Yale University

From the SelectedWorks of Juan Branco

December, 2016

De l'affaire Katanga au contrat social global: un regard sur la Cour pénale internationale

Juan Branco

This work is licensed under a Creative Commons CC_BY-NC International License.

Available at: https://works.bepress.com/jbranco/1/

Lauréat(e) du Prix de thèses de l'Institut Universitaire Varenne – édition 2015

catégorie : « Justice pénale internationale »

Avec le soutien de la Cour pénale internationale

Le prix est décerné
par le Président du Conseil constitutionnel français
le 15 décembre 2015

© « Collection des Thèses »
éditée par l'Institut Universitaire Varenne
Directeurs scientifiques : Daniel POUZADOUX et Jean-Pierre MASSIAS
Diffusion : L.G.D.J - lextenso éditions

ISBN 978-2-37032-058-2
Dépôt légal : quatrième trimestre 2015

DE L'AFFAIRE KATANGA AU CONTRAT SOCIAL GLOBAL

Un regard sur la Cour pénale internationale

Pour l'année 2015, les ouvrages publiés ont été sélectionnés par le jury suivant :

Présidents :

Daniel POUZADOUX *(Président de la Fondation Varenne)*

Jean-Pierre MASSIAS *(Président de l'Institut Universitaire Varenne et Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour)*

Diane de BELLESCIZE *(Université du Havre)*
Florence BENOÎT-ROHMER *(Université de Strasbourg)*
Jean-Sylvestre BERGÉ *(Université Lyon III)*
Christophe BIGOT *(Avocat au Barreau de Paris)*
Véronique CHAMPEIL-DESPLATS *(Université Paris Ouest Nanterre La Défense)*
Marie-Anne COHENDET *(Université Paris 1)*
Marie-Laure COQUELET *(Université Paris Ouest Nanterre La Défense)*
Olivier DÉCIMA *(Université de Bordeaux)*
Bruno DONDERO *(Université Paris 1)*
France DRUMMOND *(Université Paris II)*
Jean-Paul DUMORTIER *(Président de la Banque populaire Rives de Paris)*
Patrick EVENO *(Université Paris 1)*
Hélène GAUDIN *(Université Toulouse 1)*
Jean GICQUEL *(Université Paris 1)*
Klaus-Gerd GIESEN *(Université d'Auvergne)*
François HEINDERYCKX *(Université libre de Bruxelles)*
Henri LABAYLE *(Université de Pau et des Pays de l'Adour)*
Eddy LAMAZEROLLES *(Université de Poitiers)*
Virginie LEMONNIER-LESAGE *(Université de Bourgogne)*
Anne LEVADE *(Université Paris Est Créteil Val de Marne)*
Rostane MEHDI *(Université Aix-Marseille)*
Anthony MERGEY *(Université Paris II)*
Slobodan MILACIC *(Université de Bordeaux)*
Éric MILLARD *(Université Paris Ouest Nanterre La Défense)*
Renaud MORTIER *(Université Rennes 1)*
Horatia MUIR-WATT *(IEP Paris)*
Philippe NIVET *(Université de Picardie)*
Claude OPHÈLE *(Université de Tours)*
Prisca ORSONNEAU *(Avocate au Barreau de Paris)*
Xavier PHILIPPE *(Université Aix-Marseille)*
Geneviève PIGNARRE *(Université de Savoie)*
Albert RIGAUDIÈRE *(Université Paris II)*
André ROUX *(Université Aix-Marseille)*
Olivia SABARD *(Université d'Orléans)*
Michel TERESTCHENKO *(IEP Aix-en-Provence)*
Michel TROPER *(Université Paris Ouest Nanterre La Défense)*

« Collection des Thèses », nº 108

DE L'AFFAIRE KATANGA AU CONTRAT SOCIAL GLOBAL

Un regard sur la Cour pénale internationale

JUAN BRANCO

École normale supérieure de la rue d'Ulm

École doctorale 540 Transdisciplinaire Lettres-Sciences

THÈSE

en vue de l'obtention du grade de

Docteur en Droit

Présentée et soutenue publiquement
à l'École normale supérieure (Ulm)
le 26 novembre 2014 par

Monsieur Juan BRANCO

Membres du jury :

Mireille DELMAS-MARTY, Professeure honoraire au Collège de France (*présidente*)

Jean-Louis HALPÉRIN, Professeur des Universités à l'École normale supérieure (*Directeur de thèse*)

Hélène RUIZ FABRI, Professeure à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Directrice du Max Planck Institute, Luxembourg (*rapporteur*)

Isabelle DELPLA, Professeure à l'Université Jean Moulin de Lyon (*rapporteur*)

Marc CRÉPON, Directeur de recherche au CNRS, Directeur du département de philosophie de l'École normale supérieure

À l'issue de la soutenance, le titre de Docteur en droit a été attribué à son auteur, avec mention très bien et félicitations à l'unanimité.

Cette thèse est le fruit de recherches menées au sein de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, de la Law School *de l'Université de Yale (États-Unis) et de l'École normale supérieure (Paris).*

Elle a été financée en dehors du système universitaire français et nourrie par plusieurs expériences professionnelles, notamment au sein du Bureau du Procureur de la Cour pénale internationale (2010-2011), du ministère des Affaires Étrangères français (2012-2013) ainsi que de l'équipe juridique de Wikileaks (2014).

Elle s'appuie en outre sur un certain nombre de séjours de recherche menés dans différentes zones de conflit, notamment en Tunisie en janvier 2011, au Nord-Kivu (République Démocratique du Congo) en août 2012 et en République Centrafricaine en décembre 2013.

Germain Katanga sera libéré le 18 janvier 2016.

Peut être faut-il renoncer à croire que le pouvoir rend fou et qu'en retour la renonciation au pouvoir est une des conditions auxquelles on peut devenir savant. Il faut plutôt admettre que le pouvoir produit du savoir (et pas simplement en le favorisant parce qu'il le sert ou en l'appliquant parce qu'il est utile) ; que pouvoir et savoir s'impliquent directement l'un l'autre ; qu'il n'y a pas de relation de pouvoir sans constitution corrélative d'un champ de savoir, ni de savoir qui ne suppose et ne constitue en même temps des relations de pouvoir.

Michel Foucault, *Surveiller et punir*

Sommaire

Propos liminaire 1

INTRODUCTION 5

Chapitre préliminaire. Récit et structures de la Cour pénale internationale 33

PARTIE I. L'AFFAIRE KATANGA, UNE *ÉPREUVE* POUR LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE 73
Chapitre 1. Les prémisses de l'affaire Katanga : le choix de la République Démocratique du Congo 79
Chapitre 2. L'affaire Katanga, la difficile codification juridique d'une réalité impensée 133
Chapitre 3. La procédure de l'affaire Katanga aux confins du droit international pénal 209

PARTIE II. LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE ET LE CONTRAT SOCIAL GLOBAL 293
Chapitre 1. De Hobbes à la justice internationale 315
Chapitre 2. La CPI au cœur du contrat social 365

CONCLUSION 407

SOURCES 421

BIBLIOGRAPHIE 435

ANNEXES 459

Table des matières 513

Propos liminaire

Il convient de faire savoir que l'angle adopté pour cette thèse a tardivement évolué sous l'influence d'un événement *déclencheur : la lecture du jugement contre Germain Katanga, deuxième accusé de la Cour pénale internationale, condamné pour « complicité résiduelle » d'actes commis dans un village isolé de la région la plus excentrée de la République Démocratique du Congo. Germain Katanga a été reconnu coupable d'avoir, à 24 ans, reçu et redistribué, sur ordre, des armes dont personne n'a jamais cherché à connaître les acquéreurs ni les destinataires, dans un village où les équipes du Procureur ne se sont jamais rendues. La condamnation est intervenue onze ans après les faits, dix ans après l'ouverture de l'enquête, sept ans après le transfert de l'accusé à la Haye et plus de quatre ans après l'ouverture de son procès. Germain Katanga est aujourd'hui la seule personne à avoir été définitivement reconnue coupable par la Cour pénale internationale, institution pensée pour mettre fin à l'impunité contre les crimes les plus graves et ses principaux responsables. Son* Jugement *a fait l'objet d'une opinion dissidente d'une virulence rare par l'un des trois juges ayant participé au procès, juge qui s'est désolidarisée de toutes les procédures menées les deux années précédentes. Alors que son co-accusé a été acquitté dans l'indifférence en 2012, M. Katanga a lui été condamné après avoir vu ses charges requalifiées six mois après l'ouverture des délibérés, alors qu'il avait été établi qu'il n'était pas l'auteur des crimes dont on l'accusait. Encore un an avant les événements qui lui valurent son transfert à La Haye, il chassait des okapis au milieu de la forêt congolaise.*

Cet événement, *ainsi qu'une distanciation avec le Bureau du Procureur suite à une tentative d'intervention dans le contenu de nos recherches, ont permis de condenser tout ce qui jusque-là était apparu comme gênant, contestable, parfois scandaleux, mais qui, pris isolément, n'entamaient pas un* jugement d'ensemble *globalement bienveillant sur l'institution. Au cœur du pouvoir, au plus proche du Procureur puis sous les ors vieillis d'une grande chancellerie, l'on ne s'inquiète pas des petits détails, de l'importance des destins individuels et de la cruelle symbolique qu'ils peuvent renvoyer. Il en va autrement dès que l'attache se fait plus profonde ; que, dans le cadre d'une recherche minutieuse et d'apparence vaine ou secondaire, les grands desseins s'effacent pour faire face à la réalité des corps, révélant le cœur d'une institution née du traumatisme de l'Holocauste pour en éviter la*

*répétition et réduite à poursuivre des hères coupables d'avoir été entraînés, à peine adultes, dans la violence téléguidée d'un endroit oublié de tous si ce n'est des marchands d'armes occidentaux, de l'*hubris *néo-divine des potentats locaux et de nombreuses multinationales. En l'occurrence donc, M. Katanga, paysan devenu milicien au milieu de cet impensé de la modernité politique qu'était l'Afrique des Grands lacs, coupable d'avoir pris les armes suite à la destruction de son école et au massacre de ses camarades, d'être devenu un combattant pour défendre sa communauté, puis d'avoir croisé des forces lancées par le pouvoir central, forces qu'il alimenta comme un logisticien d'un soir*[1].

Germain Katanga donc, âgé de 24 ans, qui fit transiter des armes automatiques « venues du ciel », armes dont la présence sur ce territoire fit qu'entre trente et deux cent personnes, dont des enfants et des vieillards, ne moururent pas seulement sous le coup des machettes et des arcs, de la pauvreté et de l'indifférence, mais aussi de kalachnikovs produites en Europe et financées par ses consommateurs de matières premières, c'est-à-dire par nous.

C'est de cet homme rattaché finement à notre existence par notre propre « complicité résiduelle » dont la Cour pénale internationale a fait son premier condamné définitif après douze ans d'existence. Un homme que l'on affubla un jour d'un costume de général, à la veille de ses vingt-six ans, afin de le transférer à La Haye *et de l'y faire juger* comme un grand homme. *Un homme soudainement «* passé du mauvais côté » *pour une* communauté internationale *qui s'était jusqu'alors obstinée à l'ignorer, et qui s'est soudainement crue légitime à le condamner, en s'appuyant sur l'indifférence, le malaise au mieux de ceux qui, trop vaguement intéressés, craignirent et craindront toujours trop de s'apitoyer sur un* bourreau *pour chercher à regarder. Un homme coupable peut-être, en tout cas condamné comme bien d'autres à l'angle mort de la prétention à l'universel.*

La fragilité de la « perspective » dans les recherches intellectuelles appelle à l'humilité. Une évolution tardive du regard sur un objet de recherche peut apparaître comme une faiblesse dans le cadre d'un travail universitaire. J'ai pourtant accueilli avec bonheur cette remise en question, comme un rappel juste à temps *de la versatilité des constructions théoriques, pour élaborées, étayées et confrontées à « l'expérience » qu'elles puissent sembler. Cette rupture fut aussi accueillie comme la confirmation que l'esprit critique n'est jamais assez aiguisé, et que, pour reprendre le mot de Pascal Quignard, « il y a un apprendre qui ne rencontre jamais le connaître ». Il me semblait dès lors important d'admettre cette évolution avant de proposer ce travail et, partant, admettre être conscient d'une fragilité qui est nécessairement encore présente, qui est celle de toute entreprise similaire, et qui se renforce naturellement avec l'implication personnelle, professionnelle et émotionnelle du chercheur*

1 Que soit ici immédiatement évacuée toute assimilation que ce terme pourrait induire avec l'affaire Eichmann, cas paroxystique de ce qu'on a cru bon de définir comme la banalité du mal et dont la propagande entretenue par sa propre défense à Jérusalem en aurait presque fait un bureaucrate simplement chargé de l'aiguillage des trains, alors qu'il avait été associé dès ses premières heures et au plus haut niveau politico-administratif au projet de la solution finale, avant d'en devenir l'organisateur zélé, l'un des idéologues et, à bien des égards, le premier responsable de son « succès ». Sans même rentrer dans des considérations d'échelle évidentes, rien ici n'associe un cas à l'autre, comme nos lecteurs pourront s'en apercevoir.

dans ses sujets de recherche – mais dont j'ai eu la chance qu'elle apparaisse partiellement à temps pour retrouver une distance que j'espère aujourd'hui suffisante. Il est évident que cette rupture a permis d'éclairer ma démarche et de faire un petit pas dans le sens d'une plus grande sincérité, d'une moindre cécité, mais il est tout aussi évident que rien ne permette d'affirmer que ce soit là assez. *Il faudra se contenter d'avoir pu rompre les dernières digues émotionnelles comme intellectuelles qui me rattachaient à une institution qui m'a beaucoup offert, et ainsi d'enfin pouvoir percevoir clairement ce sur quoi, comme beaucoup d'autres, je buttais depuis que j'avais rencontré la* Cour *sans jamais réussir à le comprendre : l'ouvrage auquel je me suis dédié pendant cinq ans avec minutie, comme un petit artisan tentant de corriger un objet rongé par un invisible défaut qu'aucun geste ne viendrait compenser, vrillerait en fait de par ses inaltérables fondations.*

INTRODUCTION

A quoi répond la distinction entre un piéton et un manifestant ?
À la fictionnalisation juridique d'un acte mis en récit

Le présent travail a été élaboré à deux lisières : celle qui va de la philosophie au droit, et celle qui sépare le monde universitaire et ce qu'il est devenu commun de nommer, par opposition, comme si le premier n'appartenait pas au second, le monde professionnel. Il s'agit de proposer à travers un parti pris expérimental et un appui successif, plutôt que combiné, sur la méthodologie de deux disciplines des sciences humaines et sociales[2], un regard d'ensemble sur une institution, la Cour pénale internationale, et son champ de pouvoir adjacent, le droit international pénal[3], dont la puissance symbolique dépasse de beaucoup la capacité d'action réelle.
Nous nous sommes proposés de partir du procès à La Haye d'un milicien congolais, né Germain Katanga en 1978 à Mambasa (Ituri), pour tenter d'analyser la place et le rôle

2 Nous adopterons ainsi successivement les méthodologies requises par ces deux champs disciplinaires dans les deux parties qui composeront notre travail, nous appuyant dans un premier temps sur les structures formelles, les réquisits référentiels ainsi que les caractéristiques d'énonciation propres au droit international pour étudier le fonctionnement de la Cour pénale internationale à partir d'une de ses affaires, avant de confronter les conclusions de cette étude *in concreto* de la théorie et de la pratique de l'institution à un travail herméneutique reposant principalement sur la lecture d'une œuvre philosophique, le *Léviathan* de Thomas Hobbes, lecture contrastée par par un nombre volontairement limité de sources secondaires (afin d'atteindre, comme avec la *lecture* de l'affaire Katanga, un regard volontairement *naïf* que nous justifions plus en avant dans cette introduction) et qui nous amènera, *à partir du texte*, à étudier cette réalité que nous venions d'aborder à partir de son propre langage – celui du droit international pénal – à l'aune de l'auteur anglais et de la théorie du contrat social.

3 Pour un historique de la formation du droit international pénal, ses grandes étapes ainsi que ses sources principales, voir Ascensio. H, Decaux, E., Pellet, A., *Droit international pénal*, Paris, Editions A. Pedone, 2012, pages 21 à 80. Pour une présentation de ses principales institutions, *ibid.,* pages 733 à 845.

de cette Cour au sein d'une mondialisation qu'elle se propose de réguler. Vaste projet qui part d'un point que d'aucuns pourraient considérer comme microscopique et par lequel nous chercherons à interroger le sens d'une des institutions internationales les plus disruptives qui soient nées ces dernières décennies. Partant des informations recueillies lors de ce qui n'était au départ qu'un stage à la Cour pénale internationale, nous tenterons de comprendre le pourquoi de son action, en nous appuyant sur une étude non seulement de son mouvement à partir de son propre langage, mais aussi des fondements philosophiques de la Cour, c'est-à-dire des *discours* qui sont tenus à son égard, en avançant à cet égard une exploration alternative à partir de la philosophie de Hobbes[4].

La naissance d'un droit de punir à une échelle qui ne connaissait jusque-là la violence politique que comme *fait*[5] ne peut à notre sens se comprendre sans inscription dans un contexte qui dépasse les discours endogènes – le droit, produit par l'institution qu'il commente – et exogènes – la philosophie politique, produisant *sans rapport direct* un discours sur l'institution qui l'intéresse – à ce phénomène. Il est bien entendu possible d'étudier les mécanismes internes à un système de droit amenant, étape après étape, à l'élaboration de ce qui sera par la suite décrit comme sources primaires et secondaires, textes de référence et « jurisprudence », et ainsi décortiqué par les savants spécialistes de ce champ, en l'occurrence les *doctrinaires*. Cette étude est d'autant plus facilitée lorsqu'elle s'inscrit elle-même dans une démarche visant à alimenter ce système de droit, se proposant de l'améliorer par la critique et le commentaire. Il n'y a alors nul besoin d'une « perspective » plus large, si ce n'est afin de s'inspirer de systèmes concurrents ou similaires qui, ailleurs dans le temps ou l'espace, permettraient de rendre plus efficace ou plus juste l'objet d'étude concerné.
Telle n'est pas tout à fait notre démarche. La nature du droit international pénal, dont l'inscription sociétale et temporelle reste fragile et à bien des égards hésitante, incite *naturellement* à une étude des *raisons* de ce système lui-même, qui n'est pas né d'un pouvoir *disant le droit* mais qui a créé un pouvoir capable de le faire. Témoins privilégiés de cette création normative inversée, à laquelle nous avons participé pendant un peu plus d'un an, nous ne faisons par ailleurs pas partie de cette génération qui a *attendu* avec impatience la naissance de notre objet d'étude, ni encore moins participé à son élaboration conceptuelle. S'il peut paraître outrageant de contextualiser une recherche théoriquement déliée de toute contingence, il nous semble qu'il s'agit là d'une explication nécessaire pour comprendre la raison et l'utilité de notre étude.

4 Tentative dont les origines se trouvent dans un premier mémoire de philosophie sous la direction de Stéphane Chauvier, alors que nous étions toujours salarié de la CPI. Ce mémoire fut soutenu dans le cadre du Master 2 Philosophie politique et éthique de l'Université Paris IV La Sorbonne, en septembre 2011, face à Stéphane Chauvier et Alain Renaut. Il fut par la suite prolongé dans un premier temps sous la direction d'Hélène Ruiz Fabri et Jean-François Kervégan à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, avant d'être prolongé et achevé à l'ENS Ulm ainsi que, à titre temporaire, au sein de la Yale Law School, sous la direction de Jean-Louis Halpérin.

5 Puisque c'est là le sujet que nous avons décidé de traiter en décomposant pas à pas l'une de ses toutes premières applications par une instance vouée à devenir permanente, la Cour pénale internationale.

Nullement tributaires d'une *urgence* ou d'un monde *sans* que nous n'avons pas connu, le « Système de Rome » nous est avant tout apparu comme un fait. Un fait dont l'absence avait été ressentie par ses principaux commentateurs, qui pour beaucoup participèrent à la naissance de la Cour pénale internationale (CPI) et pour quelques rares autres luttèrent contre, tous ayant d'une façon ou d'une autre eu un rapport augural puis inaugural à un *système* dont la concrétisation ne pouvait dès lors que prendre la forme d'une inscription dans un mouvement de l'ordre de l'aboutissement prochain, du parcours sans fin ou de la catastrophe, bref, de *l'événement*.
Pour nous, un fait donc, qui, loin de s'inscrire dans une trajectoire personnelle ou collective qui induirait un rapport d'attente, c'est-à-dire un rapport de *passion* à notre objet d'étude, ne nous a pas coûté le moindre effort, et face auquel nous sentions dès le départ la distance que peut avoir tout individu face au monde dans lequel il naît, plutôt que face à un monde qu'il aurait fait naître ou qu'il aurait cherché à faire naître. La Cour nous est donc apparue non pas tant comme la concrétisation d'un *ciel des idées* tardivement et presque miraculeusement matérialisé, mais comme un appareil de pouvoir qui, comme tout autre pouvoir – et peut-être plus encore parce qu'elle s'est pensée comme aboutissement incontesté d'une certaine idée civilisationnelle – s'est montré dès sa naissance particulièrement vorace et étrangement assuré de son fait.

C'est donc un premier rapport de *contraste* qui a fait naître en nous la nécessité de ce travail. Affecté par le décalage évident entre l'ambition performative énoncée par les défenseurs de la Cour pénale internationale, le fonctionnement de l'institution elle-même et les résultats d'une existence qui déjà s'étend sur une décennie, nous avons été progressivement amené à tenter de comprendre, contester, étudier, déconstruire, pour éventuellement reconstruire, les *évidences* qui tenaient lieu de « légitimants » de l'institution, et notamment les fondements théoriques sur lesquels beaucoup de ses défenseurs prétendaient faire reposer celle-ci.

Fondements, le mot est lâché. Il est rejeté par un grand nombre de juristes, ainsi que de philosophes[6]. Il nous semble nécessaire, du fait d'un postulat théorique que nous tenterons de justifier plus en avant : il n'y a pas de pouvoir sans récit, pas de structure politique sans fiction légitimante, bref, pas de Cour pénale internationale sans discours prétendant *tenir* et justifier l'ordre politique que son existence implique. Loin d'être secondaire, la question de la parole portée sur et par l'institution détermine non pas seulement le sens de son action, mais la possibilité de son action elle-même. La croyance, qui implique la nécessité d'une fiction, est le seul substrat sur lequel résident les appareils de pouvoir. Comme nous tenterons de le montrer, sa dissolution entraîne la leur, et elle demeure le seul critère permettant d'en évaluer la réalité. Il importe moins en l'occurrence de déterminer ce que de la fiction ou du pouvoir créé l'un et l'autre, que d'accepter que la confusion de l'un et l'autre est entière, et qu'il n'y

6 Nulle surprise à cela, au sein même de notre perspective qui tient toute construction politique pour *fiction :* quelle pourrait dès lors être la valeur d'une parole cherchant à théoriser la fiction, c'est-à-dire à fictionnaliser ce qui l'est déjà ?

a, à partir de là, que des degrés d'élaboration divers entre le commentaire d'actualité, le discours idéologique et la construction philosophique visant tous à représenter la même réalité, et dès lors à la faire exister ou au contraire à l'attaquer *plus ou moins profondément*.

La philosophie, dont nous nous servirons comme d'un appui à la suite du droit, incarne dans cette perspective rien de plus ni de moins que le suprême raffinement du discours que nous cherchons à appliquer sur la CPI (dans une démarche que nous voudrons ici sans ruptures) en ce qu'elle permet plus que toute autre d'approcher le plus précisément la *réalité* étudiée, afin d'en faire ressortir les mécaniques, subtilités et devenirs sous-jacents, et d'agir comme un puissant *agent critique* du discours idéologique et technique couvrant et nourrissant l'action de l'institution qui nous intéresse et dont elle est l'un des principaux producteurs. Par sa capacité critique sur le discours lui-même, la philosophie se présente comme un métadiscours d'une réalité qu'elle peut ainsi façonner elle-même, à une échelle différente de celle du droit, mais qui la lie par là-même immédiatement à ce qui pourrait être considéré comme les « échelons inférieurs » qu'elle prétend déconstruire.

Le choix de Hobbes comme *interprète principal* de la réalité que nous nous sommes proposés d'étudier s'est fait dans la prolongation de cette logique : prendre appui sur celui qui fut en quelque sorte rien de plus, mais rien de moins, que le *commentateur politique* le plus précis de son temps, d'un temps qui n'est pas tout à fait disparu, et qu'il fut capable de déchiffrer alors même que son avènement n'était pas encore achevé, temps historique marqué la centralisation fictionnelle du politique autour d'une forme devenue dominante et universalisante, l'État. Pour le dire autrement, et nous défendrons bien entendu les raisons qui nous poussent à une telle affirmation : Hobbes sut décortiquer les mécanismes de notre modernité politique sans failles *autres* que celles qui se révélèrent dans le réel après ses écrits – failles qui se trouveront au cœur de notre réflexion – jusqu'à apparaître dès lors, plusieurs siècles après sa mort, comme le meilleur guide pour comprendre les évolutions *actuelles* d'un monde devenu, comme sa théorie l'exigeait, *entièrement* mais *fictionnellement* politique.

L'intérêt de notre démarche partant d'un récit géopolitique du monde et arrivant à la tentative d'interprétation philosophique de son *pourquoi* en passant par une tentative de compréhension de son discours ordonnateur intermédiaire, le droit, ne tient donc pas à une herméneutique savante dont beaucoup ont porté le poids au cours des siècles, déchiffrant l'œuvre hobbesienne jusqu'à la faire apparaître comme dénuée de mystères et comprise de tous. Il s'agit de partir d'une théorie que nous croyons fondatrice pour penser le *faire société en tant que réalité*, théorie formulée dans les termes de « contrat social », et dont le mouvement décrit repose au départ sur une triple impulsion que nous croyons attachée, sous une forme ou une autre, à tout humain : la capacité à l'amitié – entendue comme mise en commun ; la crainte, double du désir, du trouble, que Hobbes énonce comme recherche de *sécurité* ; et finalement le *non-dit*

omniprésent de la théorie hobbesienne : la capacité à l'imaginaire, donc à la fiction, donc au droit, donc à la solution de la seconde impulsion par la première à une échelle dépassant le rapport interindividuel.

Ce postulat, triple, nous servira de *dogme* fondateur au long de ce travail, à notre charge de convaincre de la pertinence d'une affirmation si totalisante, qui ne récuse aucunement la possibilité – possibilité que nous avons vérifiée à plusieurs reprises – que son support soit peuplé de failles, mais qui affirme que ce sont ces failles mêmes qui expliquent celles de notre modernité politique, et *in fine* de nos édifices sociétaux compensatoires et de leur traduction juridique. De la Cour pénale internationale.

De la présentation géopolitique à la philosophie politique en passant par une casuistique juridique inversée[7], nous avons donc trouvé là un cheminement qui nous a semblé cohérent, amplifiant progressivement les enjeux qu'il embrassait sans jamais écraser les perspectives, et permettant de confronter chaque discours à son commentaire ou à sa réalisation pratique. La meilleure défense d'une méthode qui peut sembler radicale ou aveugle nous a ainsi semblé être le passage non seulement par l'expérience mais aussi, ou plutôt *sur celle-ci*, c'est-à-dire par l'étude de ce pouvoir dont nous avons fait notre sujet au plus proche de sa réalité, là où ses *grandioses mécaniques* prennent naissance. C'est aussi pourquoi il nous a semblé si nécessaire de rencontrer l'ensemble, sans exception, des protagonistes de l'*Affaire* que nous avons choisi, celle de Germain Katanga, après avoir travaillé auprès de l'un des organes de la CPI, puis d'un des acteurs de la souveraineté ayant institué le *diseur de droit* qui nous intéresse – mais aussi plus largement pourquoi il nous a semblé nécessaire de partir d'une seule affaire, étudiée au niveau des corps, loin des constructions idéelles qui parfois font oublier le pourquoi de leur existence. Tous les acteurs donc, y compris Germain Katanga lui-même, fin septembre 2014 (de sorte que notre travail ne soit pas trop immédiatement influencé par cette rencontre, bien qu'il l'ait en conséquence été par son absence), au sein de sa cellule, dans le cadre de six heures d'entretien surveillées et filmées par l'institution qui nous occupe, et obtenues après de trop longues négociations que seule, ironiquement, la menace d'une action juridique a fait aboutir. Tous les acteurs donc, y compris cet accusé qui n'avait eu en dix ans d'autre visiteur que sa femme, ses trois enfants et son équipe de défense, sans que l'on sache si son abîme fut le fait d'un désintéressement absolu du monde au nom duquel il était censé être jugé, des restrictions imposées par la Cour pénale internationale, ou des deux.

7 Dont un certain nombre d'exemples récents dans le domaine universitaire du droit nous semblent indiquer une nouvelle résurgence, comme le montrent entre autres les tentatives menées autour de l'affaire Perruche par Olivier Cayla et Yan Thomas (recherches qui ont fait l'objet d'une publication par ces deux auteurs : *Du droit de ne pas naître : à propos de l'affaire Perruche,* Paris, Gallimard, 2002 ainsi qu'un séminaire à l'ENS) ou la relecture de l'arrêt Marbury vs Madison par Bruce Ackerman au sein de son ouvrage *The failure of the founding fathers – Jefferson, Marshall and the rise of Presidential Democracy*, Cambridge, Harvard University Press, 2007.

I. La question du contrat social

Toute politique naît fiction. Voilà, *avant-là* les considérations philosophiques, la réalité qui frappe celui qui pénètre un instant les entrailles du pouvoir contemporain. Paroles, papiers, sceaux, signatures, images, lignes hiérarchiques, rien n'échappe ni n'existe sans le gris de l'écrit qui, au détour d'un miracle, se transmute, loin de là, chaque fois plus rarement, en réalité. Évidence théorique lorsqu'ainsi énoncé, le cœur du politique apparaît plus encore *pratiquement* comme simple abstraction du monde, rationalisation et régurgitation de ses événements sur des polices de caractère immuables où seuls quelques traits de plume portés à la main, sur les marges des documents, témoignent de l'existence et de l'intervention de corps humains. Violente déconnection soudainement imposée à celui qui pensait embrasser le monde et se trouve à nager dans des marres de bois transformé. La « solitude du pouvoir » se trouve par là-même expliquée[8], trop mal compensée par actes multitudinaires et réceptions fastueuses dont la véritable raison d'être, parer à l'angoisse du souverain, apparaît enfin. Au reste de l'État, l'administration, les *services*, les exécutants, la charge du réel, la transfiguration de la parole sacrée en actes, la *gestion* quotidienne d'un monde extérieur chaque fois plus autonomisée. À eux « l'ivresse » du réel, et sa mise en mots soigneusement retranscrite aux fins du politique. Aux cabinets du Procureur de la Cour pénale internationale comme du ministre des affaires étrangères, lieux dans les lieux, pouvoirs qui déterminent l'ampleur du pouvoir, alors que les décisions portant sur les guerres, les massacre, brefs les destinées de milliers de personnes se succèdent, tout reste invariablement vide, silencieux, immobile.

Dans ces écosystèmes flottant en deçà du monde, soigneusement distingués et isolés du reste de l'État[9], les interrogations se multiplient à mesure que le temps passe sans que rien ne tremble : d'où vient donc cette fatale attraction pour ces espaces trop grands et décatis où quelques âmes s'entraperçoivent et se croisent, parfois, de façon feutrée, et où les grands événements, ceux qui, faits de droit, *feront le droit*, prennent la forme d'un « oui » autographe inscrit par un homme seul, prostré dans un

8 Magistralement *montrée* par Raymond Depardon dans son film *1974, Une Partie de campagne* (2002), non sans raisons censuré trente ans durant.

