



**TOAEP** | Torkel Opsahl  
Academic EPublisher

**Philosophical Foundations of International Criminal Law:  
Correlating Thinkers**

Morten Bergsmo and Emiliano J. Buis (editors)

## E-Offprint:

Juan Paulo Branco Lopez, “Hobbes et la Cour pénale internationale : la fiction du contrat social global”, in Morten Bergsmo and Emiliano J. Buis (editors), *Philosophical Foundations of International Criminal Law: Correlating Thinkers*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels, 2018 (ISBNs: 978-82-8348-117-4 (print) and 978-82-8348-118-1 (e-book)). This publication was first published on 30 November 2018. This e-offprint was released with a new copyright page on 16 December 2022.

TOAEP reserves all rights pursuant to its general open-access copyright and licence policy which you find at <https://toaep.org/copyright/>. You may read, print or download this publication or any part of it, but you may not in any way charge for its use by others, directly or indirectly. You can not circulate the publication in any other cover and you must impose the same condition on any acquirer. The authoritative persistent URL of this publication is <http://www.legal-tools.org/doc/3bc4be/>. If you make the publication (or any part of it) available on the Internet by any other URL, please attribute the publication by letting the users know the authoritative URL. TOAEP (with its entire catalogue of publications) has been certified as a digital public good by the Digital Public Goods Alliance.



© Torkel Opsahl Academic EPublisher (TOAEP), 2018

**Front cover:** *The cut stem of a fir tree in the forest around Vallombrosa Abbey in Reggello, in the Apennines east of Florence. The monastery was founded in 1038, and is surrounded by deep forests tended over several centuries. The concentric rings show the accumulating age of the tree, here symbolising how thought expands and accumulates over time, and how lines or schools of thought are interconnected and cut through periods.*

**Back cover:** *The forest floor covered by a deep blanket of leaves from past seasons, in the protected forests around Camaldoli Monastery in the Apennines east of Florence. Old leaves nourish new sprouts and growth: the new grows out of the old. We may see this as a metaphor for how thinkers of the past offer an attractive terrain to explore and may nourish contemporary foundational analysis.*

## Hobbes et la Cour pénale internationale : la fiction du contrat social global

Juan Paulo Branco Lopez\*

Comment la fiction, et son support, la parole, deviennent-elles force agissante, source de mouvement, d’empreinte sur les corps et les sociétés ? Comment le droit, traduction de la parole du souverain, codification de sa volonté, passe-t-il d’être une simple variation de la pression atmosphérique, une vibration de l’air produite par un organisme, une construction du langage énoncée par le corps d’un homme, éventuellement transcrite par l’écrit à une force capable d’êtreindre, contraindre, atteindre des réalités infinies ? Comment une matière originellement formée exclusivement par des mots et marquée par l’oralité peut-elle, et réussit-elle, à faire disparaître et naître, structurer, écraser, nourrir de la matière ? Le droit – *stricto sensu* – n’a lui-même qu’un vecteur, un outil pour imprimer sa marque sur le réel : celui de la parole. La matérialisation des décisions de justice – énonciations portées par un ou plusieurs corps individuels dénués de la moindre capacité coercitive directe – ne subsiste qu’à travers une incertitude, un espoir toujours renouvelé dont le flottement entre sa formulation et sa réception par les puissances exécutantes menace à tout moment de le faire vriller : celui de la croyance en ces et ses mots. Croyance au sens le plus primaire du terme – non pas en leur *justice*, leur *objectivité* ou même leur *désintéressement*. Croyance plus simplement, plus fondamentalement, en leur capacité auto-performative. En leur matérialité, assurée avant même d’être exécutée. Réfléchir à la question des fondements qui font naître cette fiction, c’est donc en quelques sortes en

---

\* **Juan Paulo Branco Lopez** (Juan Branco) is a Doctor in Law from l’Ecole normale supérieure (Ulm). He was formerly Visiting Researcher at Yale Law School and Sapienza University, and visiting full faculty at Yale’s Department of French. He has taught at La Sorbonne and been a Senior Research Fellow at the Max Planck Institute Luxembourg for International Law. Recruited after an internship as an interim special assistant to the Prosecutor of the International Criminal Court, he left the institution in 2011 to join the French Ministry for Foreign Affairs. He has since worked on the ground in Tunisia, Central African Republic and North Kivu as a researcher on mass violence and its relationship to political theory.

interroger la nature profonde, les sources non seulement virtuelles, mais bel et bien réelles, c'est-à-dire dans leur capacité à agir sur le réel. Or le droit international pénal, par son éloignement des processus classiques de souverainisation, mais aussi par sa difficulté à effectuer cette transmutation, pose avec une acuité particulière la question de ses fondements.

Les mots portés *au nom du souverain* par un juge, un procureur ou un greffier sont des contenants dont la coquille est formée de toutes les apparences que nous venons de mentionner mais qui doivent porter en eux la certitude de leur réalisation au moment de leur énonciation – réalisation sans laquelle tous ces éléments seraient vains. Que les mots du créateur de droit soient porteurs de *peines* – au sens le plus corporel du terme, de *douleurs* – d'emprisonnement, de torture – ou tout simplement d'humiliations, d'exclusions symboliques, ils n'en deviendront droit que parce qu'ils seront perçus comme le premier acte d'un travail sur la matière.

Il n'y a dès lors théoriquement de fiction qui tienne que parce que l'on *sait* qu'elle pourrait à tout moment devenir réalité – ou plutôt qu'elle est réalité alors qu'elle est encore fiction. Le droit est en quelque sorte cet espace intermédiaire – disons superposant – entre l'art et la science, un espace où le tragique de la scène menace à tout moment de se matérialiser sur le spectateur dans toute sa systématisme et son implacable rationalité causale. Une fiction qui dépend de cette matérialisation – et donc du dépassement immédiat de sa qualité de fiction – pour tout simplement devenir tragique, et donc s'imposer *comme* fiction. Les jeux de scène du Tribunal – personnifications de ces différentes fictions que sont la société, la justice, l'autorité publique – leurs costumes et la codification de leur parole font de ce théâtre particulier un espace où l'accusé – resté avec la victime éventuelle et le jury seul dépouillé, dans son enveloppe charnelle et sa parole nue, dénué d'un quelconque attribut scénique – plie face à la puissance du seul mot, face à la puissance d'un monde où les puissants, les détenteurs de cette contrainte qui l'a amené et le retirera de la salle du tribunal, se lèvent, s'assoient et se taisent sur simple énonciation de corps producteur de droit – qui, pourtant, est lui dénué d'une quelconque puissance.

Le droit est donc un espace, un espace confiné où domine le mot et que les *Tribunaux* – la scène de cet espace – et les juges – metteurs en scène et principaux acteurs – vont chercher à étendre à la société dans son ensemble par la mise en scène de ses effets, dans une logique de contami-

nation, en montrant à ce corps étranger – à ce corps qui a décidé de s'exclure de la société en commettant un délit ou un crime, et qui en le faisant a aussi exclu la victime de cet espace, lui retirant un des droits qui lui était garanti par la société et que la société s'apprête à lui rétribuer – à ce corps étranger qu'est l'accusé, que l'autorité de la société demeure et s'apprête à s'affirmer implacablement sur lui par la simple puissance du mot – de ces mots qu'il devra une fois réintégré à la société respecter quand bien même ils aient été énoncés par des autorités dénuées de capacité d'action immédiate sur le réel – sous peine de se retrouver à nouveau dans une scène similaire et d'assister à une démonstration de la force de la parole et de sa matérialité.<sup>1</sup> Les jurés, les familles et plus largement les spectateurs se chargeront de rapporter le résultat de ce *spectacle*, de cette démonstration du pouvoir magique de la parole, de la réalité de la puissance de cette fiction qu'est l'État, et dès lors de la nécessité pour tous les autres de respecter à tout moment sa parole sous peine de devenir un jour la victime expiatoire, monstrative, réelle, de cette extraordinaire sorcellerie. Le droit, parole mise en scène, ne peut ainsi exister sans la violence qui l'accompagne, l'étend sans se confondre tout à fait avec lui. Cette transmutation est donc centrale, à la fois que révélatrice de la séparation nette entre les deux sphères.

L'ensemble ne fonctionne que si un discours relie les différents acteurs de cette scène, les actes qui autrement apparaîtraient isolés et dénués de sens. Interroger les fondements philosophiques du droit international pénal, et en particulier de sa création ultime, la Cour pénale internationale, telle qu'abordée dans le cadre du colloque organisé à New Delhi les 25 et 26 Août 2017 par le CILRAP,<sup>2</sup> c'est de ce fait s'interroger sur la capacité d'accès au réel, et dès lors de modification de celui-ci, à un mo-

---

<sup>1</sup> Pierre Legendre rappelle que ce rapport dépasse le lieu et le temps du jugement :

Dans ces conditions de détour obligé aux fins d'accéder au monde – l'exigence symbolique comme telle – les constructions normatives ont forcément une base théâtrale, un enracinement dans des mises en scène, dont la fonction est de façonner sans fin le point de néant, ou, pour reprendre une expression de Dante, nommer « le principe qui manque ». Ainsi, les monuments de légalité ne sauraient être détachés de leur portage esthétique, lequel nous renvoie à la logique de la représentation, autrement dit au jeu des images, y compris inconscientes, et à la traduction de celui-ci dans les productions mythologiques et religieuses, scénarios et rites destinés à faire vivre la vie

Pierre Legendre, *Sur la question dogmatique en occident*, Fayard, Paris, 1999, p. 17.

<sup>2</sup> CILRAP, « Philosophical Foundations of International Criminal Law: Its Intellectual Roots, Related Limits and Potential », New Delhi, 25–26 August 2017.

ment où l'institution tangué à la fois dans son action que dans sa capacité à énoncer.

Notre postulat principal sera le suivant : la Cour pénale internationale a moins à voir avec l'universalisme des Lumières qu'avec les intérêts des chefs d'État et souverains. Le Statut de Rome instituant la Cour porte dans son texte la recherche d'un équilibre entre les desseins kantien et hobbesiens, les premiers gardant une importante dimension symbolique et discursive – très largement dénuée d'effets – les seconds permettant d'établir des dispositions assurant que la nature de l'institution ne dévie pas de l'intérêt de ses créateurs. Cette double articulation traverse la Cour au quotidien. Ses prises de position sont longtemps restées formellement comme sur le fond très proches de celles des ONG qui s'en considèrent comme des cofondatrices, mais son action n'a cessé de répondre à une logique mal identifiée, bien éloignée à la fois des espoirs de la société civile et de ceux des États, qui pensaient s'être assurés du contrôle sur la Cour. Sa jurisprudence elle-même, dans la droite ligne de celle des tribunaux pénaux internationaux, est un mélange audacieux de proclamations faisant appel à des fondements éternels et à une légalité universelle et de compromis juridiques lui permettant d'atteindre ses objectifs, fussent-ils instrumentaux et éloignés de l'universalisme systématique que l'on serait en mesure d'en attendre.<sup>3</sup>

Notre propos est de démontrer que, éloignée de la filiation kantienne qu'on lui prête pourtant obstinément et qu'elle invoque régulièrement, la CPI est avant tout un système d'autorégulation mis en place par les principaux dirigeants du monde afin de répondre à la pression populaire et à la nécessité de s'autolégitimer, voire de se protéger des conséquences d'un état de nature interétatique trop incontrôlé. Il s'agissait au lendemain de la guerre froide de trouver un moyen de répondre au

---

<sup>3</sup> Cet équilibre est une donnée essentielle pour défendre l'action de la Cour, éloignée du « fondamentalisme juridique » d'inspiration kantienne que craint Mireille Delmas-Marty, qui appelle en retour à minima à une rationalité instrumentale, et plus largement à la fondation d'une « communauté mondiale sans fondations » pour éviter les pièges d'une telle structuration. Voir notamment à l'égard de ces inquiétudes la conclusion de ses Cours au collège de France, « Interdits fondateurs et fondamentalismes », prononcée le 2 Avril 2007 : ce premier exemple ne dispense pas d'examiner, même si la symétrie apparente est trompeuse car le risque est encore hypothétique, le cas du crime contre l'humanité, s'il devait être conçu et appliqué sans exception, comme un fondamentalisme en ce qu'il interdirait toutes les transgressions sans rien justifier et les sanctionnerait sans rien pardonner.

risque d'effondrement du système international suite à la multiplication des violences de masse et des défaillances des États sans mettre à bas le monopole de ceux-ci sur les relations internationales. En d'autres termes, de rétablir l'ordre alors que l'équilibre des pouvoirs branlait. Alors que les tentatives d'institutionnalisation des relations internationales respectant pleinement la primauté absolue des États et leur laissant en toute circonstance une possibilité de revenir en arrière ont échoué au cours du XX<sup>e</sup> siècle, il s'agissait de faire un pas supplémentaire, bien qu'apparemment contrôlé, avec l'instauration d'une institution partiellement autonome dans son fonctionnement.

Contrintuitive, l'association de la théorie hobbesienne à la Cour pénale internationale se comprend plus facilement lorsque, par le truchement d'une reformulation qui n'affecte pas le sens de la liaison, on tente de rapprocher l'idée de contrat social à celle d'une instance chargée de sanctionner les plus graves violations d'un pacte fondateur. L'une comme l'autre impliquent une forme d'organisation politique dans laquelle les individus cèdent leur droit à la violence à une autorité supérieure, contre une régulation de leurs relations « juste », car fondée sur le droit.

Comme le relève Pierre Hazan, l'action de la justice transitionnelle, terme recouvrant l'ensemble des mécanismes de punition et de réconciliation suite à des violences politiques, a toujours eu pour but principal de « refaire société » là où les crimes avaient dissous le lien entre les individus,<sup>4</sup> c'est-à-dire agir là où le contrat social s'est effondré. La Cour n'a pas d'autre but qu'intervenir là où, du fait de violences trop importantes, la société menace de n'être plus. Ces désagrégations qui menacent toujours n'interviennent pas lorsqu'une comptabilité particulière est atteinte, mais tiennent à leurs modalités d'exercice, et à leur qualification théorique. Nous reviendrons afin de l'expliquer tout d'abord sur le lien entre la fiction de contrat social et les violences de masse (*infra* sect. 8.1), avant de tenter de comprendre en quoi la théorie hobbesienne peut être utilisée pour comprendre aujourd'hui les relations internationales (*infra* sect. 8.2), et plus particulièrement la Cour pénale internationale (*infra* sect. 8.3).

---

<sup>4</sup> Helen Fein, en sociologue, a montré comment la désidentification provoquant la dissolution du contrat social est une étape essentielle dans l'élaboration des crimes de masse. Voir notamment Helen Fein, *Genocide: A Sociological Perspective*, SAGE Publications, New York, 1993.

## 8.1. La Notion de Contrat Social et les Violences de Masse

### 8.1.1. Les Conditions des Violences de Masse

La commission des crimes contre l'humanité, *a fortiori* de génocide, peut prendre différentes formes. Secrète et surinstitutionnalisée, comme dans le cas nazi,<sup>5</sup> elle cherche alors à réduire les responsabilités, à taire un projet pourtant senti de tous, et s'appuie sur la technologie et le non-dit pour faire son œuvre avec un minimum de moyens humains *sachants*. La population y est mêlée, complice directe ou indirecte, sans que pourtant jamais le projet qui unit l'ensemble des participants ne soit dévoilé, les exécuteurs, réduits à un minimum, étant isolés,<sup>6</sup> conditionnés et tenus au silence.

À l'extrême inverse, le génocide peut être une œuvre populaire, incitée et planifiée par une élite restreinte mais appliquée village après village, foyer après foyer, par des dizaines de milliers de bourreaux directement impliqués, et plus ou moins encadrés par des troupes surarmées. C'est le cas rwandais, où près d'un tiers de la population du pays a été directement ou indirectement impliqué dans le génocide, en tant que victime ou criminel,<sup>7</sup> et où pourtant l'ignorance reste encore aujourd'hui clamée pour mieux échapper aux responsabilités et à la culpabilité. Les grandes lignes du projet sont alors toujours énoncées en jouant de l'euphémisme, afin de pouvoir donner à tout moment l'impression d'actes criminels localisés, individualisés, que la sauvagerie incontrôlée permet-

---

<sup>5</sup> Il faut cela dit distinguer le génocide concentrationnaire de sa première phase, sur le front Est, mêlant pogroms et Einsatzgruppen au vu et au sus de tous, et notamment de l'opinion publique allemande, informée entre autres par le truchement des correspondances des centaines de milliers de soldats mobilisés. Voir sur les Einsatzgruppen l'ouvrage de Christopher R. Browning, *Des hommes ordinaires*, Texto, Paris, 2005, et sur le rapport des populations allemandes à la violence génocidaire, Ian Kershaw, *L'opinion allemande sous le nazisme*, CNRS éditions, Paris, 2002.

<sup>6</sup> Placés pour la plupart à l'extérieur du territoire national ou dans des zones désertées, à l'existence ou l'action niées, ils font alors l'objet d'un contrôle strict et permanent par l'État.

<sup>7</sup> Lors duquel la volonté de faire société, ou plutôt faire corps, des Hutus fut amenée à une telle extrémité et à un tel degré d'exclusivité qu'elle provoqua la désagrégation de toutes les structures sociales fondamentales, y compris la famille, cadre par lequel des milliers d'individus trouvèrent la mort du fait de la dénonciation par l'un de leurs parents. C'est en cela un exemple unique, sans compter que la communauté cherchant à recomposer ce nouveau contrat social par le génocide ne fut elle-même pas épargnée, plusieurs dizaines de milliers de Hutus modérés étant exterminés pour les « besoins de la cause ». Voir sur l'implication massive de la population, l'ouvrage d'Hélène Dumas, *Le génocide au village*, Seuil, Paris, 2014.

trait d'(in)expliquer. Des *inyenzi* (cafards) rwandais à la *solution finale* nazie, en passant par l'abstraction logorrhéique des Khmers rouges, la langue est toujours codée pour servir de vecteur à la fois que de masque, désigner l'ennemi et en faire un extérieur à la fiction dominante tout en préparant déjà l'après qui émergera nécessairement de l'échec d'un projet déjà pensé comme surhumain. D'une certaine manière, le génocide ne peut que naître avec l'idée de son échec, préparé tout aussi activement que sa mise en œuvre. Contrairement aux idées reçues, il ne tient ni de la folie ni de la primitivité, mais d'un appareil de pouvoir suffisamment puissant et capable de modifier intimement le récit dans lequel s'inséraient jusqu'alors toutes les communautés sous sa tutelle. La violence génocidaire est une machine de mort implacable, froide, systématique et dominée par la parole bureaucratifiée. La mort ne se démultiplie pas jusqu'aux limites du concevable dans l'anarchie. L'ordre est la condition de son déploiement.

Dans tous les cas, et que ce soit par le truchement d'une participation active ou passive, « l'œuvre » ne peut se faire sans impliquer une large partie de la population, elle-même conditionnée par une organisation étatique ou para-étatique et ne pouvant accepter *les événements* que sous condition qu'ils soient tus – ou du moins travestis.<sup>8</sup> L'on *sait* toujours, dans une plus ou moins grande mesure ; savoir qui vaut acquiescement

---

<sup>8</sup> Le secret est nécessaire au crime de masse parce que l'adhésion est condition de réussite du projet de génocide : il faut donc absolument que les conditions minimales d'adhésion au contrat social soient maintenues – du moins en apparence – le plus longtemps possible pour les victimes, les bourreaux (à qui la nature du projet, bien qu'évidemment sous-entendue, ne sera jamais explicitée) et les masses indifférentes, qui ont besoin d'un prétexte pour justifier qu'elles n'aient pas fait appel à leur conscience (prétexte qui peut n'être qu'un maigre déguisement du génocide par des stratégies rhétoriques d'euphémisation et de dramatisation discursives détournant la langue et jouant sur les polysémies, stratégies qui permettront d'invoquer par la suite la duperie ou la méconnaissance et se désponsabiliser – et qui mettent en relief et par contraste l'importance de la mise en mots de la nature des événements et de la création d'une terminologie juridique qualifiante, allant du génocide aux différents crimes contre l'humanité, interdisant de prétendre à la méconnaissance de la spécificité des actes commis) afin de pouvoir exécuter le dessein sans rencontrer de résistance – résistance qui annihilerait la possibilité de réalisation du génocide – voire la simple tentative de sa mise en œuvre. Le crime de masse n'existe pas en dehors d'un contrat social, fût-il purement fictionnel. Celui-ci doit être systématiquement, en permanence, postulé, quand bien même il se trouve en pleine dissolution. C'est ce qui permet de comprendre, simplement et rationnellement, ce que les exégèses théologico-morales sur l'inconcevable, l'indicible, et autres lieux communs donnant une nature quasi-sacrale aux actes en question, considèrent comme relevant de l'ordre de l'impensable, à savoir une l'adhésion massive, ordinaire et hallucinée à de telles violences.

tacite, mais savoir qui doit pouvoir rester suffisamment ambigu pour pouvoir être nié en toute circonstance, condition que résume parfaitement cette phrase devenue totémique : « la route du nazisme fut construite par la haine mais pavée par l'indifférence. »<sup>9</sup> Pour susciter l'adhésion latente de la majorité, qui peut prendre la forme d'un acquiescement tacite, il faut un état de guerre qui permette de créer des lignes hiérarchiques parallèles, la crainte d'un ennemi extérieur prêt à surgir et la destruction de tous les relais sociaux et contrepouvoirs locaux.<sup>10</sup> Loin d'être soudain, le génocide murit lentement, développant son emprise au vu et au sus de tous jusqu'à naître au bénéfice d'un événement déclencheur, et sidérer alors par sa rapidité et son efficacité.

