousseauiste, appelant à la désintermédiation du politique s'applique dans le réel pour que cette problématique soit évacuée – mais alors le projet de la Cour perdrait son sens. C'est bien parce que nous sommes dans un « monde hobbesien » que celle-ci a été rendue nécessaire.

¹⁰³⁹ « L'intérêt du droit à monopoliser la violence en ôtant l'usage de celle-ci à la personne individuelle ne s'explique pas par l'intention de sauvegarder les fins légales, mais par celle de protéger le droit lui-même grâce à cette violence » (Benjamin, W., *Critique de la violence*, Paris, Payot, 2012, page 63).

¹⁰⁴⁰ La CPI incarnerait ainsi un pouvoir disciplinaire qui a échappé à ses maîtres pour s'appliquer à eux-mêmes, une surveillance généralisée que les souverains avaient mis

que les chefs d'État et leurs affidés dépassent des limites qui remettent en cause le contrat social par lequel la forme étatique a émergé, ceux-ci sont mis au rebut. La voracité de la forme étatique apparaît alors comme un calque parfait de celle des hommes au sein de l'état de nature : son autonomisation est d'autant plus naturelle que les siècles ont consacré son extension et la création de tout un appareil, une technostucture, aux intérêts propres et toujours plus déliés de la chapelle politique qui les dirige. L'État a fini par redouter la grande violence, la violence massive, en ce qu'elle menace la création d'un nouveau droit, d'une nouvelle emprise, et donc d'une contestation de son monopole. Loin de l'abolir, il va l'internaliser, la monopoliser pour la rendre latente et discontinue, d'aucuns diront symbolique, invisible.

Jean Bodin avait déjà montré, quatre siècles plus tôt, comment l'État est « cause de soi »¹⁰⁴¹. L'existence d'une incarnation de la souveraineté n'a de sens qu'en ce qu'elle œuvre à la création de la république, d'une société commune matérialisée en État. Le souverain est déjà le jouet de l'État, quand il pense agir pour lui-même et en toute souveraineté. « L'État, c'est moi » n'indique pas le contrôle absolu du Roi sur l'État, mais plutôt l'inverse : le corps du Roi se voit dévorer par l'État qu'il incarne. L'étymologie même de l'incarnation – dans la chair –, ce mot si politique, indique ce processus de prise de possession du corps individuel par la structure souveraine. Dès les premières théorisations de la souveraineté, sont affirmées non pas la primauté de la personne souveraine, mais de la forme souveraine, de la préservation de l'État sur tout autre objectif¹⁰⁴². Rien d'étonnant

en place et à laquelle ils se croyaient immunes jusqu'à ce que la mondialisation leur fasse faire société et dès lors les amène à se laisser envahir par leur propre dispositif, créant un équilibre de fait, la voracité du système créant sa propre autorégulation.

¹⁰⁴¹ Substituant par là même à l'absolutisme divin, qui est encore chez Spinoza et dans la continuité de la pensée scolastique le seul à être cause de soi (voir par exemple Bodin, J., *Correspondance, Lettre 58 à Schuller*, Paris, Garnier-Flammarion, 2010, page 318), un absolu humain.

¹⁰⁴² Il pourrait être objecté que l'État, parce qu'il serait simple outil au service du bien commun, n'est qu'une interface neutre entre le politique et le peuple. Cette vision théorique ne résiste pas à l'analyse des États modernes et de leurs différents *corps*,

à ce que les constructions juridiques n'aient pour autre objectif que d'atteindre un optimum offrant à la forme souveraine les chances maximales de subsistance dans la perspective hobbesienne, et que seules des instances *minimales* comme peut l'être la Cour pénale internationale réussissent à émerger dans la mondialisation. Cet optimum peut certes correspondre aux intérêts du plus grand nombre, c'est d'ailleurs une nécessité selon Hobbes et Spinoza, d'autant plus que le peuple accroît sa capacité à se faire entendre. Il n'en reste pas moins que l'intermédiation, toujours plus dense du fait de la bureaucratisation, de la captation du pouvoir par des groupements d'intérêts privés, etc., éloigne l'action de l'État du *Commonwealth* pour créer des logiques autocentrées, particulièrement visibles dans un domaine régalien comme la diplomatie qui échappe très largement au contrôle démocratique et reste le plus souvent une prérogative exclusive et discrétionnaire de l'exécutif. La CPI se voit elle-même affectée par ces logiques, incapable de trouver un équilibre qui préserve tout à fait sa légitimité auprès des populations – malgré son respect *a priori* scrupuleux de leurs intérêts – comme d'une partie des souverains. La monopolisation de la violence atteint par sa profondeur et sa distance un tel degré d'emprise et d'impossibilisation du politique qu'elle met en danger le système dans son ensemble.

3. Les nouvelles violences d'un nouvel ordre

Nous l'avons dit en nous centrant sur le droit de punir, la recherche d'un équilibre entre les intérêts de la souveraineté et ceux de ses constituants concerne à l'évidence et en premier lieu le domaine de la violence. Cette tension permanente explique la multiplication des dispositifs visant à institutionnaliser les rapports de

qui sont autant de chapelles défendant leurs intérêts particuliers et la préservation du pouvoir de leurs agents. C'est là une des sources principales du désenchantement vis-à-vis du politique contemporain et des limites de nos modèles institutionnels actuels. Georges Burdeau a longuement analysé cette question et la contamination qu'elle entraîne vis-à-vis d'autres sphères, notamment celle des partis.

violence et à les sceller aux dépens des fluctuations politiques, prenant seulement en compte l'évolution des structures souveraines. L'instauration de la CPI s'est ainsi faite dans un contexte d'innovations juridiques qui touchent à toutes les dimensions du « droit de/à la violence ». L'apparition et la formalisation juridique de la notion de Responsabilité de protéger (R2P), adoptée comme principe normatif par le Conseil de sécurité en 2006¹⁰⁴³, marque notamment une rupture potentielle dans l'évolution du droit à la guerre. En s'offrant la possibilité d'intervenir contre la volonté des États concernés, pour des faits concernant leurs « affaires internes », et notamment la protection de leur population, le Conseil de sécurité introduit une évolution majeure, qui sera appliquée pour la première fois dans le cadre de la résolution 1970 concernant la Libye¹⁰⁴⁴. De gendarme des relations internationales, le Conseil devient responsable des relations entre souverains et populations et de leur non-dérive. Ainsi la résolution 1674 crée-t-elle les prémisses normatives d'un espace politique mondialisé et unifié qui vient remettre en cause l'ensemble des conceptions jusque-là dominantes en ce qui concerne la notion même de guerre, du moins en Occident. La justice internationale en général, et la justice pénale internationale en particulier se transforment immédiatement en ses extensions juridiques naturelles¹⁰⁴⁵, dans le droit fil d'une lutte pluriséculaire qui n'a cessé de faire évoluer ses moyens d'action.

La responsabilité de protéger ouvre en effet le droit international à un champ des conflits armés nouveau qui n'est pas celui de la guerre, mais celui de l'intervention. Alors que la notion de guerre induit celle de réciprocité de

¹⁰⁴³ Résolution 1674 du 28 avril 2006 adoptée à l'unanimité par le Conseil de sécurité de l'ONU (S/RES/1674).

¹⁰⁴⁴ Il faut simplement nuancer en précisant que le dispositif normatif soutenant la R2P est bien plus incantatoire que producteur d'effets et d'obligations réelles.

¹⁰⁴⁵ C'est ce qui explique la violence avec laquelle a été reçue l'intervention occidentale en Libye par la Chine et la Russie, et leur refus absolu de rééditer l'expérience en Syrie.

légitimités¹⁰⁴⁶, la notion d'intervention amène à considérer une asymétrie, non pas tant dans les forces en jeu que dans leur légitimité à s'opposer au pouvoir politique contesté¹⁰⁴⁷. Si la guerre avait justement pour but de définir ce qui était juste (Machiavel et Bodin, fondateurs de notre ordre politique, firent du juste un effet de la force, qu'elle soit légale ou violente)¹⁰⁴⁸, et dès lors de régler un conflit politique, le vocable de l'intervention nie la dimension politique du conflit, pour le ramener à une vision purement sécuritaire. Alors que la notion de souveraineté (à l'exclusion de sa dimension impérialiste) implique d'accepter le fait qu'il n'y a pas de norme éternelle, naturelle, universelle, la notion de responsabilité de protéger bat en brèche cette hypothèse, au profit d'un projet post-souverain

¹⁰⁴⁶ Deux égaux décident de mettre mutuellement en jeu leur vie, ou celle de leur sujet.

¹⁰⁴⁷ C. Schmitt craignait que cette évolution, et notamment sa mise en relation avec la justice pénale, provoque une guerre civile mondiale (*Weltbürgerkrieg*). L'asymétrie impériale provoquée par la transposition du droit pénal dans la sphère internationale résulterait en la création d'une politique intérieure mondiale (*Weltinnenpolitik*) et la transformation des guerres en de prétendues opérations de police. « La paix précède, le droit, mais la paix par le droit est impérialiste », et légitimerait la guerre contre la guerre. Cette réflexion rejoint paradoxalement, eu égard à leurs conceptions diamétralement opposées, les craintes exprimées par Mireille Delmas-Marty sur la notion de contrat social global, ainsi que les considérations sur les *cas-limite d'humanité* de Judith Butler. Or le dessein incarné par la CPI, loin d'être une éventuelle source de *Weltbürgerkrieg*, prend acte de son existence pour tenter d'en limiter les conséquences. Ainsi le terrorisme international, la prégnance de la vision huttingtonnienne du clash des civilisations dans une partie des sphères dirigeantes et les guerres livrées au nom de la « pax americana » semblent montrer que cet espace mondial commun existe déjà, *nolens volens*, géopolitiquement (et bien sûr économiquement, voire culturellement) et qu'il se trouve en attente de régulation : la création d'institutions comme la CPI, envisagées dans la perspective contractualiste, ne viendrait créer cette perception déjà omniprésente mais simplement tenter de modérer l'exceptionnalisme qu'elle provoque, voire le retourner. En effet, le contrat social global proposé par la CPI respecte l'approche hobbesienne, qui considère que la peur entre les différents éléments appelés à former un contrat social (à une quelconque échelle) est « intracommunautaire » : la raison de la formation du contrat social pour Hobbes n'est pas la crainte d'un ennemi extérieur à une communauté en formation, mais bien que ces mêmes éléments appelés à former le socle du contrat social s'entredétruisent. Le cosmopolitisme des chefs du Système de Rome s'inscrit sans la moindre contestation possible dans cette logique, invalidant *a priori* les inquiétudes théoriques qui auraient pu émerger.

¹⁰⁴⁸ Walter Benjamin, dans sa *Critique de la violence* montre comment la violence, fondatrice et arbitraire, se voit progressivement substituée par une violence administrante, chargée de préserver les acquis arbitraires de la première.

encore en chantier. Prétendant qu'il y a déjà un ordre mondial, à défaut d'universel, incontestable, la R2P comme elle est si familièrement nommée, fixe les modalités de régulation de celui-ci – et dépolitise à l'échelle internationale l'utilisation de la violence, c'est-à-dire de la guerre, dans des cas spécifiques, c'est-à-dire maîtrisés par les souverains, pour en faire une action de police. Dans le même temps et de façon contradictoire, elle réaffirme la violence comme déterminant du juste, puisqu'elle fait de la guerre, menée par les grandes puissances, le principe d'ordonnement de ce nouvel espace politique, ce que la CPI cherchait à éviter.

Si nous traitons de cette question, c'est bien que la Responsabilité de protéger, sous les habits de la protection des droits humains, accompagne un mouvement bien plus large d'instrumentalisation de ces notions, et en particulier de celle d'*humanité*, au profit d'un renouveau de la toute-puissance étatique. Ce mouvement amène à s'interroger sur l'intentionnalité de ce dispositif, d'autant que sa mise en œuvre depuis sa création a été pour le moins équivoque. Dès lors que l'on se situe au sein d'un espace politique unifié, il n'y a plus d'ennemis mais au mieux des criminels, au pire des terroristes. L'ennemi est en dehors du contrat social, un barbare ; le criminel est lui intégré, un déviant. Ce dernier relève de la justice de l'espace politique concerné, le premier du droit de la guerre et de ses différentes conventions protectrices. Or l'administration américaine, comme la France un peu plus tard au Mali et progressivement l'ensemble des puissances étatiques, va tenter d'échapper aux contraintes de l'une et de l'autre. En créant la notion de *unlawful enemy combatant*, reprise, comme nous l'avons vu, par François Hollande avec la notion de « terroriste criminel », l'administration Bush va joindre les deux notions afin d'exclure des intégrants légitimes de la société et pouvoir les tuer sans les juger ni avoir à déclarer la guerre. Ce vocable permet ainsi d'établir des dispositifs à application variable, purement liés aux intérêts des dominants, et de détourner des dispositifs à visée humanitaire en purs outils de puissance. L'utilisation de plus en plus intensive des drones dans des pays avec

lesquels une paix est supposée régner n'est que l'étape suivante, et logique, de ce mouvement de fond¹⁰⁴⁹. Dans la droite ligne de l'époque, elle confond les échelles jusqu'à amener à l'assassinat de citoyens du propre pays commanditaire. Loin d'un pluralisme ordonné ou d'une nouvelle ère des droits humains.