9 Ainsi, pour les plus proches collaborateurs du cabinet du ministre des affaires étrangères, l'entrée dans l'*Hôtel du ministre*, séparé du bâtiment accueillant le reste de l'administration, ne se fait pas à travers les portiques de sécurité empruntés par tous les fonctionnaires, y compris les plus prestigieux, mais par porte d'honneur, gracieusement ouverte sans contrôle d'aucune sorte ; puis, pour le conseiller spécial dont nous étions l'adjoint et qui par contamination nous offrait ce *privilège*, par la montée du « Grand escalier » encadré de drapeaux et d'immenses tapisseries représentant l'État, jusqu'à joindre le bureau éponyme, seul à laisser libre accès aux salons d'apparat et, pour les plus intrépides, aux appartements privés du Ministre. De ce bureau, un « petit escalier » caché permettra en cas de nécessité de retrouver directement celui du Ministre. Aucune générosité gratuite dans ce traitement visant à signifier l'appartenance aux entrailles et l'inévitable *faire corps* avec le système que l'on sert, recouvrant tant et si bien qu'il devient impossible de s'en distinguer, et dès lors superflu de le vérifier. Au Bureau du Procureur de la CPI, où le cabinet élargi occupe entièrement l'étage où s'est installé celui-ci, le dispositif est moins élaboré mais tout aussi efficace : une porte sécurisée nécessitant un droit d'accès particulier l'isole de la plupart des autres fonctionnaires du Bureau.

immense bureau silencieux et figé, sur une simple feuille tachée de noir ? La réponse ne vient qu'une fois retourné au dehors, face à l'immeuble hier si familier, à peine quitté, et devenu brutalement infranchissable. C'est la capacité de ces lieux et corps qui l'habitent à faire frontière, à devenir sacrés et intouchables qui ne peut que susciter le *désir*. À celui qui s'interrogerait sur le mythe de la frénésie du politique, ce mouvement permanent soigneusement mis en scène pour être montré par tous les médias, donnant l'illusion hystérique d'une tangibilité de l'acte de gouverner, l'évidence s'impose : cette fiction n'existe que parce que nous faisons semblant d'y croire, par la projection de nos aspirations sur ce précipice incarnant l'interdit, lieu inatteignable dont le simple contact pourrait transformer nos vies. C'est nous, sujets, qui créons cette *impression* mouvement, venu s'appliquer sur nos propres corps, et sitôt retirés, nous qui *les* laissons à l'arrêt. Le pouvoir est extérieur à ses lieux. Il est un astre mort qui fait tourner le monde.

La confrontation à cette intangibilité brouille la frontière qu'on avait pensé pouvoir établir entre la conceptualisation du pouvoir, sa pensée, et sa *réalité*. La nation, la souveraineté, le contrat social, sont des concepts qui n'ont aucune tangibilité, aucune prégnance réelle[10] et qui par leur puissance imaginaire peuplent à grand-peine cette absence de matérialité. L'État lui-même, avant d'être bureaucratie, est artifice[11]. Son pouvoir se réduit à des lignes invisibles reliant entre eux autant de *personnages,* hommes masqués dont les rôles ont fini par être acceptés. Il n'y a là pas seulement une couverture, mais une un rapport fusionnel. La fiction joue comme la condition de la

10 Pierre Legendre étend en quelque sorte le diagnostic à l'ensemble des formes politiques et sociétales : « Ainsi, une société se présente, à l'instar d'un sujet ayant écrit son texte, comme sujet de fiction. Un tel sujet est donc construit par des artifices institutionnels précisément. *Il est donc là*, se représentant son propre lien à l'Objet causal, il énonce un discours, il produit du sens, et même, comme je l'ai souvent souligné, évoquant alors le travail social de l'art, il rêve. Les institutions, dans leur principe, sont des montages d'écriture nécessaires à l'avènement de ce sujet de fiction, que je désigne encore du terme de *sujet monumental*. » (*Sur la question dogmatique en Occident,* Paris, Fayard, 1999, page 45, voir aussi page 130 : « Toute société est amenée à construire l'univers fictionnel de sa Référence, sur laquelle puisse se fonder une indestructibilité, une invulnérabilité, non pas matérielle ni physique, mais symbolique… »). Voir, à partir d'une perspective historiographique, au sujet de la souveraineté, avec un regard plus matérialiste : Rigaudière, A., « L'invention de la souveraineté », *Pouvoirs,* numéro 67, 1993, pages 5 à 21, ainsi que la bibliographie *infra,* note 24.

11 Burdeau ira jusqu'à affirmer « L'État n'existe qu'en raison de l'effort qu'il suscite dans l'esprit de chacun » (Burdeau, G., *L'État*, Paris, Seuil, 1970, page 56). Sur la théorie générale de l'État, voir pour une présentation générale : Behrendtt, C., Bouhon, F., *Introduction à la théorie générale de l'État,* Bruxelles, Larcier, 2009 ; Beaud, O., *La puissance de l'État,* Paris, PUF, 1994. Pour un regard positiviste : Carré de Malberg, R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Dalloz, 2003, Kelsen, H., *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1997. Nous ne reviendrons pas sur les débats théoriques relatifs à la *fictionnalité* ou *l'artificialité* de l'État en tant que personne chez Hobbes, partant notamment du *Léviathan* pris comme tel et en particulier sa définition d'une « personne » en son chapitre XVI (page 270 de notre édition de référence). Nous renvoyons pour cela aux deux « commentaires totémiques » à ce sujet : Skinner, Q., « Hobbes and the purely artificial personality of the State », *The Journal of Political philosophy*, volume 7, numéro 1, 1999, pages 1 à 29 et Runciman, D., « What Kind of Person is Hobbes's State ? A Reply to Skinner », *The Journal of Political Philosophy,* volume 8, numéro 2, 2002, pages 268 à 278.

communauté, du politique, qui ne s'éloigne paradoxalement du réel qu'une fois son *impression* suffisamment faite pour ne plus voir *sa* réalité contestée.

Parente de la mythologie, à laquelle elle emprunte beaucoup, la philosophie politique et ses édifices juridiques dérivés s'appuient aujourd'hui sur la rationalité pour alimenter nos formes de vivre ensemble. Mais ils ne font que prolonger un mouvement qui a habité l'ensemble des sociétés, dont les diverses formes ne cachent pas une origine commune : la nécessité de faire récit pour légitimer l'exercice du pouvoir[12].

Or la fiction influe sur le réel jusqu'à s'y substituer. La prégnance d'un récit politique se mesure en nombre de cadavres tout autant qu'en richesses créés. Il ne s'agit pas là simplement des idéologies, bien que celles-ci résistent à toutes les tentatives de substitution par des *appareils technologiques* et autres monstres froids en (re) plaçant l'engagement du corps au cœur de la conquête du pouvoir – l'idée ne pouvant atteindre le réel que par une incarnation parlante chargée de faire le pont entre les deux mondes. Une Constitution peut avoir des conséquences durables sur la stabilité d'un pays ou d'une région, bien qu'elle ne soit que rarement l'objet apparent des luttes qu'elle a fait naître, bien qu'elle ne soit finalement qu'un assemblage de mots, enserré dans un système empli de nombreux autres mots couchés sur des filles feuilles dont personne ne sait vraiment où sont les originaux, pourtant garants théoriques de l'ordre de pays entiers. À l'inverse, la résurgence des violences de masse[13], phénomène

12 Nécessité dans laquelle s'inscrivait initialement ce projet, comme *instrument*, et à laquelle nous serons attentif de ne pas céder.

13 En ce qui concerne l'étude de ce phénomène, par essence pluridisciplinaire, nous nous sommes appuyé à titre principal et comme porte d'entrée sur la somme incontournable rédigée par Jacques Sémelin, *Usages politiques des massacres et des génocides*, Paris, Seuil, 2012 ; ainsi que, sans ambition d'exhaustivité, sur l'historiographie relative aux différentes facettes des violences de masses dans la Seconde Guerre mondiale (Browning, C. R., *Les origines de la solution finale : L'évolution de la politique antijuive des nazis, Septembre 1939 – mars 1942,* Points Seuil, Paris, 2007, trad. J. Carnaud, B. Frumer ; Browning, C. *Des hommes ordinaires,* Paris, Texto, 2005 ; Neitzel, S., Welzer, H., *Soldats, combattre, tuer, mourir : Procès-verbaux de récits de soldats allemands*, Gallimard, Paris, 2011 ; Mayer, A., *La « solution finale » dans l'Histoire,* Paris, La découverte, 1990 ; Hilberg, R., *La destruction des juifs* d'Europe, Paris, Gallimard, 2006, trad. Charpentier, A., Dauzat, P-E., de Paloméra, M-F. ; Katz, S., *The Holocaust in Historical context*, New York, Oxford University Press, 1994 ; Kershaw, I., *L'opinion allemande sous le nazisme*, Paris, CNRS éditions, 2002 ; Aycoberry, P., *La société allemande sous le IIIe Reich,* Paris, Le Seuil, 1998…) ainsi que sur d'autres épisodes de violence de masse et leurs différents aspects, notamment concernant le rapport au langage et principalement en rapport au Rwanda (Bertrand, J., *Rwanda, Le Piège de l'histoire, L'opposition démocratique avant le génocide (1990-1994)*, Editions Karthala, Paris, 2000 ; Prunier, G., *Rwanda, le génocide*, Editions Dagorno, Paris, 1999 ; Dumas, H., *Le génocide au village,* Paris, Le Seuil, 2014 ; Chrétien, J-P., Kabanda, M., *Rwanda, racisme et génocide, L'idéologie Hamitique*, Paris, Belin, 2013 ; Thompson, A., *The media and the Rwanda Genocide*, Pluto Press, Londres, 2007 ; Chrétien, J-P., (dir*), Rwanda, les médias du génocide*, Editions Karthala, Paris, 1995 ; Djordjevi, K., « Violence verbale dans les conversations téléphoniques entre chefs de guerre en Bosnie : la parole au service de la violence de masse », *Langage et société*, volume 2, numéro 132, 2010, pages 117 à 132 ; mais aussi l'important Dewerpe, A., *Charonne 8 février 1962, Anthropologie historique d'un massacre d'État*, Paris, Gallimard, 2006…) ; des tentatives de conceptualisation générales sur le concept de génocide et ses différentes réalités (Ternon, Y., *L'État criminel. Les génocides au XX^e siècle*, Paris, Seuil, 1995 ; Fein, H., *Genocide : a sociological perspective*,

intrinsèquement lié à la modernité politique[14], peut être reliée aux contradictions et insuffisances de ses fondements philosophiques ayant débouché sur des constructions juridiques bancales.

Les mythologies fondatrices des pouvoirs sont progressivement passées de l'oralité à l'écrit, à mesure que les révolutions technologiques faisaient des caractères imprimés un outil de propagation plus efficace que la parole *dite*, entraînant une démultiplication, mais aussi une désincarnation du pouvoir âprement compensée. Là où les souverainetés archaïques s'appuyaient sur les phénomènes naturels pour confirmer la réalité de leur puissance[15] et sur la crainte de l'au-delà pour assoir leur

New York, SAGE Publications, 1993 ; Levene, M., *Genocide in the age of the nation state : The meaning of Genocide*, Londres, I.B. Tauris, 2005 ; Bauman, Z., *Modernity and the Holocaust*, Cambridge, Polity Press, 1989…) et plus généralement sur les violences de masse (Sémelin, J., *Analyser le Massacre,* Paris, CERI, 2002 ; Andreoupoulos, G. (dir), *Genocide. Conceptual and Historical Dimensions,* UPenn Press, 1994 ; El Kenz, D., (dir.), *Le Massacre, objet d'histoire*, Paris, Gallimard, 2005 ; Rummer, R.J, *Death by government,* New Brunswick, Transaction Publishers, 2008 ; Osiel, M., *Making sense of mass atrocity*, New York, Cambridge University press, 2009 ; Osiel, M., *Obeying orders*, New Brunswick, Transaction Publishers, 2005 ; Laval, G., « Psychanalyse du meurtre totalitaire », *Cahiers de psychologie clinique*, volume 1, numéro 22, 2004, pages 71 à 97…) ; enfin, et il s'agit là de quatre éléments essentiels, des documents (notamment Sereny, G., *Au fond des ténèbres,* Paris, Texto, 2013 ; Arendt, H., *Eichman in Jerusalem : a report on the banality of evil,* Penguin Classics, Londres, 2007 ; Kessel, J., *Jugements derniers*, Paris, Tallandier, 2007…), des témoignages (Höss, R., *Le commandant d'Auschwitz parle*, Paris, La Découverte, 2005 ; Dallaire, R., *Shake Hands with the devil, The failure of humanity in Rwanda*, Arrow books, 2004 ; Hatzfeld, J., *Dans le nu de la vie*, Paris, Seuil, 2000 ; Hatzfeld, J., *Une saison de machettes*, Paris, Seuil, 2003 ; Hatzfeld, J., *La stratégie des antilopes*, Paris, Seuil, 2007…), des œuvres d'art (Ferreri, M., *Touche pas à la femme blanche !,* Paris, 1973 (long-métrage) ; Godard, J.-L., *Je vous salue Sarajevo*, Paris, 1993 (court-métrage) ; Godard, J.-L., *For ever Mozart*, Paris, 1996 (long-métrage) ; Godard, J.-L., *De L'origine du XXIe siècle*, Paris, 2000 (court-métrage) ; Godard, J.-L., *Notre musique*, Paris, 2004 (long-métrage) ; Duras, M., *La Douleur*, Paris, Folio, 1985 ; Kertész, I., *Être sans destin*, Paris, Actes sud, 1998 ; Rau, M., *Hate Radio*, HAU – Hebbel am Ufer, Berlin, 2011 (texte mis en scène au festival d'Avignon 2013)…) et notre expérience personnelle sur les terrains en proie à la violence, notamment en Cisjordanie (2009), au Nord-Kivu (RDC) (2012), au Centrafrique (2014) mais aussi par exemple Place d'Italie (Paris), lors de débordements suivant les manifestations contre le CPE, Place de la Bastille, le soir du second tour de l'élection présidentielle de 2007, ainsi que finalement au sein des institutions chargées de *réguler*, réprimer, codifier et autoriser la violence, dans le cadre cette fois d'une *observation* active, au ministère des affaires étrangères, à la Yale Law School et bien entendu, à la Cour pénale internationale. Nous n'incluons pas ici la bibliographie concernant le *rapport au droit* de ces phénomènes, détaillée par la suite.

14 Nous justifierons plus en avant cette affirmation. Il est évident que la violence en tant que phénomène collectif est intrinsèque à la vie en société de cet *animal politique* qu'est l'homme, et la discipline historique censée *dire l'humain* s'est d'ailleurs longtemps réduite au récit d'une longue succession d'événements qui seraient aujourd'hui qualifiés de barbares. Des « grandes découvertes » à la colonisation en passant par la « catastrophe timouride » qui aurait provoqué la mort de 17 millions de personnes au début du XVe siècle, soit un peu plus de 5 % de la population mondiale de l'époque, toutes ont cependant un point commun : leur caractère politique et leur commission dans les failles d'une souveraineté en recomposition. C'est-à-dire dans des failles juridiques. Le XXe siècle amplifiera jusqu'à l'absurde leur dimension pour des raisons que nous tenterons de comprendre plus en avant.

15 Supportant par là même une variabilité cause de nombreuses difficultés. Georges Bataille le montre : « Les qualités que le premier souverain dut montrer ne ressemblaient pas en principe à celles de l'homme d'État ou du chef de guerre actuels, qui toujours interviennent du dehors afin de changer au profit des leurs les déterminations du monde objectif. Il avait à faire la preuve de qualités d'ordre

autorité, les théories politiques et juridiques modernes se nourrissent elles des mythologies essentialistes ou contractualistes pour justifier l'existence des formes de pouvoir actuelles – lorsqu'elles ne font pas appel à un rationalisme abstrait censé avoir la même puissance de véridiction. Toute structure de domination a son corollaire fictionnel, bien qu'il faille parfois le débusquer, réticent qu'il est à se révéler. Car toute structure de pouvoir nécessite un tiers entre le dominant et le dominé pour légitimer ce rapport, lui donner une transcendance extérieure stabilisante et enracinée[16]. Nous vivons dans un monde où dominent les formes.

Le « droit » de punir se trouve au cœur de cet entrelac, en jouant un rôle performatif[17], un rôle de liant permettant de faire de la fiction un opérateur du réel. Quels que soient les fondements invoqués, par l'enfermement, l'exclusion ou toute autre punition de ceux qui refusent de *croire* et d'adhérer à leur projet, les puissances modernes confirment *en marchant* l'existence et la légitimité de leur pouvoir et dès lors de leur emprise sur la société qui les entoure. L'inertie, plus rarement l'adhésion, de la masse à ce

subjectif ; il devait se placer, devant les autres, dans le rapport du sujet à l'objet, de l'être humain devant le reste du monde, devant les animaux, devant les choses […]. Il était dans les conditions du prophète ou du saint prouvant leur caractère divin par des miracles où l'efficacité extérieure de la sainteté subjective apparaît » (*La Souveraineté,* Paris, Nouvelles éditions lignes, 2012*,* page 69). La « rationalité philosophique » moderne apparaît dès lors comme un outil bien plus stable et efficace pour préserver le pouvoir, un simple raffinement de techniques divinatoires ancestrales, dont Arthur Hocart a montré dès 1936 dans son ouvrage *Rois et courtisans* (Paris, Seuil, 1978), à partir de sept « peuples-témoins », qu'elles étaient souvent généalogiquement à l'origine des structures de pouvoir, le plus souvent sous la forme de la maîtrise des rituels propitiatoires. La thèse fut contredite par les recherches de Louis Dumont, en s'appuyant sur le rôle des brahmanes en Inde, avant d'être réhabilitée alors que les indianistes mettaient progressivement en avant les failles de la proposition de Dumont. Sur le rôle du rite comme structurant social fondamental, voir aussi la référence au sujet dans Mauss, M., *Essai sur le don*, Paris, PUF, 2012 et Durkheim, E., *Les formes élémentaires de la vie* religieuse, Paris, PUF, 1968.

16 Il est en ce sens possible de considérer que la laïcisation du politique a entraîné la suprématie de la forme sur le corps, obligeant paradoxalement le politique à réinvestir un mysticisme et une sacralité propres alors que son encastrement dans les édifices religieux lui permettait au contraire de rejeter ces dimensions à un extérieur, supérieur à lui, pour s'avancer et s'énoncer comme seul support du politique *terrien*.

17 Sur l'interprétation du sens de la peine et ses finalités, voir Beccaria, C., *Des délits et des peines,* Paris, Editions du Boucher, 2002 ; Kant, E., *Métaphysique des mœurs II*, Paris, GF, 1994, trad. A. Renaut (deuxième partie, E, *Du droit de punir et de gracier*) ; Hegel, G.W.F., *Principes de la philosophie du droit,* Paris, Flammarion, 1999, trad. Vieillard-Baron, J-L., (paragraphes 99 et suivants) ; Fichte, J-W., *La doctrine du droit de 1812,* Paris, Editions du Cerf, 2005, trad. Gahier, A., Thomas-Fogiel, I. (Troisième partie, chapitre premier, pages 141 à 161) ; Bentham, J., *Théorie des peines et des récompenses*, Paris, Booksurge Publishing, 2003 ; Von Liszt, F., *Traité de droit pénal allemand*, Paris, M.V. Giard, E. Brière, 1913 ; Ferri, E., *La sociologie criminelle,* Chicoutimi, UQAC, 2005 (chapitre III, paragraphes 42 à 68) ; Durkheim, E., *De la division du travail social,* Paris, PUF, 1960 (chapitre II) ; Merle, R., Vitu, A., *Traité de droit criminel*, *Problèmes généraux de la science criminelle,* Paris Cujas, 2000 (notamment pages 144, 211 et suivantes, pages 743 et suivantes) et plus généralement Debuyste, C., Digneffe, F., Pires, A., *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, tomes 1 à 3 Paris, Larcier, 2008 (en particulier pages 82 à 205) ainsi que pour un bilan des débats contemporains sur la fonction de la peine : van de Kerchove, M., « Les fonctions de la sanction pénale, entre droit et philosophie »*, Informations sociales*, volume 7, numéro 127, 2005, pages 22 à 31. Voir aussi nos développements *infra* sur la sentence.

récit, suscitée ou imposée par la politique répressive du souverain, sert de confirmation autotélique des théories philosophiques (mais aussi de la mythologie du pays : sa genèse postulée ainsi que son inscription dans un dessein historique[18]) qui l'auraient un jour fondé et le maintiennent en place. En exerçant son pouvoir sans contestation, ou plutôt sans que les contestations *visibles* n'entraînent immédiatement de réaction, la structure politique confirme la légitimité des fondements par lesquels ce pouvoir lui a été attribué, soit la commune nature de l'ensemble de ses membres ou la divinité du pouvoir souverain (dans le cas essentialiste) ; un accord initial entre des individus ayant accepté un certain nombre de contraintes pour faire société[19] (dans le cas contractualiste) ; ou une rationalité dont la simple existence *maintenue* prouverait la valeur et l'efficacité (dans les cas utilitaristes et positivistes). Dans tous les cas, la légitimité du souverain à réprimer tout mouvement exogène. Affirmer que ces *formes de pensée* régulièrement invoquées par notre modernité pour justifier les appareils de pouvoirs seraient moins mythologiques et plus objectives que les plus anciennes serait d'autant plus trompeur que la même prétention à la vérité les rapproche toutes. Que telle doctrine positiviste prétende n'avoir aucune ambition prescriptive – et voilà qu'elle s'offre une puissance démultipliée pour conter le monde et en offrir les clefs tant recherchées.

Si le rôle du droit de punir est essentiel et central dans la formation des fictions politiques, et leur transformation en réalité, c'est aussi parce que l'excès de l'usage de la force répressive, ou son absence trop criante, finissent par faire disparaître la croyance dans le mythe fondateur et, avec elle, dans le moyen utilisé pour empêcher la dissolution de la société – c'est-à-dire ce même droit pénal. Droit le plus ancré de tous dans les corps, le droit de punir est aussi, paradoxalement pourrait-on penser, le plus symbolique. Les processus révolutionnaires en sont la meilleure illustration. Ceux-ci ne se nourrissent pas tant de rapports de forces directs (il s'agirait alors d'une guerre civile, opposant deux mythologies qui cherchent à s'anéantir), que de la disparition de la croyance en la fiction politique dominante qui provoque l'effondrement du système contesté par la simple dissolution de ce « croire ». Quel que soit son degré de puissance théorique en tel cas, l'appareil répressif n'est alors plus en mesure de freiner ce mouvement sans excéder les propres limites de son système et se dérégler, la croyance en l'autorité qui le fonde ayant disparu avec sa capacité de contrainte, intrinsèquement liée à son emprise discursive. La fiction marque la réalité qui déchire la fiction jusqu'à provoquer un effondrement généralisé. C'est d'ailleurs le plus souvent par l'une des brèches – ou excès – ponctuels, mais déjà trop répétés, de la puissance matérielle que naissent l'effondrement discursif et les feux que le pouvoir tentera inutilement d'éteindre par la suite.

18 Remplaçant en cela l'appui divin, puis la réaffirmation de l'accord de tous, désormais « prouvé » de façon pérenne par la capacité du représentant de la souveraineté à imposer des mesures coercitives aux individus sans être renversé pour autant. C'est par ailleurs aussi là une des explications de l'importance de la guerre dans la formation des nations.

19 Les raisons ayant amené à cet accord « fondateur » varient selon les philosophes et les théories, de la préservation de la vie, seuil minimal, à celle de la propriété, auxquelles peuvent s'ajouter d'autres critères, comme la « dignité ».

Avançons l'hypothèse suivante, que nous tenterons par la suite de *démontrer*. Notre époque tremble et vrille de l'effondrement attendu d'une fiction qui l'a formée. D'une fiction si bien pensée au XVII[e] siècle par un philosophe anglais qu'elle en a épousé le réel pour le transformer, ou dont la réalité était devenue si évidente au XVII[e] siècle qu'elle a été immédiatement, c'est-à-dire sans filtre ni *erreurs de transcription*, mise en pensées par un philosophe anglais. Cette fiction, quelle qu'en soit son origine, est devenue tellement commune qu'elle a cessé d'être pensée. Il s'agit bien de la souveraineté étatique, de ce modèle d'organisation politique monstrueux, au sens le plus neutre du terme, théorisé *sans avoir à le dire* par Thomas Hobbes alors qu'il se généralisait d'abord en Europe par les Traités de Westphalie[20] puis progressivement, *par contamination* et dérivations successives, au reste du monde dans un mouvement si rapproché qu'on aurait pu le penser *même*. Fiction qui s'est imposée définitivement en 1648 au sein du « monde politique » tel qu'il était alors pensé en ce qu'elle y a acquis à ce moment là seulement une prétention à l'universel, prétention qui, nous tenterons de le démontrer, est la condition de son existence et de son déploiement, renvoyant les développements des siècles précédents de l'idée d'État – dont l'emprise sur les territoires et les esprits ne cessa de se développer, selon les différentes historiographies, entre la fin du XIII[e][21] et le XV[e] siècle – à une archéologie de la notion. Fiction tellement commune qu'on a pu la croire naturelle, que beaucoup continuent à la croire naturelle, alors que de toute part s'effondrent ses enfants du fait d'une désadhésion de plus en plus massive, partagée par des acteurs traversant un immense spectre allant de Wikileaks à Al Qaeda. Tous ces *ennemis* de l'humanité le sont parce qu'ils refusent de se soumettre à cette fiction pour en réinventer d'autres, soit déterritorialisées, soit si infiniment territorialisées qu'elles rendent absurde toute pensée étatique. Tous, comme les pirates autrefois, font l'objet d'une démesure de moyens visant à les éradiquer sans que pour autant cette tentative ne soit jamais couronnée de succès[22]. Car tous bénéficient d'une adhésion populaire grandissante. Segmentée peut-être, loin d'être universelle certainement, mais accrue et démultipliée par la réticularité de la communication contemporaine, ne laissant aucun espace indemne et faisant de la frontière, si efficace

20 Le système westphalien tire son nom des trois Traités éponymes signés en 1648 (Paix de Münster, Traité de Münster et traité d'Osnabrück) ayant permis l'instauration de la « Paix de Westphalie » (1648) mettant fin à la guerre de Trente ans et la révolte des Pays-Bas et qui firent *de facto* de l'État, bientôt fusionné à la forme politique de la nation, la forme politique dominante et la plus légitime dans les relations internationales. Ce système reconnaît la primauté de la notion de « souveraineté », tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des frontières, et de l'ordre politique sur le religieux : ainsi les États souverains (européens) se voient reconnaître leur égalité naturelle, ouvrant la voie à une idée d'ordre juridique à l'échelle internationale et disqualifiant toute perspective d'empire universel, dans son extension la plus large. Voir à cet égard la présentation complète de Blin, A., *1648, La paix de Westphalie*, Editions Complexe, Bruxelles, 2006.

21 Alain Boureau, qui situe, dans une thèse radicale, la naissance de l'idée d'État et de souveraineté au sein de la pensée scolastique vers 1250 est le chercheur sur lequel nous nous sommes appuyé qui place le curseur chronologique de cette notion, dans sa forme moderne ou pré-moderne, le plus en amont (Boureau, A., *La religion de l'État, La construction de la République étatique dans le discours théologique de l'Occident médiéval (1250-1350), la raison scolastique I,* Paris, Les belles lettres, 2008).

22 Voir au sujet du pirate comme *premier* ennemi de l'humanité, devenu tel par son exclusion de tout dispositif juridique, Heller-Roazen, D., *L'ennemi de tous : le pirate contre les nations*, trad. Françoise et Paul Chemla, Paris, Seuil, 2009.

dispositif de protection fictionnel des fictions elles-mêmes, un concept caduc par là où elle était véritablement utile, dans sa gestion des flux théoriques, potentiels, idéels, et non réels. Lointaines héritières d'idéologies bien plus puissantes et ancrées dans le réel, ces formes de contestation ont contrairement aux précédentes les moyens de leur pensée, parce qu'elles ont les moyens de décomposer les barrières qui jusque-là attentaient à leur visibilité. Leurs actions ne pouvant être pensées dans le cadre de la fiction étatique, les voilà rejetées à son extérieur, suscitant interventions en Afghanistan, au Mali, en Irak, en Somalie ou dans une ambassade londonienne sans plus de succès[23]. Interventions et non pas guerres ni arrestations, car elles ne sont plus menées contre un criminel ou un État. Douce ironie que ces *interventions* soient dénommées par leur fiction d'appartenance – tel ou tel État – mais en fait dirigées contre l'ennemi qui se loge au sein de cet État et qui menace, tel un virus insupportable, non seulement son nom, mais par contaminations successives, de provoquer l'effondrement du château de cartes pluriséculaire dont ce nom n'est que la porte d'entrée. Hier superbe et écrasante, jusqu'à entraîner la mort de dizaines de millions de personnes dans des guerres totales sans susciter la moindre remise en question, voilà la fiction dominante réduite, par le

23 Pensées par des puissances coloniales, les relations internationales westphaliennes connaissaient de grandes similarités avec la cité grecque : créant un espace civilisé et prônant l'égalité, elles ne survivaient que parce qu'elles avaient créé un espace d'exception majoritaire où subsistaient en état de servitude la plus grande partie de la population, avec les violences et crimes que cela entraînait. Reprenons les éléments avancés précédemment, et tentons d'en préciser les contours. L'existence d'immenses espaces dénués d'emprise étatique était alors tolérable, et seuls les territoires directement profitables ou menaçant la supériorité occidentale étaient investis. Ils étaient finalement rares. Or la révolution industrielle a réduit les distances et accru leur nombre. Autrefois limité aux mers et à des contestations politiques territorialement ciblées, le terrorisme organisé, autrefois nommé piraterie, a su se structurer à l'échelle mondiale. Le phénomène a rendu intolérable l'existence de territoires sans État. L'extension absolue de cette forme est dès lors devenue un enjeu primordial, théorisé par de nombreux penseurs comme Stephen Krasner et les tenants du « state building ». Le *déni de territoire* est devenu la clef de la stratégie anti-terroriste. Une guerre des formes est née, ou s'est révélée. La mise sous tutelle de l'Afghanistan et de l'Irak peut être envisagée, dans cette perspective, comme un simple succédané des protectorats du début du siècle. Dans la droite ligne des entreprises coloniales, dont il a été montré qu'elles avaient été les laboratoires des violences de masse, ces interventions ont alimenté la création d'un nouveau droit réinvestissant la notion d'espace d'exception. Elles montrent la tension à laquelle est aujourd'hui soumis l'ordonnancement mondial et expliquent la coopération entre des États colportant des idéologies radicalement différentes : la survie de la forme étatique n'est devenue envisageable que si son monopole territorial et légal à l'échelle mondiale est maintenu, de façon exclusive. Voilà pourquoi tout effondrement, même parcellaire et limité à un petit territoire, de l'État, menace l'édifice dans son ensemble. Les territoires sans État ont pourtant toujours existé, malgré le renouveau colonial de la fin du XIX^{e} et du début du XX^{e} siècle qui avait permis d'entretenir l'illusion d'un « monde étatisé ». Cette *modernisation politique* menée à marche forcée n'était qu'artifice. Loin d'être effectives, les greffes ont le plus souvent provoqué des rejets auxquels l'État, dont le *droit* se trouvait de plus en plus contesté, ne pouvait répondre que par la violence. Alors que de nombreuses populations se sont organisées, et continuent à le faire, en s'appuyant sur des logiques politiques différentes, la forme étatique inscrit son combat à une échelle mondiale, ce qui explique que les obsessions actuelles se centrent sur les velléités d'expansion plutôt qu'idéologiques, sur leur potentialité de contamination plutôt que sur leurs revendications. La guerre civile mondiale est le pendant de l'État-monde, qui n'a lui-même rien à voir avec un État mondial. Elle est le résultat d'une délégitimation systématique de toute forme politique non-étatique qui ne peut que provoquer tremblements et instabilité. *Le droit* des gens créé la violence, cette fois à l'échelle mondiale, en refusant de reconnaître la différence, l'altérité – non plus des essences mais des formes.

truchement de ses propres dominants, à *boucher les trous* dans le sens le plus littéral du terme, *intervenir* tel un plombier planétaire sans ne jamais trouver les bons outils pour mettre fin à des déversements qui ne cessent de se multiplier et où elle s'épuise sans grandeur, inconsciente de sa propre existence, et donc des raisons profondes de sa contestation.