Parce qu'il implique de larges pans de la population et qu'il en exclut d'autres à de larges échelles, le crime de masse pose, lorsque le dessein a failli – et il faillit toujours – la question de la reconstitution du contrat social. En effet, pendant la période criminelle, le pacte unissant les individus pour *faire société* s'est virtuellement dissous pour se reformer sur de nouveaux fondements. Les victimes – choisies selon leur origine, leur appartenance politique ou religieuse ... – autrefois indifférenciées dans la masse, sont devenues l'*autre* qui menaçait la cohésion de la société et qu'il fallait « rendre étranger », soit par expulsion, soit par extermi-

---

<sup>9</sup> Kershaw, 2002, p. 19, voir *supra* note 5. Cette nécessité du consentement a été mise en exergue par Jacques Sémelin à partir de travaux historiques sur la Seconde Guerre mondiale, qui a montré comment des protestations pacifiques et une « résistance latente » (jugement moral, protestations isolées, expression publique...) ont suffi à mettre fin au projet eugéniste du nazisme. La non-protestation contre l'holocauste, qui montrait que les Juifs étaient déjà considérés comme se trouvant en dehors du contrat social – ce qui montre la réussite au-delà de toute espoir de la stratégie discursive nazie mise en place dès 1933 –, aura servi d'encouragement aux autorités allemandes. C'est certainement là un succès de la politique de ségrégation mise en place progressivement à partir de 1933, et qui montre à quel point les génocides sont des processus à maturation lente. La progression de l'anodin et la banalisation conséquente du mal par mouvements de relativisation successifs, coupant progressivement une partie de la population de l'autre et détruisant toute possibilité de mouvement d'empathie ou de sentiment d'altérité, jouent un rôle considérable.

<sup>10</sup> Ainsi, ironiquement, si l'on peut utiliser ce terme, la monstruosité du génocide est toujours attribuée au génocidé, dans un parallélisme aussi saisissant que brutalement banal où l'oppresseur, afin de se donner les moyens de son oppression qui passent par une large adhésion, se présente en opprimé au bord du fossé, pour mieux justifier l'utilisation de tout moyen à sa disposition, qui aurait été perçu comme illégitime dans un quelconque autre état que celui d'exception. La violence et la persistance de ces discours expliquent que de nombreux participants aux génocides ne réussissent pas à admettre, des années plus tard, l'illégitimité du projet qu'ils ont servi.

nation, soit par mise en minorité<sup>11</sup> – toujours par le langage avant les armes. Or, on ne peut être partie à un contrat social qu'en étant considéré comme l'égal de l'autre, avec les mêmes droits et devoirs. La violence de masse implique donc une dissolution initiale – *a minima* postulée – de la société – du contrat social – qui unissait auparavant des personnes considérées comme égales. Ce contrat social, une fois le processus enclenché, va être progressivement réattribué selon de nouveaux critères d'exclusion, qu'ils soient ethniques, religieux ou sociaux, pour refaire une *nouvelle* société que l'on dira purifiée et donc régénérée. Partant du postulat que le vivre-ensemble n'est plus envisageable, les sociétés vont faire de la violence un outil au service de leur politique de reformation – et se réattribuer ainsi le droit de punir sur différentes bases.<sup>12</sup>

C'est alors qu'importe la *manière* dont le génocide, ou la violence de masse, a été mise en œuvre. Lorsque les violences ont été commises à l'étranger ou par des forces étatiques, et exclusivement ou quasi-exclusivement par celles-ci, on peut considérer que la nouvelle société qui en naîtra est établie par « simple expulsion » des victimes, sans que la nature du pacte unissant la majorité étant restée fidèle aux commettants en soit véritablement affectée.<sup>13</sup> La continuité est alors *parfaite* et le contrat social n'ayant pas été dissous, tout peut continuer comme avant. L'État et ses dirigeants ayant maintenu à tout moment leur monopole de la violence légitime, les structures demeurent, et il n'est nulle raison de refonder une société. C'est bien au contraire sa permanence qui a été soi-disant « préservée » par l'exclusion de ceux qui la menaçaient et qui s'en étaient de toute façon eux-mêmes exclus auparavant par leur *trahison*, leur *double jeu* qui a légitimé leur extermination. L'État peut continuer à exercer son magistère sur la société enfin purifiée sans voir son autorité remise en cause. Voilà du moins le calcul effectué par les instigateurs des violences,

---

<sup>11</sup> Au sens spinoziste, c'est-à-dire en étant « du droit d'autrui », et donc non partie à la souveraineté, soit par mise en esclavage, soit par retrait des droits à la citoyenneté, bien que, dans la théorie de l'état civil de Spinoza, la multitude doit être « en minorité » (vis-à-vis de la Cité), c'est alors un état d'égalité et non pas, comme dans le cas étudié, une mesure d'exclusion du contrat social, c'est-à-dire, une sorte de double mise en minorité. Voir Baruch Spinoza, *Traité politique*, chapitre II, article 9.

<sup>12</sup> Réattribution que la création de la CPI cherchera à limiter en imposant au droit pénal, par sa définition des crimes de guerre, crimes contre l'humanité et crimes de génocide, des invariants tabous, soit autant d'actes qu'une quelconque reconfiguration du droit de punir ne pourra pas, sous aucune condition, autoriser.

<sup>13</sup> Ce serait le cas allemand jusqu'en 1945.

calcul dont ils transmettent les promesses à la population qui, soulagée et déresponsabilisée, peut se contenter de regarder ailleurs pendant que l'*ouvrage* est commis. Nul hasard à ce que le régime nazi ait fait de la Pologne la terre d'accueil de ses centres d'extermination plutôt que d'utiliser son propre territoire, et qu'en retour il n'y ait pas eu la moindre révolte contre ce projet, mené de façon *civilisée* à l'intérieur des frontières du Reich, au sein de la population comme des différentes structures de pouvoir allemandes.

Mais dès lors qu'une participation active peut être notée de la part de larges pans de la population, devenue, c'est un pléonasse, criminelle sans autorisation étatique explicite – puisque l'explicite est toujours interdit dans ces *affaires* –, c'est l'ensemble du contrat social qui va se dissoudre sans possibilité de rémission immédiate. En effet, faire société implique de renoncer à son droit à faire violence par soi-même, au profit exclusif de l'État ou de la structure souveraine. Dès lors que les populations s'arrogent à nouveau ce droit, même si elles y ont été incitées par l'État, celles-ci n'ont pu le faire qu'à défaut d'autorisation explicite, sous peine que l'État ait pris la décision de s'auto-dissoudre. Elles ont dès lors acté leur sortie du contrat social qui ne leur convenait *de facto* plus et doivent s'organiser d'elles-mêmes dans une nouvelle société. Il ne s'agit plus alors d'exclure une partie de la société, mais de s'exclure soi-même pour se reconstituer différemment, sur d'autres fondements, et exterminer ceux restés *en dehors*, devenus subitement barbares dénués du moindre droit. La forme étatique faisant encore le lien, le *contenant* de ces deux sociétés brusquement séparées, peut bien se maintenir et avoir été à l'origine de cette rupture, sa substance lui a été retirée et sa capacité à faire récit lui est niée par sa propre intention : ne reconnaissant pas les victimes, et n'étant pas reconnu par les bourreaux, sa désagrégation est entière.<sup>14</sup> Cela posera la question, une fois le conflit achevé, non seulement de la réconciliation entre bourreaux et victimes, mais des fondements mêmes de la société « restante ». Celle-ci pourra être alors considérée comme dissoute, dès lors que tous se sont attribués une violence que l'entrée en société leur avait justement retirée. Elle n'en aura pas moins été immédiatement reconstituée autour de nouvelles structures de pouvoir, pour ainsi « devenir nouvelle ». Quant aux structures qui ont

---

<sup>14</sup> Phénomène qui justifie notamment que l'État nazi, ou dans une autre mesure le régime de Vichy, ne soient pas considérés comme des épisodes des histoires respectives de leurs pays et soient présentés comme des ruptures de nature en leur sein.

subsisté malgré cette liquidation, à commencer par l'État, devenues dans la transition un outil sans objet, elles vont jusqu'à l'obsession chercher à retisser le lien qui a été subitement retiré.

Nous voyons là l'importance de la distinction entre ces deux modalités, bien que nous montrerons par la suite qu'elle s'appuie largement sur un artifice. Dans le cadre de violences de masse, ceux qui se sont arrogés les moyens de l'État pour commettre leurs crimes seront jugés et punis par ce dernier une fois cet épisode achevé, sans que cela ne pose problème, puisqu'ils ont cessé de reconnaître son autorité et son monopole.<sup>15</sup> Ainsi la Cour ne semble-t-elle pas avoir à agir dans ces circonstances.

Mais qu'en est-il des situations où la violence ne s'est pas libérée de l'autorité étatique ? Comment punir les bourreaux qui n'ont cessé de clamer qu'ils continuaient d'incarner l'autorité donnée par le contrat social, comment réparer et réconcilier, alors que ceux-ci continuent de croire en une *autre* fable, un autre contrat social qu'ils considèrent usurpé par ceux qu'ils avaient exclus et qu'ils avaient traités en barbares ? Comment penser leur réintégration au contrat social sans nier le *changement de nature* inévitable qu'a subi ce dernier ? Seuls l'appel à un extérieur, l'assujettissement par une puissance étrangère, ou par une autorité clamant avoir toujours incarné la réalité du contrat social et de la souveraineté usurpée par les criminels, c'est-à-dire renversant l'accusation d'usurpation, semble alors être envisageables, sans jamais être tout à fait satisfaisants. Il aura ainsi fallu à Paul Kagamé reconquérir militairement le Rwanda comme il l'aurait fait d'un pays étranger, épurer son administration, réécrire ses textes fondateurs et le diriger d'une main de fer, autoritaire et violente pendant plusieurs décennies, pour contraindre les Hutus récalcitrants à un *modus vivendi* contre lequel ils avaient pris les armes et rendre crédible une fiction qui, vingt ans plus tard, reste malgré

---

<sup>15</sup> L'arrêt de la reconnaissance de l'État comme seul dépositaire de la violence légitime fonde d'ailleurs le droit de punir dans toutes les théories du contrat social, à commencer par celle de Hobbes : nous nous trouvons donc dans un cas presque « classique » de réhabilitation de l'État. Il reste une limite, et non des moindres, qui peut lui être opposée : la continuité de l'État suggère celle de ses pratiques, à commencer par l'immunité pour les actes commis dans le cadre des fonctions. Cette constante dans tout dispositif souverain créé un État hybride qu'il est impossible de traiter « classiquement » dans ce type de transition. C'est l'une des raisons premières de la création de la CPI, qui comme nous le verrons vise à « combler » cette faille.

tout contestée voire tout simplement niée par toute une partie de la population.<sup>16</sup>

Ces conflits et insuffisances qui pourraient sembler purement théoriques – que devrait changer en pratique qu’un État appelle explicitement à la violence ou qu’il en fasse tout autant, sinon plus, pour provoquer *de facto* la violence sans ne s’être jamais prononcé tout à fait clairement sur la question ? – ont donc de graves conséquences réelles, et transforment fondamentalement les modalités de dépassement d’un état nécessairement transitoire. Toute organisation et tout projet, même *totalitaire* – si le mot a un sens – et à la recherche d’un absolu, trouvent leurs limites dans leur incapacité à transformer tout à fait la fiction en réalité,<sup>17</sup> imposant alors d’avoir recours à la création de nouveaux édifices fictionnels, chargés de venir dépasser ce qui devient progressivement autant de défaillances de la parole devenues insoutenables. Confrontées à la violence des masses, les sociétés qui s’y sont impliquées et souhaitent en sortir, et nous insistons, elles le souhaitent toutes à terme, n’ont d’alternative que de faire appel à un nouveau langage, fut-il extérieur, pour reconfigurer leur espace politique.

### 8.1.2. Le Rapport Paradoxal à la Souveraineté

L’action de la Cour pénale internationale vise à combler ces failles en introduisant un tiers objectif<sup>18</sup> dans le règlement de la question des violences de masse afin de dépasser les limites des édifices nationaux. L’institution établit un contrat social à l’échelle supranationale, de portée très limitée, couvrant les points aveugles des pactes nationaux, en poursuivant ceux qui, par leur rôle passé dans la société, ne se considèrent pas comme partie prenante des contrats sociaux, et ne peuvent pas, dès lors,

---

<sup>16</sup> L’exemple de l’Allemagne – dont l’occupation, doublée d’épurations à tiroirs et d’une véritable refondation démocratique, se révéla nécessaire au lendemain de la Seconde Guerre mondiale – est tout aussi significatif.

<sup>17</sup> Le plus souvent, la volonté même de transformer la fiction en réalité est inexistante, faisant du fantasme génocidaire et purificateur un simple outil au service d’une politique plus large nécessitant un bouc émissaire transitoire.

<sup>18</sup> Cette forme du tiers objectif est une constante, sinon universelle, du moins très largement répandue dans de nombreuses cultures, à des échelles tant politiques qu’interindividuelles. Il est ainsi possible de tracer un parallèle entre le rôle du psychanalyste et celui du juge dans le processus de mise en place d’un dialogue et de l’objectivation d’une situation permettant la création d’un terrain d’entente sur la définition du réel, préalable indispensable à l’acceptation, voire le dépassement du traumatisme et la résolution du conflit.

être jugés par les représentants de ceux-ci.<sup>19</sup> Cette mission n'en pose pas moins question tant sa tâche semble démesurée. Sans pouvoir de contrainte direct, ni de moyens d'accompagnement des processus de réconciliation locaux, la Cour invoque l'existence d'une communauté humaine – nous retrouvons là l'intérêt de l'*idéologie* cosmopolitique – qui permettrait à tout moment de punir les criminels, quand bien même ils se seraient exclus eux-mêmes de leur contrat social originel. Devenus barbares par choix, comptant le rester et pensant dès lors pouvoir échapper à toute autorité autre que la leur, ils seraient en quelque sorte rattrapés par le col par cette communauté ultime, la seule dont il ne soit possible de s'exclure en aucune circonstance,<sup>20</sup> où les responsabilités peuvent être exigées quel que soit le contexte et le temps passé.<sup>21</sup> Complexe entreprise, nécessitant un pouvoir symbolique si pur et étendu qu'il ne pourrait être en aucune circonstance nié, et dont le véritable objectif peut être interrogé. L'instance, établie par les chefs d'États, tirerait en effet dérivativement sa légitimité de la leur, jusqu'à englober l'ensemble des sociétés et individus qu'ils représentent, de façon *absolue*. Mais comment impliquer d'office ceux qui auraient refusé de se soumettre à l'autorité de ces mêmes chefs d'État, voire à la suprématie même de l'idée d'État, ou qui auraient décidé, après une période de croyance, de s'en retirer ? Comment faire accepter la spécificité imprescriptible et impardonnable des crimes de masse à ceux qui les ont justement commis et qui se réfugient derrière une valeur supérieure, spécifique à leur culture et au contexte de leur action, pour les justifier ?<sup>22</sup> La défense d'un pluralisme ordonné, passant par un rejet de l'absolu judiciaire et l'utilisation d'une rationalité instrumentale, qui permettraient d'y répondre, entrent en contradiction flagrante avec

---

<sup>19</sup> Le jugement impliquant nécessairement la réintégration, fut-elle symbolique suite à une condamnation à mort.

<sup>20</sup> C'est ce qui nous permettra de lier cosmopolitisme et contractualisme hobbesien, le seul qu'il ne soit pas possible de nier à autrui.

<sup>21</sup> D'une certaine façon, la Cour pénale internationale fait des chefs d'État et des rebelles – contre ce qu'ils pensent être leur nature même – des sujets de droit pour la première fois dans leur histoire.

<sup>22</sup> La question se pose seulement pour ceux qui refusent de reconnaître la Cour, et donc le contrat social qu'elle implique, et non pour ceux qui rejettent le fait d'avoir commis les crimes en question sans pour autant nier l'autorité de la CPI et leur insertion dans ce tissu social. Elle n'est résolue que dans le cas où l'État reste reconnu universellement comme la forme suprême, même par ceux qui en refusent l'autorité pour des questions politiques ou même qui sont entrés en rébellion, sans renoncer à tenter d'en conquérir l'exercice : dès lors l'adhésion de cet État au Statut de Rome implique celle de ses intégrants.

l'impératif catégorique et systématique de la lutte contre l'impunité que la Cour est, selon *l'idéologie* cosmopolitique, censée incarner.<sup>23</sup> Cette ambition, faite d'une capacité au compromis et défendue par Mireille Delmas-Marty,<sup>24</sup> est pourtant dans les faits celle qui domine l'action du Procureur et plus largement de l'institution, par impératif de survie. Mais elle se trouve mise au service, nous serions tentés de le dire *naturellement*, des plus puissants de l'ordre qu'elle sert, renvoyant tout espoir d'une reconfiguration des rapports juridiques prenant en compte une altérité culturelle à un espoir vain. Derrière les énonciations humanistes, la nature réelle de l'institution renvoie à une autre réalité.

Les difficultés apparues dans l'exercice quotidien de la Cour nous ont montré que, bien plus que la pression des opinions publiques ou de la société civile, ce sont les intérêts des États qui dictent l'agenda et la temporalité de l'action de l'institution, parfois du fait de l'anticipation même de leurs désirs par les propres fonctionnaires de l'institution. Son absence d'autonomie *réelle* pourrait dès lors la disqualifier, bien qu'elle ne concerne *a priori* que le Procureur et non les procédures judiciaires elles-mêmes.<sup>25</sup> Loin de rechercher la création d'un sentiment humain universel, qui passerait par une action incontestable par chacun, la Cour cherche systématiquement l'approbation d'entités fictionnelles et de représentants

---

<sup>23</sup> Il est possible de nuancer cette affirmation en montrant que la Cour peut être exclusive dans l'action de ces juges et plurielle dans celle de son Procureur.

<sup>24</sup> Voir, entre de nombreux autres développements sur la question, la conclusion de ses Cours au Collège de France, le 2 Avril 2007, voir *supra* note 3 :

Eviter le fondamentalisme politique du paradigme de la guerre contre le crime impliquerait une ouverture aux principes juridiques, nationaux et internationaux, afin d'introduire une rationalité à la fois instrumentale et éthique.

<sup>25</sup> Ce qui rend vaines les plaidoiries, une fois dans la salle d'audience, mettant en cause l'impartialité de l'institution et sa capacité à prendre des décisions autonomes, les défenses s'appuyant pour cela sur la sélectivité des poursuites ou l'inaction du Procureur dans telle ou telle situation : ainsi, non seulement cela ne change rien à la culpabilité ou l'innocence de l'accusé pour les crimes en question, mais encore moins à la gravité des actes présomptivement commis. Mais cette politisation n'est censée avoir concerné à aucun moment les juges qui traitent eux des cas d'espèce, sans une quelconque contrainte diplomatique ou stratégique, et sans n'avoir à craindre l'impact de leurs décisions qui sera *a priori* nul pour leur action, contrairement à celle du Procureur. Si les polémiques entourant la fermeture du TPIY viennent nuancer ce jugement, le juge-président américain ayant fortement influencé un certain nombre de verdicts sur influence américaine, elles sont censées rester très largement exogènes à la CPI dont la structure et les modalités d'action rendent théoriquement improbable la répétition d'un tel scénario.

dont le pouvoir l'est tout autant. L'écart et la duplicité pourtant naturels à l'institution ne cessent de surprendre.

Il faudrait pour l'expliquer tout à fait commencer par changer de perspective. Les compromis passés entre la Cour et les États ne tiennent pas qu'à des questions budgétaires ou d'organisation. Éloignée des populations, la CPI se concentre sur les principaux responsables politiques qui président à leurs destins. Qu'ils soient rebelles ou chefs d'État, ces individus s'étaient déjà placés en dehors du contrat social initial en s'arrogeant le droit à la violence, en cherchant son monopole, bref en se faisant ou en prétendant devenir Léviathan. La CPI n'a théoriquement ni les moyens, ni l'intention de s'attaquer aux intermédiaires, au bas de la hiérarchie, à la masse, qui ne s'est jamais pensée en dehors des sociétés et qui relève du droit commun. Elle est programmée pour agir exclusivement contre ceux qui se placent individuellement en dehors de la société, par choix ou par défaut, et exclusivement contre eux, sans qu'ait été envisagée l'éventualité que tout un peuple, ou une grande partie de celui-ci, puisse se placer de lui-même en dehors de sa propre société, dispositif rendant dérisoire l'hypothèse d'une réaction pénale impossible à mener contre des milliers de personnes – et pourtant parfois nécessaire dans les cadres de génocide. Voilà donc le rôle de la Cour philosophiquement, et dès lors pratiquement circonscrit, à des violences commises par des appareils étatiques ou, dans le cadre des crimes de guerre et crimes contre l'humanité, des rebelles, et n'ayant pas impliqué activement l'ensemble des populations.

Ces modalités d'action qu'auraient dû illustrer les onze premières années d'action de la CPI renvoient à la philosophie hobbesienne et non à celle des Lumières. Elles ont été cependant parfois étrangement interprétées par l'institution, qui pour *se faire les dents*, pour reprendre le mot d'un représentant de la Cour, s'est attaquée à de petits rebelles, responsables accessoires de violences mal délimitées, et très largement inférieures à ce que l'on pourrait considérer comme des « violences de masse ». Cela a été notamment le cas dans l'affaire Katanga.<sup>26</sup>

Dans un contexte où les opportunités d'intervention ne manquent pas, la CPI a pu certes théoriser juridiquement, voire budgétairement, les raisons de son inaction en Afghanistan, en Palestine, voire même en Irak –

---

<sup>26</sup> Voir Juan Branco, *De l'affaire Katanga au contrat social global : critique de la Cour pénale internationale*, IUV-LGDJ, Paris, 2015.

pour préserver sa façade cosmopolitique et la fiction dans laquelle l'ont inscrite ses défenseurs. Cette inaction reste cependant directement liée à son fondement contractualiste et à son inféodation aux États les plus influents, et en particulier à ses dirigeants, c'est-à-dire ceux les plus à même de subir son action. Le lien que la Cour entretient avec les puissances souveraines est évidemment organique, par le truchement de l'Assemblée des États parties qui en élit à échéances régulières les principaux dirigeants, juges, greffier et Procureurs. C'est aux États et aux États seulement que les officiels de la Cour doivent rendre compte. Mais ce lien joue aussi à un niveau plus implicite – déterminant le quotidien de la Cour. Si l'activité judiciaire et procédurale de la CPI n'est pas visiblement politisée pour un regard occidental,<sup>27</sup> sa sélectivité préalable répond bel et bien explicitement à des standards parfaitement subjectifs et étonnamment en accord avec les intérêts des grandes puissances. Quelle que soit l'appréciation que l'on porte sur l'institution, le constat doit être tiré : à aucun moment, la CPI n'a cherché à se confronter frontalement aux puissances dominantes, tant à l'échelle mondiale qu'au sein des situations mêmes où elle a décidé d'agir. Parce que dénuée de puissance, elle s'est sentie dans l'obligation de n'attaquer que ceux qui, parmi les *pires criminels qui soient*, étaient déjà marginalisés, pour se donner une chance d'agir. Reste à rendre compréhensible le pourquoi de cette action.