4. L'ambivalent positionnement de la CPI face à ce nouvel ordre

La justice pénale internationale et le dépassement de la souveraineté par le droit humanitaire avancent d'un même pas. Censée établir un contrat social global sans souverain, la Cour est rattrapée par ce mouvement de fond. Le mélange des dispositifs est risqué, autant que leur instrumentalisation dangereuse. Le Conseil de sécurité s'érige avec la responsabilité de protéger de façon explicite en souverain politique *de dernier ressort* de l'espace mondial, et s'appuie sur toute une série d'instances, à commencer par la CPI, pour légitimer cette domination¹⁰⁵⁰. Le fait même que trois de ses membres permanents, dont les

¹⁰⁴⁹ À cet égard et concernant les conséquences de cette déterritorialisation de la guerre, C. Schmitt apporte un éclairage intéressant et prémonitoire qui permet notamment de comprendre pourquoi la CIA et non l'armée américaine utilisent ces outils d'une « politique pénale mondiale » : « Si les armes sont d'une disparité marquée, le concept de guerre réciproque pensée sur le même plan devient caduc. Pour qu'il y ait guerre des deux côtés il faut une certaine chance, un minimum de possibilité de vaincre. Si cela cesse d'être le cas, l'adversaire n'est plus que l'objet d'une mesure de contrainte. L'antagonisme des parties en lutte s'accroît alors d'autant. Celui qui a le dessous va déplacer la distinction entre la force et le droit dans les sphères du *bellum instetinum*. Celui qui a le dessus tient sa supériorité militaire pour une preuve de sa *justa causa* et déclare son ennemi criminel, parce qu'on ne parvient plus à réaliser le concept de *justus hostis*. La discrimination de l'ennemi comme criminel et l'appel simultané à la *jsuta causa* vont de pair avec l'accroissement des moyens d'anéantissement (nous, moi, dirions plutôt du différentiel des moyens) et la délocalisation du théâtre de guerre. L'accroissement des moyens techniques de destruction ouvre brusquement l'abîme d'une discrimination juridique et morale tout aussi destructrice (...) En transformant de nos jours la guerre en une opération de police contre des trublions, des criminels et des agents nuisibles, il faut bien aussi amplifier la justification des méthodes de ce *police bombing*. On se voit ainsi contraint de pousser la discrimination de l'adversaire jusqu'à des proportions abyssales. » (Schmitt, C., *Le nomos de la terre*, Paris, PUF, 2001, trad. L. Deroche-Gurcel, page 318).

¹⁰⁵⁰ Cette évolution n'est pas récente et son implication la plus problématique concerne

États-Unis, ne fassent pas partie du Statut de Rome et que l'institution se réserve le droit de suspendre une quelconque procédure se justifie ainsi : le Conseil cherchant à muer en un *super*-Léviathan, il ne peut être que l'objet, et non le sujet du contrat social – il en est naturellement exclu, comme le montrent les résolutions autorisant une *intervention* armée sous bannière de l'ONU et qui imposent systématiquement que les nationaux des pays membres de ce directoire se voient accorder une immunité pénale internationale.

Cette perspective, inquiétante, propose un détournement du projet originel de la Cour pénale internationale, tout en restant compatible avec son fondement. Nous devinons ici une *surcouche* qui rend encore plus problématique l'existence de l'institution, au-delà de sa simple fonction de servante de l'ordre étatique : celle-ci peut, et c'est ce qui est arrivé jusqu'à aujourd'hui, s'asservir aux États les plus dominants de cet ordre, doublant la dimension conservatrice de l'institution d'une dimension oppressive¹⁰⁵¹. La proposition du Procureur concernant la couverture de l'intervention en Libye par l'émission de mandats d'arrêt contre les responsables kadhafistes est éclairante en ce qu'elle montre que l'institution elle-même a saisi les potentialités de ces rapprochements, sans pour autant réaliser l'ampleur des risques d'instrumentalisation qui y sont inhérents. La dépendance de Luis Moreno Ocampo aux renseignements fournis par les services secrets occidentaux pendant la crise libyenne, doublé d'un sentiment d'urgence, a

la capacité auto-attribuée du Conseil, organe d'un ordre interétatique, à imposer des sanctions à des individus sans qu'aucun droit de la défense ni possibilité de révisions de ces peines ne soit prévu. Seuls des organes étatiques ou créés par des États peuvent être entendus par le Conseil. L'institution de sanctions contre des acteurs non-étatiques (contre l'UNITA en 1993) puis contre des individus trouve son commencement entre la fin de la guerre froide et le 11 septembre 2011, s'appliquant en 1998 pour la première fois contre des membres de l'UNITA, puis contre des dirigeants Talibans et d'Al Qaeda, notamment Oussama Ben Laden en 1999 suite à plusieurs attentats commis contre des ambassades américaines. L'arrêt Kady de 2008 de la CJUE a, du fait de la violation de ces droits, mis un frein à l'application de ces décisions par les États-membres de l'Union européenne en les soumettant à un contrôle judiciaire reposant sur les principes du droit interne à cet ordre.

¹⁰⁵¹ Mais n'y a-t-il pas là au final une tautologie, tout ordre impliquant l'existence de hiérarchies formalisées ou non, et un rapport de dominant à dominé censé exister au bénéfice de tous ?

favorisé une manipulation de la Cour qui l'amènera notamment à relayer, et dès lors crédibiliser, les rumeurs concernant la distribution de tonnes de viagra en vue d'une campagne de viols massive. L'information se révélera fausse, comme le supposé bombardement des manifestants par des avions de chasse libyens, mais, crédibilisée par la Cour, aura contribué à enflammer l'opinion publique en faveur de l'opinion belliciste. D'un outil de paix, elle devient un instrument entre les mains des souverains utilisé au service de la guerre, qu'elle aide à qualifier de « juste ».

Ces détournements des ébauches d'état de droit interétatique sont d'autant plus dangereux qu'ils s'insèrent dans un mouvement de fragilisation de l'état de droit à l'échelle nationale au sein des puissances auxquelles s'asservit l'institution. Immédiatement sensible dans les relations internationales, l'angoisse sécuritaire suivant le 11 Septembre 2001 a contaminé dans le même mouvement les sociétés pour rompre les clivages idéologiques qui opposaient classiquement forces progressistes et conservatrices sur les questions pénales, c'est-à-dire sur la nature même de la fiction qui les unissait. La mise en place de la rétention de sûreté en Allemagne, c'est-à-dire de la détention sans jugement de personnes selon leur dangerosité, n'a pas suscité d'indignation manifeste. Elle consistait pourtant en la réactivation d'une loi hitlérienne, jamais appliquée pendant quarante ans et que le Tribunal constitutionnel de Karlsruhe finira par confirmer. En France sont mises en place toute une série de procédures d'exception, d'abord limitées aux terroristes, puis à l'ensemble des « aliénés » considérés comme perdus pour la société – incluant la facilitation des hospitalisations d'office et des dispositifs de surveillance massive et permanente, que les différents pouvoirs de gauche et de droite ne font que renforcer. Le droit n'est pas abandonné, il est au contraire plus mobilisé que jamais par les appareils étatiques dans ce qui apparaît comme la mise en place d'une stratégie globale visant à la fois l'ordre interne et externe. Les drones sont utilisés sur les terrains d'actions extérieures, avant de se voir progressivement déployés sur les territoires nationaux. Le « terroriste » fait office

de cobaye pour des stratégies répressives d'exception qui se généralisent progressivement – comme en témoignent les procédures de surveillance de masse révélées par Edward Snowden. Entre 500 et 800 000 personnes se trouvent en 2014 catalogués comme terroristes par les États-Unis, et sujets à toutes sortes de contrôles et restrictions plus ou moins visibles. Or comme l'a montré Giorgio Agamben, l'état d'exception, quand bien même il ne toucherait qu'une petite minorité, porte en lui la rupture d'égalité des citoyens, et dès lors une dissociation sociétale qui s'attaque à la nature même des sujets en tant que sujets – cherchant à les rendre inaptes à la société et portant dès lors en elle les germes d'une violence et d'une confrontation à venir¹⁰⁵².

Dans tous ces cas, la justice reste muette ou impuissante, jusqu'à se voir substituée dans le cas de la surveillance de masse par des instances secrètes n'ayant de Tribunal que le nom¹⁰⁵³. Certes, nous l'avons vu, les révolutions arabes ont semblé montrer les limites de l'efficacité de ces méthodes, ainsi que le réveil de sociétés confrontées aux excès de pouvoirs devenus indigents. Mais les effets de cette émergence populaire ne se sont fait sentir que marginalement dans les États les plus développés dont les ressources bien plus importantes leurs permettent de réprimer et d'intégrer plus facilement ces contestations. Ne se

¹⁰⁵² Les conséquences peuvent être d'autant plus catastrophiques que le terrorisme moderne fait du soldat de base le plus dangereux des éléments de l'organisation « ennemie ». La négociation et l'accord global, ou l'immobilisation, des têtes pensantes n'a que peu ou pas d'effet. C'est ce qui explique la disproportion des moyens mis en œuvre par les États occidentaux dans leur lutte antiterroriste, fonctionnant sur des traques individuelles infinies et intenable sur le long terme, violant les dispositions constitutionnelles et internationales et provoquant une véritable aporie tant sur le plan légal que pratique.

¹⁰⁵³ La Cour FISA, créée au lendemain du scandale de Watergate pour contrôler par voie d'exception la surveillance des services secrets étrangers sur le sol américain, a vu ses compétences s'étendre notamment par le *Patriot Act* jusqu'à prendre en charge l'ensemble de la surveillance électronique menée contre des étrangers, avec un taux d'acceptation des demandes de mandats de surveillance et de fouille atteignant 99,97% (11 requêtes refusées sur 33900 en 33 ans). Ses décisions comme ses débats sont secrets et font l'objet d'une classification secret défense pendant trente ans, alors même que nombreux des dispositifs et actions dont elle a validé l'utilisation ont permis la collecte généralisée et non ciblée d'informations concernant des citoyens américains sur de longues périodes.

sentant guère menacés par ces phénomènes, ils peuvent dès lors continuer à combiner stratégie de *free-rider* et durcissement de leur pouvoir de contrainte interne. L'exemple syrien, et le rapprochement progressif des puissances occidentales avec le régime de Bachar El-Assad après deux ans de conflit et la mort de plus de 200 000 personnes, dans le seul but de reprendre une coordination de leur lutte antiterroriste et sans égards aux engagements pris auprès de leurs populations, est à ce titre éloquent de la continuité de ces transformations entre les différentes échelles souveraines. Elle permet en outre de créer une nouvelle menace interne : les *terroristes* qui partent lutter contre celui qui avait pourtant été désigné comme ennemi de l'humanité, pour renforcer l'emprise en interne, et justifier le revirement stratégique progressif.

Faut-il voir dans ces processus, et derrière des constructions juridiques savamment contrôlées et n'imposant de limites que dans les marges du système, le réveil nouveau du Léviathan, après plus d'un demi-siècle de réduction continue de ses prérogatives ? Profitant de la peur des populations, l'appareil étatique met en place son emprise de façon plus subtile qu'auparavant, mais tout aussi violente. Loin de chercher à établir de véritables mesures protectrices ou un État de droit, un directoire autoritaire à l'échelle mondiale est promu, capable de s'accorder et de réagir que quand ses intérêts les plus essentiels, et communs, sont en jeu. L'endormissement des opinions publiques, considérant la *démocratie* comme un fait existant et acquis, et la montée des populismes marginalisent de plus en plus les défenseurs des droits de l'homme, qui s'accrochent à la CPI et à quelques autres institutions internationales sans réussir à orienter leur action. L'appel par les gouvernants aux intérêts du peuple pour justifier ces évolutions se double d'un discours idéologique couvert d'une logique scientiste dont M. Foucault avait déjà démonté les ressorts il y a près de cinquante ans¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁵⁴ Sur la légitimation de l'extension des pouvoirs de contrôle sur la population par un discours scientiste, voir par exemple, Cours du 14 janvier 1976, *Il faut défendre la société*, Cours aux collèges de France, Paris, Seuil Gallimard, page 35.

Comme il l'avait prévu, « ce n'est pas en invoquant la souveraineté contre la discipline que l'on pourra limiter les effets mêmes du pouvoir disciplinaire »¹⁰⁵⁵, et c'est cinquante ans de constructions qui révèlent brusquement leurs failles. Le paradoxe est d'autant plus fort que, ayant cru avoir définitivement imposé son monopole fictionnel mondialement, jamais la forme étatique n'aura en retour été autant assiégée, fragilisée. Sa réaction à la multiplication des menaces est celle d'un pouvoir qui se sent au pied du mur, menacé, déstabilisé, ne sachant plus dissocier ses ennemis de ses amis.