La Cour pénale internationale et plus largement le développement des droits internationaux pénaux ne seraient donc qu'un nouvel échelon dans l'édifice fictionnel de la souveraineté, une tentative originale visant à *boucher les trous avant qu'ils ne soient créés*. Une étape historique, bricolée et bricolante, à l'issue tout aussi incertaine que la création de l'État et l'affirmation progressive de la prééminence du pouvoir royal sur les féodalités au bas Moyen Âge. Une tentative qui n'en reste pas moins fondamentale en ce qu'elle touche justement au droit de punir et se trouve dès lors au cœur même de l'idée du politique. Impuissante à l'échelle à laquelle elle prétend se projeter (le monde), ne pouvant s'appuyer sur guère plus que des injonctions et un pouvoir symbolique, la Cour doit conquérir son pouvoir et donner corps aux lignes de papier qui transformeront ses mots en emprise sur le réel de façon suffisamment systématique, ou visible, pour devenir incontestable. Le processus est classiquement *fondamental*, malgré l'innocuité postulée d'une institution que l'on pourrait penser parmi cent. Faut-il pour cela oublier combien le passage de la féodalité à l'État releva peu d'une confrontation réelle des forces et beaucoup d'une lutte des légitimités, permettant à des pouvoirs initialement marginaux d'assoir leur emprise et de concentrer ce qu'il est devenu commun d'appeler le *monopole de la puissance légitime*, jusqu'à fonder des dynasties pluriséculaires[24]. Aussi rappelons que la monarchie française ne disposait, à

24 Et avec elles, des entités politiques – d'abord l'État, puis la nation, les royautés glissant sémantiquement dans ce même mouvement, de Roi de France à Roi des Français. Ainsi des épisodes comme celui de l'oriflamme de Saint Denis en 1124, lors duquel le pouvoir spirituel, en permettant à Louis VI de ne pas s'agenouiller, consacre sa supériorité sur les autres suzerains et la spécificité de la Couronne de France (il devient le seul seigneur à ne pas être vassal) servent-ils de mythologie fondatrice *a posteriori*, plus encore que par les effets qu'ils eurent dans l'instant. Voir les descriptions de Gérard Mairet (*Le principe de souveraineté*, Paris, Folio essais, 1997) sur ces processus. Voir pour une perspective historique, Rigaudière, A. (dir), *Penser et construire l'État dans la France du Moyen Âge (XIIIe-XVe siècles)*, Paris, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2003 ; Krynen, J., *L'Empire du roi – Idées et croyances politiques en France – XIIIe-XVe siècle*, Paris, Gallimard, 1993 ; Krynen, J., *Idéal du prince et pouvoir royal en France à la fin du Moyen Age (1380-1440) : étude de la littérature politique du temps*, Paris, A. et J. Picard, 1981 ; David, M., *La souveraineté et les limites juridiques du pouvoir monarchique en France du IXe au XVe siècles,* Paris, Dalloz, 1954 à l'échelle européenne Genet, J-P., Vincent, B. (dir), *État et Eglise dans la genèse de l'État moderne,* Madrid, Casa de Velazquez, 1986 ; Boureau, A., *La religion de l'État : la construction de la république étatique dans les discours théologiques de l'occident médiéval (1250-1350)*, Paris, Belles Lettres, 2006 ; Skinner, Q., *The foundations of modern political thought, volumes 1 and 2*, Cambridge, Cambridge University Press, 1978 et pour la suite du processus : Meyer, J., *La France moderne de 1515 à 1789,* Paris, LGF, 1985 (avec un regard plus détaillé sur ces questions dans *Noblesse et pouvoirs dans l'Europe d'ancien régime*, Paris, Hachette littérature, 1973) puis Halpérin, J-L., *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Paris, Flammarion, 2004 ; ainsi que pour une perspective plus générale, Poggi, G., *The State : its nature, development and prospects*, Palo Alto, Stanford University Press, 1990 ; Poggi, F., *The development of modern state : a sociological introduction,* Palo Alto, Stanford University Press, 1978 ;

la veille de la Révolution française, que de 3000 hommes pour maintenir l'ordre sur son territoire, soit seulement dix fois plus que les autorités chargées de contrôler la province gauloise à l'époque romaine[25]. Il fallut pour que l'un se transforme en l'autre et que l'entité France devienne autonome sous la férule d'une royauté incontestable – du moins le croyait-on – d'une nouvelle langue commune et d'une identité plus ou moins bien partagée, bien plus qu'une accumulation de puissance réelle, c'est-à-dire plusieurs siècles de discours, parsemés de rares avancées et de nombreuses reculades dans une lutte dont le front principal ne fut pas celui des armes, mais celui des normes et des mots[26], de la conquête d'un pouvoir aussi réel qu'initialement délié des rapports matériels de puissance[27], d'une capacité à déchoir ou consacrer largement hypothétique, auquel pourtant tous finirent par croire et, progressivement, se soumettre.

C'est, toute distance gardée, ce combat que mène actuellement la CPI, création hobbesienne, ou westphalienne, ou étatique, chaque terme regroupant une réalité que nous dirons *même*, se cachant comme nous le verrons derrière les oripeaux idéologiques du cosmopolitisme, énième tentative des tenants d'une fiction aux abois qui tentent de la préserver malgré tout. Partiellement autonomisée de ses créateurs, la Cour née à Rome un soir d'été de fin de siècle ne revendique pas le monopole du pouvoir politique mais cherche plutôt à s'y imposer. Dénuée d'armes comme le furent bien des souverains à leur naissance, elle était avant d'être née pensée déjà victorieuse et dominante sur le plan des idées, du pouvoir symbolique. Ses décisions, contre toute logique de puissance, sont dix ans après sa création et le mécontentement grandissant qu'elle suscite, encore porteuses d'effets. Grandioses perspectives pour un pouvoir qui à l'insatisfaction générale répond par l'extension de ses prérogatives, passant, dans le choix de ses proies, de petits miliciens à grands chefs d'État, sans sembler coup férir. Il suffit d'ailleurs de l'observer, non pas dans son rapport au réel, dérisoire, mais dans sa capacité à faire fiction. Les critiques qui lui sont adressées dépassent largement son

Pierson, C., *The modern state*, Londres, Routledge, 2011 : Genet, J-P., *L'État moderne, genèse*, Paris, CNRS, 1990.

25 Meyer, J., *Le poids de l'État,* Paris, PUF, 1983, page 25.

26 Voir sur l'histoire des normes et de l'État la description transversale et très accessible de Jean Picq (*Histoire et droit des États,* Presses de Sciences Po*,* Paris, 2005), qui dresse un tableau des processus d'accaparement de la justice comme fondateurs de l'État, et du rôle du pouvoir symbolique dans les rapports de force entre empires, papautés, seigneuries et royaumes entre le XII^{e} et le XVII^{e} siècle. La fondation de la dynastie des Carolingiens par la famille des Pippinides et leur conquête du pouvoir est à ce titre exemplaire : simples serviteurs de la dynastie mérovingienne, en tant que maires du palais, ils accaparent progressivement la réalité du pouvoir sans jamais se l'attribuer en nom propre, jusqu'à imposer leur lignée sur le trône du royaume de France.

27 Georges Burdeau va jusqu'à affirmer que l'État n'est qu'une fiction nécessaire à l'assujettissement et dès lors à la fondation d'un espace politique hiérarchisé : « Les hommes ont inventé l'État pour ne pas obéir aux hommes. Ils en ont fait le siège et le support de la puissance dont ils éprouvent tous les jours la nécessité et le poids, mais qui, dès lors qu'elle est imputée à l'État, leur permet de se plier à une autorité qu'ils savent inéluctable sans cependant être assujettis à des volontés humaines. L'État est une forme de pouvoir qui ennoblit l'obéissance. Sa raison d'être première est de pouvoir fournir à l'esprit une représentation de l'assise du pouvoir qui autorise à fonder la différenciation entre gouvernants et gouvernés sur une autre base que des rapports de force » *L'État*, Paris, Seuil, 1970, page 11.

champ de compétence, et les populations lui reprochent sans cesse de ne pas agir là où elle n'a pas encore les moyens, même légaux, de le faire. Son droit de punir, par essence, l'appelle à construire un récit qui pourrait faire société, protégeant et se servant des pouvoirs territorialement ancrés qui l'ont créée. Plutôt que de chercher à détenir le pouvoir effectif, la CPI cherche à émerger comme le référent symbolique d'une société en devenir, d'un *contrat social global*, pour reprendre les termes de son premier Procureur, Luis Moreno Ocampo. Un pouvoir sans puissance, à l'expansion continue, dont la consécration ou la dissolution se jouerait sur le terrain de la fiction. Sa lutte consiste à pouvoir *dire* une nouvelle étape dans l'histoire de la souveraineté et, pourquoi pas, préfigurer un nouvel ordre mondial. Nous tenterons de le démontrer.

II. Le choix de l'affaire Katanga

Choisir une seule *affaire* – c'est ainsi que sont nommées à la Cour pénale internationale les procédures visant à priver de liberté pour une durée déterminée une personne supposément responsable de la violation du *droit de Rome* – pour en dérouler le fil tient à la fois de l'évidence et de l'inconscience. Évidence, parce que cela permet de mettre en contexte l'idéologie de l'institution, son discours, et les différents concepts du droit international pénal qui, trop souvent pris séparément, perdent ainsi le caractère instrumental qui les a fait naître, c'est-à-dire tout simplement leur raison d'être. Évidence aussi, au risque de paraître trivial, parce que cela permet d'interroger ce pour quoi la Cour pénale internationale existe, non point d'une perspective conceptuelle ou idéologique, mais factuelle : sa capacité à juger des individus, c'est-à-dire les transformer en objets de droit afin d'exercer sur ceux-ci son pouvoir punitif. Par cette démarche, sans objectif initial, apparaît progressivement l'inanité d'un discours *humaniste*, *universaliste* ou encore *cosmopolitique* que tente d'incarner la Cour, et qui *force* à interroger les objectifs véritables d'une institution, les raisons de sa création, et les éventuelles dérives – terme que nous utilisons ici de façon neutre – de l'institution par rapport aux objectifs postulés et énoncés de ses créateurs et différents constituants. Inconscience parce que la démarche implique, pour être fructifère et *complète*, de traverser sinon tout, du moins une grande partie de ce droit international pénal à la construction tortueuse, riche en sources et fondements parfois contradictoires, encore branlants et pourtant déjà interminables. D'apparence infinie, ce cheminement à travers les traités, jurisprudences internationales et nationales, règlements divers et ouvrages de doctrine se double d'une plongée au sein des archives de la Cour, c'est-à-dire de milliers de documents et centaines de milliers de pages que produit aujourd'hui chaque affaire devant une juridiction pénale internationale, à peine classés dans des systèmes d'archivage encore rudimentaires, souvent en panne et à l'indexation hasardeuse, dans lesquels il faut distinguer requêtes procédurales inconséquentes, avancées jurisprudentielles cachées au sein de décisions d'apparence secondaires et enjeux sur l'établissement de faits qui ne trouvent guère de distinction au cours du procès – tout cela sans l'appui d'une doctrine encore réticente à se saisir de la plupart des aspects de

l'affaire tant qu'elle n'est pas conclue, et sans disposer de précédant méthodologique concernant l'institution[28].

Cette aventure n'en est pas moins passionnante, permettant tout d'abord de donner un sens à des constructions juridiques trop souvent considérées comme autonomes, pour ne pas dire auto-suffisantes, tout en interrogeant les limites de ce qui les assemble. Elle permet ainsi de revisiter des décisions jurisprudentielles et interprétations devenues incontestées qui, lues au regard de leur utilisation contextuelle et de la dynamique procédurale dans laquelle elles s'insèrent, se révèlent parfois beaucoup plus fragiles que lorsqu'elles étaient décrites dans les ouvrages doctrinaux. En étudiant l'inscription du droit international pénal dans une ligne qui n'est pas celle de sa construction idéelle, abstraite et désincarnée – de son énonciation première par une autorité jusqu'à sa confirmation, ou réinterprétation, jurisprudentielle, en passant par le commentaire universitaire – mais centrée sur une *histoire* humaine, c'est-à-dire en suivant le fil qui amènera ce droit à être invoqué dans le cadre de procédures ayant provoqué l'arrestation d'un homme, son extradition dans un pays étranger, son isolement, sa mise à nu dans le cadre d'un procès *au nom de l'humanité* puis sa condamnation à une peine privative de liberté, l'approche que nous avons adoptée permet d'apporter un regard renouvelé sur la construction qui nous intéresse, détaché dans un premier temps du *mouvement* qu'il provoquera dans la discipline et pour l'institution, mais considéré comme ce qu'est théoriquement une *affaire*, une finalité en soi pour l'institution[29], ainsi attaché à ce qu'elle révèle de cette dernière.

Il ne s'agit bien entendu pas de nier la valeur de l'étude distancée du droit international pénal, *de l'intérieur*. Au contraire, cette approche, nous semble-t-il, l'implique et exige une connaissance et une étude particulièrement pointue de celui-ci, afin de retracer les différents passages ayant construit et marqué les normes juridiques appliquées à notre espèce, pour mieux les expliquer ou les critiquer à partir de celle-ci. Mais notre approche n'en permet pas moins de ne point tant dépendre de la *qualité* de l'énonciateur au sein de cet édifice et de son statut, qu'il soit Chambre d'appel de la Cour pénale internationale ou rédacteur du Statut de Rome, et ainsi *devoir* lui attribuer la valeur immédiate qu'il réclame, permettant peut-être de mieux en questionner le raisonnement et les défaillances éventuelles, non par rapport à une source supérieure avec

28 Aucune thèse concernant exclusivement ou principalement une affaire de la CPI n'a été commencée en France au 31 juin 2014. Il faut par ailleurs noter que, comme le rappelait le juge Bruno Cotte dans un entretien avec Antoine Garapon dans l'émission « le bien commun » datée du 3 juillet 2014, l'écrasante majorité des commentaires doctrinaux des décisions de la CPI provient du monde anglo-saxon, le monde universitaire français s'y désintéressant comparativement, ce qui a amené le juge à s'appuyer principalement, et paradoxalement selon lui, sur des commentaires et des sources de droit émanant du « *common law* ». Or, outre le caractère secondaire de l'affaire, les décisions étant prises en français, les commentaires doctrinaux intervenaient tardivement du fait des délais imposés par la traduction et la publication des décisions en anglais. Une grande partie de la jurisprudence produite par l'affaire Katanga reste ainsi à « découvrir », en particulier par le milieu universitaire francophone.

29 Nous verrons qu'en l'occurrence quasiment aucun des acteurs n'aura ainsi considéré cette *affaire*, si ce n'est à l'évidence l'accusé lui-même, donnant au terme lui-même un sens qui pourrait être interprété dans son sens anglosaxon, celui d'une infidélité à un projet principal.

lequel il entrerait éventuellement en contradiction, mais à partir de sa fonctionnalité *per se*. S'inscrivant en dehors des rapports d'autorité établis, la démarche, loin de les nier, exige de les connaître parfaitement pour mieux les interroger, doublant la traque des contradictions hiérarchiques de celles de l'énonciation et du raisonnement eux-mêmes, et vacillant en permanence du fait du rejet de ces points d'appuis.

Une fois ce travail effectué, et en appui à celui-ci, deux mondes accompagnent alors les textes et s'ouvrent dans le même temps pour leur donner du relief, forçant par là même à en sortir. Deux mondes qu'il faut traiter sinon à égalité, du moins avec la même distance : celui du théâtre judiciaire, avec ses codes, sa proximité culturelle, géographique et sociale qui donnent une grisante impression de familiarité souvent démentie, sans que l'on réussisse toujours à s'en émerveiller plutôt que s'en irriter ; et celui des événements concernés, abordé principalement par l'intermédiation du regard, et du langage, de l'institution judiciaire, difficile d'accès physiquement mais aussi intellectuellement. Nous avons fait le choix de ne pas nous satisfaire du regard porté par l'institution sur l'*Affaire*, mais de la questionner à partir de notre expérience propre et de notre rapport à des sciences sociales extérieures au droit[30], convaincus à la mesure qu'avançait notre étude qu'il s'agissait là de la clef la plus importante permettant d'expliquer le chemin pris par l'institution dans son ensemble. Face à ce réquisit d'un double engagement, la rigueur demandée n'en est que plus importante, l'auteur ne pouvant évidemment se prétendre spécialiste de l'ensemble des sujets abordés, tant juridiquement que sociologiquement, économiquement qu'historiquement.

Le choix de traiter une seule affaire exige en quelques sortes, dans le dispositif qui est le nôtre, d'imposer une approche relevant de la naïveté, récusant toute dogmatique disciplinaire sans ne jamais faillir à leurs impératifs méthodologiques, questionnant sans hiérarchie l'ensemble des affirmations – mêmes émises avec l'autorité du spécialiste ou du scientifique – des acteurs de notre enquête. C'est pourquoi par exemple nous nous sommes attelés à une vérification systématique des références des ouvrages sur lesquels nous, ou les différent juges que nous citons, nous appuyons pour décrypter, étudier, contredire ou codifier les faits présentés, et ce avec des résultats parfois surprenants. C'est pourquoi aussi nous avons jalonné nos recherches de séjours de terrain – non seulement au sein de *notre* institution, où nous avons rencontré, interrogé, fréquenté et observé l'ensemble des acteurs de l'affaire, que là-même où elle agissait sans y mettre le plus souvent les pieds. De peu d'intérêt, et encore cette *évidence* devrait être questionnée, pour qui adopterait une approche purement juridique « classique », cette *fréquentation,* impliquant confrontation, aux limites de la sociologie, voire de l'anthropologie, était essentielle pour notre projet.

30 En cela, notre expérience *au sein* de l'institution nous a apporté des ressources extraordinaires afin d'aiguiser le regard critique, permettant après avoir épousé le regard de ceux qui furent nos congénères, leurs modes de pensée et les processus amenant aux prises de décision, non seulement de questionner le résultat, mais souvent de comprendre *comment* et dès lors pour-quoi ce résultat avait été atteint.

C'est donc, face à une approche holiste, nécessairement *massive* et englobante, paradoxalement l'imprécision et non le pointillisme qui ont présenté les plus grands dangers pour une étude portant pourtant sur l'infiniment petit à l'échelle de la Cour pénale internationale, mais interrogeant par ricochet rien de moins que le rapport de la modernité politique aux violences de masse. Ces difficultés n'ont au final pesé que peu par rapport à l'impression de pouvoir saisir et enfin comprendre l'ensemble du mouvement de l'institution à partir de la plongée minutieuse dans l'une de ses modestes branches – un *simple cas* – et en tirer les éléments suffisants afin de pouvoir entamer un diagnostic général systématiquement confronté non seulement à cette affaire et à la réalité de notre expérience aux côtés du sommet de son organe le plus important, mais aussi *a posteriori* au sein de trois instances périphériques, le ministère des affaires étrangères français, l'école de droit de l'Université de Yale et, à travers le *Center for constitutional rights*, l'équipe juridique de Wikileaks. Soit respectivement un des *objets potentiels* de la Cour à la fois que son créateur et contrôleur ; l'une des plus puissantes sources de fiction juridique, et donc de légitimation et délégitimation de l'instance ; et finalement l'un de ses acteurs périphériques et concurrents les plus en vue, théoriquement affiliés au même projet idéologique et politique, et pourtant déjà *adversaire* comme nous le verrons plus en avant. Chacune de ces expériences, quel qu'ait été le rôle *in fine* que nous y ayons joué, a été vécue comme une opportunité de comprendre les interrogations et le regard que portent mutuellement ces actrices politiques concurrentes les unes sur les autres, sans se contenter de leurs discours extérieurs et de tentatives de théorisation qui, faute de *visibilité* sur la « réalité » de ces constructions et de leur intérieur, interdisent souvent d'en saisir véritablement sinon la nature, du moins leurs relations, leurs aspirations et leur moyens d'action réels.

L'imbrication d'approches diverses était donc inscrite dans notre projet avant même qu'il ait été véritablement initié, et c'est bien l'ensemble de ces raisons et non pas l'une plutôt que l'autre qui expliquent que le choix d'une seule affaire nous a semblé pertinent pour répondre à l'objectif plus général de ce travail, c'est-à-dire l'étude et la compréhension d'une institution en construction qui avec elle tente de faire naître, si ce n'est un ordre, du moins un système fondé sur le droit, et éventuellement une société afférente. Le choix de *cette* affaire s'est imposé avec la force que l'évidence doit souvent au hasard et à sa rationalisation postérieure. Loin d'être anecdotique, l'affaire Katanga – parce que jugée comme secondaire, et donc restée moins exposée au contrôle social à l'intérieur comme à l'extérieur de la CPI, tout en comportant l'ensemble des caractéristiques formelles permettant d'élaborer un riche travail casuistique, nous a permis de sonder au plus près les mécaniques de la Cour et tenter de révéler beaucoup des intentions normalement *maquillées* ou couvertes des différents acteurs de cette construction institutionnelle que l'on a dit chancelante, et qui pourtant s'attaque année après année à des affaires plus importantes. Intéressante de par ses originalités – elle a été jugée conjointement à l'Affaire Ngudjolo qui s'est achevée par un acquittement, a connu une requalification des charges contestée avant de terminer sur un accord non révélé entre la défense et l'accusation… – mais aussi de par ses dimensions plus classiques – elle est la deuxième affaire de la Cour, concerne

la RDC comme la première, a pour la première fois été fondée sur de nombreux chefs d'accusation tant pour crimes de guerre que contre l'humanité et s'est déroulée sans incidents majeurs… – elle nous permet à la fois d'étudier le fonctionnement général de la Cour pénale internationale ainsi que les intéressantes *dérives* – au sens marin et encore une fois neutre du terme – que ses acteurs se sont proposés d'initier. Éloignée des préoccupations des chancelleries, des médias et dans une moindre mesure des instances universitaires, dénuée d'enjeux de pouvoir de première importance – au regard des échelles dans laquelle s'inscrit la Cour pénale internationale –, elle nous a peut-être aussi permis de percevoir plus frontalement la nature des rapports de force et intentions habituels d'acteurs qui se pensaient peu observés, œuvrant dans le silence du monde et d'un front commun à ce qu'ils considéraient être leur mission partagée. La violence des rapports au sein des différentes instances de pouvoir ayant œuvré dans cette affaire (notamment au sein de la Chambre de première instance) ont permis de nous rendre visibles des informations normalement couvertes au nom du secret du délibéré ou d'autres usages, nous permettant ainsi de recueillir de précieux éléments sur les rapports *internes* entre les différents acteurs d'une institution normalement prompte à la discrétion. Ceux-ci, bien qu'ils aient été scrupuleusement *masqués* pour respecter la confidentialité des propos lorsqu'elle était demandée, traversent bien entendu l'ensemble de notre étude, et ont permis de confirmer ou d'infirmer ce qui n'aurait dû rester que de l'ordre de l'intuition. C'est là aussi la chance qu'offre la proximité non seulement institutionnelle et sociale que nous avons eu avec les différents acteurs de cette affaire, mais aussi temporelle, permettant de recueillir alors que les éléments non-écrits étaient encore à l'esprit, les différentes interprétations que portaient sur leurs propres actions et celles des autres les protagonistes respectifs de cette traversée. Précisons ici que mis à part le cas particulier du Bureau du Procureur dont nous parlerons par la suite[31], aucune démarche n'aura été entreprise avant que le sort final de Germain Katanga ne soit scellé. Nous avons ainsi cherché à éviter que les paroles recueillies ne soient influencées non seulement par les processus en cours, mais par l'attente potentielle qu'aurait pu créer notre démarche et l'intervention d'un regard extérieur qui, bien que très faiblement légitime, de par sa quasi-exclusivité, aurait pu marginalement influencer les perceptions des différents acteurs. Il faut admettre un bémol à cette réalité, qui nous a au final été profitable : la concurrence entre le Président de la Chambre qui a jugé l'Affaire, Bruno Cotte, et la juge auteur de l'opinion dissidente au Jugement, Christine Van den Wyngaert. Rendus rivaux par la virulence du détachement de la seconde vis-à-vis du premier, tous deux ont naturellement tenté d'influencer ce qui apparaissait alors comme le seul travail académique dédié à une affaire qui avait révélé des divergences si profondes qu'elle mettait potentiellement en jeu leur légitimité mutuelle. Cette « prolongation » nous a bien entendu servi, chacun se montrant disposé à partager avec nous des éléments permettant de comprendre de l'intérieur les dynamiques qui avaient traversé l'affaire, ainsi que leur propre regard,

31 Et dont le *recueil* de la parole n'a pu être influencé par le fait que le processus était en cours, si ce n'est en lui donnant une plus grande véracité encore, étant donné que l'énonciateur comme le récepteur ne savaient à ce moment là que ce dernier, c'est-à-dire l'auteur de ces lignes, avait pour projet d'en faire par la suite un objet d'étude.

non médiatisé par une codification juridique, sur celle-ci. Au final, seule aura manqué, et l'absence est de taille, une mise en rapport avec l'appareil étatique congolais[32], dont nous n'avons pu étudier le rôle qu'à travers des *inférences*, combinant nos connaissances primaires (expérience personnelles, séjours sur le terrain, interrogations des différents acteurs ayant eu un rapport avec le dit appareil de pouvoir) et secondaires (ouvrages d'histoire, de sociologie et d'anthropologie, rapports de différentes organisations, récits journalistiques et littéraires) de la région et des appareils étatiques, avec le regard de l'institution sur la situation.

Cette affaire offre finalement un intérêt particulier en ce qui nous concerne et alors que nous avons été impliqués dans une « observation participante » au sein de l'un des organes que nous étudions aujourd'hui. Alors que l'affaire Katanga battait son plein, situés au cœur de la gouvernance exécutive du Bureau du Procureur, nous partagions le regard des principaux dirigeants de cette instance sur l'institution dans son ensemble et sur l'Affaire en particulier, qui était alors la seule à avoir atteint sa vitesse de croisière. Il est d'autant plus remarquable que nous n'ayons eu quelques années plus tard, au moment de décider de centrer ce travail sur cette affaire, qu'une vague idée des faits mêmes de celle-ci. Loin d'apparaître comme prioritaire, l'affaire Katanga n'était au moment de notre implication au sein du cabinet du Procureur de la CPI qu'une activité secondaire et quelques peu gênante pour le Bureau et ses *plus puissants acteurs*, qui ne lui accordaient guère d'importance. Suivant le regard de nos supérieurs, nous ne nous y intéressâmes ainsi guère, et la relecture de l'ensemble des correspondances archivées de l'époque laisse apparaître – malgré de nombreuses requêtes procédurales qui paradoxalement sollicitaient quasi quotidiennement notre attention à son égard – une indifférence complète, doublée d'une ignorance assumée à l'encontre de ce qui était pourtant la première affaire de la Cour où un accusé était incriminé pour plusieurs crimes de guerre et contre l'humanité.

Or cette ignorance est capitale d'un point de vue épistémologique, non pas seulement en ce qui concerne notre capacité à nous distancer de notre objet d'étude et prétendre à une bien illusoire objectivité, mais avant tout, dans une troublante mise en abyme, parce qu'elle est au cœur de ce qui est apparu comme l'une des principales problématiques de notre réflexion et que nous appellerons la fabrique du conformisme.

Éloignés des enjeux de l'Affaire, dont le quotidien avait été entièrement *sous-traité* à une « joint-team » composée d'une petite dizaine de fonctionnaires intermédiaires du Bureau qui fonctionnait de façon autonome – et devait paradoxalement faire valider

32 Ce qui est grandement lié au fait qu'il s'agisse là, avec le Bureau du Procureur dont nous dirons la spécificité, du seul acteur de cette *affaire* pour lequel la dite affaire implique de réels enjeux de pouvoir dont la révélation par une parole « officielle » – confirmant ce qui était déjà certes des évidences mais dont l'énonciation institutionnelle provoquerait une entaille dangereuse dans la légitimité de l'appareil de pouvoir concerné – reste impossible. À cet égard la temporalité de notre étude joue cette fois contre nous, l'énonciation d'une parole sur une affaire close pour la plupart des participants entrant en conflit avec la permanence du pouvoir concerné.

formellement par les instances les plus hautes chacune de ses décisions[33] – nous n'eûmes jamais à en interroger les fondements, et cela va sans dire, la justesse. Nous fûmes ainsi et de façon parfaitement inconsciente complices d'un appareil de pouvoir dont la multiplicité des enjeux et surtout le mouvement vers l'avenir nous semblaient bien plus intéressants que son présent et les dommages collatéraux qui en résultaient sur des êtres humains. Germain Katanga n'était alors perçu que comme un instrument dans la politique de développement de la Cour fomentée par le Procureur et accueillie avec bienveillance par le reste de l'institution, et cela nous convenait parfaitement. Comme la très grande majorité des *supporters idéologiques* de l'institution, catégorie qui va bien au-delà des membres de la Cour et embrasse très largement des milieux pourtant supposément tenus à une distance critique, faute d'intérêt et de moyens permettant de nous concentrer sur leur cas, nous ne pouvions imaginer que Germain Katanga, comme Thomas Lubanga, Matthieu Ngudjolo – qui fut acquitté – ou encore Jean-Pierre Bemba, n'eussent leur place à La Haye, quand bien même des calculs politiques eussent pu intervenir dans leur détention et leur subjacent transfert à la Cour.
Il nous faut brièvement contextualiser cette étape fondamentale pour comprendre le rapport qui a pu être développé à notre objet de recherche, et ainsi permettre à nos lecteurs de juger en connaissance de cause les potentielles interférences qui ont pu troubler le regard que nous leur proposons sur ce cas, et en même temps déjà illustrer ce que nous présenterons par la suite de la façon la plus dépersonnalisée possible. Âgé de vingt ans lors de notre entrée à la Cour comme stagiaire, et de quelques mois de plus lors de notre recrutement comme assistant spécial du Procureur, c'est-à-dire considéré institutionnellement comme la prolongation de son regard et sa parole, porteur officiel, légitime et dès lors incontestable de sa parole lorsque les circonstances s'y prêtaient, nous n'avions *en tant qu'observateur et acteur* aucun des outils juridiques et scientifiques pour interroger à la fois le déroulement des procédures et les grilles de lecture qui étaient plaquées sur les actes commis par Germain Katanga. Notre esprit critique était bien plus conditionné et prêt à être enclenché en ce qui concernait d'autres affaires que nous aurions dans le même temps à connaître, notamment l'Afghanistan et la Palestine, où l'évidence des compromissions et de l'ethnocentrisme de l'institution et en particulier du Bureau du Procureur ne pouvaient déjà, pour de nombreuses raisons[34], nous échapper. Il en alla de même en Côte d'Ivoire, mais surtout lors de l'Affaire Banda et Jerbo, du nom de deux rebelles soudanais qui furent autant de pièces dans la stratégie du Procureur face à Omer El Bashir, pour des raisons détaillées plus en avant et qui, pour désarmé que pouvait être un « jeune homme » avec une faible formation face au flux d'informations, de codes et de décisions que la découverte de l'intériuer, sans guère

33 Dans une mécanique qui technicisa rapidement les enjeux de l'affaire, n'en faisant qu'un objet de débats *intermédiaires*, la multiplication des demandes de validation devenant un irritant impliquant un rapport bureaucratique à l'affaire pour l'ensemble de ses gestionnaires, alors même que les principaux responsables du Bureau du Procureur avaient créé et délégué la gestion quotidienne de l'affaire à une équipe dédiée afin d'éviter cet effet.