## **8.2. Sur l'interprétation Hobbesienne de l'école Réaliste des Relations Internationales**

### **8.2.1. La Notion de Contrat Social chez Hobbes**

Revenons pour cela à la question des fondements. S'inspirant des transformations politiques dont il est contemporain, Thomas Hobbes construit un état fictionnel, qui ne correspond pas à un moment historique déterminé, qu'il dénomme *état de nature* et qu'il utilise en contrepoint des sociétés modernes pacifiées où règne l'état de droit, assuré par la figure politique de l'État. L'état de nature se caractérise par une violence permanente, « de guerre de tous contre tous » pour utiliser la formule consacrée. Les

---

<sup>27</sup> Elle est surtout influencée par une volonté farouche de « défendre le système » et de ne rien faire qui pourrait nuire à son *imperium* moral, quitte pour cela à accepter toutes les compromissions mises en œuvre par les autres organes. Idéologique, l'action des juges l'est clairement, comme le montre l'expansion permanente du droit international pénal, jusqu'à des tréfonds inattendus et pour le moins surprenants, montrant une ambition qui ne saurait être intégralement issue des textes fondateurs de ce nouveau pouvoir.

hommes, égaux par nature dès lors qu'ils peuvent s'entre-tuer<sup>28</sup> et se reconnaissant comme tels, détiennent tous par essence les mêmes droits sur le monde qui les entoure. Or à égalité d'aptitudes, égalité de désirs,<sup>29</sup> ce qui entraîne, comme dans les relations internationales, des conflits réguliers concernant l'appropriation des ressources disponibles et par nature limitées.<sup>30</sup> Les pulsions humaines ne sont pas régulées par une entité supérieure ou par des préceptes moraux : ceux-ci sont inexistants, étant donné « qu'il n'y a rien dont on ne puisse faire usage contre ses ennemis, qui ne soit de quelque secours pour se maintenir en vie ». <sup>31</sup> Cela crée en conséquence un état d'insécurité, de précarité et de rapport de force permanent qui met en jeu à tout moment la survie de chacun. Si la *guerre* est ponctuelle, et correspond à des moments de cristallisation, l'état de guerre est lui permanent : en effet, l'insécurité provoque un désir illimité de puissance, qui ne trouve pas sa fin en soi ou dans la nature humaine (contrairement à la vision proposée par Rousseau), mais dans la crainte permanente de se trouver plus faible que son voisin et de ne plus pouvoir être en mesure de conserver sa vie. L'accumulation de puissance devient le seul but de l'existence afin de la préserver, et la guerre est perçue comme le seul moyen de protéger sa liberté d'agir en vue de sa conservation. Nous retrouvons jusqu'ici une description parfaite des relations internationales telles que consacrées par le modèle européen jusqu'au XX<sup>e</sup> siècle.

Il est cependant intéressant de noter que la pertinence de la réflexion hobbesienne ne se limite pas à ce constat initial, contrairement à l'interprétation de la théorie réaliste qui en a fait une situation idéale. Selon Hobbes, cet état de nature, considéré comme nuisible, amène les

---

<sup>28</sup> Les différences de force physique ou d'intellect se compensent, et le plus faible utilisera la ruse pour se défaire du plus fort. Cf. Thomas Hobbes, *Léviathan*, chapitre XIII :

La nature a fait les humains si égaux quant aux facultés du corps et de l'esprit que, bien qu'il soit parfois possible d'en trouver un dont il est manifeste qu'il a plus de force dans le corps ou de rapidité d'esprit qu'un autre, il n'en reste pas moins que, tout bien pesé, la différence entre les deux n'est pas à ce point considérable que l'un d'eux ne puisse s'en prévaloir et obtenir un profit quelconque pour lui-même auquel l'autre ne pourrait prétendre aussi bien que lui.

<sup>29</sup> « Cette égalité des aptitudes engendre l'égalité dans l'espérance que nous avons de parvenir à nos fins », *ibid.*, p. 222.

<sup>30</sup> Il n'y existe pas de droit de propriété, étant donné que seul le rapport de force circonstanciel permet l'appropriation « toute chose [dans l'état de nature] appartient donc à celui qui l'obtient et la garde de force ; ce qui n'est ni propriété ni communauté mais incertitude », *ibid.*, chapitre XXIV, p. 384.

<sup>31</sup> *Ibid.*, chapitre XIV, p. 231.

hommes à élaborer des stratégies afin d'en sortir. La plus commune est celle des *alliances* : les hommes, dans une stratégie d'accumulation de puissance, se réunissent entre eux afin de faire front vis-à-vis d'autres groupements. Or ces alliances, qui sont permises par l'entremise de conventions passées entre les différentes parties, n'offrent aucune garantie, étant donné qu'elles ne reposent que sur la simple promesse que se font mutuellement les parties prenantes.<sup>32</sup> Conséquence de ces mécanismes purement intéressés : toute évolution des rapports de force défavorable à l'alliance poussera une partie de ses membres à s'allier avec les ennemis d'antan et à dissoudre leurs liens passés. Il n'y a aucune morale, aucun jugement à porter. L'instabilité ne peut que demeurer dès lors que les conventions ne sont pas d'application immédiate et doivent faire appel à la confiance entre les différentes parties. Les alliances demeurent donc des stratégies de guerre de tous contre tous, permettant de compenser les inégalités naturelles qui peuvent exister entre les hommes. L'état de nature prévaut. Difficile de ne pas percevoir dans cette description les différentes tentatives d'organisation des puissances occidentales autour de systèmes de sécurité aussi précaires que faillibles, dont l'illustration la plus flagrante est celle du Congrès de Vienne, et dont l'équilibre et la réussite dépendaient d'un *statu quo* impossible à maintenir sur le temps long – *a fortiori* dans l'hétérogénéité de la mondialisation.

La problématique est rapidement discernée : en l'absence d'une autorité supérieure chargée de veiller à la bonne exécution des conventions, toute promesse mutuelle est vaine et donc vouée à être rompue. Il n'est nulle possibilité de se faire confiance, étant donné qu'à l'état de nature, les hommes, mus par leur désir de puissance et de préservation, ne font que poursuivre la satisfaction de leurs intérêts immédiats sans encadrement moral.

### **8.2.2. Le Pouvoir Faussement *Illimité* du Souverain**

Pourquoi est né l'État – pourquoi naissent les institutions ? Selon Hobbes, le passage de l'état de nature à l'état civil relève d'un acte volontaire, né

---

<sup>32</sup> Spinoza propose la même interprétation dans l'article 14 du chapitre III de son *Traité politique*, voir *supra* note 11. Selon le philosophe, il n'y a jamais entre cités que des alliances conjoncturelles (jamais les cités ne parviennent à faire une, elles s'allient mais demeurent en état d'hostilité). Les éléments qui lui permettent d'arriver théoriquement à cette conclusion se trouvent en creux, notamment dans l'article 9 du chapitre II, une cité étant comme un homme à l'état naturel.

d'un calcul rationnel effectué par les individus. Il s'agit pour ces derniers d'accepter de renoncer à leur droit naturel – qui leur offre une liberté d'action illimitée dès lors qu'il s'agit de la préservation de leur être – afin d'accroître leur durée et leur confort de vie.<sup>33</sup> Les individus contractent entre eux et acceptent de céder le *jus utendi* de leur puissance à une entité à laquelle ils s'assujettissent, la puissance souveraine. La mécanique classique des traités internationaux créant une entité *ad hoc* et autonome dans son fonctionnement est ici respectée. Le contenu de la convention passée est le suivant : « J'autorise cet homme ou cette assemblée d'hommes, et je lui abandonne mon droit de me gouverner moi-même, à cette condition que tu lui abandonnes ton droit et autorises toutes ses actions de la même manière. »<sup>34</sup> Ce choix, purement horizontal, peut être effectué soit sous la menace – la puissance souveraine nouvellement créée le sera par acquisition – soit par un commun accord – le processus sera alors dit d'institution.<sup>35</sup>

Bien entendu, la création de la CPI est le résultat d'un mélange de contraintes et d'accords, certains États, ou chefs d'État, n'ayant eu d'autre choix au moment de la rejoindre que de suivre l'opinion majoritaire, voire l'opinion tout court – c'est-à-dire les intérêts – des grandes puissances auxquelles ils sont inféodés. Les grandes puissances ont elles-mêmes effectué un calcul rationnel à l'heure de décider de leur position, prenant en compte la pression de la société civile, des médias et de l'opinion

---

<sup>33</sup> Comme indiqué précédemment, cette interprétation propre à Hobbes diffère selon les penseurs qui ont repris son modèle, en l'appuyant sur d'autres critères, à commencer par la préservation de la propriété chez Locke. Il reste que tous, à un moment ou un autre, font de la sûreté un principe fondateur, qui se retrouve par ailleurs à l'échelle internationale.

<sup>34</sup> Hobbes, *Léviathan*, chapitre XVII, p. 288, voir *supra* note 28. Bien que l'hypothèse ne soit pas envisagée par Hobbes – nous verrons pourquoi en montrant comment le droit pénal concentre de fait le substrat du contrat social –, cette cession peut *a priori* être partielle et ne concerner qu'une partie du « gouvernement de soi », dans un domaine délimité.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 289 :

Il existe deux moyens pour parvenir à cette puissance souveraine. Le premier, par la force naturelle : tout comme un homme le fait de ses enfants afin qu'ils se soumettent, et leurs enfants, à son gouvernement, en tant qu'il peut les exterminer s'ils refusent ; ou bien que, par la guerre, il assujettisse ses ennemis à sa volonté, leur laissant la vie sauve à cette condition même. Le second est quand les humains sont d'accord entre eux pour se soumettre à un homme quelconque, ou à une assemblée d'hommes, volontairement, lui faisant confiance pour qu'il les protège contre tous les autres. Ce dernier peut être appelé un État politique et État d'institution ; et le premier, un État d'acquisition.

Paris, principe qu'il ne soit in.

publique – pour le Statut de Rome, les massacres en Yougoslavie et au Rwanda jouèrent un rôle négligeable – avant d’accepter cette limitation de leurs propres pouvoirs. Les États autoritaires, *inconscients* de leur société mais sans pour autant en être moins dépendants, ont eux pour la plupart décidé de s’en exclure à leurs risques et dépens. D’autres, qui considèrent que l’acceptation d’une telle juridiction mettrait en jeu leur existence – Israël face au conflit asymétrique avec les Palestiniens, la Chine face à ses menaces séparatistes, l’Inde face aux éventuelles conséquences d’un conflit nucléaire avec le Pakistan ... – ou qui connaissant des contraintes d’opinion faibles du fait de la nature de leur régime trouvent leur intérêt dans leur propre exclusion du système mis en place.

La puissance nouvellement créée veille à la bonne application des conventions passées entre les contractants et donc de la justice interindividuelle, assurant par là même la durabilité des conventions et des alliances. Les volontés individuelles et multiples se fondent au sein de la personne civile nouvellement créée, entité qui ne peut que s’exprimer au nom de tous et donc les actes sont assumés individuellement par tous ceux ayant participé à sa formation.<sup>36</sup> C’est là un formalisme que la CPI adopte aussi, celle-ci devenant une instance autonome s’exprimant au nom de l’ensemble de son corps social (en l’occurrence l’ensemble des États membres), par le biais de son Président ou de son Procureur, qui ne peuvent être (théoriquement, et très largement dans les faits) contredits par ceux qui la composent – ni destitués. Ils n’en doivent pas moins rendre des comptes et s’assurer de l’appréciation de leur action par leur base, non pas du fait d’un quelconque formalisme ou obligation, mais pour s’assurer ainsi de la préservation de leur autorité et de l’absence de velléités de renversement – en l’occurrence de dissolution de la Cour. Ainsi, contrairement aux apparences, et comme cela a été esquissé, le Léviathan dispose certes théoriquement d’une puissance absolue sur ses sujets<sup>37</sup> – condition de son autorité – mais risque, en en faisant un usage arbitraire ou excessif, de la perdre tout aussi absolument. La conséquence est – elle est plus largement explicitée par Spinoza dans son *Traité politique* – que l’autorité nouvellement créée devra à tout moment veiller à l’intérêt de ses populations, en faisant un usage *optime* de son pouvoir, c’est-à-dire permettant à

---

<sup>36</sup> Et dès lors, ce souverain ne peut léser personne, ce qui explique l’immunité dont il dispose. Sur le passage de la multiplicité à l’unité de la personne représentante, voir Yves Charles Zarka, *Hobbes et la pensée politique moderne*, chapitre « De l’État ».

<sup>37</sup> C’est en quelque sorte une « autorisation absolue ».

la fois de garder la paix et la sécurité de ses concitoyens sans devenir oppressant au point de menacer la survie du contrat social.<sup>38</sup> Une fois encore, comment ne pas voir dans l'action du Procureur de la CPI, ses dilemmes et compromis permanents malgré l'absolutisme et la systématisme juridique auxquels il a *en théorie* droit, le résultat de ces mêmes contraintes ? Et comment ne pas voir, dans les propositions tant hobbesiennes que spinozistes, des théorisations qui ressemblent en tout point à la rationalité instrumentale à laquelle appelle Delmas-Marty pour la justice internationale et que ses Procureurs ont mis en œuvre ?

La souveraineté politique trouve donc son fondement dans le contrat passé entre chaque individu et dans leurs cessions respectives de leurs droits les plus essentiels, une innovation conceptuelle qui permet à Hobbes de se détacher des régimes patriarcaux fondés sur la propriété jusqu'alors dominants. La souveraineté réside toujours dans le « corps » des individus, qui n'en cèdent que le droit d'usage, une « autorisation d'action » en son nom au souverain – au Léviathan. Dans la continuité de Machiavel et de Bodin, Hobbes considère ainsi que, fût-il tout puissant, un monarque absolu, le chef d'État ne détient qu'un pouvoir délégué dont il ne peut s'emparer pour son intérêt personnel : l'État, ou toute autre forme dépositaire du bien commun, restera *nolens volens* l'objet de son action.<sup>39</sup> La CPI répond à ce schème : elle n'est que la détentrice ponctuelle de son *jus utendi*,<sup>40</sup> principe inscrit dans son texte fondateur sous le

---

<sup>38</sup> Spinoza détaille cette proposition dans le chapitre V de son *Traité politique* (je reprends ici son vocabulaire plutôt que celui de Hobbes, sans que le sens ne diffère entre l'un et l'autre), tandis que Hobbes revient sur cette question à de nombreuses reprises dans ses ouvrages, voir *supra* note 11. Spinoza défendra la nécessité d'écrire des constitutions telles que moins le souverain fasse le bonheur de son peuple, plus il soit fragile. Il s'agit d'une différence d'interprétation *politique* avec Hobbes partant d'un constat commun, celui de la nécessité d'un État absolu en tout. Le philosophe anglais défend lui le fait que le Léviathan gouverne par la crainte – le moins bon modèle selon Spinoza, qui ne le rejette pas pour autant entièrement – sans que cela ne remette en cause sa nécessité de veiller en permanence à un équilibre.

<sup>39</sup> L'autonomisation de la forme étatique dont nous parlerons plus en avant trouve sa source dans cette primauté qui transforme le souverain tout puissant en un simple outil au service de la structure dans laquelle il s'insère. Structure qui n'hésitera pas à le sacrifier le cas échéant, plutôt que de sombrer avec lui pour assurer sa pérennité, par le biais de dispositifs dont la Cour pénale internationale est une illustration forte.

<sup>40</sup> Détention qui ne commence que lorsque le souverain transforme ce droit d'usage en abus, *jus abutendi*.

nom de complémentarité. Cet élément est déterminant dans la compréhension du fonctionnement de la Cour.

Qu'elle soit acquise ou instituée, l'autorité nouvellement créée s'impose également à tous et de façon illimitée, ne tolérant *a priori* aucune résistance.<sup>41</sup> Le souverain tranche par l'intermédiaire de la loi et de ses institutions judiciaires, au pouvoir simplement délégué, des conflits jusqu'alors résolus par la guerre interindividuelle. Nous trouvons là le cœur du principe d'institution de la CPI, qui est de remplacer la violence par le droit comme mode de résolution des conflits. Dans le même temps, nous concevons la problématique d'une instance judiciaire mise en place sans souverain équivalent, c'est-à-dire d'une souveraineté judiciaire. Au contraire des institutions judiciaires classiques, il ne s'agit pas pour la Cour de recevoir une délégation d'un souverain resté en surplomb, mais au contraire d'un processus où le souverain crée une instance qui le surplombe, changeant ainsi leurs rapports sans que la source ne diffère. La Cour va devoir s'appuyer sur la coopération des États déjà formés – situés en quelque sorte à l'échelon inférieure – pour faire exécuter ses décisions. L'intégration de son action au sein de l'ordonnement judiciaire interne des États lui permettra de trouver un relais médiatisant et couvrant l'ensemble de la souveraineté – d'autant plus puissant que l'État de droit se développe au sein de ses constituants.<sup>42</sup> Ce relais est efficace : les décisions des États ne sont pas contestables, et ce ni en fait – le souverain est plus puissant que le plus puissant de ses sujets – ni en droit, la convention ayant institué l'État étant formée *entre* les individus parties au contrat social. Ceux-ci ne peuvent se défaire de leur sujétion par une rupture de convention, le souverain n'étant justement lié avec eux par le biais d'aucune convention.<sup>43</sup> Cette disposition justifiera de fait longtemps le pouvoir discrétionnaire de l'État et l'immunité de ses agents.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> Si l'on excepte les moments où, par défaillance de la puissance souveraine ou du fait de son fonctionnement (condamnation à mort), la vie du sujet est en jeu : celui-ci recouvre alors sa totale liberté d'action et peut légitimement résister à l'autorité.

<sup>42</sup> La généralisation du principe de l'État de droit et de la séparation des pouvoirs assure ainsi une automaticité dans l'exécution de la CPI, ses décisions étant traitées sans filtre politique par les instances judiciaires, qui ne feraient que s'assurer du respect des formes juridiques avant de les faire exécuter par les forces de police. On perçoit là un fonctionnement idéal que le Statut de Rome tente de développer par différents moyens – du Statut de Rome en lui-même aux mesures d'intégration de celui-ci en droit interne en passant par les accords de coopération et d'immunité.

<sup>43</sup> Hobbes, *Léviathan*, chapitre XVIII, p. 292, voir *supra* note 28 :

### 8.2.3. La Transposabilité de la Théorie Hobbesienne

En dehors de sa pertinence procédurale que nous allons étudier, le contractualisme s'accorde remarquablement bien avec la réalité du système international. Hobbes a été un contemporain de la genèse de ce dernier, au XVII<sup>e</sup> siècle, lors duquel ont été fixés les principes modernes des relations internationales, ainsi que l'affirmation de l'État comme unité politique dominante, aux dépens des pouvoirs féodaux et religieux. C'est ce qui explique encore aujourd'hui la pertinence de sa pensée pour comprendre et montrer les limites de notre système. L'auteur anglais affirme que sa théorie est une transposition à une échelle supérieure du contrat implicite établi entre l'enfant et l'autorité paternelle lors des premières années de toute vie, le premier promettant obéissance à la seconde en échange des garanties d'existence qui lui sont offertes.<sup>45</sup> Or si cette comparaison lui permet d'ancrer sa proposition dans une réalité observable par tous et considérée comme relevant de l'ordre « naturel », elle n'en reste pas moins insatisfaisante car très librement interprétative.<sup>46</sup> Il est plutôt probable que la proposition philosophique de Hobbes se soit avant tout inspirée de l'état des relations internationales au moment de l'écriture de ses œuvres, c'est-à-dire lors de la mise en place du système westphalien, état de nature par excellence à l'échelle des États, qu'il aurait ensuite transpo-

---

Parce que le droit d'être le support de la personne de tous est donné à celui qui ont fait souverain, uniquement par une convention passée entre eux par chacun d'eux, et pas du tout par une convention qu'il aurait passée avec chacun d'eux, aucune rupture de la convention ne peut advenir de la part du souverain, et par conséquent aucun de ses sujets, prétextant une quelconque déchéance, ne peut se libérer de sa sujétion.

<sup>44</sup> Il faudra attendre en France la fin du XIX<sup>e</sup> siècle pour qu'émerge enfin une justice administrative que pouvaient saisir les sujets.

<sup>45</sup> *Ibid.*, chapitre XXX, p. 502 :

À cette fin, il faut apprendre [aux enfants] que le père de chacun était originairement aussi son seigneur souverain, ayant sur chacun pouvoir de vie et de mort, et quand les pères de familles renoncèrent à cette puissance absolue, lors de l'institution de l'État, il n'a jamais été entendu qu'ils perdraient l'honneur qui leur est dû pour leur rôle d'éducateurs.

Voir aussi *ibid.*, chapitre XX, « De l'autorité paternelle », p. 329 :

Par là, on voit qu'une grande famille, si elle ne fait pas partie d'un État, est par elle-même, pour ce qui est des droits de souveraineté, une petite monarchie.

<sup>46</sup> L'accord étant forcément fictionnel ou du moins unilatéral (l'enfant n'ayant ni conscience ni choix possible) et ce, bien que la comparaison puisse être filée de façon cohérente, l'adolescence correspondant alors à la fois au moment de l'émancipation physique (l'adolescent acquiert progressivement ses moyens de survie propres) et du refus de l'autorité patriarcale.

sé à l'échelle individuelle. La concordance historique se double d'un parallélisme génétique pour le moins signifiant.

La transposition de l'état de nature au niveau des relations internationales est ainsi envisagée à plusieurs reprises par Hobbes lui-même au sein de son *Léviathan*, où il utilise le parallèle entre l'état de guerre inter-individuelle et l'état de guerre internationale pour montrer, « par le réel », ce à quoi peuvent ressembler les comportements à l'état de nature. Ces changements d'échelle ne sont pas seulement rhétoriques ou illustratifs, bien que l'auteur ne s'aventure à aucun moment dans l'élaboration d'une théorie générale des relations internationales ou explicite le degré d'équivalence qu'il attribue aux relations entre puissances souveraines et entre individus.