Le faux réalisme ou pragmatisme qui permet de couvrir l'accroissement des prérogatives étatiques explique la tolérance accrue face aux crimes les plus graves et à l'impuissance orchestrée de la CPI face aux excès des appareils étatiques occidentaux. C'est là un deuxième drame, au-delà du premier qui nous a fait *découvrir* le rôle de la Cour comme extension de l'ordre actuel : son incapacitation à ne serait-ce que jouer ce rôle-là. La découverte d'une mise en récit qui n'avait d'autre but que de *faire croire* à une évolution sans ne jamais avoir d'impact sur le réel. Elle s'explique mécaniquement dans une perspective hobbesienne par la nécessité pour le souverain de mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition pour combler le sentiment d'insécurité qui s'est emparé de ses populations, fût-il irrationnel, afin de ne pas voir sa position remise en question par ces dernières.

Le phénomène est d'autant plus marqué que les nations occidentales n'ont à nouveau plus peur des États, ou du moins ont-elles encore plus peur du dehors de l'État, dont le surgissement est incarné par cet *ailleurs* géographique qui n'a jamais cessé d'alimenter la fantasmagorie de la barbarie. Le 11 septembre 2001 est en cela une rupture fictionnelle parce qu'il a servi de prétexte aux États, qui se croyaient acculés à une réduction de leur prérogative pour pouvoir survivre, à la

¹⁰⁵⁵ *Ibid.*

substitution de l'inquiétude que leur pouvoir générerait par une inquiétude encore plus grande, celle du chaos désétatisé dont ils font croire que les populations civiles seraient les premières cibles. Le discours sur la guerre de civilisation sert à faire craindre une lutte *informalisée* qui deviendrait, par là même, massive et populaire, faisant de l'ennemi non l'*hegemon* politique mais l'Autre, multitude menaçante qui porterait les conséquences du conflit au domicile de tout un chacun, faisant revenir la lutte à mort à l'échelle individuelle. Le discours alternatif est alors déroulé : seul l'État pourra juguler cette tentative de généralisation de la mort, en réduisant à néant, sans limites, celui qui refuserait de formaliser la lutte en restant extérieur aux États avant, dans un deuxième temps, une fois les *terroristes* et autres *ennemis de l'humanité* éradiqués ou réintégrés dans la fiction dominante, de s'attaquer, cette fois loyalement, aux États ennemis, dans une lutte que l'on promet distancée, au nombre de morts réduit. Les *maigres sacrifices* en termes de libertés et de sécurité demandés touche par touche, que l'on promet exclusivement centrés sur l'extérieur, suffiront à mettre en œuvre cette stratégie opportune. Qu'importe que la seule *violence massive* n'ait jamais été que le fait des États, le discours prend et s'impose à tous. Les acteurs de la souveraineté dominants n'ont dès lors pas ou plus intérêt à se limiter sur le court-terme, du moins le croient-ils. Les cadres légaux sont immédiatement déconsidérés comme des limites « d'une autre ère », freinant inutilement leur lutte contre l'insécurité et en grande partie refondés – et le contrat social global qu'ils tentaient de promouvoir à l'échelle internationale, dans leur propre intérêt, apparaît soudainement comme superflu ou secondaire.

Cette substitution de courte-vue se fera à leur détriment. Mais d'un sentiment de trop plein d'État lié aux catastrophes des guerres mondiales et à la crainte permanente d'un dérapage pendant la guerre froide, ce retour à un anxieux besoin d'autorité constitue bien une immense victoire. En ciblant l'étranger, le barbare (ou, de plus en plus, l'ennemi intérieur, qui gagne d'ailleurs à être qualifié dans le même temps de barbare, cible dès lors de « lois d'exceptions », puisque, composante de la société malgré tout, il doit être nécessairement assujéti à un

droit), l'État l'a fait dans un premier temps sans avoir besoin d'atteindre à sa *nature*, en contournant simplement l'ensemble des dispositifs constitutionnels et institutionnels mis en place pour limiter ses pouvoirs depuis le XIX^e siècle, et qui pourtant protègent ses propres sujets¹⁰⁵⁶. Les conséquences n'en seront que plus graves.

Les mécaniques ayant amené à la violence sans limites du XX^e siècle reprennent leur marche, sans qu'une reproduction à l'identique ne soit envisageable, tant les structures nouvellement établies ont fini par marquer les discours, éloignant tout spectre d'un État *affichant* son omniprésence. L'heure est à l'invisibilité, et aux jeux du dire. Les juges résistent – fidèles à leur double mission – jusqu'à ce que la pression concomitante du pouvoir étatique et de l'opinion publique rende leur position intenable. La CEDH a beau condamner l'Allemagne pour un cas d'application de l'internement de sûreté, celle-ci va engager toute une série de recours lui permettant de gagner un temps estimable avant de devoir modifier, *a minima*, son projet, quitte à se voir condamnée une deuxième fois. La CPI est saisie ici et là, mais se voit dans la foulée retirer toute légitimité à agir là où on ne lui exige pas d'intervenir, c'est-à-dire autrement qu'en accompagnement d'une intervention armée ou de la civilisation d'un espace éloigné. Progressivement, la voilà effacée au sein de ce continuum qu'elle doit certes défendre, mais dont elle avait su jusqu'alors se distinguer. Pour paraphraser les juges européens, le risque de « *détruire la société sous prétexte de la défendre* » n'est plus pris en compte, ni à l'échelle nationale, ni à l'échelle internationale, et la Cour se trouve hantée par cet effondrement.

¹⁰⁵⁶ Ces contournements sont par ailleurs *naturels* à ces dispositifs que Judith Butler intègre à l'idée de gouvernementalité, paradoxalement à l'origine d'un retour de la « force brute » souveraine en une analyse qui rejoint la nôtre, l'ensemble de ces dispositifs étant des délégations équivalentes de pouvoir souverain cherchant à trouver de nouveaux équilibres qui malgré leur apparent fixisme (condition discursive de leur efficacité) peuvent être dédits, voire contredits à un quelconque moment, dès que l'existence ou la suprématie du pouvoir souverain serait mise en jeu selon le jugement de ce dernier.

Le spectre des horreurs oubliées par des générations européennes qui n'ont pas connu la guerre, et la mémoire coloniale restant refoulée, le reste du monde redevient le terrain de jeu qu'il n'a jamais tout à fait cessé d'être, par le truchement de politiques néocoloniales que, nouveauté, reproduisent les émergents. Plus grave, prenant conscience des risques de leurs excès, les gouvernements instrumentalisent le droit afin d'en faire un outil de légitimation de ces nouvelles pratiques : la fiction maintenant se cache. Le nombre de juristes employés au Pentagone est ainsi évocateur : ils sont plus de 5 000, et peut-être 20 000, à tenter de déminer toutes les conséquences juridiques que pourrait affronter l'État américain dans le cadre de ses interventions armées, fait qui, ajouté au système procédural américain, rend illusoire tout vis-à-vis équitable avec un simple citoyen qui chercherait à le contrer¹⁰⁵⁷. Mais puisque la procédure existe, comme existent en France des dizaines de commissions chargées de la protection des droits mais dénuées de pouvoir effectif, l'illusion reste présente et interdit tout procès en illégitimité de l'action de l'État. Le Léviathan, dans ce qu'on lui promet d'être sa dernière exhalation, est bien de retour, et sa nouvelle *conscience de soi* est son atout maître.

La survie et l'action de la Cour au cœur de ces mouvements antinomiques n'ont semblé permises que par les phénomènes d'institutionnalisation et une certaine hétérodoxie de son Procureur. Il reste qu'alors qu'elle aurait pu s'en distinguer, quitte à se sacrifier ou accepter une longue période de luttes incertaines, elle a fait le choix de se soumettre sans inhibitions à ce nouveau paradigme et de renoncer à elle-même. La question de l'effectivité et des modalités d'action de la Cour se pose à l'aune de ce retour paradoxal de l'État, phénomène incomplet à l'échelle mondiale et largement *auto-immunitaire*, pour reprendre le mot de J. Derrida, et qui risque d'emporter avec lui toutes les mesures et fictions transitoires qu'il avait

¹⁰⁵⁷ Harold Koh nous a indiqué lors d'un entretien que le chiffre était proche de 18 000, tandis que nos calculs à partir des différentes sources ouvertes, par addition, arrivaient à 5000 personnes travaillant dans des directions juridiques en tant que juristes ou avocats.

commencé à faire naître pour organiser, par son dépassement, sa propre survie. Le processus s'aggrave à mesure que l'on s'éloigne des anciens centres de pouvoir, chaque fois moins déterminants à l'échelle globale. De nombreux territoires n'ont jamais vu s'implanter de structures étatiques réelles en leur sein, mais ont été touchés par les processus de colonisation et de la mondialisation marchande qui ont fait disparaître les structures traditionnelles de pouvoir. L'accélération des communications et les facilités de transport en font des bases arrières idéales pour les mouvements étatiques. Ce qui semblait être une résurgence parfaite, nouvel équilibre indéfini, apparaît soudainement dans son impossible démesure.

Le monde westphalien à l'heure de la mondialisation, malgré la délinéarisation de son discours¹⁰⁵⁸, ne peut tolérer le vide : où qu'il surgisse, il menace l'édifice dans son ensemble. Tout doit être État, et là où émergent des exceptions, celles-ci doivent pouvoir être contrôlées, niées ou invisibilisées. C'est le cas des paradis fiscaux, soigneusement préservés derrière une façade purement discursive et dont l'origine remonte à la construction du modèle politique britannique. C'est aussi le cas des États fantoches issus des décolonisations, et sciemment maintenus dans leur impuissance pour qu'ils restent des espaces sous contrôle direct des souverainetés occidentales, tout en justifiant régulièrement des interventions armées¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁸ De la dévolution (des compétences) à l'intégration (à un ensemble régional) en passant par la décentralisation (des pouvoirs), la privatisation (des moyens de production), le transfert (de souveraineté) et bien d'autres encore, le vocabulaire de la souveraineté s'est enrichi ces dernières décennies d'une multiplicité de distinctions sémantiques formulées par l'État et passées dans le langage commun, désignant toutes un retrait contrôlé de ce dernier afin de préserver sa position de fiction monopolistique.

¹⁰⁵⁹ La résurgence de la notion d'espace d'exception, dont la généalogie remonterait selon Carl Schmitt au XV^e siècle – ce qui correspond au développement de l'idée d'État – ne fait que confirmer les transformations auxquelles fait face l'espace westphalien. On peut considérer que les traités de Cateau-Cambresis (1559), par ses clauses secrètes instaurant les *amity lines*, inaugure la notion d'espace d'exception : selon le texte, la guerre dans les empires n'implique pas la guerre entre les États détenteurs de l'empire. Il entérine la différenciation élaborée par Hannah Arendt entre Empire et impérialisme, qui permet d'expliquer l'émergence de l'État au XVI^e siècle comme

Or ces espaces sont précisément l'un des principaux défis pour la Cour pénale internationale, tant elle va se trouver subitement et systématiquement sollicitée pour agir sur ceux-ci, dans le prolongement de la lutte menée par les États. Or l'aporie est immédiate pour une instance appelée à agir là où les relais conditionnant sa capacité d'action, les relais étatiques, sont justement inexistantes. La Cour est ainsi appelée à résoudre les situations où elle ne *peut* même pas exister sans assistance extérieure, c'est-à-dire sans intervention d'un État tiers, pour combler la faille même qui impossibilite son action. *Naturellement dysfonctionnelle* dans son nouveau rôle à moins de se soumettre systématiquement aux desideratas des puissances étatiques qui ont enclenché un cycle dans lequel elles risquent leur propre dissolution – et dont l'inhibition était censée être le rôle même de la Cour –, celle-ci se trouve dans une impasse qui menace sa viabilité.

fondement de notre politique moderne malgré son caractère immédiatement impérial (cet impérialisme n'ayant cours qu'au dehors de « l'espace souverain » qui était alors l'Europe). L'Empire est unitaire et universaliste, c'est son sens et son ambition, et impose en son sein les mêmes règles, tandis que l'impérialisme différencie l'État de cette sphère d'exception qu'est son impérialisme – on le nommera plus tard colonialisme pour éviter les confusions – ce qui lui permet de rester État (une forme politique juridico-territorialement homogène et stable).

C. Le prélude à un État mondial ?

Envisageons pour rejeter rapidement cette hypothèse, souvent mentionnée mais incompatible avec notre perspective *et* notre objet d'étude. En l'absence d'un mécanisme de délégation de souveraineté qui permettrait aux États de maintenir leur forme actuelle tout en donnant la légitimité suffisante à la puissance nouvellement instituée d'exister, il semble vain d'envisager la création d'une institution de gouvernance mondiale souveraine, à savoir un État mondial sans abolir les États westphaliens. Le transfert d'une quelconque attribution politique à une entité souveraine distincte reviendrait en effet pour ces derniers à transférer partie ou totalité de leurs *droits essentiels*, et signifierait ainsi abandonné immédiatement leur raison d'être, rendant aux individus le plein usufruit de leur existence et invalidant de fait toute convention passée au niveau interétatique : « Puisque l'État est dissous si les droits essentiels de souveraineté sont annulés, tout le monde retournant alors à l'état de guerre de chacun contre tous, et à ses calamités, la charge du souverain est de conserver ses droits intégralement ; et donc, il est contre son devoir, premièrement, de les transférer à un autre, ou de s'en défaire¹⁰⁶⁰. » Bien entendu, la faculté de juger (ou *puissance ultime de juger*, telle que définie par Hobbes) fait *a priori* partie de ces droits essentiels¹⁰⁶¹, qui correspondent aujourd'hui aux fonctions régaliennes de l'État et de ses attributions inaliénables¹⁰⁶². La formation d'un État mondial, ou du moins d'une institution judiciaire mondiale plénipotentiaire dotée de moyens coercitifs est dès lors impossible dans une perspective contractualiste à l'échelle interétatique. Seule semble théoriquement concevable à cette étape la formation d'un contrat

¹⁰⁶⁰ *Léviathan*, chapitre XXX, page 495. Voir aussi chapitre XVIII, page 301 : « Un royaume divisé en lui même ne peut subsister ».