34 Au titre desquelles se trouvait bien évidemment principalement l'intérêt que portent les médias, les milieux universitaires ainsi que politiques à ces « territoires » et le fait que nous avions vécus leurs développements à mesure que notre propre construction intellectuelle se faisait, comme des *événements* qui touchaient directement à notre vie.

de transitions d'une telle institution à un poste professionnel lui imposait, rendaient impossible tout aveuglement vis-à-vis de la farce à laquelle il assistait. Le hasard fit ainsi dans le premier cas que la guerre civile se réenclencha alors que nous travaillions au sein de l'institution et avions eu loisir de connaître la passivité choisie de celle-ci face aux violences qui avaient auparavant secoué le pays ; et que dans le second nous pûmes assister à la première comparution des deux accusés, arrivés hagards et récitant leur déclaration à peine comprise, rédigée avec l'aide des services du Procureur. Dans les deux cas, un *événement* s'était chargé de catalyser les éléments latents qui étaient à notre disposition et qui pourtant manquaient de susciter de réactions.
Ce ne fut pas le cas de l'affaire Katanga, dont le procès était au moment de notre présence à La Haye fait de multiples batailles procédurales et ne présentait ni la clarté factice d'une première comparution ou confirmation des charges, ni l'intensité dramatique de l'énonciation des conclusions finales, du verdict ou d'un conflit en cours. Le Bureau du Procureur lui-même, contrairement aux périodes précédant le déclenchement d'une affaire, comme ce fut le cas pour l'Affaire Mbarushimana pendant notre estance, n'était parcouru d'aucun débat qui aurait pu résumer les enjeux de l'Affaire et cristalliser les informations éparpillées entre ses différents services. La décision d'avancer prise, seules les modalités d'exécution étaient encore discutées, sans plus que les fondements ne fussent nulle part interrogés ou même présentés. L'Affaire ne se ne résumait ainsi plus qu'à une simple accumulation de flux qu'il fallait traiter de façon à atteindre un objectif connu de tous et dont la remise en question apparaîtrait désormais comme un non-sens. L'appareil judiciaire, sa langue âpre et la monotonie des débats sans enjeux qui se succédaient faisaient dès lors, au sein du Bureau comme dans la salle d'audience librement accessible six étages plus bas, écran à notre regard, ce qui nous semble être aujourd'hui un avantage, n'ayant été impliqués « qu'aveuglément » dans cette affaire lors de notre passage à la CPI et n'ayant dès lors guère de craintes quant à l'impact et l'influence qu'aurait eu notre participation au travail de l'accusation sur la nécessairement incomplète mais n'en déplaise essentielle distance de ce travail par rapport à notre objet d'étude.

Ce long développement nous a semblé d'autant plus nécessaire que les préventions intellectuelles et éthiques que peut impliquer le fait d'étudier un appareil de pouvoir auquel nous avons appartenu sont très largement ignorées au sein du droit international pénal, dont la rationalité abstraite théoriquement accessible à tous est censée permettre l'identification immédiate de tout biais de jugement, quelque soit le contexte d'énonciation et le porteur du raisonnement. Sous couvert additionnel de participation collective à un projet dont la moralité ne saurait être contestée, la distance nécessaire entre la société civile, le monde universitaire et la Cour pénale internationale se trouve ainsi trop souvent annihilée, les différents acteurs se sentant liés par un même objectif qui, faut-il le rappeler, implique par sa nature même un fondement idéologique et politique important. Les nombreux aller-retour entre milieux universitaires, postes diplomatiques, militantisme associatif et fonctions judiciaires au sein de la Cour devront un jour interroger, tant cette circulation, quasi systématiquement cachée, n'est que trop souvent marquée par une instrumentalisation des accès successifs

à une *position légitimante* dont les chassés croisés alimentent mutuellement chaque étape, tant du point de vue de la fonction que de la personne les occupant. Le mélange des genres, propre peut-être à toute période de fondation d'un droit qui doit de lui-même combler les vides qui menacent d'ébranler sa dynamique, peut ainsi provoquer des effets pervers faisant de l'universitaire ou du diplomate chargé de rédiger tel ou tel texte l'aspirant-procureur ou juge participant silencieusement dès ses premières entreprises intellectuelles à son ascension professionnelle, et surtout aux fondements qui seront le lendemain invoqués pour justifier ses actions ; ou encore du diplomate d'hier devenu Procureur d'aujourd'hui et bientôt juge de demain chargé des mêmes affaires dont il avait eu à connaître dans son deuxième poste avec les textes qu'il avait contribué à rédiger dans son premier ; le fonctionnaire du Bureau du Procureur soudainement nommé comme responsable de la justice internationale au sein de la principale ONG chargée de « contrôler » au nom de la société civile l'action de ce dit Bureau ; et ainsi de suite. Autant de cas que nous avons eu à connaître, qui n'englobent pas à l'évidence tous les mouvements, parfois encore plus douteux, parfois au contraire entièrement innocents, qui touchent ce petit monde, mais qui tous fragilisent la légitimité d'un édifice construit sur une multiplicité des sources et une rareté des ressources qui les rendent aussi faciles que dangereux. Nous n'échappons à l'évidence pas à cette critique, que seuls le passage du temps, l'explicitation de notre parcours aux fins d'éclairer le lecteur et l'indépendance absolue vis-à-vis des instances, tant financière que morale, présente et à venir, qui ont présidé à l'élaboration de ces travaux une fois ceux-ci initiés, permettent d'atténuer, la genèse de ce texte permettant même de l'illustrer tristement. C'est ainsi que l'idée d'une publication sur la Cour avait été suggérée par le Procureur, qui se proposait de la soutenir par différents moyens dans l'objectif d'accroître le rayonnement de son institution, et incidemment de son action. La prise de distance, d'abord institutionnelle puis intellectuelle, avec une source d'information précieuse et disposant de puissants moyens d'influence, fut coûteuse, mais menée sans concessions conscientes, jusqu'à provoquer un conflit ouvert avec le Procureur et son Bureau qui, craignant désormais que le travail ne leur fut plus favorable, finirent par énoncer, sous peine de poursuites, une exigence de relecture et de censure du présent travail, que nous refusâmes. Geste minimal, mais que d'autres, confrontés à une situation similaire et dont les recherches éminemment plus prestigieuses et influentes servent aujourd'hui de fondement à certaines décisions judiciaires, ne se sont pas autorisé.

Permettant de plonger au cœur des toutes premières années de la Cour – alors qu'elle n'était encore qu'une institution en devenir – l'affaire Katanga troublera nous l'espérons l'observateur extérieur de par les insuffisances graves qu'elle a laissé apparaître, et qui font légitimement douter de la capacité de l'institution à remplir le rôle auquel beaucoup l'avaient promis[35]. Partagées entre les différents organes de la Cour,

35 Le premier article universitaire publié à ce sujet l'a été fin août 2014, au sein du site internet du *Journal of international criminal justice*, par Carsten Stahn (« Justice delivered or justice denied ? The legacy of the Katanga Judgement », *Journal of International Criminal Justice*, Oxford University Press, 19 août 2014, 26 pages). De facture critique, il n'atteint pas la véhémence des réactions d'universitaires sur des publications personnelles, dont l'unanimité à l'encontre du Jugement fut exprimée avec des mots extrêmement

les défaillances auxquelles cette Affaire a donné lieu et dont nous tenterons de comprendre les origines n'ont, pourtant, fait l'objet d'aucune *sanction* autre que l'indifférence, faute de contrôle social sur l'action de l'institution, et ont au contraire été récompensées par un désistement mutuel des appels du Procureur et de la défense, offrant ainsi opportunément à toutes les parties l'instauration d'une *omerta* calculée. Au-delà d'une simple affaire à décortiquer, nous avons donc pris notre objet d'étude comme comme un révélateur des différentes structures qui lui avaient donné naissance – non seulement la Cour et ses différents organes, mais aussi le droit international pénal lui-même et les acteurs qui en furent à l'origine[36].

durs, allant jusqu'à dénoncer l'une des pages les plus sombres du droit international pénal. Voir : http://opiniojuris.org/2014/03/08/another-terrible-day-otp/ ; http://humanrightsdoctorate.blogspot.com.es/2014/03/some-thoughts-on-katanga-judgment.html ainsi que http://dovjacobs.com/2014/03/12/the-icc-katanga-judgment-a-commentary-part-3-some-final-thoughts-on-its-legacy/

36 Les études concernant le droit international pénal et la Cour pénale internationale en particulier sont évidemment extrêmement nombreuses. Nous avons décidé de nous appuyer principalement sur trois études de référence du Statut de Rome : celle dirigée par Antonio Cassese avant que celui-ci n'entre en application, et dont la valeur est d'autant plus grande qu'elle permet de comparer l'écart entre les attentes des principaux référents doctrinaires de ce champs de savoir et son application par les acteurs de ce droit (Cassese, A., Gaeta, P., Jones, J., (dir.) *The Rome Statute of the International Criminal Court : A Commentary,* Oxford, Oxford University Press, 2002) ; l'entreprise équivalente, et actualisée à plusieurs reprise, dirigée par William Schabas, qui constituera pour nous la principale référence, alliant exhaustivité, rigueur et perspective critique (Schabas, W., (dir.) *The International Criminal Court : A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, Oxford University Press, 2010) ainsi que celle, tout aussi précieuse et faisant office de référence incontournable, de Otto Triffterer (Triffterer, O., (dir.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden Baden, Beck/Hart, 2008). Nous nous sommes appuyés en sus sur deux « archéologies » du Statut de Rome, l'ouvrage de Bassioiuni (Bassiouni, C., (dir.) *The statute of the ICC : a documentary history*, New York, Transnational Publishers, 1998) et Lee, R-S., *The International Criminal Court : the Making of the Rome Statute : Issues, negociations and results*, La Haye, Kluwer Law International, 1999. En ce qui concerne l'étude du droit international pénal, nos principales guides ont été les introductions générales de Cherif Bassiouni (Bassiouni, C., *Introduction au droit pénal international,* Bruxelles, Bruylant, 2002), d'Olivier de Frouville (*Droit international pénal, sources, incriminations responsabilité*, Paris, Editions A., Pedone, 2012) et Cryer, R., Friman, H., Robinson, D., Wilmshurst, E., *An introduction to International Criminal Law and Procedure,* Cambridge University Press, 2010) ; l'ouvrage de référence d'Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet (Ascensio, H., Decaux, E., Pellet, A., *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2012), publié en 2000 et réactualisé en 2012 ; les ouvrages « classiques » de Cassese (Cassese, A., *International Criminal Law : cases and commentary,* Oxford, Oxford University Press, 2011 ; Cassese, A., Scalia, D., Thalmann, V., *Les grands arrêts de droit international pénal*, Paris, Dalloz, 2010 et Cassese, A., *International Criminal Law,* Oxford, Oxford University Press, 2008), ainsi que les très exhaustifs « Archbold » (Dixon, R., Khan K., May, R., Fulford, A., *Archbold International Criminal Courts : Practice, Procedure and Evidence*, Londres, Sweet & Maxwell, 2014) et Brown., B., *Research Handbook on International Criminal Law,* Northampton, Edward Elgar Publishing, 2011, l'étude dirigée par Mireille Delmas-Marty sur les sources du droit international penal (Delmas-Marty, M., Fronza, E., Lambert Abdelgawad, E., *Les sources du droit international pénal : l'expérience des Tribunaux pénaux internationaux et le Statut de la CPI*, Paris, Société de législation comparée, 2005) et sur celle de la procédure de la CPI par Karine Calvo-Goller (Calvo-Goller, K., *La procédure et la jurisprudence de la CPI*, Lextenso éditions, Paris, 2012). Ces ouvrages de référence ont bien entendu été complétés par des articles et des livres cités en appui de façon plus ponctuelle et dont la liste exhaustive se trouve en bibliographie.

Sans prétendre tirer un jugement définitif sur la CPI à partir de ce qui fut seulement sa deuxième affaire, et conscients des limites d'une approche encore expérimentale, nous considérons cependant que ce travail nous a permis de poser un regard affiné non seulement sur son action et son rôle politique et théorique, mais aussi sur l'application de ses idéaux régulateurs et des idées que l'institution est censée incarner.

Chapitre préliminaire

Récit et structures de la Cour pénale internationale

Il s'agit ici de proposer tout d'abord une contextualisation successivement historique et juridique de la Cour pénale internationale, à travers une courte présentation du contexte qui a présidé à sa naissance (A.1), puis de ses principales caractéristiques institutionnelles (A.2). Il nous a semblé par ailleurs utile de détailler le fonctionnement d'un de ses organes, le Bureau du Procureur. Visage et cœur politique de l'institution, principale interface de la Cour avec les États et la société civile, le Bureau du Procureur s'est trouvé au centre des principales polémiques qu'a connu la CPI depuis sa création. Les spécificités de cet organe font pour beaucoup celles de la Cour pénale internationale, comme l'a montré l'affaire Katanga. Revenir de façon détaillée sur ses structures et ses évolutions nous permettra de mieux comprendre les mécanismes internes et les dynamiques qui travaillent la Cour dans son ensemble en-deçà de sa visibilité publique (B).

A. La mise en mouvement de la Cour pénale internationale

L'instauration de la Cour pénale internationale, en 2002, constitue une étape idéalement finale et longtemps attendue dans la construction de l'édifice de la justice pénale internationale[37]. Il s'agit pour nous de revenir brièvement sur cette évolution historique, ainsi que sur les principales étapes et discours légitimants qui l'ont accompagnée. Très largement établie par ailleurs, cette courte généalogie nous amènera cependant à nous attarder avec plus d'attention sur les années qui ont entouré la

37 Pour un retour sur les principales étapes ayant mené à la création de la CPI, voir le résumé remarquablement référencé de Schabas, W., *The International Criminal Court : A commentary on the Rome Statute*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pages 1 à 28.

création et la mise en marche de l'institution. Par un décentrement de notre regard et une contextualisation aussi large que possible de ces années charnières, nous tenterons de comprendre ce qui a amené la Cour à faire les choix qui marquèrent ses premières années, et qui suscitèrent tant de polémiques (1). Nous prolongerons cette réflexion en tentant de la mettre en regard avec la structure de l'institution, ses originalités, novations et principales caractéristiques juridiques, économiques mais aussi sociales et politiques (2).

1. Le contexte de formation de la Cour pénale internationale : une proposition de récit

Initié avec la création des Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo à la fin de la Seconde Guerre mondiale, le long chemin qui a amené à la création de la Cour pénale internationale a transformé la gestion des après-conflits en légitimant *a posteriori* la supériorité morale des vainqueurs matériels, non seulement par l'inventaire détaillé des crimes commis par les vaincus, mais en offrant à ces derniers la possibilité de s'en défendre et de contester les accusations portées contre eux. Une utilisation de la justice pénale comme purgatoire symbolique des conflits qui avait été envisagée à la suite de la Première Guerre mondiale, lorsque les vainqueurs tentèrent sans succès de juger Guillaume II[38] pour « offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités » et instaurèrent le Tribunal de Leipzig, aux résultats calamiteux[39].

Malgré l'opposition initiale de l'URSS, qui souhaitait une purge massive, le Tribunal militaire international de Nuremberg fut mis en place dès 1945[40]. Ses procédures, rapides et tenues peu après la commission des faits, ne provoquèrent pas de

38 En application de l'article 27 du Traité de Versailles signé en 1919.

39 En lieu et place d'un Tribunal international envisagé dans un premier temps fut mis en place un tribunal allemand (le « Tribunal du Reich ») qui acquitta 888 des 901 accusés. Un projet de « Cour pénale internationale » chargée des actes de terrorisme fut adopté par la SDN en 1937 suite à l'attentat de 1934 contre le roi de Yougoslavie (il est significatif, comme nous le verrons plus tard, que ce premier projet de CPI ait cherché à prévenir les atteintes aux souverains), tandis que la convention sur le génocide prévoyait la création d'une cour criminelle internationale.

40 Pour une histoire de l'épuration judiciaire en Allemagne et de son bilan, voir : Bessel, R., *Germany 1945 : From War to Peace,* New York, Harper Collins, 2009 ; sur le TMIN plus particulièrement, une présentation générale : Wieworka, A., *Le procès de Nuremberg,* Paris, Liana Levi, 2009 ; Persico, E., *Nuremberg : Infamy on Trial,* New York, Penguin Books, 1994, *The Nuremberg Legacy : how the nazi war crimes trials changed the course of history*, New York, Palgrave Macmillan, 2007 ; à partir de l'étude des 42 volumes formant les archives du procès : Varaut, J-M., *Le procès de Nuremberg,* Paris, Perrin, 2003 ; sur l'influence de Nuremberg sur le droit international pénal : McCormack. D., Blumenthal, T., (dirs), *The Legacy of Nuremberg : Civilising Influence or Institutionalised Vengeance ?,* Leiden, Martinhus Nijhoff Publishers, 2008 ; Jon Heller, K., *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law,* Oxford, Oxford University Press, 2011l ; et sur les verdicts en particulier : Harris, W.R., *Tyranny on trial : the trial of the Major German War Criminals at the End of the World War II at Nuremberg, Germany, 1945-1946,* Dallas, Southern Methodist University Press, 1999 ; pour un récit : Kessel, J., *Jugements derniers*, Paris, Tallandier, 2007.

difficultés particulières[41]. Jugées équitables, les sentences couvrirent l'ensemble du spectre envisagé par les statuts du Tribunal, de la mort par pendaison à l'acquittement[42]. Bien sûr, cette justice était rétroactive et les crimes contre la paix, fondement utilisé dans les procédures, n'avaient guère de valeur juridique[43], mais déjà apparaissait dans les argumentaires l'idée d'un droit naturel inaliénable, imprescriptible et atemporel qui, même lorsque non-codifié, s'appliquait universellement. L'idée qu'un certain nombre d'absolus nous liaient tous, dans la droite continuité de la réflexion initiée par les Lumières et de l'impératif catégorique kantien, trouvait là sa première application d'ampleur[44].

L'objectif de légitimation, d'inventaire et de construction d'une « vérité historique » fut largement atteint. Encore aujourd'hui, les fameuses images des accusés nazis sur les bancs en bois de Nuremberg viennent clore les chapitres des manuels d'histoire relatifs à la Seconde Guerre mondiale[45]. Au-delà de sa portée symbolique, l'efficacité du procédé dut beaucoup au fait qu'en sus des principaux responsables jugés à Nuremberg, le Tribunal Militaire américain[46] le Tribunal militaire de Dachau[47] et les tribunaux civils allemands accusèrent plusieurs milliers de collaborateurs du régime nazi aux échelons inférieurs, permettant ainsi une discrète épuration juridique, complémentaire à l'action symbolique du Tribunal international. Tandis qu'Hollywood, qui avait joué un rôle essentiel dans la mobilisation pendant la guerre[48], marchait vers

41 Le Tribunal tint séance du 20 novembre 1945 au 1er octobre 1946.

42 Les polémiques furent bien plus nombreuses concernant le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient. La tutelle américaine, beaucoup plus lourde, entraîna de nombreuses dissensions, et ce jusqu'entre les juges, et réduisit très fortement sa puissance symbolique et l'impact de ses procédures. Voir l'étude drigiée par Tanaka, Y., McCormack, T., Simpson, G., *Beyond Victor's Justice ? The Tokyo War Crimes Trial Revisited,* Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2011. Pour une histoire comparée des deux initiatives, voir, Futamura, M., *War crimes tribunals and transitional justice : the Tokyo trial and the Nuremberg Legacy*, Londres, Routledge, 2008.

43 Le Tribunal s'appuya cependant sur un certain nombre de textes à la valeur juridique inégale pour justifier son action, le plus fameux étant l'accord Briand-Kellog qui avait pour le premier mis « hors la loi » la guerre en 1928.

44 L'historienne Anne Simonin rappelle cependant que la première émergence dans le droit français de l'idée d'un « ennemi du droit humain », rattachée à un droit naturel inaltérable, si l'on exclut les pirates, remonte à 1791 et à la mise hors la loi du Prince de Condé, que tout citoyen pouvait éliminer avec l'autorisation des pouvoirs publics, en lui « courant sus ». Voir à cet égard *Le Déshonneur dans la République. Une histoire de l'indignité 1791-1958,* Paris, Grasset, 2008.

45 Le tribunal réussissait ainsi à répondre à l'ambition énoncée dès le premier rapport du Procureur Jackson, le 1er juin 1945, qui avait très explicitement annoncé sa volonté de donner une dimension éducative à son projet en marquant la mémoire collective de façon crédible en même temps que durable.

46 Qui organisa douze procès pour crimes contre l'humanité, crimes de guerre et appartenance à une organisation criminelle contre des hauts responsables du régime nazi (officiellement « Procès des criminels de guerre devant le tribunal militaire de Nuremberg ») dans les mêmes salles que le Tribunal international et à la suite de celui-ci.

47 Mis en place au sein du camp de concentration de Dachau pour juger les criminels « mineurs », il permis l'accusation de 1672 personnes dans le cadre de 489 procès.

48 Mais n'avait produit aucun film anti-nazi jusqu'à Pearl Harbor (7 décembre 1941), allant au contraire jusqu'à évincer la plupart des personnages juifs des scripts et censurant plusieurs projets pour ne pas

la plus grande crise de son histoire, les États-Unis trouvaient en Nuremberg et son tribunal un formidable outil alternatif pour « faire récit » et mettre en scène, pour ne pas dire théâtraliser, l'histoire immédiate. Lorsque, pendant le procès, furent montrés les films tournés à la libération des camps de concentration[49], des néons installés dans le tribunal diffusèrent une lumière éclairant légèrement les visages des accusés nazis et faisant voir, en contraste avec la pénombre du reste du Tribunal, leurs seules réactions aux journalistes et aux photographes. Devenues instantanément des icônes, les images prises dans les salles du Tribunal et montrant leurs regards tantôt horrifiés, tantôt détournés, justifiaient à elles seules le bien-fondé des six années de guerre passées et la légitimité de l'imperium moral que l'Amérique s'apprêtait à incarner. Pour la première fois, la mise en image du réel suffisait à faire récit et imposa une lecture définitive, dichotomique et sans contestations possibles du passé immédiat. Vainqueurs et vaincus, bien et mal se faisaient face avec un tel degré d'évidence qu'un niveau de fiction supplémentaire devenait superflu. La justice se substituait à Hollywood avec brio[50], incarnant un spectaculaire sans excès, au scénario suffisamment crédible et équilibré pour susciter l'adhésion de tous, tandis que la photographie et les « informations » permettaient de faire événement à l'échelle mondiale.

Malgré des initiatives visant à prolonger les balbutiements du droit international pénal, la justice pénale internationale ne connut pas de nouveaux développements significatifs jusqu'à la fin de la guerre froide, montrant sa dépendance aux évolutions géopolitiques et sa subordination à la volonté des grandes puissances. Le sentiment d'humanité indivisible, déjà contestable alors que plus de la moitié du monde était colonisé, s'effondrait avec la guerre froide et la mise en place du rideau de fer. Alors que l'universalisme a le plus souvent été accompagné d'une sélectivité particulièrement importante – l'appel à l'humanité comprenant le plus souvent l'exclusion de populations dont l'exploitation et la mise en minorité peut toujours être justifiée –, c'était maintenant deux universalismes d'égale légitimité qui venaient se confronter et se nier. Chacun avec une conception fondamentalement différente des « droits humains » et de leur extension.

perdre le marché allemand. Trois semaines avant l'entrée en guerre des États-Unis, le co-fondateur de la Warner Jack Warner fut accusé par un comité du Sénat américain d'appartenir à un « monopole juif » ayant des intentions bellicistes.

49 Ces images furent rarement spontanées, comme le montre le riche article de Delage, C., « L'image comme preuve, L'expérience du procès de Nuremberg », *Vingtième siècle, Revue d'histoire* (2001/4, n° 72), Paris, Presses de Sciences Po, 2001, notamment du fait d'un effet de sidération (similaire à celui qui frappa de nombreux déportés face aux fosses communes, les amenant à s'y jeter sans même attendre l'ordre, mais aussi aux rares survivants, qui à Auschwitz, par exemple, ne réagirent pas ou peu à l'arrivée des troupes soviétiques) qui força les équipes techniques à mettre en scène *a posteriori* des événements dont la vue les avait laissés tout d'abord interdits.

50 Ainsi, John Ford, appelé après Pearl Harbor, fut notamment chargé de coordonner la documentation photographique et filmographique des crimes de guerre et, nécessairement, des camps de concentration. Hitchcock fut dans le même temps longuement consulté par les services anglais qui s'interrogeaient sur la manière de filmer les camps, et monta un film à partir des images de Bergen-Belsen qui ne fut jamais diffusé. Quant à Eisenhower, il fit ouvrir l'accès aux camps aux membres du Congrès, aux photographes de presse et… aux représentants d'Hollywood.

La chute de l'URSS et l'abdication de son système de valeurs au profit du modèle libéral doivent se lire dans cette perspective de confrontation universaliste. Les accords d'Helsinki[51] avaient permis d'amorcer un retour à un ordre commun, consacrant les *droits de l'homme* comme valeur partagée par les deux blocs, et donc universalisable. L'importance de l'adhésion à ce discours, sous-estimée à l'Est, donna aux dissidents et aux contestataires l'opportunité d'entamer une résistance « légaliste », puisque s'appuyant sur un texte et une parole officiellement adoptés par le pouvoir[52]. L'effondrement du bloc soviétique quelques années plus tard mit un terme à un clivage idéologique de cinquante ans qui avait écrasé tous les autres. Comment ne pas comprendre l'ivresse idéologique qui s'empare alors de tant d'acteurs, de Francis Fukuyama aux principales ONG ? À nouveau, un modèle d'Homme domine les autres et peut prétendre à la Vérité, parce qu'appuyé par un pouvoir politique à l'emprise, et à l'ambition, quasi universels. L'émergence des tribunaux internationaux d'exception à compétence limitée (tant territorialement que temporellement), regroupés sous la dénomination de « Tribunaux pénaux internationaux », consacre cette unité retrouvée. L'unanimité de façade de la communauté internationale permet de rendre invisibles, médiatiquement comme intellectuellement, l'important rejet que provoque le modèle occidental dans de nombreuses parties du monde. Les violentes insuffisances de la gouvernance mondiale comme des démocraties libérales, longtemps masquées par la bipolarité – terme dont la polysémie devrait être interrogée – restent inaccessibles aux élites aveuglées par l'illusion de la victoire, alors qu'elles redeviennent des enjeux politiques de premier plan.

Comme dans toute configuration historique similaire, cet empire sur le monde dont la figure tutélaire est devenue les États-Unis d'Amérique amène rapidement à des excroissances contestées. Aux mécanismes multilatéraux, qui suscitent des frustrations du fait de leur lenteur et ne semblent plus nécessaires, succède rapidement une capacité auto-attribuée à définir le juste qui décompose minutieusement la régulation balbutiante de l'échelle internationale. L'évolution du système passe par une transformation

51 Les accords d'Helsinki, signés en 1975 par les États-Unis, l'URSS ainsi qu'une trentaine d'autres États, incluent le respect des droits de l'homme, des libertés fondamentales, et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dans leurs dix points. Il s'agit d'un pas extrêmement important, puisque les principales critiques de la Déclaration de 1789 trouvaient alors principalement leurs sources dans la théorie marxiste. Le « Moscow Helsinki Group », inspirateur de ce qui deviendra Human Rights Watch, est créé en Russie peu après les accords afin de s'assurer du respect de ces principes dans le bloc de l'Est. Il est immédiatement catalogué comme mouvement dissident par le pouvoir soviétique, marquant le début d'un long bras de fer, et d'une bataille discursive que le gouvernement ne pouvait que perdre.

52 Dans une mécanique similaire et tout aussi ignorée à court-terme à celle qui se mit en place suite à la publication des télégrammes diplomatiques américains par Wikileaks dans les pays arabes qui voyaient la corruption de leurs élites « certifiée » par leur meilleur allié et dont les effets avaient été théoriquement pensés par Julian Assange dès 2006, dans un article titré « Les effets non-linéaires des fuites d'information sur les systèmes injustes de gouvernance », lorsqu'il y affirmait que des fuites d'information massives des appareils étatiques les laisseraient « exquisément vulnérables à ceux qui chercheraient à les remplacer par des formes plus transparentes de gouvernement ».

du droit, qui permettra dès la fin des années 1990 à des États comme Israël[53], considéré par les néo-conservateurs américains comme le porte-glaive de la civilisation occidentale en territoire ennemi – pour ne pas dire *barbare* – de théoriser et justifier les « assassinats ciblés » au lendemain du déclenchement de la seconde Intifada (2000). La mise en place des campagnes de la CIA, calquées sur le modèle israélien, doublée des « vols secrets » et de campagnes de torture systématique ne feront que prendre la suite de ces prémices pour leur donner une nouvelle dimension. Le maintien de l'ordre à l'échelle mondiale, esquissé par les entreprises coloniales puis la guerre froide, devient un objectif tangible ayant ses règles propres : les objectifs sécuritaires se substituent aux ambitions collectives, à l'échelle internationale comme à l'échelle nationale. L'impunité de l'État et ses constituants, patiemment déconstruite *a priori* par le droit international pénal, trouve un développement d'autant plus exponentiel qu'elle s'accroît maintenant d'espaces qui combinent règne de la puissance et rejet de toute contrainte juridique extérieure. Dès l'intervention américaine en Somalie, en 1993, qui avait suscité pour réplique immédiate le premier attentat attribué à une organisation alors inconnue du nom d'Al Qaeda, s'étaient dessinées les dérives de la confusion entre victoire de la puissance et de la morale, et avec elles les premiers échecs de l'universalisme libéral. La multiplication des espaces d'exception n'en a été que la suite logique, entretenant une relation plus ambiguë qu'au premier abord avec le développement du droit international pénal et que nous détaillerons plus en avant.

Pourtant, dans l'immédiat de l'après-guerre froide, ces espaces d'exception en devenir, qui ne peuvent qu'exister en *contraste* d'un ordre naissant, ne sont toujours pas visibles, et encore moins analysés. L'affaiblissement des stratégies d'alliance et la réduction de l'importance accordée aux conflits limitrophes aux empires ouvre initialement une fenêtre pour l'extension des droits de l'homme et du multilatéralisme : c'est ainsi que sont présentés et mis en place coup sur coup le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie[54] et le Tribunal pénal international pour le

53 Ces pratiques s'appuient un ancrage beaucoup plus profond dans les pratiques militaires israéliennes dont la lutte nationaliste, asymétrique, structura ses structures sécuritaires et militaires. Sans nécessairement remonter à la pratique du terrorisme par l'Irgoun, le Lehi, le Palmah et dans une moindre mesure la Haganah, qui fusionnèrent pour créer l'armée israélienne et nourrirent et formèrent une grande partie des élites politico-militaires israéliennes, la radicalisation de l'affrontement avec l'OLP à partir des années soixante-dix et la mise en place de stratégie de luttes asymétriques a amené l'État israélien à une utilisation de plus en plus poussée du droit de l'exception et de méthodes punitives calquées sur celles d'organisations paraétatiques, notamment après la prise d'otages de Munich et la mise en place de l'opération « colère de Dieu » et de l'unité « Kidon » au sein du Mossad. Ces opérations marquèrent une rupture avec les méthodes traditionnelles des services secrets comme celles ayant présidé à la fameuse Affaire Lavon, en venant se substituer institutionnellement au pouvoir pénal plutôt que constituant une extension classique des luttes interétatiques.