Le rapport d'équivalence peut être cependant justifié par la théorie de la représentation qu'il met en place, et qui montre qu'il est « procéduralement » possible de transposer la théorie du contrat social à un niveau supra-individuel. La capacité *conventionnelle* ou *contractuelle* est étendue par Hobbes lui-même à toute *personne* entendue au sens juridique du terme, concernant dès lors tant les individus que des organisations entendues au sens large,<sup>47</sup> à la seule condition que ces dernières soient en capacité de s'exprimer en représentation d'individus (elles sont alors actrices) ou de porter leur propre parole (elles sont alors auteurs).<sup>48</sup> Toute entité ayant une autorité<sup>49</sup> de *représentation*, qu'elle ait une existence réelle ou purement fictionnelle, est en mesure de passer des conventions en son nom propre ou au nom de ses représentés.<sup>50</sup> Les acteurs auxquels fait réfère-

---

<sup>47</sup> Considérées comme des personnes civiles dans le *De Cive*, et personnes fictives dans le *Léviathan*, et pouvant être tant des cités que des compagnies de marchandes (Thomas Hobbes, *De Cive*, Chapitre V, paragraphe 9, p. 214).

<sup>48</sup> Hobbes, *Léviathan*, chapitre XVI, p. 270, voir *supra* note 28 :

Une personne est celui dont les mots et les actions sont considérés soit comme étant les siens propres, soit en ce qu'ils représentent les mots et les actions d'un autre, ou de toute autre chose à quoi ils sont attribués véritablement ou fictivement.

Le Procureur de la CPI peut être considéré comme un *auteur*, les autres organes, à commencer par le Président, comme des acteurs.

<sup>49</sup> « Authority », traduit en français selon les versions par « pouvoir » ou « autorité ».

<sup>50</sup> *Ibid.*, chapitre XVI, p. 274 :

Par conséquent, tout ce qui a été précédemment établi quant à la nature des conventions passées entre des hommes jouissant de leur faculté naturelle, est également vrai quand elles sont passées par leurs acteurs, représentants ou fondés de pouvoir qui tiennent d'eux leur pouvoir dans la limite fixée par leur procuration, mais non au-delà.

rence Hobbes peuvent être tant des personnes naturelles que des personnes fictives : ces dernières peuvent contracter, bien qu'elles ne puissent le faire qu'au nom des individus qu'elles représentent et non en leur nom propre. Cela implique que les États puissent passer des conventions, mais seulement au nom des individus formant le contrat social (*le peuple français* par exemple) et non en tant qu'États.

Ces développements de la théorie de la représentation permettent d'envisager un premier élargissement du cadre d'application de sa pensée politique, pertinente non plus seulement à l'échelle interindividuelle mais potentiellement au-delà. Par exemple, dans le cas qui nous intéresse, une signature d'un traité donnant naissance à une institution supra-étatique – prenons la Cour pénale internationale – puis la ratification de la dite signature par voie parlementaire ou référendaire pourrait être considérée, dans une perspective hobbesienne, comme une procuration offerte par le peuple<sup>51</sup> à une personne fictive (la CPI) pour agir en son nom dans un domaine limité (la punition et réparation des crimes contre l'humanité). Dès lors, l'utilisation de la théorie contractualiste du passage de l'état de nature à l'état de droit entre puissances souveraines dotées d'instances de représentation semble pouvoir se calquer sur la description faite par Hobbes dudit processus pour les individus.<sup>52</sup>

Ces obstacles formels levés, il reste que l'utilisation de la notion de contrat social global fondé par la Cour pénale internationale peut sembler paradoxale, voire franchement incongrue au premier abord. Thomas Hobbes s'était directement élevé contre toute tentation cosmopolitique, et en particulier contre tout fantasme d'une justice non reliée à des entités souveraines, entités dont le rôle est de donner sens aux notions de juste et d'injuste.<sup>53</sup> Dit autrement, si les critères « procéduraux » semblent tout à

---

<sup>51</sup> Ou plutôt par son intermédiaire, lui aussi fictif, à savoir le représentant souverain. Nous analysons plus en avant la double intermédiation opérée pour permettre la constitution d'institutions comme la CPI et les problèmes qu'elle fait naître.

<sup>52</sup> Reste cependant à déterminer si ce sont les États en tant que personnes autonomes qui contractent, ou les individus par l'intermédiation de l'État.

<sup>53</sup> *Ibid.*, chapitre 17 :

Car si nous pouvions supposer qu'une grande multitude d'individus s'accordent pour suivre la justice et les autres lois de nature, sans qu'une puissance commune les tienne tous en respect, nous pourrions tout aussi bien supposer que le genre humain ferait de même, ainsi il n'y aurait ni un quelconque gouvernement civil, ni aucun État, et il n'y en aurait pas besoin, parce qu'il y aurait la paix sans sujétion.

fait adaptés à un changement d'échelle, il reste à questionner la possibilité de penser un contrat social à une autre échelle qu'interindividuelle – ainsi que son intérêt conceptuel.

#### 8.2.4. De la Possibilité Théorique d'un État Mondial chez Hobbes

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 abdiquer 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 défaire. »<sup>54</sup> Bien entendu, la faculté de juger (ou *puissance ultime de juger*, telle que définie par Hobbes) fait *a priori* partie de ces droits essentiels,<sup>55</sup> qui correspondent aujourd'hui aux

---

Il est à noter que, malgré tout, ce rejet nous semble moins explicite que celui qu'oppose Locke, au sein de ses deux traités du gouvernement, à l'idée d'une gouvernance inter ou transnationale. C'est en partie ce qui explique notre choix de la théorie hobbesienne au détriment de celle de Locke, dont la dominante économiste nous a par ailleurs semblé être un obstacle à la transposition que nous envisageons. Cela ne rend pas moins la question de la transposition de la théorie lockéenne procéduralement proche de celle de Hobbes : dans les deux cas, un refus explicite d'une gouvernance supranationale est exprimé tout en semblant entrer en contradiction avec le cheminement théorique de leur pensée (voir à ce sujet Richard H. Cox, *Locke on war and peace*, Oxford University Press, Oxford, 1960 et Léo Strauss, *Droit Naturel et Histoire*, Plon, Paris, 1954). Faut-il y voir la crainte d'ouvrir une porte qu'ils tentaient de refermer par ailleurs à la domination du pouvoir politique par le spirituel, seul « empire » ou entité politique non-souveraine envisageable à leur époque?

<sup>54</sup> Hobbes, *Léviathan*, chapitre xxx, p. 495, voir *supra* note 28. Voir aussi *ibid.*, chapitre xviii, p. 301 : « Un royaume divisé en lui même ne peut subsister ».

<sup>55</sup> 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.

fonctions régaliennes de l'État et à ses attributions inaliénables.<sup>56</sup> 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 social entre individus à l'échelle mondiale assujettissant, par acquisition ou institution,<sup>57</sup> 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 globale.<sup>58</sup> 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 première.<sup>59</sup> Il

---

<sup>56</sup> 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.

<sup>57</sup> Hobbes distingue, nous l'avons vu, 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.

<sup>58</sup> 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<sup>e</sup> 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).

<sup>59</sup> 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 classes 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 supranational.

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 nombre de ses interprètes rejettent cette hypothèse.<sup>60</sup> Ce qui ne revient pourtant pas à invalider la théorie du contrat social global.

### **8.3. Hobbes pour Penser la CPI**

Loin de chercher à faire face à la désagrégation des sociétés, face à laquelle elle est désarmée, la CPI défend donc un « contractualisme des chefs » qui vise à prévenir ces processus et à en désamorcer les causes. Formée dans le but de préserver les contrats sociaux nationaux, c'est-à-dire les sociétés étatisées, par la réduction des violences de masses, la Cour est elle-même le résultat d'un contrat social passé entre élites, qui y trouvent un organe autorégulateur et une garantie face à aux tentatives de remise en cause de leur pouvoir.

Pour comprendre pourquoi cette création a été nécessaire, il faut revenir de façon précise sur la théorie hobbesienne de la souveraineté, progressivement dénaturée et marquée de différentes scories interprétatives, et les dérives du modèle qu'elle a contribué à créer, ou du moins à conceptualiser. Amorcée dans les ouvrages *Elements of Law* et *De Cive*, elle fut développée et raffinée au sein du *Léviathan* alors que l'Europe faisait face à de nombreux bouleversements politiques. Dans ce dernier texte particulièrement, Hobbes développe un contractualisme fictionnel novateur qui permet encore aujourd'hui de comprendre le fonctionnement du politique moderne. Vertige des siècles qui n'ont pas altéré la valeur d'un raisonnement pourtant intrinsèquement lié à une forme d'organisation politique contingente – l'État – qui constitue un salutaire rappel de l'archaïsme et des insuffisances des édifices qui nous dominent.

#### **8.3.1. La Théorie de la Souveraineté chez Hobbes**

Hobbes envisage le passage de l'humanité d'un état de nature proche de l'anarchie à un É(é)tat de droit (dit de « *commonwealth* ») régulé par des « puissances souveraines ». Cette fiction est d'autant plus intéressante pour notre propos qu'elle se trouve être facilement transposable à diffé-

---

<sup>60</sup> Voir notamment Yves Charles Zarka, *Hobbes et la pensée politique moderne*, Chapitre De la guerre, p. 133, voir *supra* note 36.

rentes échelles, comme l'auteur l'a lui-même montré en prétendant s'être inspiré du modèle familial pour le transposer à l'échelle sociétale. Plutôt qu'une tentative de rupture avec le paradigme décrit par le philosophe anglais, qui domine le monde occidental et les relations internationales depuis le XVII<sup>e</sup> siècle, la CPI n'en serait qu'une extension logique, visant à en compenser les limites apparues avec le temps et l'évolution des formes souveraines. Loin de consacrer une nouvelle ère dans les relations internationales, la CPI marque ainsi une nouvelle étape dans la construction de cet édifice souverain, et peut-être la dernière avant sa dissolution définitive, prédite par Carl Schmitt dès 1952 (« L'élévation du concept d'État au rang de concept-norme universel [...] prendra probablement bientôt fin avec l'ère de la forme-État elle-même »<sup>61</sup>) et envisagée, voire encouragée, par de nombreuses écoles de pensée depuis.

Les similitudes, pour ne pas dire l'exacte ressemblance, entre la description faite par Hobbes de l'état de nature interindividuel et les relations internationales dans l'ordre westphalien sont si évidentes qu'elles ont fait l'objet de nombreuses récupérations spécieuses, dont celle menée par l'école réaliste des relations internationales n'est pas la moindre. La comparaison par l'auteur lui-même des comportements des États et des individus<sup>62</sup> ainsi que la transposition du droit naturel à l'échelle des puis-

---

<sup>61</sup> Carl Schmitt, « Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff », in *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren*, Duncker und Humblot, Berlin, 1985, p. 376, cité et traduit par Jean-François Kervegan dans *L'effectif et le rationnel : Hegel et l'esprit objectif*, Paris, Vrin, 2008, p. 263. Cette assertion n'est pas isolée dans sa pensée. Voir aussi par exemple, au sein de Carl Schmitt, *La notion de politique*, Marie-Louise Steinhauser trans., Calmann-Lévy, Paris, 1972, « L'ère de l'Etat est à son déclin [...] L'Etat est détrôné », pp. 44 et 45.

<sup>62</sup> Ainsi Hobbes utilise-t-il l'échelle interétatique pour mieux illustrer sa théorie et argumenter de sa véracité, en admettant la fictionnalité de l'état de nature interindividuel :

Mais s'il n'y eut jamais d'époque où les individus particuliers se trouvaient les uns les autres en état de guerre, il n'en reste pas moins qu'en tout temps les rois et les personnes détentrices de l'autorité souveraine, en raison de leur indépendance, s'envient en permanence et se mettent dans l'état et l'attitude des gladiateurs, pointant leurs armes l'un vers l'autre et s'épiant l'un l'autre, avec leurs forteresses, leurs armées, leurs canons massés aux frontières de leurs royaumes.

Hobbes, *Léviathan*, chapitre XIII, p. 227, voir *supra* note 28. Hobbes tire en quelque sorte une fiction philosophique de la réalité observable, une opération que nous renverserons en tirant de sa fiction philosophique un projet pour le réel. Une mise en équivalence de deux niveaux de réflexion que l'on retrouve à de nombreuses reprises dans ses ouvrages, par exemple, *ibid.*, chapitre XXX, p. 518 :

sances souveraines trouvent leur extension dans les théories et pratiques qui régissent aujourd'hui les relations internationales.<sup>63</sup> À l'image des individus au sein de l'état de nature théorisé par Hobbes, les États se reconnaissent mutuellement exactement les mêmes droits et possibilités d'existence<sup>64</sup> malgré leurs grandes différences, tant en termes de ressources, de puissance que de capacités d'influence : comme dans l'état de nature, leur égalité est autant postulée que naturelle,<sup>65</sup> bien qu'elle ait été codifiée par la suite,<sup>66</sup> et c'est de cette égalité que naît l'état de guerre.<sup>67</sup> De même, chaque État détient la pleine souveraineté sur son

---

[...] loi des nations et loi de nature sont une même chose. Tout souverain a le même droit pour procurer la sécurité à son peuple qu'un individu quelconque peut avoir pour se procurer sa propre sécurité.

<sup>63</sup> Nous utilisons ici ce terme par convention, bien que *interétatique* serait à privilégier.

<sup>64</sup> Ainsi la Charte des Nations Unies postule-t-elle l'égalité de principe de l'ensemble des États souverains et leur pleine souveraineté sur leurs territoires et affaires intérieures.

<sup>65</sup> Si les États sont égaux entre eux en principe, car pleinement souverains, il est tout à fait possible de postuler que cette proposition correspond à une réalité de fait qu'il s'agissait d'entériner : les capacités des États s'équilibrent comme pour les individus, la force brute d'un État important pouvant par exemple être contrebalancée par une stratégie d'alliances d'États plus vulnérables, entre eux ou avec un État fort rival.

<sup>66</sup> Yves Charles Zarka propose une interprétation radicalement opposée dans *Hobbes et la pensée politique moderne*, p. 132, voir *supra* note 36 :

Il n'y a pas entre États de principe d'égalité naturelle de puissance au maximum. Quel que soit la fragilité des corps politiques, on ne peut dire que le plus faible peut détruire le plus robuste, parce qu'on ne détruit pas un État comme on tue un homme, fût-ce le souverain d'une monarchie.

Nous sommes en désaccord avec cette interprétation de la théorie hobbesienne qui s'appuie sur un postulat qu'on peut détourner. En effet, la capacité destructive « directe » des petits États est nulle, tout comme celle des faibles individus, mais que penser de leur influence et leur impact indirect, notamment dans le cas où ils disposent de ressources importantes, moyens qui peuvent devenir un outil de destruction radicalement efficace, volontairement ou non, comme l'ont montré les événements ayant mené aux deux guerres mondiales ou plus récemment la mise sous tutelle de Saddam Hussein après l'invasion du Koweït, protégé par sa ruse et ses alliances. Quant au fait que la non-destruction effective des États (les guerres débouchant, la plupart du temps, sur des accords, des assujettissements voire sur la dissolution de l'« acteur » souverain et non de l'institution) ne soit pas la donnée habituelle des guerres internationales, il est possible de répondre qu'il en est de même dans l'état de nature interindividuel, la destruction mutuelle étant tout aussi peu rendue effective, voire effectivement recherchée, par les parties prenantes au conflit.

<sup>67</sup> La transposition erronée et inachevée de cet enchaînement causal à l'échelle internationale par l'école réaliste a donné lieu à la théorisation du dilemme de John Herz, qui affirme que lorsqu'un État renforce sa sécurité, il en inquiète nécessairement un autre en raison de la structure anarchique et compétitive des relations interétatiques, amenant *de facto* à une augmentation des tensions et éventuellement une conflagration. Un fait auquel, nous le

territoire et ses affaires intérieures, comme les individus en leurs corps, interdisant en droit toute ingérence extérieure.

Ce même constat produit de mêmes effets : sans organes de gouvernance mondiale, la précarité et l'insécurité dominent les relations internationales comme elles dominaient les relations interindividuelles. Dès lors, l'état de guerre, sous une forme latente, est permanent. Les alliances comme les traités de paix n'ont de valeur que ponctuelle et transitoire, la course à l'armement et à l'appropriation des ressources préside aux destinées des nations, et les stratégies coopératives, qu'elles soient commerciales, militaires ou d'autre nature, sont réduites à leur plus simple expression.<sup>68</sup> Le droit naturel décrit par Hobbes se retrouve dans les relations entre puissances souveraines, pour lesquelles toute action est permise dès lors qu'elles considèrent que leur survie est en jeu, sans aucune sorte de limite morale ni d'organe permettant de juger si leur comportement est abusif ou non.<sup>69</sup>

### 8.3.2. Fiction de la Fiction chez Hobbes

À l'énoncé de ce qui apparaît être un parfait parallélisme, et après avoir démontré les erreurs d'une interprétation fixiste de la théorie hobbesienne,<sup>70</sup> il devient évident et nécessaire d'envisager les relations entre puissances souveraines fondées sur le modèle westphalien comme un état de nature non plus fictionnel, mais réel. L'émergence de la forme étatique telle que théorisée par Hobbes dans le *Léviathan*, c'est-à-dire comme

---

verrons, la CPI répond bien mieux que toutes les théories communicationnelles qui ont été élaborées à cette fin, ce qui ne manque pas d'être ironique.

<sup>68</sup> Si dans l'état de nature la guerre est préférée au commerce dès qu'on se trouve en situation de domination (ce qui explique que Hobbes considère qu'il n'y a pas d'échanges dans l'état de nature), il en va de même dans le système westphalien, où les accords commerciaux seront principalement établis à la faveur des rapports de forces, et correspondront pour une grande majorité aux échanges entre métropoles et colonies, fondamentalement inégaux et résultant de conflits.

<sup>69</sup> Nous excluons ici volontairement les limites apparues à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle en codifiant le droit de la guerre, ces conventions étant d'un point de vue tant hobbesien (elles n'ont aucune force exécutoire) que factuel comme nulles et non avenues, comme l'a montré leur non-respect systématique, lors des deux conflits mondiaux notamment. Quant aux développements du droit international qui ont suivi la Seconde Guerre mondiale, ils peuvent être considérés comme des amorces du contrat social global dont il est question, et constituent donc une phase transitoire dont il sera question ultérieurement, sans pour autant permettre un dépassement de l'état de nature ; leur seul moment d'effectivité continue ayant été la période d'*empire* post-Berlin et pré-Twin Towers – et encore, de façon limitée.

<sup>70</sup> Nous renvoyons ici au chapitre précédent.

modèle politique dominant et à vocation universelle, a impliqué une évolution majeure des relations entre puissances civiles et imposé de fait la formation d'un état de nature international. Dit autrement, le développement de l'état de droit interindividuel a eu, du moins transitoirement, cette conséquence paradoxale de donner vie à un état de nature, pourtant au départ pensé comme purement fictionnel, à un échelon supérieur, l'échelon interétatique. La souveraineté, captée, n'agissant plus dans les relations interindividuelles, a vu sa conflictualité transposée à l'échelle des puissances souveraines exécutantes nouvellement créées, à savoir les États.

Les conséquences sont importantes, car la violence portée par l'État peut aujourd'hui démultiplier celle de l'état de nature, ce qui n'était pas le cas au moment de la rédaction du *Léviathan*. L'anarchie interétatique avait pu être considérée comme un facteur stabilisant dans un premier temps, limitant les dommages et exposant beaucoup moins les populations que les formes précédentes d'organisation sociale.<sup>71</sup> Plusieurs phénomènes dont Hobbes n'avait pas anticipé l'ampleur<sup>72</sup> – la fusion de l'État et de la nation au sens moderne du terme,<sup>73</sup> le développement conséquent et

---

<sup>71</sup> Jouant par là même le rôle qu'en attendait Hobbes, c'est-à-dire de réduire dans l'ensemble la violence globale en inhibant les conflits à l'échelle des factions, des seigneuries et des églises (à la fois à l'origine de guerres civiles et continentales, sur fond de velléités impériales, lorsque Hobbes rédigeait *Le Léviathan*) au profit d'une violence, dont l'espoir était qu'elle soit mieux régulable et dès lors garantie d'une plus grande stabilité et sécurité, à l'échelle étatique, c'est-à-dire à l'époque et pour l'auteur à l'échelle continentale – l'extérieur de l'Europe n'étant pas concerné par les régulations et limitations de la guerre mises en place par le système de Westphalie, et servant en quelques sortes de « défouloir » pour celui-ci.

<sup>72</sup> Selon Mark Levene, les génocides sont liés à l'émergence de l'État-nation et à la volonté de ce dernier de se défaire de tout obstacle à sa volonté de puissance. Ce sont des « restructurations avancées » de son espace. C'est presque une tautologie : la fin de l'empire amène celle de la cohabitation de différentes entités politiques, de différentes « civilisations ». Le nationalisme catalan naît de l'effondrement de l'empire espagnol et de son refus de sa transformation progressive en un État-nation. Faire du *statu quo* des frontières un absolu et combiner ce principe à celui de l'État-nation ne peut amener qu'au nettoyage ethnique sous toutes ses formes (expulsions, génocide, mise en minorité, and so on). Voir à ce sujet : Mark Levene, *Genocide in the Age of the Nation State : The Meaning of Genocide*, I.B. Tauris, London, 2005.