¹⁰⁶¹ Il s'agit du huitième droit essentiel défini par Hobbes au sein du chapitre XVIII « Des droits des souverains » : « Huitièmement, est une attribution de la souveraineté le droit de juger, c'est-à-dire d'entendre et de trancher les litiges qui peuvent survenir au sujet de la loi, qu'elle soit civile ou naturelle, ou sur une question de fait. »

Il est par ailleurs à noter que Hobbes considère qu'abandonner la *militia* reviendrait *de facto* à abandonner la faculté de juger, l'un ne pouvant aller sans l'autre.

social entre individus à l'échelle mondiale assujettissant, par acquisition ou institution¹⁰⁶³, l'humanité toute entière à une même entité souveraine qui abolirait alors les États. Cette perspective, qui est celle de l'Empire, est théoriquement pensable sans souffrir de contradictions majeures, bien que le philosophe anglais fasse de « l'appétit insatiable, ou boulimie, d'élargissement du dominion » l'une des maladies des *commonwealths*. Cependant, elle n'est guère envisageable aujourd'hui *en faits*, et n'est d'ailleurs à l'évidence pas aux fondements de la création de la Cour pénale internationale et des institutions de gouvernance globale¹⁰⁶⁴. Elle ne pourrait par ailleurs pas s'accommoder du maintien d'un double niveau de souveraineté, les États survivant et se subordonnant à un État mondial, tout individu déjà assujetti à une puissance souveraine ne pouvant s'assujettir à une autre entité sans dissoudre ses liens avec la première¹⁰⁶⁵. Il n'est donc pas dans notre propos d'envisager la CPI comme préalable à la formation d'un État ou d'un empire mondial – non seulement parce qu'il ne s'agit pas des circonstances réelles de formation de la Cour, mais aussi parce que Hobbes et

¹⁰⁶³Hobbes distingue, nous l'avons vu au chapitre 2, les États formés par acquisition, par exemple par la soumission de peuples après une victoire guerrière, et par institution, où les individus acceptent d'eux-mêmes et non sous la contrainte de se soumettre à l'entité en question.

¹⁰⁶⁴ Il est cependant possible de contester cette affirmation, en considérant la période de formation et d'effectivité du *rêve cosmopolitique*, c'est-à-dire la dernière décennie du XX^e siècle, qui correspondait « étrangement » à un moment d'hégémonie absolue des États-Unis sur le monde (ou du moins pensée comme telle, de nombreux exemples, comme l'opération en Somalie de 1994 contredisant la réalité de cette proposition, sans pour autant effacer sa prégnance idéologique, comme le montre la production hollywoodienne de l'époque, capable d'incarner le bien dans l'ONU comme dans *Street Fighter* en 1994, sans ne jamais se saisir des échecs de cet ordre, *Black Hawk Down*, sur l'échec somalien, n'étant produit qu'après le 11 septembre 2001).

¹⁰⁶⁵ Il faudrait alors, pour accepter cette possibilité, sortir du cadre hobbesien et de ses fondamentaux. Ainsi par exemple, Alexander Wendt imagine la création d'un État mondial à l'horizon de 100 ou 200 ans, en suivant une logique opposée à Hobbes : les individus réclament une égalité de droits, ce qui les mène à rompre les logiques de classe au sein des États (émergence de la démocratie libérale), puis, lorsque celle-ci est généralisée, ils mènent leur lutte au niveau mondial pour que les citoyens de tous les États soient égaux en droits, et non seulement au sein des États, moment où enfin la paix adviendra sur le monde. Alors que chez Hobbes le désir de sécurité est le moteur, A. Wendt fait du désir de reconnaissance le moteur de son processus devant amener à la formation d'un état supra-national.

nombre de ses interprètes le rejettent¹⁰⁶⁶. Cela ne revient pas à invalider la théorie du contrat social global.

¹⁰⁶⁶ Voir notamment Yves-Charles Zarka, *Hobbes et la pensée politique moderne*, Chapitre De la guerre, page 133.

D. Des conditions d'exercice de la CPI

Voilà donc que la réalité interroge la Cour sur sa capacité d'action et de réalisation de son dessein, quelles que soient ses intentions. Créée comme une instance intégrée au sein des appareils étatiques, voilà que sa seule perspective de court-terme pour éviter une décredibilisation définitive semble passer par une autonomisation dont on ne sait si elle est réellement envisageable.

On pourrait défendre que l'institution se forme par l'échec, et par la monopolisation du pouvoir symbolique qui doit précéder la mise en place de formes de violence *automatique* cherchant à imposer ses diktats. Alors qu'elle ne couvre encore que les deux-tiers de la planète, lui donner trop tôt des moyens de coercition *directs* aurait pour effet le plus certain d'en précipiter la fin, tout en ne lui permettant d'agir qu'à l'encontre des souverains les plus faibles. C'est bien parce qu'elle n'est pas considérée comme une menace qu'elle est aujourd'hui en mesure de survivre. Les échecs actuels et les résistances rencontrées au sein des États seront demain une base d'autant plus solide que la Cour serait en voie de les résorber sans avoir recours à la contrainte. C'est alors qu'elle atteindra son *summum de pouvoir*. C'est alors seulement que le projet de la Cour rencontrerait la spécificité du contrat social hobbesien, à savoir le passage d'un état où les conventions sont appliquées sur le fondement de la confiance mutuelle à celui d'un état où une puissance souveraine et supérieure aux parties est chargée de s'assurer de la bonne exécution des contrats et conventions. L'état intermédiaire actuel, l'existence de la Cour comme instance formellement indépendante mais *factuellement* soumise à un combat dont elle ne peut partager les modalités, passerait nécessairement par un fin dosage entre violence symbolique, appuyé sur des puissances exogènes et maintien de la confiance mutuelle qui faisait tenir l'ordre précédent.

1. Une nécessaire puissance ?

Il n'en est rien. Toute forme juridique nourrit *nécessairement* un rapport systématique ou postulé comme tel à la violence, fût-il indirect, sans quoi elle est factuellement inexistante.

Pensons contre nous, pour peut-être dépasser *l'ennemi*. Que la survie de l'ordonnement actuel du monde soit désirable ou non, et quel que soit le jugement sur les effets pervers d'une telle éventualité, la prochaine étape qui semble attendre la Cour si elle souhaite s'imposer durablement et configurer le monde étatisé plutôt que de l'accompagner dans une dérive qui ne pourrait que susciter sa perte, serait celle de l'obtention d'un pouvoir d'exécution suffisant, ou d'une exécution quasi-systématique de ses décisions pour assoir son autorité – et dépasser, ou du moins intégrer, les nombreuses contradictions que nous avons énoncées. C'est-à-dire passer d'acteur subsidiaire, chargée d'agir en complément des États, à instance d'engendrement, capable de créer du mouvement et d'imposer ses objectifs aux acteurs étatiques, leur permettant ainsi à terme de préserver leur propre être. La menace, en cas de retrait et d'acceptation de la situation actuelle, serait d'une instrumentalisation toujours plus grande de l'institution, par l'attribution de moyens qui la rendraient entièrement servile à l'ordre établi, non plus seulement formellement, mais dans ses rapports de force actuels, jusqu'à sa disparition.

Il faut pourtant admettre que la Cour pénale internationale porte en elle-même l'acceptation de cet état de fait, voire qu'elle a été construite pour y aboutir. Son rapport à la violence s'inscrit au sein des dispositifs « intrasouverains », invisibles si on pense l'État dans son simple formalisme international et non dans la multiplicité des forces qui le traversent, et qui sont autant de relais avec lesquels le pouvoir proprement politique doit de plus en plus composer. Nulle autorité judiciaire ne sera jamais entièrement effective sans bras armé chargé de l'exécution de ses décisions. C'est pourquoi Hobbes relie avec tant d'insistance la

notion de justice à celle de souveraineté, paradigme qui a dominé la pensée politique moderne jusqu'à de récents développements. Ces derniers ont été particulièrement incarnés par la généralisation de juges « suprasouverains », les juges constitutionnels, puis supranationaux dans le cadre de processus d'intégration régionale. Ils posent la question de la systématité et de l'essentialité de ce critère. Certes, le comité des droits de l'homme de l'ONU constate que seules 25 % de ses procédures finissent par provoquer des résultats concrets¹⁰⁶⁷. Mais le résultat devient honorable si l'on prend en compte que l'institution n'est explicitement incluse dans aucun agencement juridique, sans pouvoir de contrainte ni intégration directe dans les systèmes juridiques nationaux. La Cour trouve autant de points d'appui.

C'est, après tout, ce qui a permis jusqu'ici à la CPI d'exister : ne pas s'appuyer sur une force armée propre, ni même sur une unité d'arrestations comme en disposaient les TPI, plus directement reliés à une puissance extérieure. Elle est pour l'instant une instance ressemblant au *monstrum* décrit par Pufendorf dans son pamphlet sous pseudonyme à propos du Saint Empire Germanique, *De statu Imperii Germanici*¹⁰⁶⁸. Alors que l'État est la « cavalerie de la justice », pour reprendre une expression juridique allemande, la justice suprasouveraine est dénuée d'exécutants immédiats, mais n'y est pas moins entièrement reliée. La Cour n'a pas été dotée de tels attributs par « pragmatisme » : aucune des

¹⁰⁶⁷ Ces chiffres connaissent une importante variation selon la qualification donnée à cette « incidence directe ». Une étude indépendante a été menée, établissant un taux moyen plus faible tout en montrant la variété des influences exercées sur les structures nationales, toutes n'étant pas quantifiables au même titre. Voir Piccone, T., « The contribution of the UN's special procedures to national level implementation of human rights norms », *The international journal of human rights*, volume 15, numéro 2, février 2011, pages 206 à 231.

¹⁰⁶⁸ Pufendorf, S., *The present state of Germany*, Indianapolis, Liberty fund, 2007, trad. Seidler, M. Voir aussi la traduction française de François d'Alque, *L'estat de l'Empire d'Allemagne de Monzambae* (Amsterdam, Jean J. Schipper, 1669) : « Il ne reste plus maintenant autre chose à dire si ce n'est : que l'Allemagne est un corps irrégulier et confus, et qu'il faut bien peu que ce ne soit un Monstre en politique » page 310

puissances souveraines majeures, peu inquiètes à court terme de la solidité de leurs contrats sociaux, n'en acceptait le principe, l'existence d'un Procureur indépendant à la capacité d'initiative ayant déjà provoqué de nombreux remous. Il est d'ailleurs probable que s'il avait été renoncé à cette indépendance, doter la CPI d'un bras exécutant aurait pu être envisagé, et ce à court terme. Les États se seraient assurés un contrôle plus ou moins absolu sur l'ensemble des procédures de la Cour, et la force ainsi créée aurait eu des caractéristiques très similaires aux forces de maintien de la paix de l'ONU, voire aurait pu se confondre avec ces dernières avec pour intermédiaire technique, exécutif, le Secrétariat général des Nations unies¹⁰⁶⁹.

L'éventualité ne s'est pas concrétisée pour une raison relativement simple. Les mécanismes de répression plus ou moins autonomes sur lesquels l'institution s'appuie aujourd'hui ne peuvent certes, pour l'instant, être mobilisés que par les États ou dans certains cas leur appareil judiciaire – nuance importante. Ponctuellement utilisés et exogènes à l'institution, ils permettent certes une application seulement variable de ses décisions, selon la séparation plus ou moins effective des pouvoirs au sein des États en question, tout en constituant une avancée déjà considérable dans le cadre du système westphalien. Mais ces moyens ne permettent pas seulement à la Cour d'énoncer une *systematicité* fictionnelle qui lui suffit, l'exécution de ses décisions étant au pire suspendue à une mise en œuvre, mais jamais récusable sans être qualifiée sans contestation d'illégale, c'est-à-dire d'inexistante. Cette situation est surtout, dans l'utopie qui est celle de la Cour, potentiellement parfaite.

Il faut en effet rappeler que le lien organique qui a été institué entre la Cour et les

¹⁰⁶⁹Ce qui est loin d'être l'horizon actuel, comme le montrent les collaborations de la MONUSCO avec Bosco Ntaganda dans le cadre de la mission Amani Léo, ou avec Ahmed Harun (considéré comme l'architecte du génocide darfourien, sous le coup d'un mandat d'arrêt contenant 51 chefs d'accusation pour crimes de guerre et contre l'humanité), transporté en hélicoptère par la MINUS en 2010.