54 Résolution 808 du Conseil de sécurité de l'ONU, 22 février 1993, adoptée à l'unanimité, créant un tribunal compétent à partir du 1er janvier 1991 pour les crimes et violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire de l'ex-Yougoslavie (S/RES/808). Le Statut du Tribunal est adopté par la même instance le 25 mai 1993 dans le cadre de la résolution 827 (S/RES/827). Le TPIY siège pour la première fois le 8 novembre 1995.

Rwanda[55]. Les États-Unis, sûrs de la transcendance de leur système de valeurs et de leur puissance, ne craignent pas de souffrir de l'établissement d'un tribunal indépendant dans des conflits périphériques où ils ne sont plus directement impliqués, tandis que la Russie ne peut qu'acter, temporairement du moins, l'échec de son modèle et la suprématie de la puissance occidentale. Comme à Nuremberg, le rapport de force est suffisamment écrasant pour que la mise en récit puisse prendre l'apparence du réel et de principes immanents, réduisant discursivement la situation à un affrontement entre bien et mal, entre ombre et lumière. S'appuyant, outre leur Statut et textes afférents, sur la jurisprudence des tribunaux de l'après-guerre, le droit international humanitaire et les diverses conventions formant la « coutume internationale » et élaborés depuis lors, les TPIY et TPIR reposent sur un droit incomplet, leurs statuts ayant été élaborés dans un temps très court, et offrent de telles garanties procédurales que la lenteur de leur action concentre toutes les critiques. Dépendant d'un financement exogène aux pays où ils agissent[56], les tribunaux *ad hoc r*encontrent au départ de nombreuses difficultés pour faire appliquer leurs décisions, et tardent à juger leurs accusés. Malgré tout, et malgré les controverses propres à toute fondation de droit, le « droit à l'universalité » leur est globalement reconnu, découlant d'une acceptation assez unanime de leur *impartialité* à l'extérieur des pays concernés[57].

Les TPI sont bientôt suivis par la création d'une série de tribunaux et cours mixtes[58], la plupart sous l'égide et le contrôle plus ou moins direct de l'ONU. Dans le même temps, la justice universelle s'ancre au sein de plusieurs juridictions nationales, et des personnalités jusqu'alors intouchables et bénéficiant d'immunités de juridiction

55 Résolution 955 du Conseil de sécurité de l'ONU, 8 novembre 1994, créant un tribunal compétent pour crimes de génocide et autres violations graves du droit international humanitaire commises entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994 sur le territoire du Rwanda ou par des citoyens rwandais sur des territoires concomitants (S/RES/955).

56 Le financement provient ainsi du budget de l'ONU.

57 Pour un bilan *en cours de route* du TPIY, voir le très complet et multidisciplinaire, bien que parfois exagérément favorable, Delpla, I., Bessone, M., (dir.), *Peines de guerre. La justice pénale internationale et l'ex-Yougoslavie*, Paris, Éditions de l'EHESS, 2009. En ce qui concerne le TPIR, les monographies complètes sont rares, surtout en ce qui concerne la dimension juridique et, pour un regard d'ensemble nous sommes contraints de renvoyer au seul ouvrage critique du journaliste Thierry Cruvellier, édifiant sur les insuffisances majeures du Tribunal, *Le tribunal des vaincus. Un Nuremberg pour le Rwanda ?*, Paris, Calmann-Levy, 2006. Pour une approche juridique complète, mais déjà datée, de l'action des deux tribunaux ainsi que des autres juridictions pénales internationales, Jones, JR., Powles, S., *International Criminal Practice,* Oxford, Oxford University Press, 2003 et le plus récent Schabas, W., *The UN International Criminal Tribunals : The Former Yougoslavia, Rwanda, and Sierra Leone,* Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

58 Tribunal Spécial pour la Sierra Leone, Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, Tribunal Spécial pour le Timor Oriental, Tribunal Spécial pour le Liban… D'autres tentatives mixtes, en dehors du système de l'ONU, tout en mêlant différents droits nationaux et internationaux verront le jour, comme le Tribunal spécial irakien, dont l'action et la légitimité auront été largement remises en cause dès leur création. Voir l'ouvrage de référence en France sur l'étude de l'ensemble des juridictions pénales internationalisées, Ascensio, H., Lambert-Abdelgawad, E., Sorel, J-M., *Les juridictions pénales internationalisées (Cambodge, Kosovo, Sierra-Leone, Timor Leste)* Paris, Société de législation comparée, 2006.

sont inquiétées. La « créature » commence à s'émanciper et à se retourner contre ses créateurs. La jurisprudence du droit international pénal se développe et se solidifie tandis qu'elle montre une *effectivité* relative avec la condamnation et emprisonnement de nombreux hauts dirigeants. La course à la souveraineté peut commencer. L'arrestation à Londres d'Augusto Pinochet, qui bénéficiait pourtant d'une immunité diplomatique, suite à un mandat d'arrêt émis par le juge espagnol Baltasar Garzon et cinq mois après l'adoption du Statut de Rome, constitue le point d'orgue de cette évolution où le renversement des pouvoirs sur la scène internationale et la victoire de la règle sur le corps semblent approcher de leur consécration[59]. Les États-Unis, qui avaient été jusqu'alors les principaux promoteurs de la justice internationale, depuis Nuremberg jusqu'aux TPI, voient pourtant pour la première fois un allié menacé par celle-ci. Alors que la Belgique s'apprête à faire des dirigeants nord-américains la principale cible de son dispositif de justice universelle, de fortes interrogations commencent à naître.

Nous sommes à l'orée des années 2000, les forums sociaux mondiaux et l'émergence d'une société civile s'appuyant sur les nouvelles technologies suscitent l'espoir d'une *autre* mondialisation, portée par les populations. Dans le même temps, les nombreuses conférences diplomatiques qui se tiennent paraissent prendre en compte cette opinion naissante et proposent comme compromis l'élaboration d'édifices juridiques à l'échelle internationale. Après le climat et le commerce, et alors que les « objectifs du millénaire » de l'ONU fixent la voie à suivre dans bien d'autres domaines, il ne reste plus qu'à franchir un dernier pas, la création d'un tribunal pénal permanent et universel. Cette idée a justement fait l'objet de travaux préparatoires sous l'égide de l'ONU qui ont été réactivés à la fin de la guerre froide[60]. Ils débouchent sur la Confé-

59 Le cas de l'ancien dictateur chilien, arrivé au pouvoir par le truchement d'un coup d'État organisé avec l'aide de la CIA en 1973 aux dépens du socialiste Salvador Allende pour « endiguer l'expansion communiste en Amérique latine », n'est pas sans rapport avec notre réflexion, et nous l'aborderons plus en avant. Il est arrêté par les autorités anglaises à Londres en novembre 1998 pour génocide, tortures, enlèvements et terrorisme international suite au lancement d'un mandat d'arrêt international par le juge espagnol Baltasar Garzon sur le fondement de la compétence universelle attribuée aux tribunaux espagnols.

60 L'Assemblée générale de l'ONU, à la suite d'une demande datant de juin 1989 de Trinité et Tobago cherchant alors à lutter contre le trafic de drogues, demande à la Commission de droit international de reprendre ses travaux, initiés le 9 décembre 1948 (Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 260 (III) B), prolongés par deux comités (Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 489 (V), 12 décembre 1950 ; Assemblée Générale des Nations Unies, résolution 687 (VII), 5 décembre 1952) et suspendus depuis 1954 (Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 898 (IX), 14 décembre 1954, confirmée par la Résolution 1187 (XII), 11 décembre 1957) du fait de la guerre froide, concernant l'élaboration d'un Statut d'une *cour criminelle internationale*. Ces travaux font l'objet d'un projet de Statut présenté à l'Assemblée générale par la Commission en 1994, qui donne naissance à un comité *ad hoc* chargé de le mettre en œuvre. Un comité préparatoire est à son tour créé par l'Assemblée générale afin de travailler sur le texte à partir de mars 1996, pour une durée prévue de trois ans, comité qui se réunit en janvier 1998 afin d'achever celui-ci et permettre la convocation d'une conférence de plénipotentiaires qui deviendra la Conférence de Rome, entre le 15 juin et le 17 juillet 1998. 160 pays y assistent initialement, et 120 votent au final en faveur de la Création de la CPI, contre 21 abstentions et sept votes contre. Il est notable que l'histoire de la création de la CPI ait été écrite par l'Assemblée générale et non le Conseil de sécurité de l'ONU, contrairement aux TPI.

rence de Rome en juin et juillet 1998, qui créé la Cour pénale internationale et vient entériner ce qui apparaît aux yeux de beaucoup comme le début d'une nouvelle ère. Les réticences étatsuniennes, renforcées par l'action du juge Garzon la même année, n'empêcheront pas encore les États-Unis de signer le Statut à la veille du départ de Bill Clinton. Mais déjà des interrogations surgissent. Elles tiennent principalement aux craintes du pouvoir étatsunien de voir naître une justice systématique qui empêcherait la création d'espaces d'exception, discrétionnaires et imperméables au droit international et dont l'existence est si fortement ancrée dans le bréviaire diplomatique, l'histoire de la construction étatique dans le monde anglo-saxon et ce qu'on appelle communément la « raison d'État ». Mais aussi à la crainte de puissances alors encore en devenir, comme l'Inde et la Chine, dont les ambitions et les systèmes juridiques pluriséculiers ne trouvent pas d'écho dans cette construction si occidentale. L'intervention de l'OTAN en Ex-Yougoslavie en 1999, qui a du être menée en dehors de la légalité internationale, conforte ces doutes sans pour autant opérer un renversement. Moins d'un an avant le lancement effectif de la Cour pénale internationale, c'est un effondrement physique inattendu qui donnera le coup de grâce à une relation déjà fragile et congèlera de nombreuses ambitions dix ans durant.

Le 11 septembre 2001 ne doit pourtant pas apparaître comme un hasard, une rupture inattendue dans la chronologie jusqu'alors parfaite qui semblait se dessiner depuis que Gorbatchev avait acté la fin de l'URSS et décidé de se plier à la domination occidentale. Il est une conséquence directe d'un universalisme exacerbé et hégémonique qui n'acceptait la concurrence d'aucune autre idéologie. A-t-on véritablement voulu croire à un monde sans extérieur, sans étranger, où tous les particularismes auraient été subitement abolis, même à partir d'un seuil minimal de « l'humanité » ? Pendant que se négociaient des traités dans de grand-messes internationales sur les sujets « touchant à l'humanité », et que les révolutions des communications et des transports semblaient promettre une homogénéisation des modes d'existence, la résorption réelle des différentiels de niveau de vie ne faisait que régresser. L'Europe de l'Est subissait thérapie de choc sur thérapie de choc pendant que l'Asie découvrait les convulsions du capitalisme financier et l'Afrique des Grands Lacs les effets mortifères de la prédation économique dans les « États importés[61] ». Partout, une minorité profitait de la mondialisation tandis que se disloquaient patiemment les structures traditionnelles au « nom de la modernité » – sans qu'aucune alternative n'émerge pour des populations soudainement enfermées dans des trappes à pauvreté et dénuées de structure d'autorité. Alors que les écarts de richesse, l'extension du domaine de la modernité et les violences nouvelles qui en découlent ne cessaient de s'accroître, les dirigeants des pays en développement, soumis par leur incapacité à rétablir un clivage et des alliances en leur faveur, n'avaient eu d'autre choix que de se plier *formellement* aux rêves mondialistes occidentaux. Nombreux y trouveront un intérêt direct, d'autres se verront imposer leur adhésion à ce nouveau système par des pratiques dignes de l'époque

61 L'expression est de Bertrand Badie, in L'État importé, Essai sur l'occidentalisation de l'ordre politique, Paris, Fayard, 1992.

coloniale[62]. Tous se nourrissent directement de l'hyperpuissance occidentale, mais se trouvent dans le même temps de moins en moins capables de répondre aux aspirations de leurs peuples. La première rupture, la rupture fondatrice, intervient entre cette mondialisation des élites et celles du reste du monde. L'illusion d'une société mondiale, maintenue par leurs différents relais, éclate alors que, d'affaiblissement en corruption, de plus en plus de dirigeants censés représenter une tranche du monde ne réussissent à maintenir leur autorité sur leur propre territoire, laissant prospérer des mouvements terroristes, religieux et citoyens qui canalisent une contestation exacerbée par la disparition des traditionnels intermédiaires entre le pouvoir et la société. Ici et là, des États se désagrègent sous une double pression interne et externe, qui, de privatisation en contestation, mettent à mal le modèle, ou plutôt l'artifice, sur lequel se sont construits la communauté internationale et son droit depuis quatre siècles[63].

62 Ainsi a-t-on pu régulièrement assister « à distance », à partir du Ministère des affaires étrangères à des négociations où nos diplomates « tenaient la plume » des représentants de pays africains, sans que l'interrogation même de ce qui était devenu une pratique systémique effleure l'esprit. Sous prétexte d'absence de compétences et d'intérêts communs se dessinait déjà l'artifice de cette souveraineté prétendument égalitaire et partagée, cachant par la fiction du droit des rapports de domination et de soumission jamais effacés.

63 Ces évolutions ne sont cependant pas toutes aussi récentes ou « exogènes » à l'idée de souveraineté que l'on pourrait le penser. Ainsi, plus de la moitié des paradis fiscaux sont d'anciennes possessions britanniques reconverties au moment de la décolonisation. Les comptoirs anglo-saxons ont toujours été des sphères d'exception par rapport à la légalité métropolitaine. Pour la plupart, ceux-ci étaient gérés par des compagnies commerciales ayant mandat pour écrire le droit et imposer l'ordre et étaient de fait des « espaces privatisés ». Opposé au modèle continental, ce réseau lâche reposant sur la maîtrise des mers s'était construit en s'appuyant sur un poumon, la City de Londres, dont l'activité financière explose à partir de la décolonisation, soigneusement organisée afin de transformer certaines colonies en des entités souveraines fantômes qui, de Hong-Kong aux Îles vierges, vont servir l'expansion de la City. L'organisation de cette dernière consacre ce « domaine d'exception », en préservant son autonomie judiciaire et financière, dirigé par un lord-maire (ce qui est un cas-unique) dont les électeurs sont à leur grande majorité des entreprises, et non des citoyens, et qui reconnaît l'autorité du seul monarque.

Cette instance elle-même se trouve au cœur du fonctionnement de la couronne britannique depuis le XVI^{e} siècle, date de création des *equity* et *trusts*, deuxième pilier des paradis fiscaux. La pratique visait alors pour les aristocrates à contourner les taxes de succession, devenues *injustes* et trop lourdes, en confiant leurs mandats à des tiers. Créés par le Chancelier, à qui rend compte le lord-maire de la City, pour s'assurer le soutien de l'aristocratie, ce fonctionnement induira une fraude pyramidale, en tous points similaires à celle des paradis fiscaux actuels, qui amènera à l'effondrement du système féodal au XVII^{e} siècle. Le système féodal sera alors remplacé par celui des colonies, elles-mêmes remplacées par les paradis fiscaux qui permettent à la City d'engranger 13 % du PIB du Royaume-Uni. Le modèle s'étend aux autres pays, avec une continuité particulière aux États-Unis, qui créent dès la fin du XIX^{e} siècle leur propre paradis fiscal, le Delaware, où près de 50 % des entreprises américaines ont leur siège social aujourd'hui (défiscalisation des profits faits en dehors de l'État).

Les menaces que fait peser cette déterritorialisation de la souveraineté, placée en concurrence, n'empêchent pas le développement de ces espaces d'exception. Outils de la puissance de certains États, leur généralisation est apparue comme une solution de facilité, tant les grandes puissances bloquaient leur réforme. Ainsi, pour lutter contre les pavillons de complaisance, la France a créé les RIF, registres maritimes des terres australes aux conditions sociales et fiscales affaiblies, tandis que l'Irlande est devenue un véritable paradis fiscal propre à l'UE. L'usage étatique des paradis fiscaux et des structures parallèles est par ailleurs intensif, permettant de cacher une partie des dettes, complexifier l'analyse des comptes, financer la vie politique, payer des commissions défendre les exportations…

Ainsi, de la période de l'après-guerre froide dont elle est l'un des plus importants symboles sans l'avoir connue – elle n'est effectivement entrée en fonctions qu'en 2002 – la Cour pénale internationale tombe dans le monde de l'« après 11-Septembre », qui en fait une institution en inadéquation théorique avec une époque sécuritaire et peu préoccupée par le respect de normes internationales hier promesses de demain. L'universalisme et le cosmopolitisme, eussent-ils été instrumentalisés, avaient été pendant la période de gestation de la CPI un peu plus qu'une utopie, et la collaboration entre ONG, société civile[64] et États lors de la préparation de la Conférence de Rome[65] qui a débouché sur la création de la Cour en 1998, n'aurait très probablement pas été envisageable à une autre époque. Malgré l'incessant manège de l'institution pour leur plaire, les États-Unis, clef de voute théorique de ce nouvel ordre mondial, ne ratifieront jamais le traité, et George W. Bush finira par retirer la signature de son pays[66]. Les attentats du 11 septembre 2001 s'offrent comme un révélateur des insuffisances et de la dimension mythologique de cette « communauté internationale » qu'on prétendait construire de palais en salle de conférences. Le soupçon d'impérialisme qui entachera toutes les actions des États-Unis à partir de cette date déteindra sur l'ensemble des institutions créées pendant cette période. Le multilatéralisme et les attitudes coopératives entre les États et les sociétés civiles n'étaient que la conséquence d'une hégémonie de puissance par nature transitoire. Cet équilibre, qui avait permis la naissance historique de la CPI tout comme la négociation d'accords comme celui de Kyoto ou d'Ottawa sur les mines anti-personnel, se retrouve assimilé à un ensemble qui ne serait que le parevent des intérêts de l'Occident. Ces quelques années avaient pourtant permis, non pas d'associer les peuples à la diplomatie, mais d'interroger pour la première fois leur rôle et d'y introduire un semblant de prise en compte de leurs intérêts.

Alors que le phénomène est important dans les pays développés, il est désastreux dans les pays les plus pauvres, dénués de moyens de contrôle et soumis le plus souvent à un double pillage, de leurs ressources ainsi que de l'État. Les puissances du Nord y trouvent leur intérêt, tandis que leurs places financières mettent en place toute une série de stratégies légales ou para-légales permettant de blanchir ces bénéfices en toute opacité, contre une rente offerte à l'État d'accueil. Loin d'être des entités isolés, les paradis fiscaux ne peuvent ainsi se penser sans les mégalopoles financières, notamment Londres et New-York, dont l'opacité et les réglementations laxistes sont le cœur indispensable de ce qui constitue un véritable réseau mondial.

64 Nous entendrons, tout au long de ce travail, « société civile » comme le tissu d'organisations non gouvernementales ayant une activité internationale, soit les près de 50 000 ONG (elles étaient moins de 50 en 1946, lorsque la Charte de l'ONU reconnut leur existence dans l'article 71), et plus particulièrement, au sein des 2 000 accréditées à l'ECOSOC de l'ONU, les quelques grandes « centrales » (FIDH, HRW, Amnesty International…), qui sont dans les faits les seules à pouvoir peser sur le cours des événements à l'échelle interétatique. Elles s'ajoutent aux associations de solidarité internationale, sur le modèle du CICR, officiellement neutres politiquement mais dans les faits capables d'un important interventionnisme (MSF, MDM, Save the children…).

65 Les ONG ont négocié dans le cadre de commissions préparatoires avec des représentants des États les projets du statut, des règlements et de l'ensemble des textes qui seront adoptés lors de la Conférence de Rome.

66 Harold Koh, conseiller juridique de Barack Obama pendant son premier mandat, contestera que le « retrait de la signature » des États-Unis par John Ashcroft ait eu une quelconque valeur légale. Cette interprétation, très discutable, sert très certainement de paravent juridique à une volonté politique de ne pas s'exposer sur ce sujet.

La *puissance*, c'est-à-dire la violence aussi bien réelle que postulée, redevient l'alpha et l'oméga des relations internationales, et les théories réalistes ne jurant que par ce critère effectuent un retour en force. Si la Cour est instituée et entre rapidement en activité, les soixante ratifications du Statut de Rome nécessaires au démarrage de ses activités étant recueillies au 1er juillet 2002, l'action de la Cour elle-même s'en voit affectée. L'institution judiciaire devient très vite un moyen de pression comme un autre dans les négociations traditionnelles portant sur la résolution des conflits. Dit autrement, les menaces de saisine de la CPI servent de monnaie d'échange. Malgré la rapide augmentation du nombre d'États ayant ratifié le Statut, l'espoir d'une justice impartiale et véritablement universelle s'éloigne. Lorsque la CPI refuse de jouer le jeu des États, en allant par exemple jusqu'à poursuivre le président soudanais en exercice pour génocide[67], et ce contre le souhait des États-Unis qui avaient pourtant permis sa saisine, les déclarations indignées de diplomates se multiplient et la collaboration avec l'institution se réduit. Lorsqu'au contraire, la Cour et le Procureur acceptent une impunité tacite pour Joseph Kabila en échange de sa collaboration, ils obtiennent enfin des résultats tangibles sous la forme de saisines, arrestations et procès, tout en payant chèrement de sa crédibilité.

L'intervention en Irak constitue le point culminant de la mise au rebus du droit international pendant la période post-11 septembre. Elle sape par ricochet la légitimité de la Cour pénale internationale, incapable malgré l'accumulation de preuves de poursuivre les responsables des violations du droit international pénal commises à Kaboul comme à Bagdad, protégés par leurs gouvernements et menaçant de suspendre définitivement leur collaboration avec la Cour[68]. L'instrumentalisation du droit à laquelle se livrent les puissances occidentales pour servir leurs desseins aggrave la situation : dans le cadre d'une véritable guérilla juridique mondiale, les grandes universités américaines, dotées de moyens extravagants[69], se mettent au service du pouvoir politique pour légitimer par le droit les nombreuses violations tant de l'esprit que de la lettre, du semblant de régulations mises en place à l'échelle mondiale au cours du demi-siècle précédent[70]. D'importants départements juridiques

67 La Chambre préliminaire émet un premier mandat d'arrêt le 4 mars 2009 pour crimes contre l'humanité et crimes de guerre, avant que des charges de génocide soient ajoutées le 12 juillet 2010 suite à l'appel du Procureur.

68 L'exemple du « Hague Invasion Act » (American Service-Members' Protection Act, Washington, 2 août 2002) et de la multiplication des accords d'immunité signés entre les États-Unis et le reste du monde est à ce titre l'exemple le plus flagrant de l'abandon de tout idéalisme et de toute confiance en la justice comme moyen de pacification – ou même de simple outil de maintien de l'ordre. Il faut par ailleurs rappeler que si le crime d'agression ne peut pas, encore aujourd'hui, faire l'objet de poursuites de la part de la CPI, l'Afghanistan a ratifié le Statut de Rome, lui donnant compétence pour tous les crimes de masse commis par des étrangers, notamment en ce qui concerne les pratiques de torture systématique, tandis que les forces anglaises en Irak étaient passibles de poursuites.

69 L'école de droit de Yale dispose par exemple d'un fond de dotation de plus d'un milliard de dollars, auxquels s'ajoutent les 22 milliards de l'Université de son ensemble.

70 Rares seront les universitaires à s'opposer à la multiplication des interprétations spécieuses, politiques et intéressées des conventions internationales et obligations internationales en découlant, des jurisprudences de la Cour suprême (certaines dispositions concernant la légalité des commissions

chargés des questions anti-terroristes sont créés ou renforcés au sein de nombreux ministères. La torture est ici légalisée, là le sont les assassinats extra-judiciaires[71]. Le champ d'application de l'exception plus exclusivement les agents secrets et les diplomates : dans de nombreux pays, tout un chacun se retrouve désormais sous la menace permanente d'un missile lancé depuis un drone. Le libéralisme juridique trouve ses limites. Les tribunaux, aux moyens toujours plus limités, et la société civile indépendante[72] peinent à contenir le flot d'argumentaires que produisent les États et leurs proxys. Les Cour constitutionnelles ne bloquent pas toutes les tentatives de détournement des protections des droits de l'homme qu'elles ont elles-mêmes contribué à mettre en place au fil des siècles. La neutralité de l'édifice juridique, de l'État de droit, est de plus en plus remise en cause à l'échelle nationale comme internationale, et le soupçon sur la sincérité et l'objectivité des systèmes juridiques internationaux, jusqu'alors difficilement instillé par quelques groupements n'acceptant pas la défaite et le déshonneur infligé à leur camp, s'étend à l'ensemble de l'édifice, et en particulier à la justice internationale[73]. La CPI sait désormais qu'elle devra convaincre et qu'elle n'aura d'autre soutien que de pure opportunité – tandis que les défenseurs de droits de l'homme sont paralysés par une stratégie qui respecte la légalité formelle, sur laquelle ils comptaient s'appuyer, pour mieux la vider de son sens.

militaires seront ainsi justifiées par l'existence d'un arrêt isolé de la Cour suprême américaine datant de… la guerre civile, et n'ayant connu aucune postérité depuis), voire de la constitution elle-même. Cet élément est d'autant plus essentiel que les *Law Schools* américaines sont de véritables lieux de pouvoir, extrêmement poreux et formant la plupart des membres de l'élite politico-administrative – et dans une moindre mesure économique – du pays. Richissimes, celles de Harvard et de Yale offriront ainsi plusieurs années durant un véritable contingent de juristes au service de ce dévoiement, sans ne rencontrer de réelle opposition. Les argumentaires juridiques sinueux ayant amené à la rédaction des mémos sur la torture – autorisant la violation des conventions de Genève – ou encore la légalisation des assassinats ciblés par le truchement de drones ont été ainsi respectivement rédigés par des Professeurs de Berkeley et Yale, John Yoo et Harold Koh, promus alors à des postes politiques de première importance.

71 Ceux-ci sont discursivement et légalement légitimés au nom de la lutte contre les barbares contemporains que seraient les terroristes – inassimilables et dès lors devant être éliminés ou extraits vers un non-lieu étrangement similaire à l'idée de purgatoire tel que Guantanamo. Or la démocratie ne peut pas connaître la notion de barbarie. Créer un étranger absolu, c'est en effet nier sa propre essence, l'élément fondateur qui la différencie des autres régimes (qui reposent sur le postulat « soumets-toi ou tais-toi/disparais », affirmant donc l'existence d'un barbare au cœur de leur projet politique).

72 Il est d'usage de distinguer les ONG classiques, qui forment la société civile indépendante, et les « GONGOS » : governmental oriented NGOs, financées directement ou indirectement par les États et se trouvant au service de leur politique d'influence.

73 Cette logique de contamination part d'une fragilisation du contrat social mondial, qui s'était construit au fil des ans par le truchement de toute une série d'instruments internationaux (ONU et institutions multilatérales, conventions de Genève…) pour souder les contrats sociaux nationaux. Elle se fait au motif que les contrats sociaux nationaux seraient mis en danger par une trop importante menace extérieure, et que les contraintes internationales empêcheraient d'y répondre. Ce mouvement ne peut donc s'étudier séparément de l'évolution des appareils étatiques internes et doit être considéré comme partie d'un ensemble dont ces deux dimensions s'alimentent réciproquement et provoquent ce que Derrida a décrit et nommé « réactions auto-immunitaires » qui « régénèrent à court ou à long-terme les causes du mal qu'elle prétend exterminer », à propos de la lutte anti-terroriste (Derrida, J., Habermas, J., *Le « concept » du 11 septembre* », Paris, Galilée, 2004, page 152).

La Cour pénale internationale a tenté de survivre à ce qui aurait pu être une « décennie perdue » grâce à sa structure unique qui lui permet d'agir sur des fondements très variés, s'adaptant ainsi à de nombreuses situations. Profitant de l'imprescriptibilité des crimes sous sa compétence et de moyens extrêmement limités, qui lui servent de prétexte pour ne pas s'exposer[74], l'institution adopte une stratégie d'action diluée, se concentrant sur les situations où elle peut effectivement agir avec l'appui des grandes puissances, dans l'attente d'un contexte plus favorable qui lui permettrait d'asseoir définitivement sa légitimité et d'étendre son action à l'ensemble du monde, en particulier aux pays occidentaux. À l'exception de l'Irak et du Venezuela[75], elle ne renonce à agir dans aucune situation, et encaisse les attaques contradictoires provenant de toutes les parties intéressées. La multiplicité des moyens d'action – le Procureur peut déclencher de lui-même une enquête, être saisi par un pays membre du Statut de Rome ou par le Conseil de sécurité – et l'intérêt qu'ont trouvé un certain nombre d'États à s'appuyer sur son action lui assurent une activité minimale dans cette période peu favorable qui durera jusqu'aux printemps arabes. C'est donc au final son impuissance et sa passivité choisie qui seront son principal atout à un moment où les compromissions auraient pu être dramatiques. Mais c'est aussi cette stratégie qui l'exposera à toutes les critiques, qui se concentreront sur son artificier principal et son organe le plus exposé, le Bureau du Procureur. Dans une période qui consacre le retour de la toute-puissance souveraine, cette rémanence apparente d'un ordre passé gêne lorsqu'elle s'engage trop en avant, et ses compromissions multiples l'exposent en retour tout autant.

Les angles d'attaque ne manquent pas. Le premier verdict de l'institution, non-définitif, n'est rendu qu'en 2012, soit dix ans après sa création et six ans après l'arrestation du premier accusé, le milicien congolais Thomas Lubanga[76]. Son procès a d'ailleurs été émaillé de nombreux affrontements entre les différents organes de la Cour, et a failli être abandonné à plusieurs reprises. Quant au deuxième procès ayant partiellement abouti – et qui nous concerne[77] –, il débouche sur un acquittement le 18 décembre 2012[78], cher payé au vu du budget annuel de l'institution. Il faut attendre

74 Il est ainsi remarquable que, malgré l'augmentation fulgurante du nombre d'États membres, et donc l'extension de sa compétence, le budget de la CPI soit resté stable au nom de la « rigueur budgétaire ». Elle dispose ainsi selon les années de moyens financiers deux à trois fois inférieurs à ceux des TPI, financés eux par le truchement de l'ONU et non directement par les États. La France n'a pas été un moindre acteur dans ce qui ressemble à une lutte pour brider l'institution.

75 La République de Corée s'est depuis ajoutée à la liste, mais l'ouverture d'un examen préliminaire par le Procureur n'avait alors pour objectif que de montrer que son instance était capable d'agir en dehors de l'Afrique et de négocier des augmentations de budget. La Cour n'avait ainsi jamais eu de velléités d'action réelles dans le pays.

76 Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (Chambre de Première instance I, Affaire Lubanga, ICC-01/04-01/06-2842-tFRA, 14 mars 2012).

77 Contre Matthieu Ngudjolo, milicien congolais arrêté le 7 février 2008 et accusé de trois chefs de crimes contre l'humanité ainsi que sept chefs de crimes de guerre.

78 Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (Chambre de première instance II, Affaire Ngudjolo, ICC-01/04-02/12-3, 18 décembre 2012, ci-après « Jugement de l'Affaire Ngudjolo »). Le Bureau du Procureur a fait appel.