<sup>73</sup> Voir à cet égard et sur la séparation progressive du corps du roi et de celui de l'État : Jean-Marie Carbasse, *La monarchie française du milieu du XVIe siècle à 1715, l'esprit des institutions*, Paris, Sedes, 2002 et Serge Audier, *Les théories de la république*, La découverte, Paris, 2004.

toujours plus important des armées de masse, doublé<sup>74</sup> d'un renforcement de l'emprise et des moyens de destruction à disposition des États – ont cependant transformé dès la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle le rapport à l'espace et à la violence sur le continent européen.<sup>75</sup> Pensons seulement, en citant Fernand Braudel, qu'« en 1792, en Corrèze, une trentaine de kilomètres sont considérés comme un obstacle sérieux aux relations villageoises. À partir de cette distance, les différences linguistiques deviennent considérables » et ce, alors que « de 1765 à 1780, la « grande mutation routière » a raccourci parfois de moitié les distances à travers la France [...] », <sup>76</sup> pour tenter d'imaginer à quel point les formes politiques pensées hier ont été mises à l'épreuve par les ruptures industrielles de ces deux derniers siècles.

Ces transformations successives ont donné naissance, après une premier phénomène de distanciation des dangers qui renforçait le sentiment de sécurité issu de l'appartenance à un État, à une démultiplication des risques d'être atteint par les violences liées à l'État, mettant en jeu de manière toujours plus aiguë la vie des individus<sup>77</sup> et transformant un rap-

---

<sup>74</sup> Et certainement en grande partie provoqué par.

<sup>75</sup> Pour reprendre un mot célèbre, si les armées napoléoniennes marchaient encore au même rythme que celles d'Alexandre, les bouleversement politiques puis technologiques ont non seulement démultiplié les capacités de destruction, mais aussi de projection, en seulement quelques décennies. La remise en question de l'État-nation comme échelon protecteur idéal du fait de ces transformations historiques ne pouvait être évitée, et a été esquissée par Fernand Braudel, qui montrait ainsi en creux sa valeur au moment de la théorisation hobbesienne et de la constitution du monde westphalien :

Jusqu'ici, j'ai considéré l'espace comme un invariant. Or il varie évidemment, la véritable mesure de la distance étant la vitesse des déplacements des hommes. Hier, leur lenteur était telle que l'espace emprisonnait, isolait. [...] Alors ne nous étonnons pas si la guerre dite de Cent Ans n'a, à aucun moment, submergé l'ensemble de notre territoire ; pas plus que les guerres de Religion qui durèrent cependant plus d'un tiers de siècle. La distance, à elle seule, est obstacle, défense, protection, interdiction [...].

Fernand Braudel, *L'identité de la France*, Tome I, Chapitre III, p. 95. Si la distance varie selon les progrès technologiques, et ne peut être mesurée objectivement mais en ce qu'elle permet de comparer la vitesse de déplacement des hommes, comment, donc, la penser aujourd'hui, à l'heure où cette distance devient nulle pour une grande partie de nos actes, et en particulier pour la formation de notre espace politique ? La politique peut-elle se passer de distance ?

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 100.

<sup>77</sup> Il n'est pas ici question de nier les conséquences qu'avaient les violences européennes sur les populations, qui mettaient elles aussi largement en jeu leur possibilité de survie, mais, d'une part, de mettre en exergue la distanciation de la violence qu'elles ont induite dans un premier temps pour une majorité de la population européenne (au prix d'une concentration

port jusque-là lâche, distant et principalement symbolique en un rapport physique et de plus en plus régulier.

Les conséquences qui en découlent ont touché aux prémisses mêmes de la théorie hobbesienne et dès lors de l'ordre mondial : si les risques de mourir par ou pour l'État devenaient plus grands que ceux qui seraient théoriquement encourus à l'état de nature, le contrat social ne trouverait plus sa justification.<sup>78</sup> La multiplication des failles dans les édifices souverains, et des conflits au XIX<sup>e</sup> et au XX<sup>e</sup> siècle, toujours plus intenses (évolutions qui amèneront à un détournement de la fameuse locution latine, reprise notamment par Kant dans son ouvrage *Vers la paix perpétuelle* « Que la justice soit faite le monde dût-il en périr » – (*fiat iustitia et pereat mundus*) – en « Que justice soit faite ou le monde périera »<sup>79</sup> sont venus remettre fondamentalement en cause la prééminence de

---

de ces violences sur des zones géographiques plus restreintes et délimitées, le « champ de la bataille »), et d'autre part d'en noter l'accroissement de la prévisibilité, et dès lors de leur effet sur le consentement des populations au contrat social. De guerres de factions prenant aléatoirement pour cible les civils, on passe à une « guerre ordonnée », aux cheminements relativement traçables et pouvant être mise en récit, et dès lors justifiée et acceptable. La massification de cette forme de guerre change fondamentalement sa nature, devenue *chose de tous* – alors qu'elle était *chose de chacun* dans la période pré-hobbesienne. Du début du XIX<sup>e</sup> siècle au début du XX<sup>e</sup> siècle, la classe d'âge sous les drapeaux passe d'un tiers à près de 100%, et la guerre, que l'on avait réussi à limiter à des terrains de batailles prédéfinis, s'étend à nouveau dans sa visibilité et ses conséquences à l'ensemble de la société pour devenir « totale ». Qu'importe alors que les victimes spécifiquement civiles soient moindres, puisque toute la population devient impliquée dans la guerre, et que tous les civils en âge de l'être ont été militarisés par la conscription, rendant la distinction sans objet dans l'optique qui est la nôtre. Il faut lire, au sujet du rapport entre absolutisme et éloignement de la guerre, et en déduire au-delà le rapport entre développement du Léviathan et expansion coloniale dans *l'autre-monde*, l'œuvre de Joël Cornette et en particulier son ouvrage *Le roi de guerre, essai sur la souveraineté dans la France du grand siècle*, Payot, Paris, 2000, qui rappelle que les contrées qui refusèrent l'étatisation furent celles qui, avec les régions frontalières, subirent de plein fouet la violence de ce processus.

<sup>78</sup> Ce constat pourrait être étendu à toutes formes d'insécurisations, y compris économiques, climatiques ou sanitaires, dont la visibilité n'est cependant que plus récente, ce qui explique en partie le sous-développement institutionnel sur ces questions.

<sup>79</sup> Largement reprise et liée sous cette forme à Hegel, notamment par les tribunaux internationaux (voir notamment le premier Rapport d'activité annuel du TPIY : Rapport du Tribunal International Chargé de Poursuivre les Personnes Présumées Responsables de Violations Graves du Droit International Humanitaire Commises sur le Territoire de l'ex-Yougoslavie Depuis 1991, UN Doc. A/49/342, 29 Août 1994, p. 12 ([www.legal-tools.org/doc/d79ad7/](http://www.legal-tools.org/doc/d79ad7/))), la citation est, ainsi présentée, inexacte tant sur le fond que sur la forme. Hegel avait en fait cherché à récuser la vision kantienne de la justice qui déconnecte l'idée

la forme étatique, dès lors qu'elle se montre incapable de mettre fin à l'état de guerre permanent, sa transposition à une échelle supérieure l'ayant rendue certes plus organisée – mais *in fine* plus sanglante.<sup>80</sup> Le diagnostic s'est aggravé à l'échelle mondiale au XX<sup>e</sup> siècle avec la multiplication des formes non conventionnelles de la guerre, des groupes terroristes et plus largement la fragmentation de la puissance – ajoutant aux problèmes nés de la monopolisation de la souveraineté ceux que diagnostiquait Hobbes dans l'état précédant au Traité de Westphalie, et doublant la violence étatique d'une incapacité étatique à préserver ses sujets des autres formes de violence qu'il était censé étouffer. La contamination des formes de violences jusque-là limitées aux territoires de « l'autre monde » et les attentats terroristes au cœur des capitales européennes rompent, à partir de la fin du XX<sup>e</sup> siècle, avec la séparation jusqu'alors préservée

---

du Bien à celle d'utilité – et en aucun cas à prétendre que la justice était la condition de survie du monde :

Das Wohl hat in dieser Idee keine Gültigkeit für sich als Dasein des einzelnen besonderen Willens, sondern nur als allgemeines Wohl und wesentlich als allgemein an sich, d. i. nach der Freiheit ; – das Wohl ist nicht ein Gutes ohne das Recht. Ebenso ist das Recht nicht das Gute ohne das Wohl (*fiat iustitia soll nicht pereat mundus zur Folge haben*)

Georg Wilhelm Friedrich Hegel, « Grundlinien der Philosophie des Rechts », in Eva Moldenhauer and Karl Markus Michel (eds.), *Werke*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt, 1979, vol. 7, para. 130, p. 243). Soit, pour traduire simplement cette allusion transparente à Kant, que la justice ne doit pas amener à l'effondrement du monde (« le droit n'est pas le Bien sans l'utilité »).

<sup>80</sup> Si Schmitt voit comme de nombreux autres penseurs dans le *Nomos de la terre* (notamment pp. 142 et 143) comme une *civilisation* positive le fait que la guerre « intraeuropéenne » ait été transformée entre le XVI<sup>e</sup> et le XIX<sup>e</sup> siècle en une forme de duel impliquant une reconnaissance mutuelle par les acteurs de leur valeur et de leur droit à l'existence (il reconnaît, de fait que cette reconnaissance n'a pas lieu vis-à-vis des acteurs extérieurs à ce théâtre géographique), cette évolution n'est sur ce point pas forcément bénéfique. Ce qu'il semble ignorer volontairement ou non, c'est que cette reconnaissance ne vaut que pour les formes politiques, les contenants, voire les détenteurs ponctuels du pouvoir (les souverains), et non pas pour les constituants qui ne sont pas inclus dans ce pacte et deviennent dès lors des dommages collatéraux en puissance, et très vite dommages collatéraux en faits. Intermédiée par des acteurs qui en sont protégés, la violence n'en est que démultipliée. On peine donc à voir l'avantage théorique de cette *régulation* par rapport aux états précédents – seuls étant protégés ceux participant directement à l'exercice de la souveraineté (soldats, généraux, princes, etc : les *magni homines* et les *personae morales* tels que Schmitt les décrit lui-même) et l'on perçoit déjà les évolutions d'un système au profit des souverains aux conséquences par la suite catastrophiques – et qui se montreront en contradiction complète avec les théories de l'auteur, la Première Guerre mondiale agissant comme révélateur non pas des dommages d'une disparition du modèle vanté par Schmitt, mais de ses excès et insuffisances manifestes.

entre un *extérieur* dérégulé et un continent, dans lequel nous incluons les États-Unis, à la violence monopolisée, demandant un réinvestissement sécuritaire dans cet au-delà jusque-là considéré comme un simple réservoir à ressources et où se déversaient les luttes pour la souveraineté. Le passage de la « guerre de cabinet » à la « guerre du peuple », pour reprendre les expressions de Clausewitz, avait déjà fait disparaître le théâtre de la guerre, codifié, au profit d'une guerre totale et industrialisée<sup>81</sup> dont l'émergence avait accompagné celle des nations dans les relations internationales. La réduction de l'importance de cette dernière – que son ordre apparent rendait au départ relativement tolérable, avant que la démultiplication de la puissance de mobilisation et de feu la délégitime définitivement sans pour autant en effacer la possibilité d'existence, et donc l'inquiétude suscitée – et la dispersion progressive des foyers de violence en une multiplicité de « petits conflits » asymétriques rendent la situation insoutenable. Remise en cause fondamentale de l'ordre westphalien, cette multiplication des strates crée une double dichotomie entre les détenteurs de la souveraineté et leurs représentants, et déséquilibre durablement le système, jusqu'à donner à l'état de nature du XVI<sup>e</sup> siècle une apparence rétrospective de monde ordonné.

### **8.3.3. Réinterpréter Hobbes pour y Rester Fidèle : la Nécessaire Limitation de la Souveraineté**

Il ne s'agit dès lors nullement d'un hasard si c'est – alors que sont ressentis les premiers symptômes de cette aporie – qu'émerge pour la première fois, en 1872, l'idée d'une Cour pénale mondiale.<sup>82</sup> Ayant expérimenté les

---

<sup>81</sup> Alors que longtemps la capacité de tuer correspondait à un ratio très proche de 1 par soldat, et en toutes circonstances inférieur à 3, l'invention de nouvelles armes, à commencer par la mitrailleuse, décuplent la mortalité et ouvrent la voie à des conflits d'autant plus sanglants. Voir les travaux d'Alain Gras pré-cités. Hervé Drévilion avance, sans qu'il soit nécessaire de rappeler les précautions avec lesquelles il faut manier ces chiffres, que lors de la guerre de 1870, 90% des pertes allemandes et 70% des pertes françaises furent le fait de balles, c'est-à-dire à de très rares exceptions près d'armes individuelles. Lors de la Première Guerre mondiale, les obus provoquèrent 70% des morts dans chaque camp (Herve Drévilion, *L'individu et la guerre, Du chevalier Bayard au Soldat inconnu*, Belin, Paris, 2013, p. 14).

<sup>82</sup> La proposition sera alors le fait de Gustave Moynier, l'un des co-fondateurs du CICR, sous la forme d'une « Institution judiciaire internationale » exposée dans le *Bulletin international des sociétés de secours aux militaires blessés*, concernant les crimes de la première convention de Genève de 1864. Voir Véronique Harouel, « Aux origines de la justice pénale internationale : la pensée de Moynier », in *Revue historique de droit français et étranger*, 1999, vol. 77, no. 1, pp. 71–83.

limites de la terreur, avec les guerres mondiales, puis un équilibre tout relatif qui aurait pu amener à la destruction du monde pendant la guerre froide, avant de faire face à la dissolution effective de leurs monopoles, les souverains auront tardé un siècle pour s'engager dans un processus similaire à celui des individus cherchant à sortir de l'état de nature, et dont on ne sait encore si la CPI constitue un aboutissement potentiel ou une simple étape. Considérant que leur survie est en jeu – et de nombreux éléments justifient cette analyse –, ils ont en parallèle à l'établissement de dizaines de conventions visant à réguler leur pouvoir, d'un côté multiplié la création de dispositifs de pouvoir « invisibles » – interventions armées extérieures sans conscription sur des territoires désétatisés pour tuer la menace « à la source », multiplication des dispositifs de surveillance, démultipliés par le numérique, délégitimation de la gestion de pans entiers de la société à des corps privés – et de l'autre proposé un sacrifice symbolique de leurs prérogatives afin de parer à leur délégitimation progressive, dans un mouvement qui n'a rien de linéaire, en transférant une partie limitée, mais symboliquement fondatrice, de leur pouvoir à une instance extérieure, dotée d'un droit de punir.<sup>83</sup> La raison de cette dualité apparente entre démultiplication de l'emprise étatique et de l'exercice de la violence d'un côté, et réduction symbolique et progressive de ses prérogatives de l'autre, est simple. La dislocation du monopole étatique se nourrit naturellement des excès de sa toute-puissance, comme l'avait montré Hobbes. À côté de la réémergence des pouvoirs religieux, économiques ou des vellétés impérialistes, certains croient ainsi déjà deviner le développement dans cette nouvelle phase de la mondialisation d'un nouvel ordre féodal, dont des éléments tangibles apparaissent au sein des émergents.<sup>84</sup> Les tenta-

---

<sup>83</sup> Au risque, au final, de légitimer la contestation de leur toute-puissance et d'accélérer leur effondrement.

<sup>84</sup> L'« émergence », loin d'être celle des diplomaties ou des États, est avant tout celle de structures économiques privées qui se sont nourries de la financiarisation, de la libéralisation du commerce et des politiques monétaristes mises en place dans les années 1980 avec l'aide des grandes agences internationales. Celles-ci reposent sur l'absence d'État, maintenu sous tutelle, qui leur offre des monopoles nationaux et une puissance de projection démultipliée, avec les implications que cela peut avoir sur l'autonomie du politique, les relations internationales, et l'incapacitation à se projeter diplomatiquement pour les éternelles puissances émergentes. Il est ainsi notable de rappeler, à titre d'exemple, que le chiffre d'affaire de Samsung, devenue une multinationale sous la dictature de Park Chung-Hee, pèse pour le quart du PIB sud-coréen. Voir, sur la description de cette véritable *privatisation de l'émergence* et ses sources historiques, Coralie Raffenne, *La souveraineté marchandisée*, Armand Colin, Paris, 2012.

tives de répondre à ces menaces par la mise en œuvre d'une toute-puissance ont été délégitimées par l'Histoire. La renonciation entière est inenvisageable. La réponse se loge naturellement dans les deux extrêmes, dans un jeu de miroirs à la destinée incertaine. La Cour émerge dans ce contexte.

Ce constat effectué, il reste à déterminer si la Cour pénale internationale est en mesure de répondre, du moins partiellement, à la problématique posée qui, on l'a vu, répond avant tout aux intérêts des États. Le point est essentiel, car il touche à l'impasse actuelle de la gouvernance mondiale, incapable de trouver un point d'équilibre faute de fondements théoriques effectifs. Toutes les notions politiques qui ont scandé les quatre derniers siècles sont aujourd'hui remises en question : nation, souveraineté, État, mais aussi universalisme, état de droit, République ... Toutes ces fictions performatives ont perdu leur transcendance, et ne semblent plus en mesure de « faire ordre » de façon globale ou de présenter un horizon suffisamment attractif pour susciter l'adhésion et réprimer la contestation. Les monarchies survivent comme de simples appareils embarrassants au pouvoir de fascination bien fragile, les chefs d'État peinent à maintenir leur pouvoir symbolique<sup>85</sup> tandis que partout surgissent des groupements citoyens prétendant « incarner la société » et ne se reconnaissant pas dans les structures politiques existantes. L'absence d'assise conceptuelle actualisée amène à une dislocation et à un déficit d'autorité auxquels il semble de plus en plus difficile de répondre. Comme nous venons de le mentionner, d'un impérialisme de plus en plus assumé à des velléités théocratiques protéiformes en passant par l'émergence d'espaces politiques entièrement privatisés, c'est une reconfiguration d'ensemble des formes politiques dominantes qui cherche à émerger sans que nul ne semble s'en saisir ni accepter tout à fait le vertige de la penser. L'interrogation est dès lors naturelle : un « ordre mondial » est-il encore

---

<sup>85</sup> Le film *Le pouvoir* de Patrick Rotman est symptomatique du décalage grandissant entre l'appareil souverain, qui garde son appareil et ses attributs symboliques « à l'ancienne », et les souverains de passage, en l'occurrence François Hollande, marqués par une pratique du pouvoir dénué de toute chair, décontenancés et incapables de s'en saisir, ou du moins de le faire vivre dans les formes qu'ils sont censés incarner. Ce décalage semble confirmer à merveille l'intuition de Foucault dans sa leçon du 8 février 1978 au Collège de France, qui considérait que la question de la légitimité (liée à la souveraineté, au pouvoir symbolique) était peu à peu remplacée dans le champs des pouvoirs par celle de l'efficacité (liée à la gouvernementalité, aux actes performatifs), dans un mouvement mortifère pour l'idée même du politique.

pensable, sinon désirable, et retrouverons-nous des fictions qui puissent faire récit et s'imposer à cette échelle, du moins apparemment ? Puiser chez Hobbes peut être perçu comme une dernière tentative d'actualiser les fondements de notre modernité politique et d'éviter les dérives auxquelles mènerait une scission de nos sociétés en autant d'intérêts particuliers ou illuminés. La création de la Cour pénale internationale correspond en tous cas à cette ambition, et apparaît comme une des dernières utopies pensables d'un certain « ordre du monde » acceptable et en mesure, à terme, de s'imposer universellement.

### **8.3.4. La Cour Pénale International aux Frontières de la Théorie Hobbesienne**

Il nous faut en fait nous attarder sur la spécificité de la justice pénale dans les contrats sociaux pour comprendre pourquoi la CPI, et non pas les centaines d'autres organisations internationales, pourrait être à l'origine d'un contrat social global, et de quelle nature serait celui-ci. Gérard Mairat affirme que le pouvoir judiciaire est le premier pilier de la société, en ce qu'il est son outil pour s'accomplir, c'est-à-dire éliminer la violence inter-individuelle.<sup>86</sup> Spinoza et Hobbes ont montré comment le droit pénal, au contraire des autres droits, ne peut naître qu'en société.<sup>87</sup> La CPI, contrairement à la CIJ ou à l'organe de règlement des contentieux de l'OMC, ne peut exister sans créer ou s'appuyer sur une société existante – ce qui est exclu – ou nouvelle. Elle porte en sa nature même, celle d'une institution pénale, le rejet de l'anarchie et de l'état de nature. Elle doit donc être à l'origine d'un contrat social. Et parce qu'elle se montre en capacité de contredire l'État, lui-même censément détenteur du monopole de la définition du juste, en fait comme en droits, elle ne peut qu'inventer un nouveau modèle politique, au moins partiellement délié de la notion de souveraineté politique. Un nouveau récit.

Sans être souveraine, mais ne pouvant exister sans société et donc sans contrat social – comment aurait-elle créé et sur qui agirait-elle ? – la CPI n'est pourtant pas le fruit d'un transfert de souveraineté, partiel ou complet, des États vers ce qui serait une institution supraétatique qui serait chargée d'une gouvernance mondiale. Elle est à la fois plus et moins que cela. Notre rapport à la souveraineté politique tel que pensé par Hobbes et

---

<sup>86</sup> Voir *Le principe de souveraineté*, pp. 227 et suivantes.

<sup>87</sup> Voir le Spinoza, *Traité politique*, chapitre III, paragraphe 19, voir *supra* note 11 ; qui fait écho au chapitre XXIV du Hobbes, *Léviathan*, voir *supra* note 28.

*fictionnalisé dans le réel* par les Traités de Westphalie implique que les individus ne se dessaisissent jamais de leur souveraineté au profit d'un tiers. Il ne peut y avoir d'aliénation sans annihilation de la capacité contractuelle : elle nous appartient et peut à tout instant être retirée. Dès lors, la souveraineté demeure toujours au sein des contractants qui s'entendent entre eux et non pas, comme dans le modèle rousseauiste, avec l'entité à laquelle donne naissance leur convention. La souveraineté ne peut être déléguée que dans son usage, faute de quoi l'autonomie de l'individu serait niée, et nous reviendrions à un modèle naturaliste. Or le droit pénal est l'attribut fondamental de la souveraineté. Il ne peut donc cesser de résider dans les individus. La Cour pénale internationale a été instituée en respectant ce double formalisme apparemment contradictoire, ce qui lui a permis de naître et d'être acceptée dans le système westphalien, tout en jetant les bases du dépassement progressif de cet ordre au profit, non pas d'un État, mais d'un état de droit mondial. Un objectif qui fait sens, en dehors de tout cadre théorique fermé, dans le cadre de ce qui reste au final une *pensée de l'ordre* : c'est lorsque leur souveraineté et leur sécurité sont assurées que les individus se trouveraient en mesure de se préoccuper de liberté, d'égalité, des minorités, bref d'altérité et de valeurs. La CPI, en offrant une protection minimale mais vitale à l'échelle globale, se constituerait ainsi en préalable à toute contractualisation à l'échelle globale plus générale, visant à dépasser l'ordre libéral actuellement mis en place, ou alternativement à lui donner enfin le fondement sur lequel se construire. Son échec, contrairement à celui d'institutions comme l'OMC, signifierait celui de toute espérance de politisation de la mondialisation, y compris économique et sociale.