États joue dans les deux sens, et vise théoriquement à donner une automaticité d'exécution des décisions de la Cour par leur transmission directe aux bureaucraties modernes chargées de l'exécuter. Ainsi le modèle est-il celui d'un mandat d'arrêt émis par la chambre préliminaire de la CPI à la demande de son Procureur, qui serait transmis à la direction concernée du ministère de la justice du pays où se trouverait le suspect, direction qui demanderait aux forces de l'ordre sous son autorité de l'exécuter, sans jamais d'intervention politique. Exigeant la séparation des pouvoirs, ce modèle, qui montre bien l'inscription de la Cour dans l'horizon de la philosophie politique libérale, lui donnerait toute son efficacité *si l'État se généralisait*, et explique qu'aucun des officiels de l'institution ne considère souhaitable à court ou long-terme l'attribution de moyens d'exécution propres de leurs décisions. Ceux-ci impliqueraient autant de conflits potentiels avec les États tout en trahissant l'échec de l'idéologie par laquelle ils avaient été créés. L'achèvement de l'édifice de la Cour et sa mise en œuvre la plus complète passeraient ainsi par une généralisation des structures étatiques dans leur modèle le plus libéral, quitte à ce que dans les derniers espaces non-étatisés, des États puissent intervenir ponctuellement pour y intercepter les éléments récalcitrants.

Le Conseil de sécurité est le premier des outils *extérieurs* à disposition de la Cour. La création du Conseil de sécurité de l'ONU en 1946, faisant explicitement référence au « droit naturel de légitime défense¹⁰⁷⁰ », peut être considérée comme un pas préliminaire dans la construction du contrat social global ici traité. La Charte des Nations unies donne naissance, pour la première fois de l'histoire, à

¹⁰⁷⁰ Article 51 de la Charte des Nations unies : « Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Les mesures prises par des Membres dans l'exercice de ce droit de légitime défense sont immédiatement portées à la connaissance du Conseil de sécurité et n'affectent en rien le pouvoir et le devoir qu'a le Conseil, en vertu de la présente Charte, d'agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales. »

une instance internationale permettant de légitimer, au cas par cas, les interventions armées, tout en rendant *de facto* illégales toutes celles qui n'auraient pas été approuvées par la dite instance¹⁰⁷¹. Lointain ancêtre de la R2P, le « chapitre VII » ouvrait la voie à une régulation du droit de la guerre, en la rendant illégale par nature, et légalisable par exception. Il reste que le Conseil de sécurité a depuis été largement contesté pour son caractère peu démocratique et peu représentatif. Certes, cette question n'aurait pas d'intérêt dans la perspective hobbesienne, pour laquelle la forme du gouvernement est accessoire, si elle ne s'accompagnait d'une contestation de plus en plus importante de son autorité. S'appuyant sur une charte approuvée par la quasi-totalité des États existants et posant les fondements d'un droit international public, l'ONU s'est dotée à sa création d'une sorte de gouvernement mondial, ou plutôt d'un directoire, qui l'empêchera de jouer son rôle jusqu'à la fin de la guerre froide, et dont les insuffisances font l'objet de régulières propositions de réformes sans succès. Faute d'un règlement incontesté, d'élections concernant tous l'ensemble des membres du CSNU qui permettraient de « sanctionner » les comportements de *free-riding* des membres actuellement permanents, ou encore de limitations du domaine de droit de veto, l'institution provoque un rejet de plus en plus accru qui remet en cause son autorité et son rôle de source de légitimation.

Le constat est d'autant plus problématique qu'à défaut de généralisation de l'état de droit, la Cour pénale internationale s'appuie principalement sur cette structure pour répondre aux exigences de puissance du contrat social hobbesien. La CPI est reliée à l'ONU par un « Accord de relation¹⁰⁷² », dont l'article 17 précise les relations avec le Conseil de Sécurité, et notamment les conditions dans lesquelles

¹⁰⁷¹ Article 2, alinéa 4 de la Charte des Nations unies : « Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations unies. »

¹⁰⁷² http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/772FCCA6-FF70-4E56-9DF1-9F4FBF293527/277504/Pages_from_Negotiated_Draft_Relationship_Agreement.pdf (consulté le 14 juillet 2014).

le Conseil peut entreprendre des actions afin de permettre l'exécution des décisions de la Cour. Dans les faits, le Conseil de sécurité est l'interface entre la Cour et les forces de maintien de la paix de l'ONU, théoriquement habilitables à l'emploi de la force pour exécuter les décisions de la CPI¹⁰⁷³. La Cour possède donc, du moins en théorie, un accès indirect à une force d'exécution extérieure aux États. La médiation politique de cet accès fragilise la position d'impartialité et de systématisme que l'on serait en droit d'attendre d'une instance judiciaire¹⁰⁷⁴. Contrairement aux systèmes nationaux de séparation des pouvoirs, dans lesquels l'exécutif ne fait que relayer les injonctions du pouvoir judiciaire sans être en mesure de les hiérarchiser, le système actuel permet ce tri, et ce d'autant plus qu'il ne fait l'objet *a posteriori* d'aucun contrôle démocratique, à l'échelle individuelle comme étatique. Dans les faits, et étant donné l'absence de forces permanentes mises à disposition de l'ONU, la CPI ne peut s'appuyer que sur les attributions *ad hoc* de moyens d'action fournis par les États-membres du Conseil de sécurité, c'est-à-dire principalement sur les États-Unis, pour faire exécuter ses décisions là où les États tenteraient de s'interposer. Ce lien n'est pas antithétique avec la perspective hobbesienne : la CPI servant avant tout les intérêts des représentants des souverains ainsi que des États, elle doit certes prendre en compte les intérêts des populations, mais les États doivent à tout moment détenir les outils permettant de limiter l'action de la Cour – ou de s'en défaire. Les limites de ce lien organique n'en restent pas moins en l'état évidentes.

¹⁰⁷³ Le Conseil de sécurité peut saisir la Cour pénale internationale de toute affaire, et, afin de faire exécuter ses mandats d'arrêts, décider ou autoriser une intervention militaire visant à leur exécution. Le Conseil se porte en effet garant de l'exécution des décisions de la Cour une fois qu'elles ont été prises sur le fondement d'une saisine effectuée par l'organe exécutif de l'ONU.

¹⁰⁷⁴ Il est cependant envisageable de considérer que ce filtre politique est nécessaire et ne fait que reproduire les schémas mis en place au niveau étatique, qui contrôlent de différentes manières les institutions judiciaires. Cette vision poserait cependant un problème qui nous amène à ne pas la défendre : dès lors que l'on accepte cette médiation comme seul recours de la CPI à la force, et que cette médiation ne constitue pas une formalité, c'est bien le Conseil de sécurité et non la CPI qui deviendrait l'acteur central du contrat social global dont il est actuellement question.

Nous étudierons les deux alternatives les plus défendues qui se présentent aujourd'hui à la Cour pour survivre dans cet *entre-deux* que nous considérons condamné à être éternel à la fois qu'insupportable, et que d'aucuns pensent encore dépassable. Avant même de le faire, rappelons cependant qu'il est d'autant plus erroné d'affirmer que la CPI est condamnée à rester une *potestas* sans *potentia* que sa puissance, résidant au sein des appareils étatiques auxquels elle est intégrée, est au contraire potentiellement illimitée. C'est ce qui explique *l'impuissance d'apparat* choisie par l'institution et ses Procureurs respectifs.

a. *Le rattachement aux grandes puissances*

Étudions donc sans préjugé les deux seules « véritables » possibilités qui restent offertes. Dernière superpuissance, les États-Unis possèdent une force de frappe suffisante leur permettant de se projeter sur l'ensemble de la planète afin de faire régner la « pax americana ». Si cette possibilité s'est vue amoindrie à la fois par le déclin de leur force brute et le détournement de ses principes d'action à des fins de pure puissance en Afghanistan et en Irak, elle n'en reste pas moins la source la plus réaliste pour doter la Cour pénale internationale d'une force exécutive extérieure et d'appoint sur le court-terme¹⁰⁷⁵. La dépendance, formalisée ou non, systématique ou non, à cet État a à l'évidence de nombreux inconvénients, dont le principal est qu'elle revient à soumettre une justice censée être indépendante, impartiale et d'application universelle, aux desideratas d'une entité intéressée, pouvant être partie aux affaires jugées et particulièrement habile dans le détournement des principes juridiques internationaux. Deuxièmement, la non-adhésion des États-Unis, qui ont retiré leur signature du traité de Rome afin

¹⁰⁷⁵Évidemment, et comme l'a montré l'exemple libyen, ce bras armé n'est en rien exclusif, l'exclusivité pouvant même nuire à son effectivité en prêtant le flanc à des accusations beaucoup trop rapidement évidentes de subjectivité. La spécificité américaine tenant en toutes circonstances à ce que le pays peut être le seul à pouvoir déclencher une opération qui sera suivie par d'autres.

de ne pas avoir à en respecter les principes¹⁰⁷⁶ ; si elle est en apparence cohérente avec le modèle de contrat social et ne serait alors pas logiquement contestable à ce titre sur l'incapacité consécutive de l'institution à cibler les Américains, elle accroît les risques de fluctuation quant à cette collaboration, laissant l'exécution de la justice esclave de l'évolution de la conjoncture politique américaine. Elle est par ailleurs artificielle : le contrat social ayant institué la Cour est le fait des souverains et non des États – accepter une sortie des États-Unis de la compétence de la Cour parce qu'ils en seraient le souverain – outre les problèmes évidents que cela pose – reviendrait à faire de tous les citoyens américains une extension de leur souverain. Enfin, il est évident que le fait que les États-Unis ne laisseront jamais poursuivre l'un de leurs nationaux par la Cour pénale internationale et ce, alors que les principales violations du droit international public depuis que la Cour a été créée, et les plus médiatisées, ont été pour beaucoup d'observateurs le fait des forces américaines et alliées tant sur les territoires afghans qu'irakiens.

Cette perspective, qui épouserait finalement celle de l'empire que nous avons rejetée, ne peut donc être considérée par la CPI autrement que comme compensatoire et transitoire, ne pouvant ni ne devant être officialisée. Elle correspond pourtant à la réalité actuelle, même si, dans les faits, des puissances moyennes comme la France tentent de jouer un rôle plus important, sans pour autant disposer de réelles marges de manœuvre face à leur principal protecteur¹⁰⁷⁷. L'extension du programme de récompenses américain concernant l'arrestation de criminels aux suspects inculpés par la CPI est un bon exemple des potentialités de cette perspective, à la fois que de ses dangers. Systématique, et donc dénué de toute sélectivité¹⁰⁷⁸, pouvant atteindre des récompenses de 30

¹⁰⁷⁶ La signature du Statut de Rome, sans même de ratification, amène théoriquement son lot d'obligations, notamment celle de se retenir d'agir d'une quelconque façon qui pourrait affaiblir les dispositions du traité.

¹⁰⁷⁷ Ainsi, si la saisine de la CPI pour le Darfour a été portée par la France, elle répondait bien à une offensive médiatique et intellectuelle menée par les États-Unis et largement relayée par son administration.

¹⁰⁷⁸ À l'exception attendue de tout ressortissant américain, ce qui montre la volonté des États-Unis de s'ériger en véritable souverain mondial, exempté de toute régulation

millions de dollars, il est un substitut à l'absence de puissance que la Cour, à la fois qu'une dangereuse incitation à la mise en place de mécanismes de mercenariat et une privatisation de la « police mondiale » difficilement contrôlables.

b. *L'hybridation neutralisée avec le Conseil de sécurité*

Les États-Unis, suivis en cela par un certain nombre de pays, avaient longuement insisté au sein des négociations de Rome pour que l'action de la CPI ne puisse être enclenchée que sur demande du Conseil de Sécurité. Sur le long terme, il est envisageable que le filtre du Conseil de sécurité, encore aujourd'hui lourd, se réduise, à mesure que la CPI ait fait montre de sa *neutralité* et de sa capacité à participer à la résolution des conflits sans toucher trop directement ou brutalement aux intérêts des grandes puissances. Le Conseil deviendrait ainsi un simple organe de transmission et d'organisation des modalités d'exécution des décisions prises par la CPI, rôle pouvant être dévolu au Secrétariat général, les approuvant systématiquement sauf cas de force majeure – et offrant par ricochet une autonomie grandissante à l'institution qui pourrait alors enfin jouer pleinement son rôle. Ce mouvement devrait alors s'accompagner d'une modification profonde des conditions d'existence des forces de maintien de la paix de l'ONU, aujourd'hui peu mobiles et incapables d'opérations ciblées et limitées dans le temps¹⁰⁷⁹. Cette perspective, sauf intermédiation du Secrétariat général, n'aurait cependant d'intérêt sans transformation du fonctionnement du Conseil, non pas par l'adoption d'une « charte », comme l'ont défendu plusieurs ministres des Affaires étrangères français, mais bien par une rénovation des

extérieure de ses propres actions.

¹⁰⁷⁹ A notamment été envisagée la création d'unités « commando », insérées au sein des forces de protection de la paix de l'ONU, capables d'opérations ponctuelles chargées de l'exécution au profit de la CPI. De même, la réactivation du comité d'état-major de l'ONU constitue une impérieuse nécessité.

conditions d'accèsion à celui-ci et à la condition de membres « permanents »¹⁰⁸⁰. L'instauration d'une force mobilisable en permanence pourrait alors être envisagée. Avec l'exécutif comme médiateur entre la Cour et les forces répressives, et avec des procédures de validation similaires à celles ayant cours aux échelles nationales, cette nouvelle instance s'apparenterait non pas à une force militaire, mais policière, qui pourrait tout à fait coexister avec les forces nationales. L'espace politique unifié auquel la CPI donnerait naissance appellerait naturellement à une force d'exécution dépendante des autorités judiciaires, et non politiques, comme c'est le cas pour les armées.