2014 et le retrait des appels contre le verdict de l'affaire Katanga pour qu'une première condamnation devienne, douze ans après, définitive. Malgré le fait que la CPI ait connu la création la plus rapide de l'histoire des organisations internationales, création qui a été suivie depuis de ratifications en augmentation constante, les démonstrations de mécontentement des États membres sont permanentes. L'Union Africaine édicte deux résolutions enjoignant les États à ne pas collaborer avec la CPI en ce qui concerne les mandats d'arrêt contre le président du Soudan Omar El-Béchir et celui de la Libye Mouammar Kadhafi. L'ensemble des membres du Conseil de sécurité montre une irritation ostensible au regard de l'action de la Cour au Soudan, au point de menacer d'en suspendre les procédures. Il est systématiquement reproché au Procureur de n'enquêter qu'au sein de pays africains, insinuant un néo-colonialisme au mieux, un racisme latent au pire. La société civile se plaint de l'absence d'action en Irak (où l'examen préliminaire a été fermé dès 2005), en Afghanistan (où l'examen préliminaire n'a débouché sur aucune décision depuis son ouverture), en Palestine (qui a donné compétence à la Cour, sans suite), en Colombie ou encore en Côte d'Ivoire, où Luis Moreno Ocampo, saisi dès 2005, aurait pu contribuer à la prévention du conflit électoral par l'accusation de hauts responsables bien avant de devoir accuser Laurent Gbagbo, une fois celui-ci déchu. À l'inverse, il lui sera reproché la célérité de son action en Libye, l'accusation de Kadhafi ayant été élaborée en moins de trois mois[79], contre plusieurs années en moyenne pour les autres affaires. Lors de ce tournant historique, l'institution a pourtant eu le réflexe salvateur de revenir au premier plan, montrant ou cherchant à montrer qu'elle entrait dans une nouvelle phase après une période de consolidation plus finement et cyniquement élaborée qu'il n'y paraît. La crainte d'une justice à deux vitesses, dans un contexte où l'universalité théorique de l'institution ne se traduit pas dans le réel, n'en reste cependant pas moins prégnante.

Le regard de plus en plus critique de la société civile, qui est presque le seul vecteur politique sur lequel peut s'appuyer la CPI, aurait pu saper définitivement sa capacité d'action. Or toute une série de ruptures, initiées au mois de décembre 2010 en Tunisie, matérialisent un nouveau renversement de tendance qui ont brièvement redonné un allant à l'institution. Après l'échec patent des actions unilatérales menées par les États-Unis qui ont montré qu'ils ne pouvaient pas assumer seuls le rôle de « gendarme du monde », la reprise relative d'initiatives multilatérales de l'hyperpuissance, notamment exprimée par la doctrine d'Obama du « leadership by behind », redonne du souffle – du moins en apparence – aux institutions internationales. L'échec du sommet de Copenhague sur le climat en 2009 est un révélateur symptomatique de cet entre-deux, où les négociations ont retrouvé une direction commune près de quinze ans après le premier protocole, notamment grâce à une intense mobilisation citoyenne, sans pour autant réussir à trouver un accord définitif

79 Le renvoi de la situation par le Conseil de sécurité intervient le 26 février 2011, le mandat d'arrêt contre Kadhafi étant demandé par le Procureur le 16 mai 2011 (Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 to Muammar Mohammed Abu Minyar GADDAFI, Saif Al-Islam GADDAFI and Abdullah AL-SENUSSI, ICC-01/11-4-Red) et délivré par la Chambre préliminaire I le 27 juin 2011.

ni laisser penser qu'une vision globale était encore possible sur ces enjeux. L'adhésion de la Tunisie à la CPI une semaine après la chute de Ben Ali constitue cependant un geste fort montrant que le combat pour les droits de l'homme redevient une priorité *réalisable* dans des régions du monde jusque-là considérées comme « perdues » par une certaine doxa idéologique. Elle signe surtout, après l'échec de la démocratisation du Moyen-Orient par la guerre, la reprise en main par les peuples de leur propre destin et l'émergence d'une multipolarité où les faiseurs d'histoire se multiplient. Dans le même temps, la saisine unanime par le Conseil de Sécurité de la CPI en Libye, et ce malgré les mécontentements résultant de son action au Soudan, atteste la confiance retrouvée dans cette institution par les grandes puissances[80]. Dans un double mouvement, la Cour connaît une renaissance. Le retour de la « grande politique » en Syrie en marquera les limites.

2. La Cour pénale internationale, une bureaucratie moderne

Née le 1er juillet 2002, sise à La Haye (Pays-Bas), la Cour pénale internationale est une organisation intergouvernementale régie par le Statut de Rome (1998), ratifié en 2014 par 122 États réunis au sein de l'Assemblée des États-parties (AEP)[81]. Successeure de la conférence d'ambassadeurs plénipotentiaires qui a permis l'adoption du Statut de Rome, l'AEP agit comme un véritable parlement. Elle est ainsi, avec les conférences de révision du Statut de Rome[82], la source de droit primaire de l'institution dont elle vote les budgets et fixe les orientations en accord avec son texte fondateur[83].

80 Une confiance, semble-t-il, justifiée à l'époque, si l'on en croit les déclarations du chef du Conseil National de Transition libyen Mahmoud Jibril, à la veille de l'invasion de Tripoli, faisant implicitement référence à la CPI : « Le monde nous regarde, ne vous vengez pas. »

81 Parmi ces États, 34 appartiennent au continent africain, 18 au continent asiatique, 27 à l'Amérique latine et aux Caraïbes et 43 à l'Europe.

82 Le Statut de Rome peut être révisé à la demande d'un État-partie auprès du Secrétaire général de l'ONU, avec l'approbation de la majorité des États-parties, c'est-à-dire de l'AEP (article 123 du Statut de Rome). Voir à cet égard et sur les espoirs déçus de la première conférence de révision, Schabas. W., *The International Criminal Court : a commentary on the Rome Statute*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pages 1186 à 1191 ; ainsi que plus succintement, Triffterer, O., *Cimmentary on the Rome Statute of the International Criminal Court,* Oxford, Beck Hart Nomos, 2007, pages 1763 à 1766.

83 L'AEP est une véritable institution à part entière, bien que les diplomates y siégeant ne le fassent qu'à titre subsidiaire, en sus de leurs fonctions principales au sein de leurs chancelleries. Elle dispose ainsi d'un secrétariat permanent, d'un Bureau, d'un mécanisme de contrôle indépendant chargé d'enquêter sur d'éventuelles fautes commises par les fonctionnaires de la Cour, de plusieurs comités et groupes de travail, d'un « Conseil » chargé des travaux concernant les locaux permanents ainsi que d'un autre chargé du fond d'affectation spécial au profit des victimes, autrefois dirigé par Simone Veil. Des 122 États formant l'AEP et ayant donc ratifié le Statut de Rome, 34 sont Africains, 27 latino-américains et caribéens, 18 asiatiques, 18 proviennent d'Europe orientale et 25 sont rangés dans la catégorie « Europe occidentale et autres ». La Présidence est généralement accordée à un « petit État », et est actuellement occupée par une diplomate estonienne. L'AEP se réunit annuellement pour voter le Budget, d'éventuelles modifications des textes du Système de Rome ainsi que de nombreux textes concernant l'audit de l'action de la Cour, des rapports d'activité, des orientations générales censées

La CPI est le premier tribunal pénal international permanent, à compétence pour les crimes de guerre, crimes contre l'humanité et crimes de génocide commis sur le territoire de ses États-parties ou par des nationaux de ses États-parties après 2002, sans autre forme de prescription. Elle est composée de quatre organes : les chambres[84], composées de dix-huit juges élus par l'AEP[85] pour un mandat de trois six ou neuf ans[86], qui élisent à leur tour le président et les vice-présidents de la Cour pour un mandat de trois ans ; le Bureau du Procureur et de son ou ses Procureur(s) adjoint(s), élus par consensus par l'AEP pour un mandat de neuf ans non renouvelable[87] ; et le Greffier, élu à la majorité absolue par les juges et chargé de la gestion administrative de l'institution[88].

présider à son action, etc. Chaque État y dispose d'une voix, et les votes se font autant que possible par consensus.

84 Divisées entre chambres préliminaires, de première instance et d'appel. Voir l'article 39-2 du Statut de Rome. Sur l'organisation des chambres, et la large autonomie laissée aux juges, voir Schabas, W., *The International Criminal Court : A commentary on the Rome Statute,* Oxford, Oxford University Press, 2010, pages 551 à 559 et Cassese, A., Gaeta, P., Jones, J., *The Rome Statute of the International Criminal Court : A Commentary,* Oxford, Oxford University Press, 2002, pages 235 à 267. Les premiers brouillons de Statut d'une Cour criminelle internationale prévoyaient l'existence d'une Chambre d'instruction, dont la création lors d'une conférence de révision fut envisagée par une partie de la doctrine. Voir à ce sujet De Hemptinne, J., « The creation of investigating chambers at the International Criminal Court : an option worth pursuing ? », *Journal of International Criminal Justice,* volume 5, numéro 2, 2007, pages 402 à 418.

85 À partir de deux listes, A (neufs juges au moins doivent y être affectés) et B (cinq juges au moins), qui commandent leur répartition dans les différentes instances juridictionnelles de la Cour, et respectivement composées d'individus ayant une expérience importante du droit pénal et de droit international général (article 36-5 du Statut). Les juges, élus après avoir fait campagne pendant plusieurs semaines à la majorité des deux-tiers des États votants par bulletins secrets, sont élus par « tours » éliminant progressivement les candidats (il en fallut 15 à l'AEP en 2011 pour en élire six). Les conditions d'élection ont été établies par l'AEP et sa résolution ICC-ASP/3/Res.6 en 2004. Entre autres, la « représentativité géographique », la parité, la spécialisation dans des domaines particuliers (notamment les violences contre les femmes) sont pris en compte, sans comprendre de caractère d'obligatoriété. En septembre 2014, quatre juges étaient africains, deux caribéens, sept européens, deux asiatiques et un latino-américain, deux postes restant vacants, tandis qu'un dix-septième juge latino-américain restait en poste malgré la fin de son mandat, jusqu'à la fin des procédures la concernant. À cette date, parmi les anciens juges, il y avait eu un juge latinoaméricain, trois caribéens, sept européens, trois africains, deux asiatiques et un nord-américain. Au total donc, sur trente-quatre juges, quatorze étaient ou sont européens, sept africains, cinq caribéens, quatre asiatiques, deux latino-américains et un nord-américain (comptabilité propre, nous avons volontairement utilisé nos propres catégories géographiques afin de mettre en relief la surreprésentation de l'Europe et des caraïbes et la sous-représentation de l'Afrique et surtout de l'Amérique latine, par rapport au nombre d'États-parties des continents concernés).

86 La durée de leur mandat est déterminée par tirage au sort suite à leur élection (article 36-9-b du Statut. Voir aussi la résolution de l'AEP ICC-ASP/3/Res.6. Les juges élus à un mandat de trois ans peuvent être réélus pour un mandat complet, les autres ne sont pas rééligibles à un deuxième mandat (articles 36-9-a et 36-9-c).

87 Révocables par l'AEP à l'issu d'un scrutin à bulletins secrets.

88 Article 43 du Statut de Rome. Sur le rôle du greffier, qui provoqua de nombreuses polémiques et tensions avec le Bureau du Procureur et la défense, notamment au cours des mandats de Bruno Cathala et Silvana Arbia, voir Schabas, W., *The International Criminal Court : A commentary on the Rome Statute,* Oxford, Oxford University Press, 2010, pages 585 à 595 et Triffterer, O., *Commentary*

Les procédures visent des individus, et non des États, responsables ou complices de la commission des crimes « les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale[89] » énumérés par l'article 5 du Statut[90]. Cette définition est volontairement floue – une communauté des nations n'est pas une communauté humaine ou interindividuelle – et permet de deviner dès le préambule l'existence d'un filtre entre la Cour et les individus. Cette « communauté internationale » mentionnée par le Statut et à l'existence contestée renvoie à l'imaginaire des années de l'après-guerre froide, laissant toute leur place aux États comme interlocuteurs légitimes[91] de la CPI, malgré le fait que cette dernière soit censée s'adresser primordialement aux individus, objets de son action en tant qu'accusés, victimes[92] et plus largement populations théoriquement bénéficiaires de son action.

Les enquêtes peuvent être ouvertes sur demande du Procureur, d'un des États membres ou du Conseil de Sécurité de l'ONU, et les modalités de déclenchement varient selon l'initiateur de la démarche. Les poursuites contre des individus sont engagées par le Procureur lors que celui-ci les demande, *après* autorisation de la Chambre Préliminaire, composée de trois juges ayant une expérience des procès pénaux. Une demande d'enquête faite par un État implique l'ouverture automatique d'une enquête par le Procureur, sans que soit requise une autorisation préalable, tandis qu'en ce qui concerne le renvoi par le Conseil de sécurité, la demande d'enquêter n'est assortie d'aucune automaticité, le Procureur ayant *in fine* toute latitude pour demander ou non l'ouverture de l'enquête à la Chambre préliminaire.

Il est possible pour les États ne souhaitant pas ratifier le Statut, ou en plus de leur ratification[93], de faire une « déclaration d'acceptation de compétence », déposée auprès du Greffier, qui permet à la Cour d'agir rétroactivement (sur une période pouvant remonter jusqu'au 1er juillet 2002), sans que l'État ne devienne membre à part entière du *Système de Rome*, et sans qu'il ne puisse non plus siéger à l'AEP. Cette procédure a été utilisée par la Côte d'Ivoire et l'Autorité palestinienne. Autrement, la Cour

on the Rome Statute of the International Criminal Court, Oxford, Beck Hart Nomos, 2007, pages 981 à 991.

89 Préambule du Statut de Rome.

90 Crimes de génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerres et crime d'agression qui, faute de définition, n'est toujours pas imputable.

91 Et uniques, ce qui peut poser question, et a provoqué de nombreux débats suite à la déclaration de compétence de l'Autorité Palestinienne, qui n'avait pas encore été reconnue comme une entité étatique.

92 Ces dernières sont représentées dans les procédures par un organe spécifique à la Cour, le Bureau du conseil public pour les victimes et les représentants légaux qui le composent. Voir au sujet de ce qui est une importante novation restée très contestée, en particulier au sein de l'institution et surtout depuis que les victimes ont été autorisées à participer aux procédures préalables au procès : Van den Wyngaert, C., « Victims before the International Criminal Court : some views and concerns of an ICC Trial Judge », *Case Western Reserve Journal of International law,* volume 44, 2011, pages 475 à 496.

93 Dont les instruments sont déposés auprès du Secrétaire général de l'ONU.

n'a compétence qu'à partir de la date de ratification ou, si elle est intervenue avant le 1er juillet 2002, de cette date.

Dans tous les cas, les procédures sont subsidiaires à l'action des États nationaux, fait qui est recouvert par le principe de « complémentarité », régulièrement présenté dans les communications publiques de la Cour comme la « pierre de touche » du Système[94] : la Cour ne peut donc intervenir qu'après s'être assurée que l'État en question ne veuille ni ne puisse agir. Ce dernier élément constitue une évolution importante par rapport aux tribunaux pénaux internationaux d'exception, qui avaient la primauté des poursuites. Les TPI pouvaient renvoyer vers les juridictions nationales un certain nombre d'affaires secondaires pour compléter les principaux procès menés devant la juridiction internationale, ce qui n'est pas le cas de la CPI. Celle-ci est cependant la seule à pouvoir se prononcer sur sa propre compétence, ce qui lui donne théoriquement l'autonomie suffisante pour pouvoir poursuivre de façon discrétionnaire les criminels qui lui semblent les plus importants et éviter les manœuvres d'évitement des États dont ils auraient le contrôle ou qui chercheraient à les protéger. Afin d'assurer une véritable complémentarité, les États sont incités à intégrer les dispositions du Statut de Rome dans leur droit interne[95]. Suivant l'inspiration de Nuremberg, la CPI ne prévoit de poursuivre que les principaux responsables des crimes, laissant aux États le soin de mettre en place les procédures pour les criminels et exécutants de second rang[96].

Les procédures de la CPI sont ouvertes aux États, à la société civile et à tout individu ou organisation nationale ou internationale. Tous peuvent transmettre des « communications » au Bureau du Procureur concernant des crimes susceptibles d'entrer dans le champ de compétence de l'institution. Elles ne constituent pas des plaintes à proprement parler, contrairement à la confusion souvent faite par les médias : l'institution n'a d'autre obligation que de prendre note des éléments transmis et n'est soumise à aucune limite temporelle pour se prononcer sur leur valeur[97]. Le Procureur, qui ne dispose pas de bureaux ailleurs qu'à La Haye, s'appuie exclusivement sur ces communications et des négociations diplomatiques, parfois accompagnées de visites préliminaires purement formelles de ses équipes, pour décider du lancement ou non

94 Voir par exemple « La CPI en un coup d'œil », CPI, La Haye (ICC-PIDS-FS-01-004/13_FRA), page 2.

95 La France est en passe d'achever formellement ce processus de transposition, par le truchement d'une proposition de loi porté par le sénateur Jean-Pierre Sueur à l'initiative de plusieurs ONG et édulcoré, jusqu'ici sans résistances, suite à l'intervention du Ministère des affaires étrangères, avec l'accord du Ministère de la justice. Deux autres lois (avaient été auparavant promulguées, en 2002 et 2010, dans le cadre de ce processus.

96 La Cour peut jouer un rôle d'appui à ces processus nationaux en invoquant le principe de complémentarité positive que de nombreux États, à commencer par la France, s'efforcent d'endiguer en prétextant des raisons budgétaires.

97 Les États peuvent cependant saisir directement la Chambre préliminaire sans passer par le filtre du Procureur.

de procédures. Il ne dispose donc pas de force d'investigation *avant* l'ouverture des enquêtes, s'appuyant seulement sur des analystes à demeure pour traiter les informations qui lui sont transmises. Les États-parties, et l'ensemble des États membres de l'ONU dans le cas d'une procédure ouverte sur saisine du Conseil de Sécurité, ont « obligation » de coopérer[98] à tout moment de l'enquête et ne peuvent pas faire valoir une quelconque immunité pour les personnes accusées. Cependant, la Cour ne dispose pas d'une force propre lui permettant d'exécuter elle-même ses décisions. Elle ne peut pas condamner les États ou les faire condamner en cas de non-respect de leurs obligations, ni à travers la Cour internationale de justice (CIJ), qu'elle ne peut saisir, ni par des procédures internes[99].

Les peines applicables s'échelonnent sans minimum jusqu'à la perpétuité, selon des critères établis par le Règlement de procédure et de preuve. Dans la continuité des tribunaux non permanents, la peine de mort a été exclue par le Statut de Rome. Il reste que la question de la proportionnalité des peines, très délicate dès lors que l'on touche à des crimes *a priori* gravissimes, n'a pas été réglée, laissant toute latitude aux juges pour établir leurs propres standards sur la question. C'est ainsi que le premier accusé de la Cour, Thomas Lubanga, a été condamné à 14 ans de prison « seulement », en première instance, alors que le Procureur demandait la peine maximale. Les crimes sont considérés comme imprescriptibles – ce qui est un avantage procédural et politique précieux pour l'institution, bien que les arguments officiellement évoqués pour justifier cette spécificité invoquent uniquement la gravité des crimes commis pour la justifier[100].

98 Article 86 du Statut : « Conformément aux dispositions du présent Statut, les États-parties coopèrent pleinement avec la Cour dans les enquêtes et poursuites qu'elle mène pour les crimes relevant de sa compétence. »

99 Tout au plus peut-elle renvoyer la situation au Conseil de sécurité par le truchement d'une décision judiciaire, qui se contentera le plus souvent d'en prendre acte ou de transmettre de cordiales remontrances à l'État concerné.

100 Les arguments varient à cet égard. Généralement, en droit pénal, la prescription se justifie par la disparition du trouble – mais aussi des preuves, qui rendent l'impact du procès, et sa qualité, plus aléatoires au fil du temps. Les procédures pénales étant censées préserver l'équilibre de la société, et donc garantir l'autorité de l'État, la prescription sanctionne la négligence des autorités et les renvoie à leur responsabilité. Mais elle a pour effet paradoxal de conduire à une certaine déresponsabilisation. C'est pourquoi ces arguments s'effacent dans le cadre du droit international pénal au profit d'un argumentaire expliquant que les crimes concernés par la compétence de la Cour pénale internationale touchent à l'essence humaine, et ne peuvent pas, dès lors, être effacés. Or cette proposition naturaliste qui ferait de la violence de masse un élément fondamentalement exogène à la « nature humaine » – outre qu'elle soit historiquement et anthropologiquement contestable – va à l'encontre de notre thèse sur les fondements de la Cour. Nous préférerons donc l'argument utilitariste concernant la spécificité de ces institutions qui ne disposent pas directement de forces et se verraient dès lors sanctionnées par la négligence d'autrui en cas de délais de prescription. Voir à cet égard : Truche, P., « La pénalisation à l'épreuve du temps, des décisions judiciaires et politiques », *Pouvoirs*, numéro 128, 2009, pages 121 à 128 ; Ruiz Fabri, H., Della Morte, G., Lambert Abdelgawad, E., Martin-Chenut, K., « Les institutions de clémence (amnistie, grâce, prescription) en droit international et droit constitutionnel comparé », *Archives de politique criminelle*, numéro 28, 2006, pages 237 à 255 ; Cassese, A., Delmas-Marty, M., *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, pages 614 à 652 et pour une analyse de la prescription en droit français, revenant à la fois sur son histoire et ses fondements :

La CPI a, depuis sa création, ouvert des enquêtes dans huit pays africains : République Démocratique du Congo, Ouganda, République centrafricaine, Kenya, Soudan, Côte d'Ivoire, Libye et Mali[101]. Dix autres situations sur quatre continents sont en cours d'« examen préliminaire » par le Bureau du Procureur (Afghanistan, Géorgie, Colombie, Palestine[102], Guinée Conakry, Nigeria, Honduras, République centrafricaine[103], Ukraine et Irak), la décision d'ouvrir une enquête ou non n'ayant jusqu'ici pas été prise pour ces territoires. Rappelons que seuls l'Irak, la République de Corée et le Venezuela ont fait l'objet d'un examen préliminaire clos sans que des poursuites n'aient été initiées[104].
Comme nous le verrons, l'examen préliminaire n'entraîne en effet aucune obligation pour le Procureur, seule la décision de ne pas enquêter pouvant faire l'objet d'un contrôle judiciaire, et sert dans son jeu d'influences à satisfaire ou faire pression sur un certain nombre d'acteurs sans s'engager le moins du monde. La plupart des situations sont ainsi dormantes, faisant seulement l'objet d'un traitement groupé par des stagiaires – autrefois financés par l'Union européenne et aujourd'hui non-rémunérés – chargés, à partir de sources ouvertes, d'actualiser régulièrement les dossiers dans l'hypothèse où l'institution trouverait le temps, le moyen ou la volonté de s'en occuper.

La Cour est située dans la banlieue de La Haye (Pays-Bas) depuis 2002[105]. Son budget, négocié annuellement au sein de l'AEP, s'est progressivement accru jusqu'à atteindre les 120 millions d'euros annuels. Installée provisoirement, au sens des organisations internationales, c'est-à-dire depuis plus d'une décennie, dans un immeuble moderne et impersonnel de treize étages qu'elle partage avec Eurojust, elle accueille les bureaux du Procureur entre les cinquième et onzième étages[106]. Ceux-ci forment le « cœur politique » de l'institution. Le choix des enquêtes, des suspects et des crimes les plus graves mais aussi des États sous surveillance, est principalement de son ressort. Avec

Danet, J., « La prescription de l'action publique, un enjeu de politique criminelle », *Archives de politique criminelle*, numéro 28, 2006, pages 73 à 93.

101 Les quatre premières ont été ouvertes sur demande des États en question, le Kenya sur demande du Procureur, et le Soudan (plus spécifiquement le Darfour) et la Libye sur saisine par Conseil de Sécurité de l'ONU.

102 Malgré la clôture *prétendue* de l'examen préliminaire par le Procureur, en 2012, la situation reste sous examen préliminaire *en biais* par le truchement de l'Union des Comores, qui renvoya le cas de la flottille de Gaza à la CPI, les crimes présumés ayant été commis sur un navire battant pavillon comorien.

103 La république Centrafricaine connaît la particularité d'être à la fois en cours d'enquête, dans le cadre de l'Affaire Bemba, et d'examen préliminaire, en ce qui concerne les violences qui ont émaillé le pays en 2013 suite à la prise de pouvoir des Sélékas contre Bozizé.

104 Avant que le Procureur ne décide en 2014 d'ouvrir à nouveau à la situation irakienne et aux pratiques de torture systématique menées par le Royaume-Uni dans le pays, vraisemblablement pour réduire la pression provenant de la société civile.

105 Notons dès à présent que, comme l'indique la Règle 100 du Règlement de procédure et de preuve, le *lieu du procès* peut être autre que le siège de la Cour et se dérouler dans n'importe quel État, si cela sert les « intérêts de la justice ».

106 L'installation dans des nouveaux bâtiments de la Cour amènera, à partir de 2016, le Bureau du Procureur à occuper deux édifices indépendants.

pour seule limite théorique son budget, d'un peu plus de trente millions d'euros par an[107], le Procureur a les mains libres pour agir ou ne pas agir sur les territoires des 122 États – ainsi que partout où l'un des ressortissants de ces États aurait commis des crimes, soit virtuellement le monde entier, choisissant les situations qui recueillent sa préférence. Le reste de l'institution – le Greffe, le Président et les juges – joue un rôle essentiel mais à la visibilité bien moindre à l'extérieur de l'institution et du microcosme qui l'entoure, d'autant plus que les procédures, largement inspirées du droit anglo-saxon, sont lourdes et d'une complexité rebutante pour le profane[108]. Chargés de juger certains des plus importants criminels de l'humanité, soigneusement présélectionnés par le Bureau du Procureur, les juges disposent d'ailleurs, *a priori*, d'une marge de manœuvre toute relative en ce qui concerne l'impact public de l'institution, laissant en théorie – nous verrons à quel point il en va autrement – peu de suspens à l'issue des procès.

Au 30 avril 2013, 690 personnes venant de 99 pays travaillaient à temps plein (soit 37,5 heures par semaine, hors jours fériés, vacances, etc.) à la Cour pénale internationale (dont 334 à des postes administratifs ou d'assistance), auxquels s'ajoutaient 151 contrats temporaires, 65 consultants et 118 stagiaires. Plus de deux tiers des fonctionnaires ayant un poste permanent étaient européens (69 %), pour 17 % d'Africains, 8 % de Latino-américains et Caribéens, et 6,5 % d'Asiatiques. La parité était presque parfaitement respectée, tandis que le nombre de candidatures à des postes proposés par la CPI chute de manière régulière depuis plusieurs années. Chaque année, la Cour produit entre 100 et 200 000 pages de droit au sein de près de 10 000 documents[109], dont près des deux tiers sont en anglais, une proportion qui ne cesse de s'accroître. Aux deux langues de travail (l'anglais et le français) s'ajoutent quatre autres langues officielles jamais utilisées (l'arabe, l'espagnol, le russe et le chinois) et les langues utilisées au cours des procès (swahili, sango, lingala en 2012). Moins de 10 000 personnes visitent chaque année l'institution, dont moins de la moitié assistent à une audience, tandis que son site Internet accueille à peine plus d'un million de visites par an. Le nombre de personnes directement touchées par ses *activités de sensibilisation* censées faire connaître l'action de la Cour atteint péniblement la dizaine de milliers de personnes au mieux (en RDC en 2012), à peine une cinquantaine au pire (en 2013, en Côte d'Ivoire (100 en 2012) et au Kenya, 90 au Darfour), voire aucune (RCA en 2013)[110]. Chaque juge siège une moyenne de 19 heures par

107 35,74 en 2014.

108 Censées être centrées sur l'oralité, elles se résument très souvent à la lecture à voix haute de texte rédigés à l'avance. Mais surtout, elles suivent la tradition de *common law* en donnant priorité à l'égalité des armes entre les parties au procès, entraînant d'importantes contraintes procédurales notamment en ce qui concerne les *disclosures*, le partage des éléments de l'enquête aux différentes parties. Quel sens peut avoir un fonctionnement similaire dans des situations, les crimes de masse, où les parties, Procureur, représentants des parties civiles notamment, ne le sont justement qu'au sein de l'enceinte du Tribunal en tant que « représentants » ?

109 Dont à peu près un demi-millier est constitué de décisions, arrêts et ordonnances pris par les chambres.

110 La Cour prétend par ailleurs toucher chaque année plus de 25 millions de personne en RDC, ce qui est tout simplement une estimation surréaliste, alors que, par exemple, les vidéos youtube qu'elle produit ne dépassent en moyenne pas la centaine de vue. Il est probable que ces chiffrent incluent l'ensemble

an[111], soit une heure et demi par mois, les juges de la Chambre d'appel étant bien entendu beaucoup moins sollicités que ceux des chambres préliminaires et des Chambres d'instance. Près de 500 avocats, dont une écrasante majorité d'hommes venant de soixante pays, sont inscrits au Barreau de la Cour[112].

B. Le Bureau du Procureur : une institution dans l'institution

Décrivons maintenant plus en détails l'instance par laquelle l'action de l'institution est le plus souvent enclenchée, et qui lui donne son rythme et son ampleur, le Bureau du Procureur. La Cour pénale internationale est structurée dans son quotidien autour de trois organes. La Présidence influe peu sur son quotidien, dictant irrégulièrement des directives sans valeur particulière, jouant un rôle principalement représentatif malgré la volonté de nombreux juges de la voir s'impliquer plus en avant dans un rôle d'accompagnement de leur quotidien. Le Greffe, pour lequel le premier titulaire, Bruno Cathala, nourrissait de grandes ambitions, a très rapidement été cantonné à un rôle purement bureaucratique, sans pouvoir aucun sur le Bureau du Procureur. Quant aux chambres, nous détaillerons leur fonctionnement – et en particulier celui de la Chambre de Première instance II, qui a jugé Germain Katanga – plus en avant[113].

Lorsque Luis Moreno Ocampo entre en fonctions en tant que premier Procureur de la Cour, le 16 juin 2003, une équipe d'une demi-douzaine de fonctionnaires a déjà commencé depuis un peu plus d'un an à poser les fondements de ce qui deviendra le Bureau du Procureur[114]. Celui-ci compte aujourd'hui plus de 300 fonctionnaires, dont des diplomates, enquêteurs, juristes, mais aussi des traducteurs, secrétaires, analystes, etc., peuplant les six étages qui leur ont été alloués, devenus depuis trop petits.

---

de personnes ayant pu entendre ou voir un programme de radio ou de télévision mentionnant la Cour…

111 Les audiences cumulées de la CPI en 2012 représentaient 346 heures seulement.

112 Ces données sont tirées des rapports du Greffe intitulés « Cour pénale internationale : Statistiques du greffe au 31 août 2012 » et « Cour pénale internationale : Statistiques du greffe au 30 avril 2013 » (non-datés, non-référencés, distribués lors des vingt-deuxième et vingt-troisième conférence à l'intention du corps diplomatique).

113 Il faudrait ajouter à ces trois organes « principaux » deux autres qui loin d'être subsidiaires ne disposent en rien de la même amplitude tant financière qu'humaine. Il s'agit des Bureaux assistant matériellement les conseils de la défense et des victimes, *de facto* mis sous la tutelle du greffier.

114 Sous la direction de Morten Bergsmo au sein de l'« ICC advance team »

1. La division des enquêtes, au cœur des contestations

Alors que le *lieu physique* du tribunal, les deux salles d'audience, occupe le bas du bâtiment aux côtés des bureaux de la défense, du Greffe et d'une cantine[115], les trois premiers étages du Bureau du Procureur (du cinquième au septième) sont réservés aux enquêteurs, qui y centralisent les preuves, cherchent à établir les principales responsabilités des violences de masse pour lesquelles ils ont été mandatés et décodent les témoignages. Dirigée par Michel de Smedt, un ancien officier de police belge, la division fonctionne en huis clos et est très contestée au-dehors. Se considérant en sous-effectif, comme l'ensemble du Bureau, elle s'appuie sur des intermédiaires locaux dans ses premières affaires, qu'elle rémunère, et qu'elle charge de trouver des témoins pour l'accusation[116].

115 Ancien parking reconverti pour les besoins de la cause. Les bureaux de la Présidence et des juges se trouvent eux dans les quatre derniers étages.