#### **8.3.4.1. L'inconnue Procédurale : Faire Parler les Silences de Hobbes**

Si Hobbes n'envisage pas directement le dépassement de la forme étatique, il considère cependant que chaque évolution et passage d'un stade au suivant constitue un « progrès » en soi. Il n'est pas difficile d'inférer les avantages théoriques que nous tirons, en termes de capacité de survie, à repousser à des niveaux de gouvernance plus éloignés (famille, région, État, continent ... )<sup>88</sup> l'exercice politique. Ainsi, plus l'unité de gou-

---

<sup>88</sup> Il faut à ce titre rappeler que la pensée de Hobbes se développe en réponse à la disparition progressive de l'échelon féodal, par essence territorialement très circonscrit, au profit de celui de l'État, aux capacités d'extension bien plus vastes.

vernance est grande, plus les rapports de force se stabilisent et voient leur impact se réduire sur l'unité principielle, l'individu. Le risque est – à moyens égaux – amoindri à mesure que les frontières s'étendent et donc éloignent le terrain de la confrontation d'une part proportionnellement toujours plus grande de la population.<sup>89</sup> Il y a là un double avantage : les unités de gouvernance créées sont à chaque fois plus fortes et, ce faisant, capables de contrôler des territoires plus importants de façon plus structurée, faisant régner l'ordre avec une facilité et une efficacité accrue et pouvant épargner à terme de l'effort de résistance une majorité de la population. Mais ces transformations ne peuvent rester sans effet sur l'art de la guerre lui-même. Nous l'avons vu, ces avantages, qui fondent encore en grande partie l'idée d'une Europe politique, ont trouvé une limite dans les évolutions politiques et conceptuelles qui ont marqué le monde à partir de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, faisant de l'État une menace trop importante pour les sociétés. Son dépassement a par ailleurs fini par poser en contrepoint la question du lien entre gouvernants et gouvernés, et les risques d'une dilution de la représentativité des gouvernants due à l'extension trop importante des domaines d'exercice de la souveraineté.<sup>90</sup>

Si la CPI vise justement à répondre à la première objection, une réponse ferme et fondatrice qui permet de resituer le débat est apportée à cette dernière interrogation par Hobbes. Malgré ces extensions successives qui pourraient laisser craindre une dilution, la souveraineté ne cesse de résider dans l'unité de départ, celle du corps individuel.<sup>91</sup> Le contrat social<sup>92</sup> repose sur la théorie de l'autorisation (l'individu autorisant le

---

<sup>89</sup> Nous avons mentionné la massification des armées et le rapprochement de la violence qu'elle induit en retour (par l'accroissement de la capacité de ponction de l'État en termes de vies humaines). Il faut ajouter que la révolution industrielle du XIX<sup>e</sup> siècle s'est accompagnée d'une bureaucratisation qui permet de « compenser » de façon plus importante encore l'accroissement des distances et de réduire à néant cet avantage acquis en faisant porter le risque et le poids des conflits « au sein de chaque chaumière ». Une donnée qui n'est pas sans impact sur l'applicabilité de la théorie hobbesienne au monde contemporain, et qui peut servir d'explication à la résurgence des violences de masse « organisées » comme une donnée centrale de la modernité politique, comme résultat d'un point *nécessairement* aveugle de la théorie hobbesienne.

<sup>90</sup> Au sens hobbesien d'autorité, ou capacité d'auctorialité.

<sup>91</sup> Ce qui pourrait laisser penser qu'il ne s'agirait là que d'une problématique liée et résoluble par la *technè* gouvernementale, industrielle ou communicationnelle.

<sup>92</sup> Dans la version du *Léviathan* (1651). Il en allait autrement pour le *De Cive* (1642–1647) et *Elements of Law* (1640), qui reposent sur un système de transfert de droits similaire que reprendra la théorie spinoziste, sans la représentation, et bientôt abandonné par Hobbes.

souverain à agir pour son propre compte dans le cadre d'une convention formée entre les différents sujets) et non sur un de transfert de droits. Ainsi, si les autorisations « à niveaux successifs » peuvent éventuellement dévaluer la portée de celles-ci et la légitimité qui leur est liée, l'individu reste à tout moment détenteur de sa souveraineté pleine et entière, incarnée dans son droit de résistance, et cela quels que soient les niveaux de délégation.<sup>93</sup> Ce n'est donc pas la souveraineté qui se voit potentiellement diluée, mais simplement la légitimité de l'exercice de celle-ci, par les acteurs politiques. Dès lors, plus l'échelon est étendu, plus les contrôles de l'exercice de la souveraineté se doivent d'exister et d'être diversifiés, et surtout plus les acteurs doivent prendre prioritairement en compte l'intérêt des populations qui leur délèguent ce pouvoir. Nous le verrons, la Cour pénale internationale répond partiellement à ces exigences à différents égards, contrairement à de nombreuses autres institutions dans lesquelles il est malheureusement possible de situer l'ensemble protocolaire et post-étatique le plus élaboré, à savoir le système de gouvernance mis en place à l'échelle européenne.

#### **8.3.4.2. Le Respect des Modalités d'établissement du Contrat Social**

Ces éléments résolus, la question des modalités d'établissement d'un contrat social global n'en reste pas moins en suspens, et doit être tranchée afin de déterminer quels seraient les sujets d'une telle organisation. Faire de la souveraineté un attribut inaliénable des individus rend en effet tout aussi possible l'élaboration d'un contrat social global entre États ou « représentants souverains » (dans le cadre d'un deuxième degré d'autorisation) qu'entre individus, cette dernière option étant limitée au cas où le contrat social nouvellement établi ne viendrait pas se substituer à celui qui a présidé à la formation des États-nations.<sup>94</sup>

La CPI correspond à la première modalité, en l'espèce une conférence d'ambassadeurs classique, bien qu'enrichie de la participation de

---

<sup>93</sup> C'est ce qui explique par exemple que, en France, et suivant la définition de Jurieu selon laquelle « le souverain est l'autorité qui n'a pas besoin d'avoir raison pour valider ses actes », le seul corps politique resté immune à toutes les dispositions limitatives du pouvoir soit le « peuple français », dont les référendums ne sont sujet à aucun contrôle constitutionnel.

<sup>94</sup> Une perspective qui ne s'accorde donc pas avec l'école constructiviste et les propositions d'Alexander Wendt.

représentants de la société civile mondiale. Il reste alors à déterminer si les États et leurs représentants y ont agi – comme ils agissent encore aujourd’hui à l’Assemblée des États Parties – en tant qu’entités autonomes où s’ils devaient y être considérés comme de simples interfaces relayant sans interférence la volonté des sujets ou citoyens.

S’il peut sembler au premier abord paradoxal de considérer les États comme des entités aux intérêts propres partiellement ou entièrement déliés de ceux des individus qui s’y sont confiés,<sup>95</sup> il reste que la puissance souveraine, et notamment dans l’exercice des relations diplomatiques, est le plus souvent mue par des logiques autocentrées, par exemple d’appareil, qui l’amènent à se construire une existence propre. Ainsi le rôle du récit et du symbole dans la construction des États-nations permet-il d’assurer la cohésion d’une population par le biais d’incarnations artificielles dans le même temps qu’il donne à l’État une transcendance qui l’autonomise. Le choix de la figure biblique du Léviathan par Hobbes, que l’on peut retrouver dans l’illustration originale de son ouvrage, montre comment ce processus d’incarnation symbolique se trouve au centre de la formation d’un « commonwealth », d’un bien commun, et est nécessaire à la matérialisation du contrat social. Monstre composé de la multitude il est, dans le même temps, « un » – capable d’agir seul et de mouvoir ainsi la volonté de chacun dans sa direction.

Sachant le niveau d’intermédiations et de représentations qui ont conduit à la formation de la CPI,<sup>96</sup> l’hypothèse cosmopolitique qui envisagerait la Cour comme une création permise par les individus à travers les États devient caduque. Bien que représentés lors des négociations par le biais des ONG et autres organisations censées peser au nom des citoyens à l’échelle mondiale – et qui, souvent, *tenaient les plumes* des États les moins puissants qui n’y étaient représentés que par elles – les individus n’ont pas été à l’origine directe de la Cour pénale internationale, ni n’ont participé à son organisation. Ce sont bien les représentants des souverains réunis en conférence, en tant que représentants du représentant de leurs

---

<sup>95</sup> Nous avons notamment vu comment le souverain n’avait aucun intérêt à agir en défaveur de sa population d’où il tire sa puissance, si ce n’est ponctuellement ou comme moyen visant à permettre une amélioration de plus long terme. Cela n’interdit en rien de penser l’autonomie des deux sujets, liés mais différenciés.

<sup>96</sup> Des diplomates négociaient au nom des ministères, eux-mêmes négociant en représentation des gouvernements nationaux, eux-mêmes issus d’élections, afin d’obtenir un accord qui devait être ensuite, le plus souvent, signé par le chef d’État et ratifié par le parlement.

populations mais surtout en tant qu'entités propres, chargées de défendre leurs intérêts étatiques, qui ont permis la création effective de la CPI.<sup>97</sup> La Cour pénale internationale est donc bien cosmopolitique, mais en ce qu'elle impose une *cosmopolitique des chefs* par le truchement d'un contrat social global élaboré entre souverains. Une donnée qui remet en perspective l'ensemble des discours portés sur et par l'institution et éclaire d'un jour nouveau l'ensemble de son action.

### 8.3.5. La Spécificité du Droit Pénal, Clef de l'ancrage de la CPI dans la Théorie Hobbesienne

Reste un dernier point central, pour ne pas dire capital, afin d'achever l'édifice théorique et déterminer définitivement les fondements de la Cour. Nous nous sommes jusqu'ici intéressés à la CPI comme potentielle *commonwealth*, chargée de l'établissement d'un nouveau contrat social, sans vraiment nous interroger sur le rôle du droit de punir dans le faire société, et dès lors de la place de la CPI dans cet éventuel contrat social. En somme, il s'agit d'expliquer pourquoi la CPI, et non pas une quelconque autre organisation internationale, serait à l'origine d'un contrat social global, c'est-à-dire d'un nouvel ordre fictionnel du monde, fût-il entre souverains. Qu'est-ce qui justifie notre intérêt si marqué pour une institution qu'il serait *a priori* difficile de distinguer de toute autre, et dont on voit mal en quoi elle pourrait incarner un nouveau regard sur le monde, à l'heure de la multiplication d'instances somme toute similaires ?

La réponse se trouve à la fois par une présentation de la fiction philosophique et de son dérivé « dans le réel ». L'une des spécificités nécessaires à l'établissement d'une fiction politique de nature contractualiste, et peut-être de toute fiction, est que ceux qui ont formé le *pacte* donnant naissance à ce récit récupèrent toute leur liberté dès qu'une mesure attendant à la raison de leur association (c'est-à-dire dans le cas d'un contrat social hobbesien, à la préservation de leur propre vie) est prise par l'instance chargée de veiller au respect de ce pacte, en l'occurrence le souverain.<sup>98</sup> le droit de sanctionner les manquements à la règle – le droit

---

<sup>97</sup> Il faut donc envisager la formation du contrat social global en considérant les souverains comme les acteurs fondateurs de celui-ci, en tant qu'entités partiellement autonomes.

<sup>98</sup> Hobbes, *Léviathan*, chapitre XXI, p. 346, voir *supra* note 28 :

Si le souverain ordonne à quelqu'un (bien que justement condamné) de se tuer, se blesser ou se mutiler lui-même, ou de ne pas résister à ceux qui l'agressent, ou de renoncer à l'usage de la nourriture, de l'air, de la médecine ou de toute autre chose,

de punir – constitue donc une arme à double tranchant pour ce dernier, qui se voit obligé de le manier avec prudence. Cette situation est d'autant plus paradoxale que l'État est bien cette machine de mort capable de tenir ensemble l'ensemble des individus formant la société par la peur<sup>99</sup> de son action, par essence punitive. Ce paradoxe, entre l'attribution d'une puissance théoriquement illimitée et le contrôle, voire l'autocontrôle que s'infligent volontairement les puissances souveraines, trouve son explication non seulement dans la nécessaire prise en compte des ressentis de la population, mais aussi dans les fondements de ce droit de punir, dont on n'a jusqu'ici interrogé ni la spécificité ni le mystère qui le fait au final se confondre avec l'idée même de pouvoir, tant il en conditionne l'existence.

### 8.3.5.1. L'origine du Pouvoir Absolu du Souverain

Nous avons rappelé à quel point droit de punir et droit d'énoncer une fiction politique sont au final les mêmes versants d'un même fait. La subtilité avec laquelle Hobbes explique, non pas fonctionnellement le fait que le droit de punir soit attribué de façon monopolistique au souverain, mais *comment* les souverains présidant aux sociétés se sont originellement saisis de ce pouvoir, permet de comprendre la fonction fondatrice de la CPI comme pourvoyeuse de récit politique sur la mondialisation, et dès lors de pouvoirs afférents. En décidant d'entrer en société, les individus renoncent au droit de défendre leur vie « préventivement », c'est-à-dire en prenant des mesures punitives contre d'autres personnes. Cette renonciation est mutuelle : l'ensemble des individus entrant en société y renoncent à condition que les autres en fassent de même. Or le souverain, qui était un individu parmi d'autres dans l'état de nature, et donc possédait ce droit, n'est pas partie au contrat social qui, rappelons-le, est établi entre les individus et non entre les individus et l'instance créée. En tant qu'individu non-contractant, mais partie à la société qui en est issue,<sup>100</sup> le souverain

---

sans laquelle il ne peut vivre, néanmoins, celui-ci a la liberté de désobéir [...]. Quand donc, notre refus d'obéir met en péril la fin en vue de laquelle la souveraineté fut établie, la liberté de refuser n'existe pas – autrement elle existe.

<sup>99</sup> Et non terreur, contrairement à ce qu'avance Derrida. La différence est importante : la peur doit être prévisible, pour permettre une régulation, alors que le passage de la peur à la terreur provoque la panique, l'hystérie, et dissout le lien social. C'est justement pour se maintenir du côté de la peur plutôt que de celui de l'instable – l'instantané éternel de la terreur – qu'est institué l'État.

<sup>100</sup> La précision est importante, en effet le souverain est partie au contrat social sans avoir renoncé à aucun de ses droits. Autrement, il serait un « barbare » pour reprendre la termi-

conserve le droit naturel de mort sur tous, droit auquel ont renoncé ses sujets. Il devient donc – une fois la fiction créée, parce qu’il ne s’est pas plié à ses règles d’énonciation tout en en faisant partie – le seul à même de pouvoir en modifier la nature en conditionnant la participation à celle-ci, excluant ou intégrant les parties à cette fiction *dans le réel*, en impartissant des sanctions attentatoires à la liberté des individus, ou pour utiliser un terme qui permet de mesurer l’à-cheval entre les deux mondes, en décidant de leur *sort*. Dès lors, le droit pénal devient un attribut propre à l’acteur de la souveraineté, à la personne ou groupe de personnes l’incarnant, et non à l’État, c’est-à-dire à la fiction, en lui-même, limité par les règles édictées par les parties ayant présidé à sa création.<sup>101</sup>

Tirant les conclusions de ce fait, nous ne pouvons dès lors envisager la formation du contrat social permise par la CPI que comme étant le fait des individus *acteurs* de la souveraineté (le monarque, le Président, leurs ambassadeurs en représentation, eux-mêmes en représentation de l’État), qui acceptent de renoncer partiellement au *droit de punir* dont ils étaient jusqu’alors les seuls détenteurs, et dont ils étaient immunisés, au bénéfice d’une fiction supérieure nouvellement créée et des organes l’incarnant, comme l’avaient auparavant volontairement fait les individus entre eux, pour les instituer comme leurs souverains.<sup>102</sup> La plus importante conséquence des éléments que nous venons de présenter est que le contrat social global formé par les États ne peut être qu’un contrat d’attribution d’exercice de compétences de souveraineté de second degré.

Derrière cette définition opaque se cache la spécificité la plus importante, fondatrice, de la Cour. Les citoyens ne *peuvent* être parties au

---

nologie aristotélicienne, et ne pourrait se prévaloir d’un quelconque droit sur ses concitoyens.

<sup>101</sup> Hobbes, *Léviathan*, Chapitre XXVIII, p. 464, voir *supra* note 28 :

Les sujets, en effet, n’ont pas donné [le droit de punir] au souverain, mais en abandonnant le leur, ils lui ont donné la force d’user du sien de la façon qu’il pensera adaptée à la préservation de tous. Ainsi le droit ne lui a pas été donné, mais lui a été laissé, et à lui seulement, et (sauf dans les limites que lui impose la loi naturelle) aussi complètement qu’à l’état de nature et de guerre de chacun contre son voisin.

Voir aussi chez Spinoza, *Traité politique*, chapitre III, paragraphe 2, voir *supra* note 11.

<sup>102</sup> La possibilité d’un contrat social global entre individus trouvant son fondement dans la CPI est ainsi définitivement écartée. Ce faisant nous laissons une interrogation fondamentale en suspens et résolue plus tard : quel intérêt les acteurs souverains recherchaient-ils en acceptant de céder leur immunité contre une mesure qui servira principalement à protéger leur population d’eux-mêmes ?

contrat social global dont elle est issue, puisqu'ils ont renoncé à l'usage de leur droit de punir au moment d'entrer en société, et ne peuvent pas, dès lors, transférer cet usage à une instance supra-étatique. Seuls les acteurs de la souveraineté, ceux qui se sont trouvés en situation de monopole de ce droit de punir suite à la création des sociétés, se trouvent en mesure d'établir un contrat social à l'échelle globale concernant le droit pénal – de créer un récit qui organisera la limitation de leur propre pouvoir. Il s'agit bien des chefs d'État. Dénuées de lien politique direct avec les individus,<sup>103</sup> les institutions qui en naissent, en l'occurrence la CPI, ne peuvent dès lors exister, pour être légitimes et avoir une force exécutoire, que si elles remplissent deux conditions : avoir pour terrain et objet d'action principaux, voire exclusifs, les acteurs de la souveraineté qui l'ont formée, c'est-à-dire les chefs d'État et les rebelles ; ou bien agir dans le sens de l'intérêt le plus essentiel, et directement déterminable, des individus assujettis, c'est-à-dire en les préservant des excès des premiers. En d'autres termes, l'existence des *commonwealths* ainsi institués ne peut se justifier auprès des populations (qui ne disposent d'aucun contrôle de premier degré sur l'activité de ces institutions, mais peuvent à tout moment sortir du contrat social et ainsi retirer aux acteurs de la souveraineté leur droit de les représenter) que si lesdites institutions permettent d'assurer un plus grand respect du droit naturel de celles-ci par les entités souveraines auxquelles elles se sont confiées, sans apporter de restrictions supplémentaires aux populations elles-mêmes.

Cette dichotomie est fondatrice dans le cas de la Cour pénale internationale. Elle explique pourquoi la Cour ne fait non pas appel à des jurys, mais à des juges professionnels dont la candidature a été présentée par un État. Invoquant systématiquement la protection des populations, la Cour ne peut agir pour cela que sur et par les souverains,<sup>104</sup> qui choisissent eux-mêmes leur propre Procureur.<sup>105</sup> Il lui faudra en permanence jongler avec

---

<sup>103</sup> Les victimes et accusés ont un lien procédural, judiciaire avec l'institution. Seuls les représentants des souverains, mais en tant qu'acteurs et non en tant qu'individus, ont ainsi un lien *politique* avec la Cour.

<sup>104</sup> Ainsi que les « ennemis » extérieurs au contrat social, c'est-à-dire les rebelles, qui se pensent, par leur quête du pouvoir politique, équivalents des souverains en puissance.

<sup>105</sup> Les victimes sont reléguées à un rôle symbolique, n'ayant que peu de poids dans les procédures, à l'instar des ONG censées représenter l'opinion publique mondiale et qui ne peuvent que transmettre des *amicus curiae*. Le circuit marche en vase clos, et l'absence de jury (qui pourrait incarner symboliquement l'*humanité*) est à ce titre révélateur, au-delà des prétextes techniques et politiques qui justifient son inexistence (prétextes techniques eux-

cette contradiction. Elle explique pourquoi la Cour invoque l'humanité comme cœur de son action, dans ce qui a pu apparaître à tort comme un écho cosmopolite, alors qu'elle n'est *qu'une* parole incantatoire visant à rappeler les limites négatives de son action. L'action de la CPI se situe en effet en dehors du degré d'appréciation direct, et donc politique, des souverains originels, le peuple, puisque ceux-ci sont exclus du contrat social nouvellement formé. Il est troublant de pouvoir penser que la *réalité* s'en soit tenue aux limites édictées par la fiction, et que le système juridique institué par le Statut de Rome soit *pratiquement* interdit, en droit comme en faits, d'agir au-delà des souverains et prétendants à la souveraineté, c'est-à-dire des rebelles et des chefs d'État, comme la fiction – qui l'a silencieusement instituée et dont elle n'est au final qu'une extension – le lui imposait. C'est en fait là une nécessité, qui explique tout autant le rôle « fondateur » des Traités de Westphalie, non pas tant en tant que créateurs d'une réalité qu'en tant que *formalisateurs* imposant des limites dorénavant irréfragables. Les rêves cosmopolitiques sont loin, et c'est là peut-être le plus flagrant paradoxe de la théorie contractualiste, et de la Cour. Si la Cour, parce qu'elle ne peut pas les prendre en cible, ne *peut* qu'agir positivement à l'égard des populations, elle ne fera jamais de cette positivité instrumentale sa finalité – finalité qui n'est pas, ainsi, la protection des populations, mais celle des acteurs qui l'ont instituée, à savoir les chefs d'État.