Bien que n'ayant pas de force armée propre, et ce n'est pas un état intangible¹⁰⁸¹, la Cour dispose cependant dès à présent d'outils non militaires lui permettant une exécution de ses décisions. Imparfaite, cette situation évolue favorablement pour l'institution : l'accroissement régulier des résolutions et saisines concernant la CPI lui donnent un rôle de plus en plus central dans la résolution des conflits récents, sans qu'elle y rencontre de véritable opposition. Son magistère moral, fragile et qu'elle se plaît à gâcher, lui donne une emprise naturelle sur de nombreuses composantes internes des États et des organisations internationales – qui la considèrent encore avec déférence. Reste que la systématique fait pour l'instant défaut, et que la faible représentativité du Conseil de Sécurité – qui n'a pour l'instant pas véritablement atteint son autorité au sein du concert des nations mais qui décrédibilise la notion de légalité internationale auprès des populations – affecte en retour l'action de la Cour, tributaire de sa sélectivité – au point où l'on peut s'interroger sur la pertinence de maintenir cette possibilité de saisine dont l'essence « politique » déteint négativement sur la perception qu'on a de la Cour comme sur son action. Sans parler des nombreuses inquiétudes sur la difficulté

¹⁰⁸⁰ Cette perspective est réaliste sur le moyen terme, tant elle pourrait s'accompagner de la mise en place d'un certain nombre de « garde-fous » préservant les intérêts des anciens membres permanents et leur capacité à influencer l'instance.

¹⁰⁸¹ Les évolutions récentes, notamment en RDC, vont vers une systématisation de l'appui des forces de l'ONU à la CPI.

qu'aura la Cour à ne pas dévier de la seule voie étroite qui lui permettrait de sortir de l'assujettissement et de donner naissance à une tentative d'ordonnement légitime du monde plutôt que d'y être associée et rejetée comme n'étant que le fétiche moral d'un système d'oppression.

2. De la possibilité de l'impuissance

La question des forces armées mises à disposition de la CPI n'atteint que marginalement, et théoriquement temporairement, les conditions de son action et ce même dans une perspective hobbesienne. La réalité de son action ne fait que confirmer ce fait. La Cour peut certes être comprise comme un outil permettant de protéger les peuples à l'encontre des abus de leur souverain, ou de souverains étrangers, justifiant les situations dans lesquelles un conflit se ferait jour entre la volonté du souverain et celle des juges. Il n'en reste pas moins que l'essentiel de son action future, du moins selon la voie qui semble s'y être imposée, devra à sa saisine par les représentants des souverains eux-mêmes¹⁰⁸². La Cour pénale devrait ainsi être alternativement perçue comme un acteur d'« accompagnement » de processus politiques plus globaux visant au renversement ou à la modification radicale des conditions d'exercice de la puissance souveraine, voire à la stabilisation de celle-ci par la neutralisation d'éléments subversifs.

a. *La complémentarité comme cœur du Système de Rome*

C'est ainsi que peut se comprendre l'action de la CPI depuis sa création. Sur les cinq premières situations qui ont débouché sur l'ouverture d'enquêtes par le Bureau du Procureur, trois ont été le fait de saisines par les puissances étatiques

¹⁰⁸² Article 14 du Statut de Rome : « Tout État partie peut déférer au Procureur une situation dans laquelle un ou plusieurs des crimes relevant de la compétence de la Cour paraissent avoir été commis, et prier le Procureur d'enquêter sur cette situation en vue de déterminer si une ou plusieurs personnes identifiées devraient être accusées de ces crimes. »

elles-mêmes, dans le cadre de deux objectifs différents : soit la mise en œuvre d'un processus d'introspection suite à une guerre civile ou un grave conflit armé, afin d'éviter leur reproduction (l'exemple le plus probant étant celui de la République Centrafricaine¹⁰⁸³), soit une tentative de neutralisation et de délégitimation d'ennemis politiques des gouvernements en place (les situations en République démocratique du Congo et en Ouganda¹⁰⁸⁴ étant les plus significatives)¹⁰⁸⁵. Dans l'une comme dans l'autre situation, le contrat social avait été préservé malgré les violences de masse, ce qui explique la spécificité de l'action de la Cour et sa saisine à partir de ce moyen.

La prééminence du « renvoi » volontaire par un État à la Cour pénale internationale de sa « situation » s'explique par l'importance du principe de complémentarité dans la formation de cette « justice sans puissance » que nous avons décrite précédemment sans la théoriser. Le Statut de Rome innove sur ce point par rapport à la théorie hobbesienne. Contrairement à la théorie du transfert de souveraineté qui veut que par extension du transfert de *propriété* le droit transféré soit définitivement et intégralement perdu par celui qui le transfère, le Statut de Rome prévoit un circuit parallèle, défini comme celui de la complémentarité : l'exercice du droit n'est transféré *que s'il* n'est pas exercé par l'État qui l'a transféré. À quel titre, et comment le juge-t-on ? La Cour en décide. Nous nous trouvons là dans une perspective qui allierait les pensées de Montaigne et de Hobbes dans leur principe de nécessaire conservation. Comme

¹⁰⁸³ La RCA a renvoyé la situation au Bureau du Procureur de la CPI le 22 décembre 2004, lui demandant d'enquêter sur les crimes commis en 2002-2003. Le processus a été initié par le gouvernement, avant que la Cour de cassation, actant l'impossibilité pour les autorités judiciaires d'enquêter sur les crimes en question, ne confirme son dessaisissement au profit de la CPI. Les autorités du pays ont renouvelé leur saisine suite aux violences commises en 2013.

¹⁰⁸⁴ L'activité du Bureau du Procureur se concentre sur l'ARS (LRA), Armée de Résistance du Seigneur, que nous avons décrit précédemment.

¹⁰⁸⁵ Depuis, trois saisines se sont ajoutées, une par le biais du Conseil de Sécurité (Libye), une par renvoi du pays concerné (Mali) et une autre sur décision de la Cour elle-même, bien que négociée avec l'État concerné suite à une déclaration de compétence (Côte d'Ivoire).

nous l'avons vu, la CPI agit en vue d'imposer à ses États membres cette conservation¹⁰⁸⁶ qu'ils se déniaient.

Ainsi, par l'intervention de la Cour, l'État est maintenu dans son existence juridique et dans sa souveraineté, mais sa représentation peut se voir partiellement et temporairement substituée en cas de nécessité : il s'agit d'un transfert flexible et relatif et non rigide et absolu comme pensé par Hobbes. La souveraineté reste pleine et entière auprès de ceux qui se lient par convention, en ce qu'ils ne font au final que se *promettre* mutuellement l'acceptation inconditionnelle d'une éventuelle perte de souveraineté, dans les conditions du traité signé. Cela ne rend pas le Statut de Rome faible ou impuissant pour autant. Au contraire, il institue un transfert permanent dans son principe mais impermanent dans son effectivité, du moins à court terme. L'autorité est dès lors initialement partagée, comme cela a toujours été le cas dans les périodes de transitions souveraines. À l'image du contrat social interindividuel, les acteurs de la souveraineté conservent leur droit mais aussi l'usufruit de celui-ci, jusqu'à ce que l'autorité instituée par la convention en décide autrement, par défaillance de ceux-ci, et de façon limitée. L'État garde donc à tout moment l'autonomie suffisante pour ne pas avoir à se soumettre, tant que les termes de la convention sont respectés.

b. *Le choix de la Cour minimale*

Réfléchir aux moyens attribués à la CPI consisterait donc principalement à envisager la création d'un système d'obligation incitatif ne passant pas par la puissance pure, principe qui se retrouve dans son texte fondateur. Au-delà de la

¹⁰⁸⁶ Sans aller jusqu'à faire sienne la citation de Bodin « il n'y a de richesses que d'hommes », il s'agit pour la Cour, comme nous l'avons vu, de protéger ses *sujets*, les acteurs de la souveraineté, en les empêchant de s'autodétruire, c'est-à-dire d'attenter trop excessivement à leur population.

simple adoption et ratification du traité, le Système de Rome exige des États membres une implémentation de ses dispositions dans le droit interne, ce qui est une donnée essentielle puisqu'elle ouvre la voie à une mise en application de la jurisprudence et du traité directement par les juges ou administrations nationales et, partant, à une intégration telle que l'application des décisions de la CPI puisse relever des systèmes judiciaires des puissances souveraines sans qu'aucune intervention du gouvernement ne soit requise, et donc sans qu'il puisse y faire opposition¹⁰⁸⁷.

Cette voie est de première importance puisqu'elle est applicable tant aux affaires ouvertes par la Cour, c'est alors le modèle de la *complémentarité* qui domine (la Cour n'agit qu'après avoir vérifié que les Cours nationales n'ont pas agi afin de faire respecter les normes énoncées dans le Traité de Rome et implémentées en droit interne), que dans le cas de crimes par essence extérieurs à la CPI (notamment au vu de leur ampleur), mais dont la poursuite est rendue possible en interne par les dispositions du Statut de Rome. Ce dernier cas ouvre d'ailleurs la porte à la *complémentarité positive*, ensemble de dispositifs prévus par le Statut de Rome envisageant une assistance du Système aux pays qui en feraient la demande pour des crimes qui ne sont pas de compétence immédiate de la Cour¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁷Évidemment, cette donnée n'est significative que dans le cadre d'États démocratiques où la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire est réelle, éloignant ainsi le risque d'un interventionnisme de la part des structures politiques. Elle offre cependant des perspectives intéressantes qui pourraient être développées, notamment en ce qui concerne la question préjudicielle déjà évoquée.

¹⁰⁸⁸ Aujourd'hui encore, à commencer par la France, les grandes puissances font obstruction aux programmes de complémentarité positive qui permettraient à la Cour de renforcer la lutte contre l'impunité au niveau local, en complément de son action, et d'étendre ainsi son ombre. L'argument principalement utilisé, celui de l'impartialité du Bureau du Procureur qui devrait lui interdire de telles interactions, pourrait cependant être facilement détourné, par exemple par la mise en place d'un organe subsidiaire à l'Assemblée des États partie chargé de ces coopérations (article 112-4 du Statut de Rome).

Les trois situations mentionnées (RCA, Ouganda, RDC), et qui constituent *a priori* les modalités d'action principales de la Cour, ne devraient requérir aucune utilisation directe de la force par la CPI. Bien plus, elles montrent que la contradiction, même temporaire, entre celle-ci et les acteurs de la souveraineté est loin d'être systématique : en ces cas particuliers, son action répond à un désir des autorités qui par voie de conséquence sont supposées collaborer activement avec la Cour et exécuter de bonne grâce l'ensemble de ses décisions¹⁰⁸⁹.

La question qui reste est celle de la légitimation de l'action de la Cour dans l'entre-deux permanent où elle se trouvera placée. Le discours porté est le suivant : les saisines valant pour tout crime commis pendant la période concernée, la Cour obtient de fait la capacité de se saisir des actes criminels commis par l'ensemble des parties concernées, y compris ceux des acteurs souverains¹⁰⁹⁰. On pourrait penser que, les modalités d'action de la Cour ayant été pensées de façon à ce qu'elles ne lui permettent d'agir que si ses actions sont bénéfiques pour les populations¹⁰⁹¹, cela interdirait *a priori* d'envisager toute conséquence négative à une sélectivité trop importante, si ce n'est de l'ordre de *l'impression*. C'est le cas, mais le cas seulement au sein du « système » créé par la Cour, faisant de la commission de crimes de guerre, crimes contre l'humanité

¹⁰⁸⁹ Il convient de mesurer cette assertion au vu des difficultés que connaissent les autorités locales à faire face au pouvoir de ces structures para-étatiques. Ainsi, deux des principaux inculpés par la CPI, Joseph Kony et Bosco Ntaganda, restent en liberté des années après leur mise en accusation. Plus grave, ce dernier a été réintégré dans l'armée de la RDC et se trouve en contact permanent avec les forces onusiennes présentes sur place, sans jamais être inquiété.

¹⁰⁹⁰ Bien que dans les faits, elle évite de le faire tant que celles-ci sont au pouvoir, cette situation l'empêchant dans la plupart des cas d'enquêter, et *a fortiori* de concrétiser les procédures, les suspects disposant, sauf dans les cas de démocraties avancées, de l'appareil étatique pour se protéger des poursuites.