116 Une pratique controversée que la défense de Thomas Lubanga s'est empressée de critiquer en tentant de démontrer que ces intermédiaires avaient corrompu certains témoins. La gravité des accusations amène le juge-président Adrian Fulford à demander à plusieurs reprises la libération de l'accusé. La question a contaminé les autres procès, notamment celui de Katanga et Ngudjolo dans lequel intervinrent certains des mêmes intermédiaires. Outre les décisions jurisprudentielles, des « directives » furent adoptées (mars 2014, 9 pages, non référencé), ainsi qu'un code de conduite des intermédiaires (mars 2014, 5 pages, non référencé) et un contrat-type, seul ce dernier document ayant une valeur juridique contraignante. De façon plus générale, cette question montre celle de la faiblesse dans leur ensemble des enquêtes menées par le bureau du Procureur. Elle fut unanimement dénoncée lors de l'acquittement de Matthieu Ngudjolo. L'obligation faite au Procureur d'enquêter à charge et à décharge (ce qui explique, ou plutôt justifie, la faiblesse des moyens accordés à la défense), et dans le même temps de porter l'accusation pendant le procès, seul ou presque (les victimes n'y participant que marginalement), le tient en quelques sortes à une obligation de réussite implicite. Cette situation crée évidemment un déséquilibre et une contradiction interne : le Procureur étant juge et partie d'une certaine façon, devant établir une séparation de ses rôles artificielle et lourde qui ne bénéficie finalement à personne. Comme nous l'avons vu, le Procureur, devant statutairement rechercher explicitement les preuves à décharge et les communiquer (article 67-2 du Statut de Rome), se contente dans les faits, et encore, de le faire avec celles qui « tombent entre ses mains », du fait même de l'obligation de résultat qui est politiquement et médiatiquement postulée dès lors qu'il ouvre une enquête. Ainsi David Hooper, répondant à la question : « Selon vous, les preuves à décharge transmises par le Procureur étaient-elles satisfaisantes ? – Non. Nous avons à peine reçu le moindre élément à décharge (sic). Suggérer que le Procureur le ferait est un non-sens (…) Le Bureau du Procureur n'est même pas allé à Aveba. Ils n'ont même pas visité la communauté des Walendu Bindi, où vivent les Ngiti. De ce que je sais, aucun des membres du Bureau du Procureur n'y a mis les pieds. Donc, comment dieu vont-ils accomplir leur obligation d'enquête à décharge si vous n'allez même pas dans les lieux où l'accusé et ses soutiens habitent ? C'est l'un des aspects ridicules du Statut de Rome, de même espérer qu'un Procureur face cela. Ils ne le feront pas. Ils ne l'ont pas fait. Je ne pense pas qu'il y aura une seule affaire lors de laquelle ça arrivera. Les seules personnes qui vont enquêter à décharge seront les équipes de défense. » Les droits de la défense ne sont de ce fait que très partiellement renforcés et ce, au prix d'une énorme lenteur procédurale, nécessaire afin de compenser ce déséquilibre « naturel » à l'institution – qui aurait pu être évité par la création de chambres d'instruction et d'un véritable Bureau de la défense. Cette situation a été aggravée par la suppression du poste de Procureur adjoint chargé des enquêtes, qui devait d'une certaine façon jouer le rôle en interne du juge d'instruction dans les juridictions françaises, et ainsi, après sa décision de poursuivre ou non, passer la main au Procureur adjoint chargé des poursuites, induisant une séparation des fonctions qui aurait pu être fonctionnelle mais qui n'aura de fait jamais été respectée.

Dotée de moyens légistes, de « chambres blanches » et de tout le matériel nécessaire à la centralisation et à l'analyse des preuves collectées par d'autres – il faut rappeler cet étrange fait, que le Bureau du Procureur n'enquête quasiment jamais de lui-même –, la division des enquêtes est un véritable hub où se mélangent stagiaires chargés de parcourir des centaines de milliers de pages d'interceptions téléphoniques et anciens policiers chevronnés de passage entre deux missions sur le continent africain. La collecte des preuves est en général l'apanage des services de police et de renseignement des États, qui les transmettent à l'institution, afin que celle-ci puisse construire ses *« case theories »*. Certaines enquêtes s'appuient très largement sur des témoignages, c'est notamment le cas lors de l'Affaire Lubanga, ce qui explique le risque que fait porter la question des intermédiaires sur l'accusation. En l'espèce, une vidéo amateur de mauvaise qualité où semblaient apparaître des enfants-soldats sous la direction du chef milicien constituait la seule véritable « preuve matérielle » de l'accusation à l'encontre de l'accusé[117]. Dans d'autres cas, au contraire, les interceptions, généralement inutilisables dans les procédures, constituent le support le plus important de l'accusation, notamment dans sa phase préliminaire. Ainsi, la théorie exposée dans l'acte d'accusation de Callixte Mbarushimana, porte-parole du groupe de miliciens des Forces démocratiques de libération du Rwanda (FDLR), s'est appuyée quasi exclusivement sur les interceptions téléphoniques fournies par les services de renseignement allemands et français, ainsi que sur l'étude des comptes Facebook et email de l'accusé. Des données qui, faute de corroboration, ne suffiront pas à étayer sa culpabilité et qui amèneront la Cour à refuser de confirmer les charges portées contre lui et à libérer l'accusé sans initier de procès[118].

L'apport des ONG et de l'ONU à la division des enquêtes, troisième pilier sur lequel s'appuie le Bureau du Procureur avec les témoignages et les informations transmises par les États, est essentiel en même temps que problématique. L'ONU récolte en effet une grande partie de ses renseignements par les États qui, lors de leur transmission, imposent des clauses de confidentialité empêchant d'en révéler les sources. Or, et c'est parfaitement logique, les juges de la Cour pénale internationale exigent que ces sources soient révélées pour pouvoir évaluer la crédibilité des preuves, ce qui a entraîné une lutte procédurale au sein du procès Lubanga, qui a amené la Chambre à suspendre indéfiniment les procédures et à ordonner la libération de l'accusé, avant que le Procureur ne trouve finalement un accord avec l'ONU permettant de contourner le problème[119]. Pis, comme nous l'avons vu, le Statut de Rome impose au Procureur que tout élément en sa possession pouvant constituer un élément à décharge pour la défense soit

117 Voir Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (Chambre de première instance I, Affaire Lubanga, ICC-01/04-01/06-2842, 14 mars 2012), page 543, paragraphe 1262.

118 Décision relative à la confirmation des charges (Chambre préliminaire I, Affaire Mbarushimana, ICC-01/04-01/10-465-Red-tFRA, 16 décembre 2001).

119 Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008 (Chambre de première instance I, Affaire Lubanga, ICC-01/04-01/06-1401, 13 juin 2008), confirmée par la Chambre d'Appels le 21 octobre 2008 (ICC-01/04-01/06-1486). Il a fallu cinq mois au Procureur pour trouver un accord avec l'ONU et permettre la reprise des procédures, le 18 novembre 2008.

transmis à cette dernière[120], faisant de la transmission de ces éléments une nécessité non seulement vis-à-vis de la Chambre, mais potentiellement des équipes de défense et de l'accusé. Par ailleurs, il va sans dire que les rapports des organisations non gouvernementales et internationales n'ont qu'une valeur probatoire très relative et accessoire à l'existence d'autres éléments de preuve recueillis dans le respect des standards imposés par le Statut de Rome et ses textes dérivés[121].

Cela n'a pas empêché le Bureau du Procureur d'axer quasi intégralement ses stratégies d'enquête sur ces trois piliers, dont la fragilité a été régulièrement démontrée et critiquée dans l'ensemble de ses affaires. Dans les faits, l'essentiel de l'activité de la division des enquêtes est ainsi un pur travail bureaucratique mobilisant des ressources humaines extravagantes afin de trier les milliers de documents envoyés à la Cour – parfois volontairement pour faire obstruction[122] –, s'assurer du respect des règles garantissant un procès équitable et transcrire les éléments de preuve afin de pouvoir les transmettre aux parties concernées.

L'élaboration stratégique de l'enquête à proprement parler est le fait de « joint teams » incluant des représentants de la cellule diplomatique, de la division des enquêtes et de la division des poursuites, donnant dans les faits un rôle subsidiaire aux trois premiers étages. Dotés d'un Procureur adjoint en charge de ces questions en la personne de Serge Brammertz, la division est restée orpheline de ce poste depuis 2007 et son départ pour la commission d'enquête sur l'assassinat du premier ministre libanais Rafic Hariri, puis pour le poste de Procureur du TPIY, créant un déséquilibre majeur au sein de l'instance qui a déjà été mentionné.

Le travail sur le terrain des enquêteurs est en conséquence de ces choix très limité. Contrairement à tout procureur étatique, qui dispose de larges moyens d'enquête et de brigades de police répondant à ses instructions, le parquet de la Cour pénale internationale ne dispose ni de forces de l'ordre, ni de juridiction territoriale effective. Le moindre déplacement est dès lors strictement encadré et fait l'objet d'une préparation laborieuse soumise au bon vouloir des autorités concernées. Cela s'ajoute à une frilosité toujours plus grande de l'institution, qui exige qu'un préavis de trente jours soit donné à tout déplacement et qui amène à ce qui peut aujourd'hui être considéré comme une paralysie complète. La CPI connaît en

120 Article 67-2 du Statut de Rome.

121 Ce qu'a rappelé la Chambre de première instance de la CPI dans le jugement de l'affaire Katanga. Voir Jugement en application de l'article 74 du Statut (Chambre de première instance II, ICC-01/04-01/07-3436, 7 mars 2014), page 131 : « la rédaction d'une enquête relative à des violations des droits de l'homme n'obéit pas aux mêmes critères qu'une enquête pénale. Les rapports sont en effet établis de manière non contradictoire, ils reposent essentiellement sur des témoignages oraux, provenant parfois de ouï-dire, et l'identité des sources est toujours expurgée ».

122 C'est notamment la stratégie adoptée par la Russie dans le cadre de l'examen préliminaire sur la guerre en Géorgie.

effet une inquiétude chronique : la crainte de perdre un témoin, ou de provoquer un « dommage collatéral » qui lui serait imputable. Les règles qui la régissent prévoient donc de limiter au maximum toute interaction pouvant entraîner un risque quelconque d'atteinte à l'intégrité d'une personne – et dès lors sa responsabilité, dévitalisant l'ensemble des procédures. De fait, l'action des enquêteurs sur le terrain se réduit le plus souvent à accueillir dans des centres fermés des témoins potentiels prélevés et présélectionnés par des intermédiaires. Ces intermédiaires ont bénéficié d'un statut flou jusqu'à la formulation des directives régulant la question, et présentent un intérêt majeur pour l'institution qui explique que leur utilisation reste autorisée : n'étant pas considérés comme membres de la CPI, la première phase de sélection des témoins échappe ainsi à la responsabilité de la Cour, ce qui permet à cette dernière de réduire les risques juridiques liés à son action. Mais la méthode pose de nombreuses questions, à commencer par la fiabilité des intermédiaires et des témoins recrutés de cette façon. Les premiers, intéressés car rémunérés, pourraient participer à l'élaboration de faux témoignages, sans que l'accusation ne puisse en être tenue responsable si la falsification était révélée[123]. De plus, la crédibilité des témoins eux-mêmes, qui peuvent être « préparés » par les intermédiaires, est d'autant plus difficile à évaluer par les enquêteurs qu'ils n'ont pas connaissance de l'ensemble des interactions ayant précédé à une interrogation qui n'a, de plus, pas lieu dans le milieu d'origine des témoins. En arguant des conditions favorables qu'offre le statut de témoin de la CPI, les intermédiaires peuvent les attirer en leur promettant monts et merveilles. Alors que la stratégie du Procureur, pour des raisons de budget et de calendrier, doit se concentrer sur un très petit nombre de témoignages, ces prises de risque peuvent nuire à la solidité de l'accusation jusqu'à la menacer d'effondrement. Et ce d'autant plus que les terrains d'enquête se révèlent être des territoires souvent hostiles à l'action de la CPI, où l'autorité étatique chargée d'assurer la protection des fonctionnaires internationaux n'a pas toujours prise.

Si, dans le cas de la RDC, ce problème s'est posé dans une mesure relative, tant le nombre de réfugiés permettait d'avoir accès à des sources en dehors du terrain où les crimes avaient été commis, il s'est fait ressentir de manière particulièrement aigüe dans le cas des enquêtes au Kenya. Dirigées contre plusieurs dirigeants nationaux dans un pays où l'organisation politique s'appuie sur des solidarités tribales encore dominantes, les procédures prévues n'ont tout simplement pas pu être menées dans les zones du pays sous influence des personnalités accusées, obligeant à déplacer les rares témoins acceptant de s'exprimer, et dont la fiabilité n'avait pu être évaluée, à des milliers de kilomètres de leur lieux de villégiature afin de les faire entendre par les

123 Pis, le monopole des poursuites pour atteintes à l'administration de la justice telles que définies par l'article 70 du Statut de Rome, et qui incluent les faux témoignages, étant réservé au Procureur (Règles 163 et 165 du Règlement de procédure et de preuve), celui-ci ne prend aucun risque et pourrait théoriquement promettre une immunité à ses intermédiaires et témoins, ce qui a été factuellement le cas jusqu'ici malgré les très nombreux exemples de manipulations plus ou moins flagrantes révélés au cours des procédures. Nous verrons qu'il ne s'agit pas du seul point sur lequel les rédacteurs du Statut de Rome et de ses textes afférents ont pêché par naïveté, attribuant de trop importantes marges de manœuvre au Procureur sur des questions à propos desquelles certains choix ou comportements auraient semblé impensables, au point de ne pas être alors envisagés.

enquêteurs de la Cour, ne comptant que sur une illusoire discrétion du processus[124] ou une éventuelle et coûteuse proposition de relocalisation pour protéger l'individu.

Il suffit de retracer le déroulement de la crise malienne pour percevoir les limites de la stratégie adoptée par le Bureau du Procureur. La France et le Procureur de la CPI se sont accordés pour agir ensemble au Mali dès novembre 2012 au cours de contacts entre le cabinet du ministre des Affaires étrangères et le Procureur[125]. Le Quai d'Orsay s'engage à donner à la Cour des moyens pour enquêter, tandis que celle-ci veillera à coordonner son action avec la France. Mais, c'est du moins la raison officiellement invoquée, l'avancée de « colonnes rebelles » sur Bamako précipite l'intervention de l'armée française, qui a lieu le vendredi 11 janvier 2013, à la surprise générale. Alors que l'ouverture de l'enquête du Procureur devait être concomitante, l'absence de coordination aggravée par les lourdeurs du fonctionnement de la Cour ne lui permettent d'annoncer l'ouverture d'une enquête que dix jours plus tard, à rebours d'une action militaire déjà largement avancée. À la fin du mois de janvier, les représentants du Procureur, qui à la surprise de la France n'ont toujours pas mis les pieds au Mali, demandent une réunion au Quai d'Orsay. Ils présentent alors un vague calendrier et exigent une série de moyens et de protections de la part du Ministère qui s'en offusque, et, alors que Bamako est sécurisé, refusent de s'y installer tant qu'une autorisation de l'ONU ne leur aura pas été délivrée. Comme en République Démocratique du Congo, où leur action n'a jamais dépassé les grandes villes, ils ne prévoient à terme qu'un déploiement dans la capitale malienne et à Ouagadougou, et demandent en somme aux autorités françaises d'enquêter à leur place. Les témoins et preuves devront leur être acheminées par des tiers, de préférence par l'armée française, afin qu'ils les interrogent à distance. Les résultats, dans une situation où la France peut se contenter de l'effet d'annonce de l'ouverture d'une enquête, légitimant suffisant, sont sans surprise inexistants.

Comme en Libye, où le recueil des preuves et le choix des témoins avait été délégué à un certain nombre d'ONG ne disposant ni des moyens ni de la formation nécessaire pour ce faire et à des services de renseignement nécessairement intéressés[126], la Cour laisse passer l'essentiel de la crise à distance pour ne pas compromettre la sécurité de ses personnels. Difficile, dans ce mode de fonctionnement, d'être en mesure de poursuivre les exactions commises par l'armée malienne, la MISMA, voire par l'armée française, si cela s'avérait nécessaire, voire ne serait-ce qu'évaluer la nécessité de le faire. Difficile aussi d'avoir le moindre effet préventif, alors que, à la remorque d'informations qui ne lui parviennent que des mois après la commission des faits, le Procureur agira toujours avec un temps de retard par rapport aux événements. Difficile finalement de se faire une idée précise de l'évolution des événements, à des milliers de kilomètres, et en

124 Espoir insensé pour la majorité des cas, la plupart *exfiltrations* ayant lieu depuis des villages où tout mouvement, *a fortiori* en dehors de la région, étant immédiatement remarqué, interrogé, raconté.

125 Nous reviendrons sur le pourquoi de tels accords et les critiques qui peuvent y être portés.

126 Les enquêteurs interrogèrent au final une cinquantaine de personnes, quasi exclusivement des exilés volontaires, tous en dehors du pays.

travaillant avec des sources de seconde main. Malgré la réactivité initiale de l'institution – et ce que d'aucuns pourraient considérer comme le « sens politique » de son Procureur – aucune poursuite n'a été engagée un an et demi après l'ouverture de l'enquête.

L'impuissance de la division des enquêtes est le résultat de choix initiaux potentiellement liés à la personnalité du Procureur, qui a une expérience en tant que chef de services de police très limitée et nulle en ce qui concerne les enquêtes internationales. Suite à des entretiens avec d'anciens enquêteurs ayant été recrutés à la création de la Cour, et ayant auparavant travaillé pour d'autres juridictions, il apparaît que la multiplication des démissions lors des premières années de fonctionnement de l'institution – du Procureur adjoint aux chefs des *joint teams* ougandaises et congolaises en passant par de nombreux fonctionnaires intermédiaires – fut le fait de désaccords fondamentaux sur ces questions. Ainsi, une majorité des enquêteurs recrutés –« volés », dira Carla del Ponte – au TPIY avaient eu l'habitude de se déplacer dans des terrains en guerre, sans protection systématique de la part d'États, afin d'y recueillir sur le moment des éléments de preuve et des témoignages, et enclencher ainsi rapidement des poursuites[127]. Le Procureur de la CPI considère au contraire que le rôle de son Bureau n'est pas de recueillir des preuves, mais de les recevoir et de les traiter, pour *ensuite* éventuellement les contraster sur le terrain, principalement si ce n'est exclusivement par le biais de témoignages, avec une prise de risque minimale, pour ne pas dire inexistante. C'est ainsi que les enquêteurs de l'affaire Katanga ne mettront jamais les pieds dans la ville d'Aveba où se déroulèrent pourtant les actes qui valurent la condamnation du milicien congolais. Dès lors, contrairement au TPIY et dans une moindre mesure aux autres juridictions internationales, et alors qu'elle était théoriquement appelée à devenir un référent mondial en la matière, la division des enquêtes n'a pas développé de compétences particulières dans le recueil de preuves et, plus largement, concernant les questions stratégiques relatives au traitement de crimes de masse, au profit certes d'une expertise bureaucratique réelle dans le traitement de masses de documents relativement indiscriminées, transmises par les différents appareils étatiques et internationaux.

2. La division des poursuites, une structure subordonnée

Les huitième et neuvième étages de l'immeuble de la Cour pénale internationale sont supervisés par le Procureur adjoint chargé des poursuites, c'est-à-dire des procès. Cette fonction a été occupée lors de la première décennie par celle qui est aujourd'hui la Procureure de l'institution, Fatou Bensouda, gambienne, ancienne ministre de la Justice et conseillère du président Jammeh[128]. Passée par plusieurs orga-

127 Une anecdote racontée par l'un d'eux permet de saisir l'écart qui se fait alors sentir : ainsi les enquêteurs de la CPI se sont-ils au début fait faire des médaillons semblables à ceux que portent les soldats de différentes armées afin d'être reconnus dans le cas où leur mort surviendrait. Il va sans dire qu'ils n'auront jamais à en faire usage et que ceux-ci tomberont en désuétude très rapidement.

128 Celui-ci, arrivé au pouvoir par un coup d'État il y a bientôt deux décennies et détenant un pouvoir sans partage depuis, a été au centre d'une polémique lors de l'été 2012, lorsqu'il décide de revenir

nisations internationales, elle a notamment été cadre au sein du Bureau du procureur du Tribunal Pénal International pour le Rwanda, situé à Arusha en Tanzanie. Elle n'hésite pas à porter avec fierté le « boubou » quand elle part en représentation dans le cadre de conférences. Bien plus qu'une simple caution, elle s'est attachée à s'entourer de personnes venant du continent africain, créant autour d'elle une équipe qui relève à la fois d'intérêts bien pensés et d'une véritable proximité. Quelque peu marginalisée au sein du Bureau du Procureur lors de son mandat d'adjointe, elle veillera surtout à ne pas commettre le moindre faux pas et à compenser la pression et les erreurs commises par les équipes du Procureur. Pesant peu sur la gestion quotidienne de l'institution, Fatou Bensouda n'en reste pas moins très présente, et s'impose, soutenue par l'Union Africaine, comme une évidence lors du choix du successeur de M. Moreno Ocampo à la fin de 2011.

La division des poursuites s'appuie au plus bas de l'échelle sur des « case managers » chargés de gérer les affaires portées devant le tribunal et d'en assurer le suivi quotidien. Ils font partie des « joint teams », dirigées au stade du procès par un substitut du Procureur qui dirige l'accusation en s'appuyant sur le travail des enquêteurs et de la cellule diplomatique, et sur des fonctionnaires de différentes divisions. Ces petites équipes sont directement supervisées par Luis Moreno Ocampo et font valider par le « comité exécutif », dont nous parlerons plus en avant, toute décision et transmission de documents à la Chambre, y compris pour des demandes d'extension de délais, le tout plusieurs fois par jour.

Le Procureur, avec l'aide des juges et des textes fondateurs, a contribué à ce que le droit anglo-saxon bénéficie d'une large prégnance dans les procédures, jusqu'à les alourdir absurdement. Quand la Cour – d'appels en demande de délais supplémentaires – met cinq mois à se prononcer sur l'état de santé de Laurent Gbagbo[129], la question du sens des procès finit par se poser, tant ceux-ci sont rebutants et laborieux. À peine suivies sur le terrain, et tout aussi peu par les médias et l'opinion occidentale, les procédures, loin d'un quelconque « idéal pénal » faisant de la clarté et de la fluidité des critères essentiels pour permettre la compréhension des débats et dès lors les rendre utiles, sont un havre pour juristes que le Procureur tente d'enrichir en invitant des personnalités médiatiques et en multipliant les déclarations tonitruantes. Cela ne suffit pas à rattraper le retard de l'institution dans sa communication vis-à-vis du reste du monde et de cette humanité dont elle prétend être le porte-voix. L'instance judiciaire perd son rôle réparateur, d'autant qu'elle est séparée et non intégrée aux procédures nationales

sur le moratoire concernant la peine de mort et d'exécuter plusieurs dizaines de prisonniers. Seule la pression internationale permettra de le faire revenir sur sa décision, non sans qu'un nombre indéterminé n'aient été menées à bien. Fatou Bensouda n'a jamais souhaité s'étendre sur son rôle dans ce régime dictatorial.

129 Décision relative à l'aptitude de Laurent Gbagbo à participer à la procédure devant la Cour (Chambre préliminaire I, ICC-02/11-01/11-286-Red-tFRA, 2 novembre 2012), prise alors que la première requête relative à cette question avait été déposée le 5 juin 2012, que des experts médicaux avaient été mandatés le 26 juin et qu'ils avaient rendu leur rapport le 19 juillet (pages 2 à 4, paragraphes 1 à 4 de la décision). Le simple rappel de la procédure passée à ce seul sujet s'étale sur cinq pages.

et impose une « vérité révélée » que la déconnection procédurale rend inaudible[130]. Les yeux fixés sur leurs ordinateurs, parlant d'un ton neutre dans une salle d'audience préfabriquée d'un peu plus de cinq mètres de largeur sur vingt de longueur, juges, avocats et procureurs ne font aucun effort pour rendre accessibles leurs activités, et remplissent leur rôle en fonctionnaires internationaux plutôt qu'en défenseurs d'enjeux politiques majeurs. Ils peinent à occuper un cadre pourtant neutre et désincarné. Loin des grandes structures de pouvoir traditionnelles, les lieux d'accueil de la Cour ne se distinguent d'ailleurs guère des locaux d'une grande compagnie d'assurance – c'est la banque hollandaise ING qui les occupait préalablement et loue les locaux – et ne produisent aucune image marquante. Ni son, ni images, ni vidéos. Rien qui permette de produire un récit. D'influencer celui du monde.

Arrivant en bout de chaîne, la division des poursuites paie de plus les insuffisances accumulées par les autres divisions et l'institution en général. Peu nombreux à avoir eu une expérience dans les tribunaux pénaux internationaux précédents – qui nourrissent en procédure et en jurisprudence la Cour –, les membres du Bureau du Procureur qui y officient font face à des juges venant de traditions judiciaires très différentes, avec parfois une culture pour le moins réduite du droit international. Or le droit pénal touche à l'intime des États et des sociétés. Il se caractérise par une importante variabilité à la fois de ses rôles comme de ses modalités selon les contextes historiques et géographiques où il exerce. Les conflits émaillent donc assez naturellement les procédures qui se déroulent dans les deux salles exiguës servant de scène à la Cour. Empêtrées dans un mélange de nationalités qui doit beaucoup plus aux rapports de force des États au sein de l'Assemblée des États-parties qu'à une volonté de faire jouer la complémentarité des compétences, les équipes du Procureur elles-mêmes ont du mal

130 Le rôle « psychanalytique » et historiographique des procédures judiciaires est essentiel, le juge n'intervenant pas tant pour *figer* une vérité que pour permettre aux différentes parties d'oraliser leur différend afin qu'une *possibilité* de compréhension mutuelle, à défaut d'un accord, soit atteinte. L'intervention du juge dans l'*arrêt* des discussions vient établir par le truchement d'un tiers objectif – la même figure que le psychanalyste entre le patient, son inconscient et le reste du monde – un terrain commun qui permet de préserver le vivre-ensemble malgré la persistance du désaccord. C'est là l'importance, « invisible » rationnellement parlant, des commissions de vérité et de réconciliation, chargées surtout d'établir les faits et un espace de parole commun, la pénalisation ou l'amnistie n'étant que des moyens à cette fin – importance que la CPI ne semble pas encore avoir saisie. Voir Barbara Cassin, Olivier Cayla, Philippe-Joseph Salazar (dir.), *Vérité, réconciliation, réparation*, Paris, Seuil, 2004, pages 240 et suivantes : « La réussite de l'amnistie sud-africaine tient à ce qu'elle ne concernait pas les individus mais qu'elle a joué « acte par acte ». On n'efface pas, au contraire on rappelle, catégorise, défini clairement, avant d'amnistier. L'individu doit livrer un descriptif aussi complet que nécessaire pour pouvoir prétendre à l'amnistie (« full disclosure »). On ne nie pas le passé, on le marque au contraire avec force. Actes, omissions et infractions sont concernés. » C'est ce qui explique aussi que le Tribunal de Nuremberg n'ait pas été lié « par les règles techniques relatives à l'administration des preuves […]. Il adoptera et appliquera autant que possible une procédure rapide et non formaliste et admettra tout moyen qu'il estimera avoir une valeur probante » (article 19 du Statut du TMI). Son but principal était, comme devrait être celui de la CPI, qui se place pourtant dans une démarche pointilleuse inverse (et ce, malgré la diversité des traditions juridiques de ses membres qui devrait la rendre flexible), de faire récit, et par perlaboration, de permettre l'adoption d'une regard commun et donc, à terme, la réconciliation.

à montrer une franche continuité dans leur action. Elles doivent, de plus, défendre les méthodes utilisées par les enquêteurs ou les négociateurs, sans avoir été forcément à l'origine des décisions qui ont été prises par ceux-là. Si les *joint teams* ont été justement créées pour que l'action des enquêteurs soit supervisée par les juristes, il n'en reste pas moins que des difficultés non anticipées ne cessent de se présenter devant les juges. Comme nous le verrons dans le cadre de notre étude de l'affaire Katanga, les querelles pichrocolines sur tel ou tel point de procédure font oublier l'exceptionnalité des crimes et l'importance toute relative de disputes qui mobilisent pourtant le cœur de l'expertise de l'institution – aux dépens notamment des aspects politiques et historiques des affaires qui font pourtant leur spécificité.

Les résultats donnent une image difficilement défendable de l'institution. L'équipe de l'accusation, soit une petite dizaine de personnes, rejoint trois jours par semaine[131] la salle où se déroulent les procès, le plus souvent entre 9h et 17h30[132] – jamais plus, le plus souvent moins – avec une heure de pause pour le déjeuner. Ils s'y rendent habillés de la même robe noire qu'une trentaine d'autres personnes présentes sur le lieu, avocats de la défense, greffiers et représentants légaux des victimes. La tenue des juges, vêtus de bleu, forme un maigre contraste, tandis que les accusés, habillés en civil, ainsi que les gardes de sécurité chargés de la surveillance des accusés sont rejetés à un coin de la salle, deux rangs derrière leurs avocats. Derrière une vitre-pare-balle insonorisée, les procureurs discourent monotonement, portant des casques audio, le regard immobile ou dirigé en biais vers les juges, filmés par des caméras dirigées à distance et observés par des juges légèrement en surplomb, parfois languissants, et un public quasi systématiquement inexistant. Parfois des témoins viennent-ils, le plus souvent habitants de la région concernée par les procédures, autrement médecins, journalistes ou fonctionnaires internationaux, souvent cachés par un rideau empêchant le public de les voir, leur voix étant brouillée et leur image pixélisée lors des enregistrements. Faute de pouvoir protéger physiquement ces personnes – révélant son absence d'emprise territoriale – la Cour est en effet réduite à les anonymiser, quitte à rendre incompréhensibles les quelques séances qui ne se déroulent pas en huis clos ainsi que les documents écrits, peuplés de centaines d'acronymes prenant la forme de P-XXX, D-YYY ou V-Z et censés renvoyer à un individu impossible à identifier et dont le lecteur ne saura ainsi retenir pas l'existence. Nulle mise en scène au long de ces procédures – puisque nul récit n'émane de cette cour – si ce n'est le garde à vous de l'ensemble des acteurs à l'entrée et à la sortie des juges, et les étranges silences qui ponctuent chaque phrase, dans l'attente que le traducteur invisible achève son œuvre.

131 Précisons qu'il s'agit là du rythme usuel adopté par les chambres lors d'un procès en vitesse de croisière. Les Chambres ne siègent pas lors des dix jours fériés officiels définis par la Cour, dont la « journée de la justice internationale », ni lors des vacances judiciaires, qui couvrent notamment tout le mois d'août.

132 Limites horaires s'appliquant du lundi au vendredi et fixées à l'ensemble des salariés de l'institution, qui travaillent ainsi officiellement 37 heures et demi par semaine. Voir à cet égard la circulaire du Greffe ICC/HRS/2007/7229 intitulée « Horaires de travail officiels de la Cour et jours fériés officiels », datée du 1er juin 2007 et toujours en vigueur.