Tout porterait à croire *moralement* que l'État devrait être particulièrement contrôlé par les populations sur l'exercice du seul droit qui ne lui a pas été transféré mais dont il a *de facto* l'usage, à savoir le droit de punir. C'est pourtant à une autorégulation bien éloignée des populations que la CPI donne lieu – faute d'alternative démocratique à une échelle globale.<sup>106</sup> Quatre siècles plus tard, la théorie hobbesienne permet d'éclairer ce que l'on aurait pu considérer comme des erreurs ou des défaillances de l'institution, et que l'on découvre être des failles systémiques, pour ainsi dire naturelles à la Cour.

---

mêmes révélateurs de l'inexistence d'une communauté humaine aujourd'hui organisée ou organisable politiquement à l'échelle interindividuelle).

<sup>106</sup> On peut, à partir de cette charpente théorique, comprendre la gravité du déficit démocratique dans l'Union Européenne et ses récentes dérives à l'aune de l'impossible contrôle de son action par les individus.

### 8.3.5.2. L'Idée Face aux Ruptures du Réel : du Coût en Vie Humaines des Limites d'une Abstraction

Ce retour sur les conditions d'émergence et d'exercice du droit de punir – et donc de contrôler le *dire du réel* – telles que décrites par Hobbes, nous permet par ricochet de trouver, par l'une de ses failles, une des explications fondamentales à l'explosion des violences de masse et à la centralité politique que ces dernières ont progressivement acquises au fil de ces dernières décennies, et dès lors à la raison pratique de l'émergence d'une fiction (la Cour pénale internationale) venant surplomber et inhiber celle qui a dominé ces quatre derniers siècles, l'État. Si nous avons vu quelles évolutions pratiques ont provoqué un accroissement de l'emprise de l'État et de sa capacité de destruction, nous n'avons pas encore cherché à comprendre pourquoi cet accroissement posait problème dans le cadre de nos récits collectifs, ou pour le dire autrement, pourquoi ces changements d'échelle ont amené à un point de rupture systémique.

L'explication de cet effondrement partiel de la fiction est une nouvelle fois à trouver dans une insuffisance théorique *imperceptible* à l'époque de son énonciation et que la Cour se propose de combler par un *complément de récit*.

En règle générale, la définition du droit de punir est sujette à un arbitrage permanent entre désirs des individus et acteurs de la souveraineté. Il s'agit de la source de tensions principale entre l'État et ses sujets : loin de s'appuyer sur des fondements fixes et atemporels, il est le résultat d'un compromis politique permanent.<sup>107</sup> Lorsque la tension est trop forte, et que le souverain ne semble plus à même de pouvoir protéger ses populations ou devient lui-même trop menaçant, une révolte ou une révolution se déclenchent, les hommes se libèrent du contrat social, et le pouvoir est renversé. Le modèle westphalien s'est ressenti, jusqu'à se voir menacé dans sa subsistance, de l'incapacité des populations, et en particulier des minorités, à limiter autrement que par la violence l'extension *extérieure* du droit de punir<sup>108</sup> des souverains – restée sans le moindre contrepouvoir alors que des limites étaient progressivement imposées au droit de punir

---

<sup>107</sup> Le contractualisme rejoint là, non seulement les positivistes, mais tout simplement l'histoire du droit pénal, qui est venue confirmer ces prémisses.

<sup>108</sup> Précisions immédiatement la portée de cette notion de *droit de punir* extérieur, qui n'a aucune portée normative. Il s'agit purement et simplement dans la perspective hobbesienne du droit naturel qu'a toute personne de défendre son existence par tous les moyens dans l'état de nature.

*intérieure*, dénommé, codifié le plus souvent au sein d'un domaine, le *droit pénal*, et par conséquent délimité jusqu'au point où de nombreux acteurs de la souveraineté ne détiennent aujourd'hui, en *temps normal*, qu'un pouvoir d'exécution extrêmement encadré en la matière par d'autres pouvoirs. Devenu un droit de massacre collectif, du fait des processus historiques et technologiques que nous avons mentionnés, le droit de punir extérieur n'a lui cessé d'accroître son emprise sans ne jamais voir son monopole ni son extension retirés aux acteurs de la souveraineté, malgré la multiplication d'accords conventionnels sans véritable portée. L'extension des espaces d'exception n'a de plus cessé de contaminer les espaces, permettant de plus en plus au souverain d'invoquer un droit de mort resté absolu sur toute personne extérieure à son contrat social pour l'appliquer au sein de celui-ci, contre des individus censés en être protégés.<sup>109</sup>

---

<sup>109</sup> Il est à ce titre particulièrement intéressant d'étudier le modèle américain. Souhaitant lutter contre une « menace extérieure », et alors que la jurisprudence de ses Cours s'ouvrait de plus en plus à celle de leurs sœurs étrangères, l'administration a cherché à créer des exceptions toujours plus nombreuses à l'État de droit et au contrôle judiciaire de son action. D'abord concentrées sur son action extérieure, la légalité internationale et les ressortissants non-américains, ces exceptions se sont progressivement étendues à l'ordre interne, comme nous l'avons vu dans une précédente note. Les instances judiciaires ont tenté d'arbitrer entre la volonté de l'État d'accroître ses marges de manœuvre contre les menaces extérieures afin de préserver son contrat social et la nécessité de préserver les droits individuels afin de ne pas dissoudre la raison même de la formation du contrat social, à savoir la protection de la population contre l'arbitraire (ce qui a amené à des batailles légales inconnues jusqu'alors, comme par exemple lors de la saga qui a suivi la décision *Ramdan v. Rumsfeld* de la Cour suprême, qui confirmait l'inconstitutionnalité des commissions militaires de Guantanamo et qui fut suivie par l'adoption fulgurante du *Military Commission Act* pour les préserver, avant que l'édifice judiciaire n'y réponde par d'autres décisions, notamment *Boumediene v. Bush*). Mais en cédant sur la portée du droit international (dont la décision de la Cour suprême *Medellin v. Texas*, refusant d'intégrer aux procédures judiciaires internes une décision de la CIJ malgré l'acceptation de sa compétence par l'État américain, reste la plus symbolique) les juges ont progressivement affaibli leurs marges de manœuvre sur la scène intérieure. En fragilisant les ébauches de contrat social à l'échelle mondiale qui avaient été pourtant lourdement portées pendant des décennies par l'État américain dans l'objectif de renforcer sa sécurité, c'est le principe fondateur du contrat social lui-même qui a fini par être atteint : la protection de la vie de leurs citoyens. Le livre blanc 020413 du *Department of Justice*, rédigé par Harold Koh, autorise ainsi l'assassinat extrajudiciaire de citoyens américains dans le cadre de frappes de drone. En multipliant les espaces juridiques d'exception, gouvernement comme juges prennent progressivement le risque d'un retour de l'anarchie non plus seulement au niveau international, mais aussi national, dans une contamination aussi inquiétante que prévisible.

Il n'est pas paradoxal de considérer que, bien que la puissance souveraine suive en règle général et dans le long cours l'intérêt de sa population, et en particulier dans l'exercice du droit de punir, le cas contraire puisse se produire ponctuellement, avec des conséquences terribles pour les sociétés qui lui ont sacrifié les pleins pouvoirs. Car si l'éventualité de ces désajustements temporaires avait été pensée par Hobbes, c'était alors que leur intensité ne *pouvait pas* être imaginable dans sa dimension actuelle. Le pouvoir discrétionnaire du souverain, qui lui vaut une immunité pour tous les actes commis dans ses fonctions, a toujours eu pour objectif de permettre ces diachronies temporaires afin d'assurer une stabilité à la fiction qui encadre la société, dans une foi quasi-hégélienne dans la capacité des souverains à assurer le meilleur pour les sociétés sur le long terme, quitte à en sacrifier ou à en exclure régulièrement des minorités. En retour de cette extension sans limite du pouvoir du chef, en toute situation où la vie d'un individu est mise en péril par le souverain, fût-il condamné dans le respect des normes, le droit de résistance se fait jour, le souverain se *désautorise* de fait vis-à-vis de ceux qu'il a condamnés, c'est-à-dire exclus de la société. Ce droit de résistance, essentiel, ne s'est cependant jamais déployé à l'échelle collective, à la rare exception de la constitution française de 1793 qui instaura éphémèrement un droit d'insurrection impossible à maintenir pratiquement.

C'est que le fondement même du principe de souveraineté tel qu'il a été interprété par notre modernité politique l'interdit. Si Hobbes avance des critères permettant d'évaluer si notre situation personnelle nous autorise à faire exercice de ce droit de rébellion et de nous extraire du contrat social,<sup>110</sup> il n'en va pas de même pour le « sort collectif ». Ainsi, dans le système hobbesien aussi bien que dans la réalité, il serait impossible de déterminer lorsqu'un droit de soulèvement contre le souverain se fait effectif, autrement que dans le cas où un grand nombre de personnes – suffisant pour déposer le souverain – se trouveraient directement et en même temps individuellement menacées de mort par le souverain. Le droit positif et la détermination des notions de justice et d'injustice restant en tous cas des attributions de ce dernier, il ne semble exister de possibilité *réelle* de renversement politique collectif autre que par l'accumulation d'une puissance telle qu'elle dépassera celle du Léviathan, ce qui revient à

---

<sup>110</sup> En précisant un élément essentiel pour l'autorité de l'État : l'interdiction absolue de toute rébellion en faveur d'un autrui condamné par l'État qui ne soit pas directement partagé par nous.

une guerre civile et non à une révolution.<sup>111</sup> Bien plus grave, il n'est aucune possibilité de le renverser, ou de récuser l'une de ses décisions, sans faire usage de la violence et donc revenir à l'état de nature. L'explication de l'apparition des violences de masse à l'intérieur des contrats sociaux et non comme résultat d'un conflit interétatique ou une campagne d'assujettissement,<sup>112</sup> et leur explosion à mesure que les appareils étatiques s'étendaient, est à trouver dans cette insuffisance.

Sans possibilité d'établir un critère moral alternatif à celui du souverain, toute résistance autre qu'individuelle à celui-ci est *de facto* condamnable, qu'elle soit violente ou pacifique.<sup>113</sup> Portant dans sa propre mise en œuvre la négation du souverain, ne pouvant donc être criminalisée, elle est même terrorisme.<sup>114</sup> Hobbes envisage seulement comme porte de sortie la possibilité exceptionnelle où un groupe de personnes se trouverait en même temps menacé de mort du fait d'une injuste résistance au souverain : ceux-ci auraient alors « la liberté de se regrouper, de se prêter main-forte et de se défendre les uns les autres ». Mais la réalité de leur état serait alors évidente : leur droit provient du fait qu'ils se bannissent ainsi eux-mêmes de la société et sortent du contrat social, autorisant une action violente à leur encontre et entraînant une lutte à mort propre à l'état

---

<sup>111</sup> C'est ce qui explique en partie la multiplication des dispositions constitutionnelles et législatives offrant des « voies légales » de contestation, comme les théories concernant la résistance et la désobéissance civile.

<sup>112</sup> Celles-ci ayant déjà été expliquées précédemment.

<sup>113</sup> Hobbes le traduit ainsi :

Nul n'a liberté de résister au glaive de l'État pour défendre un autre, qu'il soit coupable ou innocent, parce qu'une liberté semblable prive le souverain des moyens de nous protéger et détruit, par conséquent, l'essence même du gouvernement.

Hobbes, *Léviathan*, chapitre XXI, p. 348, voir *supra* note 28.

<sup>114</sup> Nous entendons ici le terrorisme comme un acte considéré comme criminel (au sens le plus neutre du terme, c'est-à-dire en rupture avec l'édifice normatif) sur le territoire où il est commis, et dont la commission vise explicitement à subvertir un ordre établi. Contrairement à la position prise par J. Derrida – qui affirme que la notion est d'autant plus utilisée qu'elle est indéfinissable –, il nous semble que cette proposition permet d'englober l'ensemble des formes de terrorisme, qu'il soit étatique, individuel, etc. Parce qu'il dépend de chaque contexte – le droit pénal définissant la notion de « crime » évolue très largement selon les sociétés et les périodes –, il s'agit d'une notion par essence neutre, amoral et précaire, qui exclut cependant un certain nombre de dérives (ainsi tout acte commis dans le cadre du droit de la guerre ne pourra être considéré comme terroriste car appartenant à un ordre légal propre et extra-territorial).

de nature.<sup>115</sup> En quelque sorte, à moins que les destinées individuelles et prises séparément de l'ensemble, ou d'une majorité des membres d'une société ne soient en danger immédiat, il n'est nulle possibilité légitime de se rebeller collectivement. Le droit de rébellion individuel, point central de notre modernité politique, ne se prolonge pas en un droit collectif sans dissolution du contrat social.

Cette impasse, condition supposée de l'autorité du souverain, ignore comme on l'a dit les conséquences dramatiques de la dichotomie temporaire<sup>116</sup> qui peut se faire jour entre les populations et l'État et de la lutte violente qui s'ensuit. Notre époque en a évidemment démultiplié ses dommages potentiels, mais déjà Wippon, dans son récit de la vie de l'empereur du Saint-Empire Conrad II, racontait la stupéfaction de celui-ci face à la foule de Pavie, venue justifier la destruction de son palais royal par le fait qu'elle avait eu lieu alors que le précédent empereur était mort et Conrad II pas encore sacré. Le discours était tenu par un *ambassadeur* de la ville dépêché auprès du nouveau pouvoir, dans un acte signifiant, volontairement ou non, la séparation *a minima* temporaire de celle-ci avec le corps du souverain. Conrad II, en guise de réponse à cette résistance collective, drapée d'une lecture alternative de la notion de souveraineté, détruisit la ville, massacrant ses habitants et réaffirmant par là même la prééminence de l'Empire comme fiction permanente, concept atemporel dont les incarnations humaines ne seraient que des objets transitifs, séparant en somme les deux corps de la souveraineté pour consacrer la domination de la *forme* de l'Empire comme principe éternel et véritable objet de la soumission, seule garante de l'impossibilité d'une faille dans laquelle pourraient s'engouffrer les populations pour récupérer

---

<sup>115</sup> La distinction entre ces différentes sortes de résistance, l'une que l'on pourrait qualifier de politique et l'autre d'individualiste, a notamment fait l'objet d'une théorisation chez Max Stirner, qui s'est attaché à différencier la notion de révolte, individuelle et ne cherchant pas à remettre en cause « directement » la puissance souveraine (celle-ci pourrait être réprimée « de l'intérieur » de la société), et la révolution, d'essence directement politique et collective (qui entraînerait le bannissement). Cette distinction, très discutée, a fait l'objet de longs développements chez Marx, qui la réfutait, insistant sur le caractère essentiellement similaire des deux sortes d'actes, fondés sur l'égoïsme.

<sup>116</sup> Qui correspond à ce moment de « transition souveraine », qui peut certes agoniser, comme dans le cas syrien, mais constitue généralement un « *momentum* ». C'est bien là où nous touchons les limites de la théorie hobbesienne : si ces dérives limitées étaient, ou pouvaient être, considérées comme un « moindre mal » acceptable au XVII<sup>e</sup> siècle, l'accroissement du pouvoir de destruction des États au XX<sup>e</sup> siècle les rend bien trop mortifères pour ne pas chercher à établir toute une série de limitations au Léviathan tout puissant.

leur autonomie.<sup>117</sup> Il rappelait, par l'exercice arbitraire et sans limite de sa toute-puissance, son monopole sur l'énonciation de fictions politiques et leurs interprétations, son rôle exclusif d'oracle d'une forme qui lui était prééminente.<sup>118</sup> La tentative d'échapper à son monopole se paya dans le sang d'une population qui comprit trop tard que la fonction du Saint Empire était justement d'interdire toute possibilité de *faille* au sein des édifices souverains dont elle avait la charge et de créer un espace où la permanence d'un pouvoir supérieur avait pour but de préserver un ordre ininterrompu aux échelons inférieurs.

Face à l'impossibilité du soulèvement, d'une contestation même temporaire de l'édifice fictionnel sans lutte à mort, une alternative a été progressivement pensée. Il s'agit de la judiciarisation de l'espace politique, et de ce *non-lieu* en particulier qu'est le droit de punir, qui pourrait permettre d'assurer la continuité de l'autorité politique, et dès lors du *faire société*, en cas d'excès de la part du souverain – offrant un droit positif collectif de résistance à ses abus, qui ne remettrait pas en cause le contrat social dans son ensemble. C'est la proposition de la Cour, qui a émergé après que ce qui n'a jusqu'ici été traité que comme une impasse théorique s'est traduit par la multiplication de massacres qui ont marqué le XX<sup>e</sup> siècle. L'ensemble des évolutions ayant eu cours depuis l'énonciation de la théorie hobbesienne permettent aujourd'hui d'envisager de façon poli-

---

<sup>117</sup> Ce récit historique, peut-être partiellement fabulé, concerne un phénomène qui a d'évidence traversé l'ensemble des édifices souverains européens, et qu'on retrouva par exemple en France dans la transformation des hommages liges, qui n'étaient pas héréditaires et devaient être renouvelés à la mort des vassaux et des suzerains, par Philippe Auguste qui, devenu Roi, devait subir les hommages de l'ensemble de ses vassaux, y compris les vassaux de ses vassaux et ainsi de suite, et décida de créer une forme de *méta-hommage* lige qui ne concernait que les grands seigneurs, qui lui offraient la fidélité de l'ensemble de leurs vassaux par cette même cérémonie, et qui était systématiquement considéré comme prioritaire sur toute autre soumission. Cette première fictionnalisation d'actes qui jusqu'alors devaient être systématiquement réalisés servit de premier préalable, déterminant puisqu'il impliquait pour la première fois une virtualisation de l'acte, à la décorporalisation complète de la soumission au roi, puis à la couronne, jusqu'à ce que soit conceptualisée la *dignitas non moritur* et ses succédanés décrits par Kantorowicz dans son ouvrage sur les deux corps du roi – ouvrages dans lesquels il rappelait que le roi ne mourait pas, mais se *démisait*. Voir sur la théorisation de ce passage qui fut, sans être totalement explicité, abordé par Hobbes : Philippe Crignon, *De l'incarnation à la représentation : l'ontologie politique de Thomas Hobbes*, Garnier, Paris, 2012.

<sup>118</sup> Il fallut plusieurs autres siècles à la Couronne pour remplacer, théoriquement, la violence par le droit comme mode de résolution des conflits et de pacification au sein de son espace, par le truchement d'un acte impérial pris lors de la Diète de Worms, en 1495.

tiquement rationnelle – et applicable sur des temps extrêmement courts – la commission de violences de grande ampleur, annihilant la possibilité même de sortie du contrat social pour construire une résistance collective, et pouvant provoquer en retour l’effondrement de la puissance souveraine comme de sa population en seulement quelques semaines si cette sortie était finalement arrachée. Les guerres mondiales, fruits de l’extension de la toute-puissance des Léviathans et de leur affrontement dans le cadre de l’état de nature qu’ils avaient contribué à créer, sont la conséquence directe de la négation par ceux-ci de la possibilité de résistance collective et de la primauté de la notion de « souveraineté ». Ces guerres totales et modernes se sont ajoutées à la multiplication des violences de masse « intrasociétales ». L’inévitable lien entre le développement de la forme étatique hobbesienne et la progressive transformation des relations internationales, voire des intérieurs étatiques eux-mêmes, en un vaste état de nature, s’est vu confirmé par la pratique, retournant de façon de plus en plus radicale le modèle hobbesien contre ceux qu’il était censé protéger au départ, les contractants.<sup>119</sup>

Il est devenu aujourd’hui difficile de différencier à cet égard les échelles nationales et internationales, dans une spirale catastrophante rendant le rôle protecteur de l’État chaque fois plus virtuel. Les révolutions arabes sont la dernière illustration de la fusion toujours plus récurrente des différents échelons et de ses conséquences, dont le droit international pénal a pris acte en cessant de distinguer conflits internationaux et internes : confondant leur destin à celui de leur État,<sup>120</sup> les dirigeants contestés, notamment Mouammar Kadhafi et Bachar El-Assad, ont fait usage de la force contre leurs citoyens de façon toujours plus indiscriminée et intense à mesure qu’ils sentaient leur échapper leur emprise politique. La société étant censée s’incarner en eux, les corps se présentaient inséparables, et dès lors toute excroissance devait et pouvait être éliminée. La fa-

---

<sup>119</sup> Les stratégies d’alliance, censées être protectrices selon la théorie réaliste, ont été à l’origine des guerres mondiales (directement dans le cas de la première), qui n’étaient censées être que des « conflits limités » visant à rééquilibrer les rapports de force similaires à ceux ayant eu lieu depuis le Congrès de Vienne, et qui n’ont pris leur ampleur finale que par les déclenchements successifs des accords d’assistance. À ce premier phénomène s’ajoute le déséquilibre causé par le colonialisme et l’universalisation de l’horizon étatique européen, ce sur quoi nous reviendrons.