¹⁰⁹¹ Cela est établi en partant du présupposé que la gravité des crimes concernés par l'action de la Cour, lorsqu'ils sont commis, disqualifient par avance le projet politique qui a amené à leur commission – et ne peuvent dès lors être relégitimés ni justifiés par ce dernier –, ce qui est contesté mais nous semble acquis. Placée dans le voile d'ignorance rawlsien, l'action de la Cour situation par situation pourrait être considérée comme systématiquement légitime. Mais le fait que la Cour invoque – et soit supposée instituer – une société à l'échelle interétatique, change la donne, le regard porté devant l'être à l'échelle globale.

et crimes de génocide, le seul référentiel permettant d'étudier la positivité d'une action. Or ce système est loin d'embrasser l'ensemble des enjeux politiques de la mondialisation. C'est pourquoi la perception de l'action de la Cour par la société civile, voir l'opinion mondiale, est aujourd'hui très fortement marquée, celle-ci n'étant pas liée aux effets de la Cour tels qu'évalués au regard de ses propres critères mais de façon plus générale, au sein d'un ordre dont il est su qu'elle n'est qu'un instrument. Sans même entrer dans une contestation de l'objectivité du choix *positif* des poursuites effectuées par la Cour et son Procureur – action qui n'est au final que peu évaluée de par la faiblesse de ses enjeux –, la première décennie d'existence de la Cour, par le goût particulièrement amer qu'elle a laissé, montre qu'une action *juste* au sein d'un ordre, respectant l'ensemble des normes intérieures à celui-ci, ne pouvait suffire lorsque cet ordre lui-même n'incarne pas un ensemble de valeurs représentatifs des sociétés sur lesquels il agit, se contentant d'agir sur un socle minimal dont la détermination, la codification et surtout *l'essentialité* postulée sont géographiquement, culturellement et historiquement marqués.

c. *Le Kenya ou la possibilité d'une contrainte sans puissance*

Revenons avant de conclure sur le premier cas où la Cour, par le truchement de son Procureur, a décidé d'elle-même d'agir, en 2010, sur les violences post-électorales qui avaient émaillé le Kenya. Il s'agit là de la première fois où la CPI agit à l'encontre de l'intérêt immédiat du représentant souverain, tout en cherchant à s'assurer de la collaboration de l'État à des fins d'exécution de son mandat et non pas à s'appuyer sur une puissance extérieure. Le processus qui y a mené est pour le moins intéressant. Les violences concernées, qui ont fait plusieurs milliers de victimes dans la population civile, ont été financées par des hommes politiques de premier plan cherchant à instrumentaliser les divisions tribales du pays pour leur assurer, par leur truchement ainsi que celui de leurs affidés, un « bon traitement » post-électoral. Ces violences, chroniques depuis des

décennies, atteignent en 2007 un tel degré qu'elles décrédibilisent l'ensemble de la classe politique, et l'appareil étatique lui-même, au regard de l'opinion kenyane elle-même. Une nouvelle Constitution est alors adoptée pour lutter contre l'impunité et mettre fin aux violences, ou du moins les réduire jusqu'à un point de tolérance satisfaisant tout le monde, sans ne rien changer à la nature du système politique national et ses différentes structures d'allégeance para-étatiques.

Le projet est voté et semble être sur la bonne voie. Pourtant, la cérémonie célébrant l'adoption du nouveau texte se déroule sous l'égide d'Omar El-Béchir, le président du Soudan inculpé par la CPI, qui n'a théoriquement pas le droit de se déplacer dans le pays sans être immédiatement arrêté et transféré à La Haye¹⁰⁹². Maintenu secrète jusqu'à la dernière minute, l'invitation prend de court Kofi Annan, ancien secrétaire général de l'ONU et l'une des sommités politiques du continent, qui menace de suspendre sa participation à l'événement, aux côtés de nombreux dignitaires internationaux¹⁰⁹³. Après cet accroc et les doutes toujours plus importants sur la volonté réelle de l'élite politique de faire avancer le processus, une commission d'enquête sur les événements de 2007 est créée¹⁰⁹⁴. Contestée en ce qu'elle apparaît comme une tentative d'éviter la saisine de la justice internationale, l'instance transmet cependant à l'ancien secrétaire général de l'ONU vingt noms de responsables de premier plan qui auraient organisé les violences. Sous scellés, cette liste sert de moyen de pression contre la

¹⁰⁹² Voir « Kenya defends failure to arrest Sudan's president Omar al-Bashir in Nairobi », Nairobi, AP- The Guardian, 29 août 2010.

¹⁰⁹³ Les critiques se multiplient à l'étranger, d'Amnesty international (« Kenya refuses to arrest Sudanese President Omar Al-Bashir », Amnesty International, Communiqué de presse, 27 août 2010) au Parlement Européen (Résolution P7_TA-PROV(2010)0315 « Kenya : failure to arrest President Omar al-Bashir of Sudan ») en passant par la plupart des ONG internationales, laissant le Kenya et l'Union Africaine isolés et provoquant un important débat national, notamment au sein de l'Assemblée nationale kenyane (voir *Hansard, Kenya National Assembly official record*, August 31st 2010, page 25).

¹⁰⁹⁴ *The Commission of Inquiry on Post Election Violence* ou « Commission Waki » rend son rapport, de 529 pages, le 15 octobre 2008.

communauté politique : soit des poursuites sont immédiatement engagées par le biais d'un tribunal spécial (mêlant deux juges du Commonwealth et un juge national), soit la liste est transmise un an plus tard à la CPI.

Les pressions ont un effet réel sur l'opinion publique, qui réclame des comptes aux responsables politiques. Le slogan « *Don't be vague, let's go to the Hague* » est scandé lors de nombreux événements¹⁰⁹⁵. Malgré cela et après de multiples débats au Parlement, la situation stagne, ce qui amène le Procureur de la CPI, autorisé à enquêter par les juges de la Cour¹⁰⁹⁶, à briser les scellés. Il décide d'agir dans la foulée, sans cependant émettre des mandats d'arrêt : M. Moreno Ocampo négocie la comparution volontaire de six hauts responsables kenyans, dont le vice-Premier ministre, pour crimes contre l'humanité¹⁰⁹⁷. Ceux-ci se présentent devant la Cour et s'engagent à collaborer avec elle, tout en tentant de retirer la signature au Statut de Rome de leur pays. Le Procureur propose alors, contre le maintien d'une procédure assez flexible pour les accusés, la « *three-pronged approach*¹⁰⁹⁸ » : les plus hauts responsables seront jugés à La Haye, un tribunal spécial sera mis en place pour la centaine de subordonnés qui ont mis en marche le plan élaboré par les premiers, tandis que la Commission vérité et réconciliation aura pour objectif de faire le travail historique nécessaire et de travailler à la réconciliation des populations. La proposition, novatrice et exemplaire¹⁰⁹⁹, n'est

¹⁰⁹⁵ Voir à cet égard et de façon plus générale sur la question kényane le rapport : Lynch, G., Zgonec-Rozej, M., « The ICC intervention in Kenya », *Chatham House*, février 2013 (page 4).

¹⁰⁹⁶ Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome (Chambre préliminaire II, ICC-01/09-19-Corr-tFRA, 31 mars 2010). La Chambre préliminaire avait auparavant demandé des « éclaircissements supplémentaires » au Procureur.

¹⁰⁹⁷ Il dépose ses requêtes à cet égard auprès de la Chambre préliminaire II le 15 décembre 2010 en vertu de l'article 58 du Statut de Rome, qui sont accueillies le 8 mars 2011.

¹⁰⁹⁸ Communiqué de presse ICC-OTP-20090930-PR456 du 30 septembre 2009 intitulé « Le Procureur plaide pour une stratégie orientée sur trois axes pour que justice soit faite au Kenya ».

¹⁰⁹⁹ Elle s'inspire notamment de l'exemple de la Chambre spéciale bosniaque pour les

cependant pas accompagnée de mesures coercitives ou de menaces précises et ne se traduit pas en fait. Plutôt que de menacer d'émettre 1, 5 ou 500 mandats d'arrêt et de conditionner sa décision à l'ampleur des poursuites mises en place au niveau national, le Procureur, parce qu'il sait qu'il n'en aurait pas les moyens budgétaires, n'a d'autre choix que de restreindre son action. Loin de ses ambitions, il est incapable de lancer un large mouvement judiciaire qui aurait permis d'isoler les plus hauts dirigeants et de les forcer, sur pression de leurs propres subordonnés, à se rendre : enserré dans un système étatique, il n'a pour autant pas le moindre moyen pour l'influencer de l'intérieur. Sa proposition provoque l'émergence d'un débat inédit sur la question de l'impunité, dont les effets se font sentir paradoxalement lors des élections de mars 2013 : pour la première fois depuis des décennies, aucune violence grave n'est à signaler, ce qui constitue une immense victoire pour la CPI. Mais le duo élu est composé de deux inculpés par la Cour pour crimes contre l'humanité, qui ont centré leur campagne sur leur lutte contre celle-ci et la récupération de la souveraineté du pays. Le Président nouvellement choisi s'engage certes à honorer les engagements internationaux du pays et à assister à son procès devant la Cour, suite à d'intenses pressions diplomatiques. Mais il profite de son arrivée au pouvoir pour mettre son appareil sécuritaire au profit de son avenir et entame une campagne de pressions sur les témoins qui, doublée des graves insuffisances de l'enquête du Bureau du Procureur, menace l'ensemble des procédures. Le soutien populaire aux procédures devant la Cour s'effondre en parallèle, lenteurs, langages abscons et distance des procédures lassant l'opinion.

Après le meurtre d'au moins sept personnes liées aux enquêtes, un proche des accusés poursuivis par la Cour est poursuivi pour sa participation dans cette campagne, initiant pour la première fois une procédure de régulation interne du système, pouvant amener à une condamnation à sept ans de prison¹¹⁰⁰. La réussite

crimes de guerre.

¹¹⁰⁰ Under seal *ex parte*, only available to the Prosecutor and the Registrar, Warrant of Arrest for Walter Osapiri Barasa (Chambre préliminaire II, ICC-01/09-01/13-1-Red2,

des élections et la pacification du pays, doublées de la persistance d'un système politique que le Procureur pensait pouvoir et devoir faire évoluer, empêcheront vraisemblablement la société de maintenir une pression suffisante sur le souverain et ses affidés pour mener à terme les procédures. Mais il est possible, quelle que soit l'issue, de considérer que la Cour a accompli sa mission par le simple effet cathartique de son action et la pacification des processus électoraux qui peut lui être imputée dans une très large mesure. S'il est possible que le président kenyan échappe à un procès sur le court terme, celui-ci sentira pendant l'ensemble de son mandat, et bien au-delà, la pression de l'institution et de la communauté internationale pour ne pas rééditer ses violences. L'État aura quant à lui rapidement récupéré sa souveraineté, après un dessaisissement temporaire.

Si la Cour a participé à la préservation du contrat social national, il reste un problème de taille : contrairement à la perception par l'institution des structures politiques kenyanes, celles-ci reflétaient la réalité d'un pays resté en grande partie éloigné de la notion d'État telle que pensée par les puissances occidentales. Loin d'être un dysfonctionnement, la persistance des réalités tribales n'est peut-être que la seule façon de *faire tenir* l'existence d'une fiction politique exogène aux cultures locales. Que l'action de la Cour se soit doublée d'un *jugement* sur la mauvaise nature des institutions kenyanes, notamment parce que, *de facto*, celles-ci l'empêchaient d'agir sur un territoire contrôlé par des structures parallèles à la bureaucratie étatique, est révélateur, tout comme l'est son incapacité à faire naître des procédures locales qui feraient écho aux siennes, formellement en échec. La dissolution de son *imperium moral*, doublée d'une absence d'internalisation pérenne des impératifs qu'elle incarne, dans un pays où elle incarnait au départ simplement l'idée de la justice pour ne plus apparaître que comme une instance interventionniste du monde occidental, interroge sur sa capacité à maintenir longtemps l'illusion qui est à la source de son pouvoir.

2 août 2013). Quelques mois plus tard, la démarche se répète vis-à-vis de plusieurs proches de Jean-Pierre Bemba, dont des membres de son équipe de défense.

S'il est encore loin d'être achevé, l'édifice mis en place par le Statut de Rome peut donc puiser dans trois modalités d'actions différentes : celle, coopérative, mise en place sur demande des États ; celle, systémique, reposant sur l'État de droit, et celle, non-coopérative, sur demande du Conseil de sécurité, qui met alors à sa disposition les moyens nécessaires, et potentiellement illimités, à l'exécution de ses décisions. Elle peut par ailleurs user elle-même de stratégies passives, dites d'influence, permettant notamment d'isoler diplomatiquement les personnes sur le coup d'un mandat d'arrêt, comme dans le cas d'Omar El-Béchir. Elle peut finalement, se saisissant d'elle-même, jouer sur les différents pouvoirs concernés par les pays sous enquête, les mettre en concurrence et ainsi imposer au moins partiellement sa volonté à celle des États, préservant ainsi son monopole symbolique. Il n'empêche que la légitimité de l'action de la Cour, dont la systématisme est, comme tout outil pénal fondé sur la dissuasion, essentielle à la fiction qu'elle tente d'imposer et sans laquelle elle serait dénuée d'efficacité, reste loin d'être assurée.

d. *L'association à d'autres instances*

La Cour pénale internationale est la seule institution en mesure de prétendre à un rôle constitutif dans la formation d'une *métafiction* dans la mondialisation, que nous avons décidé de nommer contrat social global. Cela ne préjuge en rien du rôle que pourraient jouer d'autres institutions déjà existantes dans leur appui potentiel à la CPI. Nous l'avons vu, il est notamment possible d'envisager celui de l'OMC comme acteur secondaire de ce contrat social global, non pas en ce qu'il en serait partie mais en ce qu'il serait mis au service de l'action de la Cour. L'OMC dispose de capacités d'exécution des décisions que prend sa section du contentieux, dans son rayon d'action, à savoir le commerce international. Il est tout à fait envisageable de relier cette capacité d'action à celle de la CPI, en incluant notamment des clauses d'exécution des décisions de la CPI aux accords négociés au sein de l'OMC. La dimension quasi-universelle de l'organisation, et

l'importance de ses accords pour les économies nationales, permettrait de concrétiser plus rapidement et de donner à ces clauses une effectivité accrue, on n'ose dire systématique, amenant sur le long terme l'ensemble des États à se plier aux décisions de la Cour – ou à se désengager à grands frais de l'une comme de l'autre institution. À défaut d'exécution « volontaire » de la part des acteurs de la souveraineté, ceux-ci seraient en effet soumis sur le moyen et long terme à une pression telle de la part de leur population, considérablement appauvrie par leur stratégie non coopérative, que leur position en deviendrait difficilement tenable. La combinaison des possibilités d'action de différentes organisations internationales, et notamment dans le domaine commercial, avec celles de la CPI est un horizon concret – de nombreuses négociations allant en ce sens sont en cours –, bien que les ajouts de clauses de ce type se soient pour l'instant davantage concrétisés au sein d'organisations régionales, qui participent par ailleurs inégalement à l'universalisation de la Cour pénale internationale.¹¹⁰¹

La perspective libérale qui émerge de cette confluence pose cependant question, alors même que l'OMC semble à bout de souffle. Il faut se méfier de la dilution de l'autorité de la CPI qu'elle induirait, explicitement dépendante d'autres organes de régulation contestés et fragiles dans leur propres fondamentaux. Ce rapprochement permettrait de légitimer les stratégies de sanction, dont les fondements actuels restent très discutables, à l'égard d'États non coopératifs, en décrédibilisant celles qui ne s'appuieraient pas sur les fondements de la Cour ou d'institutions similaires. Elle amènerait, en contrecoup, à la probable émergence de fronts d'opposition structurés à cet ordre mondial, acceptant de s'exclure intégralement de celui-ci afin de le contester.

¹¹⁰¹ Ainsi l'Union Européenne est-elle un des principaux promoteurs de la CPI, voyant dans celle-ci l'extension de sa stratégie de « puissance par la norme », tandis que l'Union Africaine se montre toujours plus hostile. Il est ceci dit intéressant que le rejet de l'UA se concrétise par la tentative de construction d'une instance régionale équivalente – c'est-à-dire d'une intégration *a minima* discursive des *principes d'action* de la CPI.

De fait, le rapprochement entre ces perspectives pénales et commerciales est déjà en cours, par le biais d'un autre mouvement, la polarisation du monde autour d'ensembles régionaux – mouvement cherchant ainsi à être lui-même plus difficilement attaquant « dans son ensemble ». Les pôles régionaux actuellement en formation utilisent diversement les armes à leur disposition afin d'imposer leur domination. L'utilisation des normes juridiques comme outil d'influence par l'Union européenne a été largement décrite, et peut devenir en l'espèce un outil de premier ordre pour asseoir la légitimité et capacité d'action de la Cour pénale internationale. Ainsi, les accords de Cotonou, signés entre l'Union Européenne et les pays ACP (Afrique-Caraïbes-Pacifique) contiennent une « clause CPI » conditionnant l'effectivité des conditions douanières préférentielles à l'exécution des décisions de la Cour¹¹⁰². Cette initiative a notamment entraîné le retrait du Soudan des accords en question, entraînant une perte de ressources non négligeable pour le pays et un isolement commercial que l'on imaginait difficilement tenable sur le long terme, mais qui n'a fait que raidir le régime : elle pourrait tout à fait être invoquée dans le cas kenyan. Les accords ACP concernent en effet 700 millions de personnes et 106 États, dont les 28 de l'Union Européenne, et établissent une série d'exemptions commerciales de premier ordre au profit des pays signataires. Cette solution pourrait être généralisée de façon à ce que l'ensemble des États membres de la Cour pénale intègrent des clauses similaires dans leurs accords commerciaux. Elle nécessite cependant une majorité favorable tant à ces accords commerciaux qu'aux principes postulés par la CPI, envisageable dans certaines régions du monde, l'Amérique latine notamment, mais pas dans d'autres – l'ASEAN tardera longtemps encore avant d'envisager la mise en place de telles clauses. Elle exige aussi un rapport de domination entre différentes régions du monde ou entre pays d'une même région suffisamment

¹¹⁰²Article 11, alinéas 6 et 7 (deuxième révision).

http://ec.europa.eu/development/icenter/repository/second_revision_cotonou_agreement_20100311.pdf

important pour que le conditionnement au respect des normes de la CPI puisse être invoqué sans crainte pour l'État offrant. La régionalisation, et la subséquente multipolarisation des relations internationales qu'elle entraînerait, reste par ailleurs un mouvement au destin incertain.

Un rapprochement de la Cour internationale de justice (CIJ) et de la Cour pénale internationale constitue une autre potentialité¹¹⁰³. La première, instituée dans le cadre de l'ONU, est une Cour permanente chargée de trancher les litiges interétatiques et étant à ce titre en mesure de condamner les États. Elle se trouve soumise à de nombreuses restrictions statutaires¹¹⁰⁴ et aux limites de toute organisation internationale s'adressant aux États en tant qu'unités abstraites tout en ne disposant d'aucun moyen d'action autonome (et dès lors entièrement dépendante de la volonté d'application des grandes puissances, au contraire de la CPI)¹¹⁰⁵. Elle n'en reste pas moins un outil de légitimation fort, appelé à se développer, et la principale source de jurisprudence en droit international. Considérée comme une sorte de Cour suprême du droit international public, en tout cas en termes jurisprudentiels, elle pourrait être la clef de voûte d'une hiérarchisation et d'une consolidation des instances judiciaires internationales. Si son action est rendue ineffective dès qu'elle atteint les intérêts des puissances les

¹¹⁰³ De fait, la France défendit dès 1946 la création d'une Chambre criminelle au sein de la CIJ, chargée de juger à la fois les individus et les États coupables des crimes définis lors du procès de Nuremberg. Les détails du projet ainsi que les raisons qui firent qu'il fut abandonner sont détaillés dans l'article de Laurent Barcelo « Aux origines de la CPI : le projet français de chambre criminelle internationale », publié aux PUF dans la revue *Guerres mondiales et conflits contemporains* en février 2006, page 103 à 109.

¹¹⁰⁴ Qui dépassent largement les limites imposées à la CPI, notamment en termes d'universalité, d'autonomie de saisine et d'acceptation sélective de sa compétence.

¹¹⁰⁵ Sans capacité d'auto-saisine, elle peut soit émettre des avis juridiques non-contraignants à la demande de l'un des États partie ou de l'Assemblée générale de l'ONU, soit émettre des décisions *a priori* contraignantes sur demande des deux parties concernées par le conflit en question. Des accords de juridiction obligatoire réciproques peuvent être conclus ou intégrés à des accords diplomatiques, permettant ainsi une systématisation de l'action de la Cour, mais ne se sont pas généralisés et sont dénonçables.

plus importantes, elle demeure un vecteur de légitimation/dé légitimation important dans les relations internationales et est à ce titre utilisé comme outil d'influence dans de nombreux conflits considérés comme « périphériques¹¹⁰⁶ ». Son apport pour les cours régionales et les tribunaux pénaux est notable. L'association de la CPI à la CIJ, cette dernière se trouvant chargée de juger et de condamner les États non coopératifs, et non plus seulement les acteurs de la souveraineté, permettrait de compléter les décisions de la CPI, en tant que légitimant implicite d'une action de police visant à appliquer les décisions de la CPI. La dépendance au Conseil de Sécurité de la CPI se trouverait ainsi réduite au profit d'une procédure judiciaire et non plus politique. Ce rapprochement devrait avoir naturellement lieu par le biais des politiques jurisprudentielles des institutions. La CIJ n'a d'ailleurs pas hésité à s'appuyer sur les arrêts des TPI pour fonder un certain nombre de ses décisions, voire en intégrer les principes¹¹⁰⁷.

Il ne s'agit pas de multiplier les exemples, bien que la question de la responsabilité environnementale, en ce qu'elle constitue une menace tout aussi directe et importante pour le fondement du contrat social, aurait pu être abordée, tout comme le rôle de l'OMS et de l'OIT, seules à même de remettre la préservation de la vie au sens large au cœur de cette nouvelle perspective. Comme indiqué, le traitement de la question pénale à l'échelle mondiale a indubitablement ouvert la voie à une extension progressive des domaines de régulation de la mondialisation. De façon générale, il paraît évident que la prochaine phase de celle-ci, si nouvelle phase il y avait, ne pourrait passer que par un rapprochement de l'ordonnancement judiciaire mondial – ou par son

¹¹⁰⁶ Les deux dernières décisions les plus significatives ont concerné la légalité de la déclaration d'indépendance du Kosovo et celle concernant le mur israélien mordant sur les terres palestiniennes.

¹¹⁰⁷ L'unification de l'ordonnancement aurait un intérêt pour la CIJ aussi, qui a besoin d'accéder à des éléments de preuve dont disposent les tribunaux pénaux et que lui refusent les États. L'exemple du jugement de la responsabilité serbe dans le génocide commis en Bosnie-Herzégovine (décision du 26 février 2007) est à ce titre significatif.

effondrement. La circulation de personnels entre ces institutions et les États favorise déjà une infusion qui pérennise leur existence, et il est peu d'exemples d'organisations internationales à vocation universelle qui aient été dissoutes¹¹⁰⁸ ; la tendance reste à une expansion, lente mais sans retour en arrière une fois le premier pas effectué – comme pour les régulations institutionnelles à l'échelle nationale. De plus en plus, les instances judiciaires nationales, même aux États-Unis, citent et s'appuient sur les jurisprudences internationales, tout en évitant souvent de leur donner une valeur absolue. C'est ainsi non seulement une nouvelle structure horizontale que nous voyons naître, mais des interactions inédites entre les différents échelons verticaux qui vont dans le sens d'une intégration toujours plus importante. Il est évident que la CPI est vouée à s'insérer dans un tissu plus large d'institutions internationales qui lui serviront d'appui et lui permettront de renforcer sa capacité d'action autonome, jusqu'à ce qu'une solution permanente lui soit offerte, ou jusqu'à ce que ces mécanismes permettent la systématique exécutoire si nécessaire à la formation définitive de son contrat social global. Il reste à clarifier son rôle, comme instance de dernier ressort, ainsi que de l'évolution potentielle de sa compétence vers d'autres crimes – par exemple environnementaux ou sanitaires. Doit-on envisager la création de tribunaux spécifiques, ne serait-ce qu'à des échelons inférieurs ou ayant compétence contre les États, que la CPI serait chargée de relayer ?

La commission du droit international de l'ONU pourrait jouer un rôle fondamental dans cette recherche de cohérence entre instances judiciaires. Sans penser, pour l'instant, la création d'une véritable Cour suprême, la combinaison de Cours commerciales, pénales et suprasouveraines indique la voie de la création d'un État de droit supra-souverain minimal qui dépasse définitivement le conflit de souverainetés né de la théorie hobbesienne. « La cité, la propriété des biens et

¹¹⁰⁸ On compterait aujourd'hui plus de 250 organisations intergouvernementales selon l'Union des organisations internationales. Certains diront non sans raison que leur inertie et prudence « reconnues » sont justement la cause de leur survivance excessive.

la justice sont nées en même temps ». En instaurant une régulation juridique, pénale, sanitaire, commerciale ou encore environnementale, l'OMC, l'OMS (qui manque actuellement d'organe procédural), la future Organisation mondiale de l'environnement et la CPI, appuyées par la CIJ, annonceraient, dans le respect absolu des fondements hobbesiens, la formation d'une cité cosmopolitique, faisant se rejoindre des pôles opposés il y a peu. Il faudrait pour cela que ces institutions se dotent d'instruments judiciaires offrant un accès aux individus, voire permettant de les poursuivre, soit dans le cadre d'une extension du Système de Rome, soit par la fusion de ce dernier au sein d'un ensemble plus large¹¹⁰⁹. Cette évolution pourrait s'accompagner d'une transformation majeure, pour ne pas dire ultime. Comme nous l'avons vu, la CPI innove en ce qu'elle est la première institution à vocation universelle prenant *pour objet et sujet* les individus. S'appuyant très largement sur la complémentarité, son action pourrait conséquemment être à terme reliée à celle des juges nationaux, notamment dans le cas de procès liés, avec l'instauration de questions préjudicielles auxquelles elle pourrait répondre. La fusion qui en découlerait n'est pour l'instant pas envisagée dans le Statut de Rome, mais elle fait partie d'un éventail d'instruments qui pourraient être mis à disposition de la Cour afin de concrétiser un dessein contractualiste bien plus large – dont l'ampleur et l'opportunité restent encore à établir.

¹¹⁰⁹ La création d'un Parquet européen, défendue notamment par Mireille Delmas-Marty et Robert Badinter et prévue par l'article 86 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE), permettrait d'entreprendre pour la première fois la fusion de ces niveaux d'action pénale au sein d'une structure régionale supraétatique – et ouvrirait la voie à la constitution d'instances similaires à d'autres échelles.