<sup>120</sup> « Mouammar Kadhafi n’a pas de poste officiel pour qu’il en démissionne. Mouammar Kadhafi est le chef de la révolution, synonyme de sacrifices jusqu’à la fin des jours » (intervention de Kadhafi à la télévision d’État, le 22 février 2011).

ble n'a pas tenu. La situation syrienne a permis de revivre la période pré-onusienne : soutenu régionalement et par une *grande puissance*, le souverain a pu faire fi de toute pression internationale et déclencher un feu illimité sur sa population, visant non pas tant à se maintenir comme souverain de la société qu'à détruire le contrat social pour en reconstruire un nouveau sur de nouvelles bases, certainement territorialement et communautairement réduites – et dépendante de tutelles étrangères. Plus généralement, aucun des Léviathans touchés par les révolutions arabes n'aura récupéré le contrôle sur la société qu'il dirigeait initialement, la plupart partant du fait d'une perte de contrôle sur leur appareil répressif (Tunisie, Égypte, Yémen) suite à la dissolution de la croyance dans le pacte social fondant leur droit de punir ou voyant leur emprise se transformer suite à une guerre civile (Libye, Syrie, Bahreïn)<sup>121</sup> jusqu'à atteindre la forme même de leur gouvernement. Ne disposant pas des outils permettant de négocier une alternative (constitutions libérales déconnectant l'acteur de la souveraineté, contre-pouvoirs sociétaux capables d'intermédiaire, Cour pénale internationale), ils n'auront eu d'autre *choix* que la répression, sans faire de distinction entre protestations pacifiques et armées, entre contestation politique et rébellion militaire. Dans le même temps, aucun outil n'aura été offert aux citoyens cherchant à renverser leur représentant souverain pour leur permettre d'agir *dans le droit*, les forçant à répondre à la violence de la répression par une autre forme de violence, visant le corps du souverain et ses extensions institutionnelles, dès lors que les rares interstices démocratiques existant étaient bafoués et que la contestation pacifique ne permettait pas l'établissement d'un rapport de force fictionnel suffisant pour provoquer l'effondrement du régime,

---

<sup>121</sup> Les souverains de ces deux derniers cas restant au pouvoir, mais au prix pour le premier d'une renonciation à contrôler une large partie de son territoire, et pour le second d'une mise sous tutelle *de facto* par une puissance étrangère, l'Arabie Saoudite. D'autres pouvoirs ont eux réussi à inhiber les contestations naissantes, comme l'Algérie, le Maroc (qui a par ailleurs *capté* les élites potentiellement révolutionnaires en les intégrant au système par une libéralisation d'apparat) et le Soudan, tous s'appuyant sur d'importantes mesures sociales mais aussi une puissance symbolique (traumatisme de la guerre civile récente en Algérie, fusion du pouvoir politique et religieux au Maroc, menace d'un ennemi intérieur au Soudan) et un quadrillage policier de leur population alimenté par des ressources *extraordinaires* mobilisées avant que la contestation puisse se structurer.

comme ce fut le cas en Tunisie et en Égypte.<sup>122</sup> L'aporie syrienne trouve là ses racines.

### 8.3.5.3. La Condition d'exercice du Pouvoir Devenue Aporie

La seule réponse « classique » possible à cette situation, dans laquelle l'État ne menace plus d'un « moindre mal » mais d'un mal bien plus terrible que l'état de nature, est la dissolution du récit formant la société et le retour à l'état de nature. Ce point de basculement de la puissance fait de celle-ci, censée rendre passif le rapport au droit de punir, un excitant qui dissout de façon accélérée la société. « Mettre à mort les sujets, les dépouiller, user de violence contre les vierges, et autres choses semblables, c'est changer la crainte en indignation, et conséquemment l'état civil en état de guerre », écrit Spinoza avec les mots qui résonnent particulièrement quatre siècles plus tard.<sup>123</sup> Les jeux de visibilité sur le pouvoir et la terreur diffuse qu'il devait inspirer pour maintenir l'ordre en temps normal deviennent – par leurs excès, pensés comme nécessaires – la cause de la propre perte de ces régimes en temps de contestations. L'exhibition symbolique de la puissance, lorsqu'elle ne produit plus les effets escomptés, reprend le chemin inverse qui l'avait amenée à *s'invisibiliser*, réinvestissant le champ de la parole menaçante, la mise à mort publicisée et spectaculaire, et dans un dernier stade les violences *sidérantes* contre les plus innocents, les « vierges » dont parlait Spinoza, victimes expiatoires montrant la détermination du pouvoir à porter le combat jusqu'à ses dernières extrémités pour, une dernière fois, tenter de réinstaurer leur autorité. L'arbitraire<sup>124</sup> et la barbarie ne sont que des techniques de préservation de l'ordre, de la capacité à faire récit et à faire croire en ce récit, techniques naturellement investies par des pouvoirs aux abois lorsqu'ils ne pensent avoir plus d'autre choix, au risque de

---

<sup>122</sup> Certains penseurs, notamment J. Habermas, postulent que la démocratie permet de répondre à cette aporie, en intégrant en elle-même son propre dépassement, par son acceptation de la critique. Différents arguments y ont été opposés, notamment dans le cadre des démocraties formelles, toujours plus nombreuses, que nous ne développerons pas ici. Il reste que, même dans cette perspective, cette proposition est toujours rattachée à un regard *in fine* cosmopolitique insuffisant à de nombreux égards – à commencer par la réponse à une éventuelle et brutale crise provoquant une velléité de changement de régime.

<sup>123</sup> Spinoza, *Traité politique*, chapitre IV, paragraphe 4, voir *supra* note 11.

<sup>124</sup> Dont l'idée même porte en elle celle d'une reconfiguration du contrat social sur des bases différentes, considérées comme injustes ou incompréhensibles par ceux qui s'en trouvent lésés, ou parce que le souverain a décidé, pour une raison ou une autre, de ne pas expliciter le contenu de ce nouveau contrat social.

l'effondrement du système dans son ensemble, que de tenter de parer à la dissolution du contrat social par un réinvestissement *réel* de leur puissance jusqu'ici demeurée fictionnelle. Cette puissance exercée n'atteint évidemment que très rarement les proportions mythologiques de son récit, amenant dans le cas où les populations se trouvent excitées plutôt qu'apeurées, à en tester les limites, voir à provoquer des renversements. Si les pouvoirs les plus *modernes*, dont les démocraties, sont moins prompts aux massacres contre leur propre peuple, c'est que le système, la fiction, ne se confond pas avec son détenteur transitoire, et que ce dernier peut être sacrifié pour la survie de celle-ci sans qu'un effondrement ne soit systématiquement à craindre.

Cet angle mort théorique, l'impossibilité de trouver une alternative au passage de la fiction aux corps, rend l'intérêt du *faire société* dépendant d'une question d'appréciation permanente et sape la pérennité du contrat social. Certains penseurs iront jusqu'à affirmer que, étant donnée la capacité de nuisance nouvelle de l'État, s'y soumettre est devenu un jeu de dupes, les risques pour la vie des individus étant au moins aussi importants que dans l'état de nature.<sup>125</sup> De nombreux activistes les suivront. Aujourd'hui, la guerre civile est le type de confrontation armée le plus répandu dans le monde.<sup>126</sup> La forme elle-même de l'État, par son incapacité à considérer collectivement le droit de résistance des individus et les risques qu'elle fait peser sur ces derniers, s'en trouve menacée dans son format westphalien, c'est-à-dire fictionnellement absolue. La nécessité de trouver d'autres fondements donne naissance à de nombreuses écoles pensées qui de l'anarchisme, du libertarisme, ou son courant minarchiste, en philosophie, au néolibéralisme en économie et peut-être d'une certaine façon de certains foucaldismes, tenteront de penser *en dehors de l'État*. Le marxisme lui-même se donnera pour horizon le dépassement de l'État, tandis que les utopies de la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle cherchent à construire autant d'espaces politiques exo-étatiques. La fin du XX<sup>e</sup> siècle et le début du XXI<sup>e</sup> se chargeront de montrer que le monopole étatique sur les relations internationales, qui restait considéré comme une évidence,

---

<sup>125</sup> Nombreuses de ces écoles forment paradoxalement d'excellents outils de pensée d'un ordre mondial à venir. Ainsi en est-il notamment des travaux de Robert Nozick sur l'État minimal qui dressent des ébauches que nous considérons potentiellement transposables de façon pertinente à l'échelle internationale.

<sup>126</sup> En moyenne, un peu plus de deux guerres civiles ayant provoqué plus de mille morts se déclenchent chaque année depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale.

défaillait depuis de nombreuses années sans que personne n'ait été en mesure de le voir ni de le penser.

Est-il possible de sortir de cette alternative cornélienne sans pour autant mettre à bas un ordre westphalien pluriséculaire ? Est-il possible de limiter la toute-puissance de l'État, principalement en ce qui concerne son droit de punir, en l'amenant à reconnaître le droit de résistance collectif ? Ou du moins en lui refusant le droit de le réprimer ? Est-ce qu'un contrat social global est envisageable, et satisfaisant, non plus seulement en théorie, mais dans les faits ?

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 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 sujets,<sup>127</sup> 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 grave »,<sup>128</sup> 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*,

---

<sup>127</sup> 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.

<sup>128</sup> 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.

du souverain criminel.<sup>129</sup> 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, 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 bicéphale.<sup>130</sup> Elle permet par ailleurs de

---

<sup>129</sup> 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).

<sup>130</sup> 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<sup>e</sup> 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 dé-

comblent ce deuxième vide qu'est l'impossibilité de sanctionner autrement que par les repréailles 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 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 violente.<sup>131</sup> 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 souverains.<sup>132</sup> 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 force.<sup>133</sup> Elle propose une alternative

---

marches, 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.

<sup>131</sup> Nous verrons par la suite par quels biais la CPI intervient et quels sont les mécanismes de contrôle existants.

<sup>132</sup> 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.

<sup>133</sup> 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

au renversement illégitime et violent, alternative qui préserve les deux corps, l'un dans sa continuité, l'autre dans son intégrité physique : une logique de dessaisissement temporaire et limité, accompagné le cas échéant d'un renversement légitimé. La sécurité fondamentale des individus,<sup>134</sup> 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 une échelle inférieure ; il remplit l'objectif assignable à la justice, celui d'être l'outil utilisé par le souverain

---

placer dans le juridique), leur amnistie devient inenvisageable, l'amnistie étant justement un processus politique.

<sup>134</sup> 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 [...]

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 obligation.<sup>135</sup> 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 autorisation.<sup>136</sup> C'est à ce titre que se révèle être particulièrement importante la notion de *subsidiarité*, affirmée dès l'article 1<sup>er</sup> 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 en théorie de résoudre les éventuelles contradictions concernant le principe de souveraineté au niveau fondamental, en faisant de la CPI un acteur de dernier recours.<sup>137</sup> Les importantes limitations du Statut de Rome, qui ne peut traiter que des crimes de guerre, crimes contre l'humanité et crimes de génocide, étaient censées contribuer 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.<sup>138</sup> Il semblerait que la perception de l'institution démontre l'échec de ces limitations.

---

<sup>135</sup> 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.

<sup>136</sup> 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.

<sup>137</sup> 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.

<sup>138</sup> 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

#### 8.4. Conclusion

Le pouvoir naissant est sans pitié, féru d'action plutôt que de mythologies peu assurées qui n'apparaîtront *avec la force de l'évidence* que par la suite, pour légitimer, justifier, renforcer ce pouvoir s'exerçant, « né en marchant ». Difficile de théoriser sans caricaturer ou sans servir des processus qui s'autoalimentent, s'entremêlent et n'ont de caractère définitif et annonciateur que longtemps après leur commission, le plus souvent du fait d'un mélange de hasards et d'incompréhensions.

Tout appareil de pouvoir suscite le dégoût lorsque la proximité à ses dispositifs d'exécution se fait trop grande et que les corps émergent sous le vernis des idées. Une fois ses entrailles découvertes se construit avec lui un rapport par trop insupportable dès lors que le pouvoir est réel, c'est-à-dire *réellement* capable de contrainte sur les corps. C'est là le prix à payer du passage de l'abstraction, de l'idée, à sa concrétisation, sa mise en mouvement, qui explique la distance systématiquement mise entre le décideur et l'exécutant, seul ce dernier ayant un rapport au réel – et quelque chose à *dire* – tout en étant paradoxalement le seul à ne rien savoir.

Il en va de la Cour pénale internationale comme de toute autre structure ayant pour ambition d'ordonner le réel.

La CPI est un outil au service d'un ordre qui avait besoin d'un tiers objectif pour éviter que ses contestations endogènes, toujours plus visibles mais dénuées de fictions suffisamment structurantes ou universalisables, ne finissent par s'auto-habiller, et amènent le monde à ce qui est devenu la principale figure de l'angoisse contemporaine, l'anarchie. Qu'importe que cette dernière soit potentiellement moins injuste, moins violente, et peut-être même ironiquement plus ordonnée que nos formes d'organisation politique contemporaines. Qu'importe que l'ordre que défend la CPI – celui de Westphalie – soit le seul à même de susciter

---

société dans lequel elles se sont volontairement insérées : plus l'entité dans laquelle ils ont accepté de se fendre 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 fondre 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).

l'expression ultime du « mal » qu'il est censé combattre, le génocide. Faute de fiction de substitution universelle – car il nous sera difficile d'échapper dorénavant à cette idée qui a tout contaminé,<sup>139</sup> c'est bien à l'anarchie comme fiction, et donc comme ensemble enveloppant et inévitable, fatalité répulsive, impossibilité d'ordre quelconque, à laquelle tous se croiraient condamnés en cas de renoncement. L'État, forme vide dont les racines latines se réduisent à un *tenir debout* évocateur, dit le futur en maîtrisant la production de droit.<sup>140</sup> La lui retirer, c'est voir s'effondrer toute prévisibilité, et faire naître un sentiment d'absolue insécurité. Nous n'y sommes pas encore autorisés.

En ne s'attaquant qu'à des *barbares* appartenant à un espace conçu comme incivilisé par une modernité à laquelle il résiste depuis plusieurs siècles, la Cour a parfaitement joué son rôle pendant sa première décennie d'existence : tenir à distance, délégitimer et disqualifier cet *étranger* ensauvagé, incarnation de l'anarchie qui menace, qui inquiète tant nos sociétés, et, en l'excluant de l'humanité, former autant de boucs émissaires capables de nous aider à traverser une période troublée. Aux mythologies d'hier s'est substituée une rationalité juridique d'autant plus efficace qu'elle se drape de l'objectivité et de l'appel à la défense non pas d'une société, mais de l'humanité toute entière. *Puisque nous ne pouvons plus incarner le monde, nous nous muerons en son universel défenseur.*

Contrairement aux apparences, l'ennemi n'a pas changé. Notre étude de l'affaire Katanga a démontré l'inanité de procédures dont plus aucun des acteurs ne percevait le sens, et qui ne savaient y trouver d'autre explication que par l'élaboration d'un raisonnement autoréférentiel.<sup>141</sup> Ne

---

<sup>139</sup> Et dont on peut se demander si cet universel n'a jamais été qu'au service de l'ordre dominant, comme le rappelle Alain Badiou, qui lui donne pour origine première le paulinisme qui appelait déjà les esclaves à ne pas remettre en cause l'ordre du monde.

<sup>140</sup> Ce que Pierre Legendre pressentait sans tout à fait le dire, parlant de l'État comme *prédicteur de l'avenir symbolique des générations à venir* et le garant de la transmission de *l'humanité* (Pierre Legendre, *Sur la question dogmatique en Occident*, Fayard, Paris, 1999, p. 15, voir *supra* note 1), sans prendre en compte que cet « avenir symbolique » était la dimension la plus réelle et matérialisable de celui-ci, c'est-à-dire le *seul* avenir.

<sup>141</sup> Laissant ainsi place à un fondamentalisme *d'opportunité* justement dénoncé par Antoine Garapon :

On peut parler de fondamentalisme juridique lorsque le procès trouve en lui-même sa propre finalité, lorsque la satisfaction de juger le monde prime le souci de le transformer.

Antoine Garapon, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner*, Odile Jacob, Paris, 2002, p. 64.

craignons pas d'affirmer que même face à ce vague intérêt énoncé par défaut, leur objectif ne fut ni atteint ni véritablement recherché, et qu'il n'y avait en leur propos que rationalisations conscientes ou inconscientes d'une inertie qui a tenté, loin des idéaux, d'offrir à notre collectivité *exactement* ce dont elle avait besoin, fût-ce au prix de la satisfaction de trop noirs désirs, c'est-à-dire à une morale instrumentalisée dont nous avons évoqué les racines.

Nous l'avons vu, la période actuelle est, depuis la perspective de la Cour pénale internationale, celle de la formation d'une métafiction, le contrat social global, mise au service d'une mise en récit du monde à vocation universaliste, et donc monopolistique : l'État. Aujourd'hui cette dernière défaille, non pas tant du fait de la multiplication du terrorisme et autres contestations qu'elle ne cesse de mettre en scène, que par la multiplication de leurs qualifications, qui leur donne chaque jour une omniprésence fictionnelle et une puissance d'énonciation supplémentaire, offrant à leurs récit la charpente nécessaire pour pouvoir concurrencer à des niveaux intermédiaires celles de l'État. Face à ces excroissances démultipliées, il fallait disqualifier au plus vite les éléments déviants autant que les principaux contestataires. La Cour, initialement pensée comme un outil d'autorégulation, a accepté de jouer ce rôle supplémentaire.

La CPI s'est ainsi retrouvée impliquée dans ce qui est devenu une véritable guerre des fictions. Elle-même, dont la puissance symbolique reste suffisamment grande pour dépasser bien de ses insuffisances *réelles*, doit s'affirmer afin de protéger celle qui l'a créé. Doit-on, à notre tour, dès aujourd'hui et en forme de conclusion de notre recherche, *choisir notre camp* ? Le moment serait-il venu où l'État et l'ensemble des structures qui lui sont accolées auraient atteint l'âge qui précipitera leur Chute et leur effondrement, et où il nous faudrait mettre en scène une Annonciation d'une ère alternative ? Contentons-nous, dans le cadre de ce colloque organisé par le CILRAP et s'en tenant à une vocation scientifique, d'observer tout autour de nous la multiplication des discours, hier impensables ou rejetés dans un *ailleurs*, qui nient de l'intérieur même de l'État sa légitimité à être ce qu'il est. La Cour pénale internationale n'en est au final qu'un avatar, bien que pensée au service de la survivance de la forme. Elle s'est cependant trop rapidement découverte pour aspirer à un rôle monopolistique. Regroupant encore un peu moins de deux tiers des États-membres de l'ONU, et largement contestée au dehors comme au dedans, son échec à *pénétrer le réel*, s'il reste sans grandes conséquences dans sa

*perception générale*, lui retire imperceptiblement sa capacité à prétendre à l'universalité des principes qui la sous-tendent, même au sein de la communauté des États. Il y a ainsi maintenant plusieurs années que ces derniers ont cessé de ratifier en masse un Statut de Rome devenu source de méfiance pour tous ceux restés à la lisière des deux mondes, incapables ou ne souhaitant pas faire de cette forme une fiction absolument dominante dont ils savent quels *Léviathans* en bénéficient principalement, et préférant, sans la contester trop ouvertement, partager son règne de façade avec d'autres structures politiques plus adaptées à l'échelle locale. En cela, la Cour était déjà née en quelque sorte en dehors du temps qui aurait dû être le sien, celui où l'État gardait toute sa prédominance théorique, et pensait encore s'imposer non seulement universellement en tant qu'idée, mais aussi *réellement*, sur chaque portion de territoire existante.

Tout en étant soigneusement préservée et parfois soutenue à *toutes fins utiles*, la Cour a donc démontré par son *échec institutionnellement réussi* non seulement qu'elle servait un ordre, mais que cet ordre lui-même était au service de dominants, et que la rationalité instrumentale dans le cadre d'un pluralisme ordonné qu'on aurait souhaité la voir servir ne tient pas même comme fiction. C'est là ce qui explique notre attachement premier à l'institution. Derrière une justice qui n'a trouvé ses limites et dès lors sa *déformation* que par la constante primauté des intérêts immédiats de ses défenseurs, c'est à une myriade d'injustices que nous – et ce *nous* répond cette fois à la qualification en tant que *dominants* de l'ordre établi – nous sommes montrés prêts à accepter dans le simple objectif de préserver un ordre qui ne croyait déjà plus en lui-même, mais dont l'artificialité nous convenait si bien, au point de nous aveugler sur l'ampleur de sa brutalité extérieure. Comme l'édifice pénal national longtemps resté source principale de légitimation d'un certain *ordre bourgeois* et de sa tranquillité d'apparence, voilà que la Cour pénale internationale nous a proposé la naissance d'une souveraineté juridictionnelle chargée de définir factivement, de façon intéressée, les *seuils d'acceptabilité* des dominations politiques et des moyens mis en œuvre pour les assurer, alors que de bout en bout, la violence contre les plus faibles se généralise par des formes plus discrètes, dans le silence de cet ordonnancement. Et voilà que nous l'avons accepté. Luis Moreno Ocampo l'a affirmé : pour lui, la

Cour n'était qu'une « fiction certes, mais d'une fiction nécessaire qu'il faut continuer à nourrir ». <sup>142</sup> Il est probablement temps de s'en détacher.

---

<sup>142</sup> Échange électronique, 3 Octobre 2014.

Publication Series No. 34 (2018):

## **Philosophical Foundations of International Criminal Law: Correlating Thinkers**

Morten Bergsmo and Emiliano J. Buis (editors)

This first volume in the series 'Philosophical Foundations of International Criminal Law' correlates the writings of leading philosophers with international criminal law. The chapters discuss thinkers such as Plato, Cicero, Ulpian, Aquinas, Grotius, Hobbes, Locke, Vattel, Kant, Bentham, Hegel, Durkheim, Gandhi, Kelsen, Wittgenstein, Lemkin, Arendt and Foucault. The book does not develop or promote a particular philosophy or theory of international criminal law. Rather, it sees philosophy of international criminal law as a discourse space, which includes a) correlational or historical, b) conceptual or analytical, and c) interest- or value-based approaches. The sister-volumes *Philosophical Foundations of International Criminal Law: Foundational Concepts* and *Philosophical Foundations of International Criminal Law: Legally Protected Interests* seek to address b) and c).

Among the authors in this book are Madan B. Lokur, Gregory S. Gordon, Pedro Lopez Barja de Quiroga, Kaius Tuori, Hanne Sophie Greve, Tallyn Gray, Pablo Kalmanovitz, Juan Paulo Branco Lopez, Daniel N. Clay, Elisabetta Fiocchi Malaspina, Alexander Heinze, Gunnar Ekeløve-Slydal, Sergio Dellavalle, Carlos Augusto Canedo Gonçalves da Silva, Aléxia Alvim Machado Faria, Abraham Joseph, Jochen von Bernstorff, Jaroslav Větrovský, Mark Drumbl, Djordje Djordjević, Nora Helene Bergsmo and the editors.

ISBNs: 978-82-8348-117-4 (print) and 978-82-8348-118-1 (e-book).



**Torkel Opsahl Academic EPublisher**  
E-mail: [info@toaep.org](mailto:info@toaep.org)  
URL: [www.toaep.org](http://www.toaep.org)