Alors que les Procès de Nuremberg avaient combiné une efficacité exemplaire avec un respect certes inégal mais globalement loué des droits des accusés, la Cour s'embourbe. Devant créer, non du néant mais à partir de sources éclatées et mal figées, une procédure et une jurisprudence nouvelles qui seraient universellement applicables, elle cherche surtout à se protéger de toute accusation de partialité. Alors que les étapes précédentes, et notamment la sélection des situations sous enquêtes par le Procureur, sont fortement politisées, les juges cherchent à contrebalancer cette image en montrant une rigueur et un attachement aux détails excessifs. Les premiers procès sont d'une lenteur et d'une illisibilité complètes. Les interruptions, les demandes de délais supplémentaires, les témoignages à huis clos, les questions de procédure et autres éléments procéduraux se multiplient. Tout est fait pour éviter le faux pas, qui pourtant menace à chaque étape. La gravité des crimes, l'importance historique de ces premiers moments et la nécessité de se montrer proches des populations victimes des crimes sont immédiatement noyés sous un flot de débats qui ne concernent en rien les faits. Le président de la Cour ne cesse de le répéter : ce fonctionnement, nécessaire pour « former la Cour » et éclaircir les nombreuses ambiguïtés et absences qui peuplent les textes[133], est appelé à s'estomper. Il n'empêche que les interrogations demeurent, et les accusés eux-mêmes semblent la plupart du temps perdus dans leur pensée, intervenant rarement ou jamais, laissant leurs équipes légales mener des batailles procédurières ayant peu à voir avec l'importance et l'établissement des faits[134]. La langue elle-même se montre prudente, technique, revêche – comme craignant l'émotion, mettant à distance l'immensité des violences qu'elle doit décrire pour protéger ses locuteurs. En conséquence, l'attention médiatique nulle se combine à une absence d'influence sur le terrain désolante. Les vidéos des procès postées sur Youtube dépassent rarement la centaine de vues, tandis que des moyens de retransmission alternatifs ne sont pas mis en place, faute d'intérêt journalistique et de relais sur le terrain. Les décisions elles-mêmes font l'objet d'un intérêt universitaire minime – malgré leur dimension fondatrice, et les commentaires juridiques sur l'action de la Cour restent rares, intervenant longtemps après les prises de décision et réduits à un microcosme principalement anglo-saxon. Ce qui devait être l'incarnation de l'institution – point culminant pour le Bureau du Procureur, abîme pour la défense et source normative pour le reste du monde – ne rayonne pas, pire, déçoit. Les États se saisissent de ce prétexte pour questionner l'efficacité et l'utilité de la Cour et réduire leurs engagements.

Difficile de déterminer les responsabilités dans ce qui est devenu une inertie systémique. La désorganisation du Bureau du Procureur y contribue cependant grandement. Un élément permet de l'illustrer. La division des poursuites constitue bien entendu le cœur judiciaire du Bureau du Procureur, suivant les instructions politiques données par le « comité exécutif » de celui-ci et chargée de les mettre en œuvre. À cet

133 Le Statut de Rome, mais aussi les règlements de procédure et de crimes qui le complètent et fixent les règles de procédure ainsi que des cadres interprétatifs larges du texte du Statut.

134 Il n'est pourtant pas rare de voir les avocats eux-mêmes somnoler, et parfois s'endormir, au cours des procédures.

égard, il aurait été attendu qu'elle soit complètement séparée, y compris physiquement, de la division des enquêtes afin, le cas échéant, de permettre une répartition des responsabilités claire et immédiate. Nous l'avons déjà dit, le Procureur doit, c'est une obligation imposée par le Statut de Rome, enquêter « à charge et à décharge »[135]. Cette obligation est en évidente contradiction avec les intérêts de la division des poursuites, dont l'objectif est de faire condamner les accusés dont elle est rendue responsable. Pourtant, aucune mesure physique ni règlementaire n'est mise en place pour isoler la division des poursuites de celle des enquêtes chargée d'enquêter à décharge, et ce alors que les enquêtes se prolongent au-delà de la confirmation des charges, c'est-à-dire au moment où la division des poursuites « prend en main » l'affaire et la direction des *joint-teams*, où ses membres siègent avec des représentants de la division des enquêtes.

3. Le rôle primordial de la division de la compétence, de la complémentarité et de la coopération

Le dixième étage, celui de la cellule diplomatique, aura longtemps été le royaume d'une diplomate française, Béatrice Le Fraper du Hellen[136]. Véritable organe de liaison entre toutes les divisions, il s'agit du lieu où se préparent les décisions les plus importantes, ou, ce qui à la Cour pénale internationale équivaut, les plus visibles : quelle enquête lancer ; contre quelles personnes ; et sur quel territoire.

Officiellement nommée Division de la Compétence, de la Complémentarité et de la Coopération du Bureau du Procureur (DCCC), la cellule diplomatique est chargée des relations avec les États, les ONG, les organisations internationales et les sociétés civiles nationales. Parallèlement, elle est responsable du décryptage géopolitique des situations sous enquête et du choix des pays qui feront l'objet d'un examen préliminaire, préalable à tout lancement de procédure. Une quinzaine de personnes y travaillent, épaulées par une demi-douzaine de stagiaires, chargés de couvrir une zone peuplée de plus de deux milliards de personnes. Leur mission est théoriquement gargantuesque : en plus de détecter tout foyer de violence naissant, il doivent décrypter les appareils politiques et diplomatiques des grandes puissances, les influencer, s'assurer de la coopération de l'ensemble des États membres, fournir les éléments de contexte suffisants aux enquêteurs, aux procureurs, mais aussi indirectement aux juges, qui ne disposent pas de la formation

135 Article 54-1-a du Statut de Rome. Voir à cet égard une critique sévère de la réalité de cette obligation, par l'une des avocates de Germain Katanga : Buisman. C, « The Prosecutor's obligation to investigate incriminating and exonerating circumstances equally : illusion or reality ? », *Leiden Journal of International Law*, volume 27, mars 2014, pages 205 à 226.

136 Du fait de la restriction des moyens humains et du rapport asymétrique entre la Cour et les États, le plus souvent faibles, où elle agit, les fonctionnaires y travaillant sont rapidement confrontés à des hiérarchies extrêmement élevées, ayant souvent ligne directe avec les présidences d'États africains. Paradoxalement, la cheffe française de la cellule, partie en juin 2010 rejoindre la représentation permanente de la France à l'ONU, est longtemps restée l'une des rares membres de l'institution à avoir une expérience dans les arcanes de la diplomatie internationale et comprendre les fondements des positions prises par les différentes chancelleries occidentales.

ni des effectifs nécessaires pour appréhender les situations sous leur compétence. Une tâche disproportionnée pour une équipe réduite et aux profils variés.

Le personnel au service du Procureur vient de tous les continents, et cette réalité se retrouve particulièrement au sein de la DCCC. Les usages des institutions internationales incitent leurs dirigeants à recruter prioritairement des personnes originaires de leurs principaux bailleurs de fonds. Ainsi, un universitaire français, une juriste américano-hollandaise et un ancien juge malien dirigent chacune des sous-sections de la division. Ils partagent leurs bureaux avec une magistrate japonaise ne parlant quasiment pas anglais, une fille de diplomate brésilien ou encore de nombreux anciens d'ONG européennes. *Turn-over* important, diversité des nationalités et des profils poussent chacun à s'isoler et mener à bien ses missions de la façon la plus autonome possible, avec une prise de risque minimale. Une logique par trop récurrente dans des institutions « forcées » à des alliages géographiques qui ne permettent pas pour autant le moindre syncrétisme. La Cour, pour jeune qu'elle soit, n'a pas réussi à éviter sur ce point les travers de ses aînées. Si le français est censé être la langue de travail officielle à égalité avec l'anglais, c'est bien cette dernière qui domine. Comme dans toutes les organisations internationales, les usages ont progressivement relégué la francophonie à un embarrassant apparat que les fonctionnaires de l'Hexagone n'osent eux-mêmes plus mettre en valeur. Alors que le Procureur doit normalement maîtriser parfaitement les deux langues, il se fait régulièrement traduire à la volée les textes reçus en Français, imposant *de facto* l'anglais comme langue de fonctionnement dans l'ensemble du Bureau, reprochant leur « esprit grégaire » à ceux qui se permettent de lui reprocher[137]. Quant aux procédures, elles prennent un tel tournant que le procès de Laurent Gbagbo sera probablement mené exclusivement en anglais.

Les relations qu'entretient la CPI avec son *extérieur* sont, contrairement aux apparences, quasi systématiquement médiatisées par les États, ce qui donne un rôle de première importance à la DCCC, chargée de la moindre interaction avec les appareils de pouvoir nationaux. Un regard sur ses activités permet de mesurer l'ambition de la proposition faisant de la Cour pénale internationale une institution cosmopolitique s'adressant directement aux individus du monde, tant elle semble éloignée de sa réalité quotidienne. Chaque pas, chaque évolution de la Cour nécessite une interaction avec des appareils administratifs nationaux qui ralentissent, alourdissent, souvent freinent son action, plus rarement la libèrent. Depuis sa naissance, puissances occidentales et États africains ont été les véritables interlocuteurs de l'institution. Les premiers, par leur financement, leurs pressions et leur soutien au sein des instances internationales.

137 Une anecdote parmi d'autres permet d'illustrer de façon amusante cet écart entre principes et réalité. Invité à ouvrir un forum sur la francophonie à l'OIF par son Président Abdou Diouf en 2010, le Procureur n'a d'autre choix que de prononcer son discours en français. Il se fait alors rédiger son texte d'intervention en phonétique par Béatrice le Fraper. Il le lira syllabe après syllabe, sans pouvoir réprimer quelques sourires, ce qui n'empêchera pas l'assistance de lui transmettre ses félicitations les plus vives.

Les seconds parce qu'ils ont été jusqu'ici les seuls objets de la Cour, nourrissant ses activités à la fois que bloquant ses procédures. Tout passe par les États, de l'arrestation des suspects à l'obtention du plus insignifiant document de preuve en passant par la protection des témoins, enquêteurs et évidemment financement des activités. Mais aussi, plus largement, et plus problématiquement, jusqu'à la définition de la stratégie globale et des priorités de l'institution. Chantages, négociations à plusieurs bandes et dépendances aux desideratas d'un obscur sous-directeur de telle ou telle chancellerie marquent le quotidien d'une instance qui se voudrait indépendante et impartiale. Derrière les apparences statutaires et les déclarations d'intention, tout est fait pour rappeler quotidiennement aux membres de la Cour, à commencer par le Procureur, ce fait indéniable : leur légitimité élective provient non pas d'une prétendue société humaine, et encore moins de l'archipel d'ONG qui forment la société civile mondiale, mais d'un parlement d'États, qui entend que ses intérêts soient respectés, fussent-ils en décalage complet avec l'opinion mondiale et les espoirs placés dans la Cour.

Peu rompu aux jeux diplomatiques et politiques, accaparé par les négociations budgétaires et institutionnelles de l'AEP, le personnel de la Division de la compétence, de la complémentarité et de la coopération, qui se trouve déjà en difficultés à l'heure d'établir des relations constructives avec les appareils administratifs occidentaux, n'a qu'un accès réduit, pour ne pas dire nul à leurs élites politiques. Cette question est pourtant essentielle : élus et responsables devant leurs électeurs, les politiques sont les seuls à pouvoir provoquer des ruptures et s'imposer aux inerties de leurs administrations – une rencontre avec l'un deux pouvant amener à la prise d'une décision qui, autrement, aurait dû passer par jusqu'à huit échelons hiérarchiques avant de se concrétiser. Mais les difficultés ne touchent pas seulement à l'accès. Lorsque enfin arrive l'opportunité d'une rencontre avec tel ou tel ministre ou membre d'un cabinet, les entretiens sont le plus souvent de pure forme. Ayant rarement exercé auparavant au sein d'appareils diplomatiques nationaux, les fonctionnaires de la CPI ne connaissent pas les hiérarchies, le poids de leurs interlocuteurs, les diverses possibilités de les court-circuiter. N'ayant pas été formés aux codes politiques et diplomatiques, ils sont sujets aux manipulations les plus élémentaires de la part de leurs interlocuteurs. L'inconscience de leur puissance symbolique et la peur de perdre les rares liens de confiance créés ici et là au sein des administrations – alors que leur lien avec le politique n'est appelé qu'à être ponctuel – les amènent à une prudence excessive. Conditionnés, leurs rares face-à-face avec des responsables capables de peser sur leurs dossiers se réduisent dès lors le plus souvent à un simple échange de sentiments cordiaux, chacun ignorant tout de ce que l'autre aurait pu réellement lui apporter.

4. Le cabinet du Procureur au sommet de la hiérarchie

Enfin, le onzième étage est occupé par le cabinet du Procureur. La dizaine de fonctionnaires qui y travaille est chargée de coordonner l'action de l'ensemble des services et de s'assurer du respect des instructions de Luis Moreno Ocampo puis de Fatou

Bensouda. Outre ses secrétaires, deux, et ses assistants spéciaux, deux, s'y trouvent le service presse, deux fonctionnaires aussi, et la section des avis juridiques, comptant une demi-douzaine de juristes de haut niveau. C'est le nœud central de l'institution, le lieu où les chefs de division réunis hebdomadairement au sein des « ex-coms » (*executive comittees*[138]) actent toutes les décisions préparées aux étages inférieurs, et en prennent de façon autonome sur les sujets les plus sensibles. Les similarités avec un appareil étatique moderne sont nombreuses, le cabinet du Procureur jouant le rôle du politique chargé de donner les instructions à son « administration », chargée de les exécuter et interdite de prendre la moindre initiative sans autorisation préalable, ponctuelle ou continue. La « montée » au 11e étage représente un geste inaugural ou, quand il est répété, gage de prestige, pour les fonctionnaires des étages inférieurs n'occupant pas les rangs les plus importants, et qui est toujours mis en exergue d'une façon ou d'une autre. Il n'en reste pas moins exactement agencé comme l'ensemble des autres étages de l'immeuble, à l'exception déjà mentionnée de ses autorisations d'accès restreintes.
Luis Moreno Ocampo est réputé pour avoir construit son bureau de manière atypique, jurant au premier abord avec le conformisme supposé de l'univers des juridictions internationales. Argentin, juriste de formation, Moreno Ocampo a commencé sa carrière dans la magistrature, comme procureur adjoint à Buenos Aires, ce qui l'amènera par hasard à porter l'accusation lors du fameux procès de la junte militaire argentine[139], dont il devint l'une des principales figures. Issu d'une famille modeste mais à la longue histoire, il quitte peu après la carrière et s'attaque comme avocat à la corruption dans son pays avant de devenir animateur d'une émission de télévision argentine qui le mettait en scène comme avocat de voisinage. Critiqué pour son goût des médias, il part diriger Transparency International en Amérique latine puis fait valoir ses compétences auprès des universités américaines Stanford et Harvard comme professeur invité. Déjà pressenti, du fait de l'appui des États-Unis, pour devenir le premier procureur du TPIR/TPIY, sa nomination avait alors fait l'objet d'un veto de dernière minute de la part de son pays d'origine[140]. Peu connu dans la sphère de la justice internationale, son recrutement comme premier Procureur de la Cour pénale internationale en 2002 est une surprise, à commencer pour lui-même. Sa candidature, préparée à Harvard avec l'aide d'une future conseillère du Président des États-Unis Barack Obama, Samantha Power, n'avait recueilli que peu d'enthousiasme, mais aucune résistance, contrairement

138 Comités exécutifs, dont j'ai été, en tant qu'assistant spécial, chargé du suivi. Il est formé des fonctionnaires élus du Bureau du Procureur (Procureur et procureur(s) adjoint(s) ainsi que des directeurs de division et avalisant l'ensemble de l'action du Bureau, des recrutements aux stratégies de poursuite en passant par le choix des accusations, des situations sous enquête, etc. Il se réunit plusieurs fois par semaine, parfois de façon *ad hoc* pour traiter d'une question de fond, recevant alors la *joint team* ou tout autre acteur concerné par celle-ci. En cas de déplacement de l'un ou de plusieurs de ses membres, les décisions peuvent être prises électroniquement, les assistants spéciaux du Procureur ayant alors la charge de les répertorier et de s'assurer de leur validité.

139 Cette expérience contient de nombreuses similarités avec celle à la CPI et n'a pu que l'y préparer. Dans un cas comme dans l'autre, il devra mener l'accusation contre la puissance censée garantir l'exécution de ses décisions, autrefois l'armée, aujourd'hui les chefs d'État.

140 Lui sera préféré un certain Richard Goldstone, qui deviendra célèbre quelques années plus tard pour son rapport sur l'opération israélienne Plomb Durci dans la bande de Gaza.

à celle de nombreuses autres figures, à commencer par Carla del Ponte[141]. Selon son récit, il se voit déconseiller par la plupart de ses proches d'accepter un poste « où il ne ferait que de la figuration pendant neuf ans ». Refusant de choisir une approche strictement juridique de son mandat, il tente au fil des années de s'entourer de personnes ayant des perspectives très différentes sur les situations qui lui sont soumises, et de se maintenir à la lisière des mondes du droit international pénal, de la diplomatie, des médias et de la société civile, jonglant entre leurs exigences et leurs attentes. Ses initiatives suscitent en conséquence en interne de très fortes résistances et de nombreuses démissions, et la tentative de sortir des pré-carrés laisse paradoxalement le Procureur entouré des fonctionnaires les plus conservateurs et moins créatifs, seuls disposés à accepter l'ensemble de ses propositions sans résistances. Il proposera ainsi aux représentants des grandes puissances, alors qu'une intervention internationale en Libye est de plus en plus sérieusement envisagée, de délivrer immédiatement des mandats d'arrêt contre les principaux responsables du régime de Kadhafi afin de légitimer l'intervention armée et le dépassement de la résolution des Nations Unies, qui ne prévoit pas le renversement du régime. Une interprétation contestable du mandat de la Cour qui aurait inauguré une nouvelle ère dans le droit de la guerre. Ses équipes, qui, officiellement, travaillent sur l'Afghanistan depuis cinq ans sans avoir encore élaboré un seul acte d'accusation, seraient prêtes à agir en quelques jours. Finalement, le Procureur émettra bien, en un temps record, des mandats d'arrêt contre cinq membres du régime de Kadhafi, mais sans que les membres de l'OTAN ne fassent le moindre effort pour qu'ils soient effectivement jugés. La mort de Kadhafi, déjà accusé par la Cour, signe pour de nombreuses personnes l'échec de sa stratégie, renouant avec la logique ancestrale de la souveraineté décrite par Georges Bataille, faisant de la figure du Roi la victime promise au sacrifice. L'arrestation quelques mois plus tard de quatre des employés de la Cour qui étaient venus rendre visite à Saïf al-Islam, détenu par les nouvelles autorités libyennes et cible d'un mandat d'arrêt de l'institution, achèvera le naufrage. Les brigades tiendront en otage les fonctionnaires internationaux et l'avocate de l'accusé plusieurs semaines, malgré leur laissez-passer onusien et leur immunité diplomatique, renvoyant les rêves de grandeur du Procureur à une réalité beaucoup plus crue. La Cour, programmée pour traiter avec des États, se retrouve prisonnière des défaillances de l'un d'eux. Quelques semaines après leur libération, obtenue après que le Président de la Cour s'est déplacé jusqu'à Zenten pour s'excuser, la Libye confirmera son intention de juger seule le fils du dictateur, et probablement de le condamner à la peine capitale, malgré les demandes de l'accusé d'être transféré à La Haye. M. Moreno Ocampo encaissera le coup sans ciller, acceptant pour lui et son institution un rôle de second-plan bien éloigné de ses ambitions, avant que les juges renoncent d'eux-mêmes, dans une décision extrêmement controversée, à juger, malgré sa demande, Al-Senussi, l'un des principaux responsables du régime[142].

141 Voir Bosco, D., *Rough Justice, the International Criminal Court in a World of Power Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pages 84 à 91.

142 Décision qui fut confirmée en appel alors même que l'ensemble des représentations diplomatiques occidentales venaient de quitter le pays, en proie à une guerre civile ayant retiré toute réalité aux institutions nationales. Voir Judgement on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision

Le cabinet a théoriquement un rôle d'impulsion face à une institution qui peine à se mettre en branle. Après une première phase d'expansion, l'absence d'attractivité qui a très vite marqué la Cour force le Procureur à des alliages au sein de son Bureau qui sont à la source d'une partie de ses difficultés. Contrairement à la plupart des agences de l'ONU, les principales puissances ne tentent même pas de pousser leurs citoyens au sein de la CPI. Son incapacité à s'appuyer sur un corps de fonctionnaires à la formation cohérente et d'un niveau égal entrave en permanence son action, faisant de l'auto-contrôle sa première activité. La multiplicité des lignes hiérarchiques, dans une institution de plus en plus crispée, consomme une énergie d'autant plus importante qu'elle limite les stratégies de coopération et mine la confiance de l'institution en elle-même. Se craignant lui-même faute de circuits de validation et de contrôle solidement ancrés, le Bureau du Procureur avance par à-coups, peinant à porter une vision d'ensemble, lisible par le « monde extérieur ».

Une précarité paradoxale pousse d'ailleurs les fonctionnaires au conformisme. Recrutés pour six mois, leur contrat, calqué précipitamment sur le système de l'ONU, est systématiquement étendu à chaque renouvellement, de six mois, un an, deux, mais jamais plus de trois. Ainsi les échéances successives poussent-elles à une prise de risque minimum, tant le statut est confortable et les difficultés pour valoriser son expérience dans un autre milieu nombreuses. Pour bifurquer dans une institution onusienne, il faudra une évaluation du supérieur avec lequel il s'agit de rester dans les meilleurs termes possibles jusqu'à la fin du contrat. Pour revenir dans son pays, justifier d'un parcours dont on méjugera souvent la cohérence. Pour faire valoir ses talents dans des instances sœurs, comme les ONG internationales ou d'autres instances juridiques, accepter une baisse de salaire conséquente ou lutter avec des milliers d'autres anonymes si l'on ne faisait pas partie des cadres du Bureau.

Dès lors, l'institution ne se prête guère à l'élaboration ni à l'accomplissement de grands desseins théoriques. Elle tente plutôt de « gérer », au jour le jour, voyant s'accumuler année après année de nouvelles saisines à moyens constants, harcelée par les chancelleries pour réduire ses budgets, faisant toujours plus avec moins, épuisant ses personnels et rallongeant chaque fois un peu plus les délais. Il faudra trois années à l'institution pour rendre un avis purement politique de « non-décision » sur sa compétence en ce qui concerne la Palestine en 2012, dont le contenu aurait pu ne demander que quelques semaines de travail, auditions et rencontres inclues – un rythme bien peu compatible avec l'urgence caractérisant les situations dont elle a la charge, bien que parfois utile pour éviter de s'exposer.

of Pre-Trial Chamber I of 11 october 2013 entitled « Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi » (Chambre d'Appel, ICC-01/11-01/11-565, 24 juillet 2014). Quelques semaines plus tôt, le Ministre des affaires étrangères libyen, Mohamed Abdel Aziz, déclarait : « there is a complete absence of the army and the police, which are responsible for the security of the State. Armed groups are not under control… State-building needs to build security institutions first and foremost because with no security there can be no (…) effective criminal justice system to protect rights and freedom. » (entretien au journaliste Ahmad Ghallab pour *Al Monitor* publié le 21 mai 2014). L'affaire Saïf El-Islam voyait elle ce même jour sa recevabilité confirmée en appel par la Cour.

PARTIE I

L'AFFAIRE KATANGA, UNE *ÉPREUVE* POUR LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE

Miquel Barceló, *Sans titre*, 2014

Introduction

L'affaire Katanga concentre beaucoup des enjeux qui ont marqué la première décennie d'existence de la Cour pénale internationale. Première affaire de la Cour à avoir été complétée, présentée à ses débuts par le Bureau du Procureur comme un « cas d'école » appelé à entrer dans les annales de la justice pénale internationale[143], elle a manqué d'un rien de marquer modestement l'histoire de la justice pénale internationale pour les raisons inverses à celles espérées par l'accusation.

Germain Katanga a été condamné le 7 mars 2014[144], par une majorité de deux juges de la Chambre de première instance II de la CPI[145], pour avoir contribué « par tout autre moyen » à la commission d'un crime contre l'humanité et de quatre crimes de guerre. Le troisième juge de la Chambre a émis une opinion minoritaire d'une virulence inconnue jusqu'alors dans le domaine du droit international pénal. Le jugement intervenait après près de sept ans de procédures et onze ans après la commission des

143 « when one thinks of international justice, this case, I say, would be a classic international criminal law prosecution » Eric Macdonald, responsable de l'affaire Katanga au sein du Bureau du Procureur de la CPI, dans un entretien au site « International Justice Monitor », référencé sur la page web suivante : http://www.ijmonitor.org/2011/05/qa-with-eric-macdonald-senior-trial-lawyer-for-the-icc-part-i/ (consultée le 22 juin 2014).

144 Jugement en application de l'article 74 du Statut (Chambre de première instance II, ICC-01/04-01/07-3436, 7 mars 2014, ci après « Jugement »).

145 Composée des juges Bruno Cotte, français, Président de la Chambre de première instance II ; Fatoumata Dembele Diarra, malienne ; signataires de la décision de la majorité et de l'opinion concordante, et Christine Van den Wyngaert, belge, signataire de l'opinion minoritaire.

faits. Aucune manœuvre dilatoire, ni de la défense, ni d'un quelconque État, n'avait été à l'origine de ces délais.

Ce jugement, suivi d'une sentence condamnant Germain Katanga à 12 ans de prison[146], devint la première condamnation définitive au sein de la Cour pénale internationale, suite au désistement des appels de la défense et du Procureur, le 25 juin 2014[147]. L'accusé été ainsi reconnu coupable d'avoir contribué à la commission de crimes de guerre et contre l'humanité pour avoir fourni, ou plutôt fait transiter, des armes vers les assaillants ayant attaqué le 23 février 2003 le village de Bogoro, dans la région de l'Ituri, en République Démocratique du Congo, attaque qui avait provoqué la mort de 30 personnes « au moins ». Sa condamnation intervint au titre d'une forme résiduelle de responsabilité qui n'avait pas été prévue par l'accusation et qui fut adoptée suite à une requalification des charges menée par la Chambre de première instance elle-même, alors que le jugement était en délibéré depuis plus de six mois. Germain Katanga avait été initialement accusé avec Mathieu Ngudjolo, dont l'affaire avait été jointe à la sienne et qui avait été déclaré non-coupable le 18 décembre 2012, d'être le co-auteur, c'est-à-dire le principal organisateur et exécutant, de l'attaque de Bogoro, et des neuf chefs de crimes contre l'humanité et de guerre afférents.

Germain Katanga a donc été finalement condamné pour complicité résiduelle sur le fondement d'un seul crime contre l'humanité et de quatre crimes de guerre, devenant le premier à offrir un « cycle complet » à la Cour pénale internationale, dans l'indifférence générale[148]. En détaillant pas à pas les caractéristiques de cette odyssée judiciaire, de ses prémisses (Chapitre 1) aux faits qui l'ont déclenchée (Chapitre 2), en passant par les structures qui l'ont encadrée (Chapitre préliminaire) et finalement son *mouvement* (Chapitre 3), nous tenterons d'établir le degré de dérive, ou au contraire d'inévitabilité systémique, dont *l'affaire Katanga* – puisque c'est ainsi qu'elle restera désignée, dans les archives et quelques rares mémoires – s'est faite le révélateur.

146 Décision relative à la peine (article 76 du Statut) (Chambre de première instance, ICC-01/04-01/07-3484, 23 mai 2014).

147 Notification du retrait par Germain Katanga de son appel contre le Jugement rendu en application de l'article 74 par la Chambre de première instance II (Défense de Germain Katanga, ICC-01/04-01/07-34997-AnxAn 25, 25 juin 2014) ; Notice of discontinuance of the Prosecution's Appeal against the article 74 Judgment of conviction of Trial Chamber II dated 7 march 2014 in relation go Germain Katanga (Bureau du Procureur, ICC-01/04-01/07-3498, 25 juin 2014).

148 Seul le « pendant civil » de l'affaire, la décision sur d'éventuelles réparations attribuées aux victimes, reste à prendre.

Chapitre 1

Les prémisses de l'affaire Katanga : le choix de la République Démocratique du Congo

L'affaire Katanga trouve ses prémisses dans la décision de *renvoi*[149] devant le Procureur de la CPI de la *situation*[150] en RDC[151] par l'État congolais, matérialisée le 3 mars 2004 par une lettre du Président de la RDC Joseph Kabila adressée à la Cour pénale internationale[152]. Tout en « déférant devant (votre) juridiction, conformément aux articles 13 alinéa a) et 14 du Statut la situation qui se déroule devant (mon) pays depuis le 1er juillet 2002, dans laquelle il apparaît que des crimes relevant de la compétence de la Cour ont été commis », Joseph Kabila y prie le Procureur « d'enquêter

149 Mot recouvrant la décision par un État de *saisir* la Cour pénale internationale, c'est-à-dire de lui *donner compétence*, ou autrement dit l'autoriser à agir sur son territoire, ou une partie de son territoire, sur une période donnée, éventuellement pour des événements ou des personnes données. Le « renvoi », et non « l'envoi », puisque l'État, en signant et ratifiant le Statut de Rome, avait déjà sacrifié son droit de punir à cette instance nouvellement crée, qui le lui avait rendu *jusqu'à nouvel ordre,* comme nous le verrons en deuxième partie.

150 Le Statut de Rome a donné une signification juridique bien particulière à ce terme étymologiquement neutre (*situatio,* latin médiéval, « état des choses » et *situs*, latin, « lieu »). La « situation » correspond à un *lieu devenu lieu* pour la Cour pénale internationale, le plus souvent un État, potentiellement un autre espace géographique, sur lequel elle a compétence et où une enquête a été ouverte, afin de *situer* un ou plusieurs crimes dont elle pourrait avoir *affaire* et leurs responsables afférents. C'est donc un lieu où des mouvements qui pourraient intéresser la Cour ont lieu ou ont eu lieu et *sur* lesquels elle a décidé ou pourrait décider d'agir. Les *situations* se distinguent des *affaires* qui, ne pouvant être déclenchées qu'au sein de *situations*, sont quant à elles individualisées. On parlera ainsi de la *situation* en République Démocratique du Congo, et de *l'affaire* Germain Katanga. *Naturellement*, la *situation* est donc le lieu de l'observation, *l'affaire*, celle de l'action.

151 Reprise dans le document ICC-OTP-20040419-50 daté du 19 avril 2004.

152 Et rendue publique par le truchement du communiqué de presse du Bureau du Procureur ICC-OTP-20040419-50 daté du 19 avril 2004 précédemment cité.

sur cette situation, en vue de déterminer si une ou plusieurs personnes devraient être accusées de (ces) crimes », les autorités compétentes du pays s'engageant selon le chef d'État à coopérer avec la Cour[153]. Cette lettre ouvre une longue procédure qui, bien au-delà de la seule affaire Katanga, a étroitement associé le Procureur de la CPI aux autorités congolaises et marqué la construction et le devenir de l'institution dans son ensemble. Nous présenterons ici brièvement le contexte dans lequel ce renvoi devant le Procureur de la CPI est intervenu (A), avant de tenter d'expliquer le choix de ce mécanisme particulier (B) et les problématiques qui y sont rattachées (C).

A. Le renvoi de la situation par la République Démocratique du Congo : une décision fondatrice pour la CPI

La priorité donnée par le Bureau du Procureur à la République Démocratique du Congo est longtemps apparue comme une décision non-politique, incritiquable et dès lors très peu questionnée. Le degré de violences qui avait touché la région pendant les années 1990 et au début des années 2000, et l'impossibilité perçue de les faire cesser, faisaient de ce *geste* de la Cour une source de consensus convenant parfaitement à une institution qui n'était alors qu'en devenir. Dix ans plus tard cependant, l'action de la CPI dans la région ne fait plus l'unanimité, et les résultats apparaissent pour beaucoup décevants. Le retour sur cette période inaugurale n'en est que plus nécessaire.

1. Les conditions préalables au renvoi de la situation par la République Démocratique du Congo : aux origines d'une décennie contestée

S'il ne s'agit pas du premier renvoi dont bénéficie le Procureur de la Cour pénale internationale – l'Ouganda précédant de peu[154] – la situation en RDC a en

153 L'existence de la lettre, reçue le 16 mars 2004, est rendue publique par le Bureau du Procureur le 19 avril 2004, comme l'indique la lettre du 17 juin 2004 adressée par le Procureur au Président de la Cour, publiée dans la décision du 5 juillet 2004 assignant la situation en RDC à la Chambre Préliminaire I (ICC-01/04-01/06-10tFR). Ces propos répondent ainsi implicitement à la demande d'un renvoi et d'une coopération importante sur la situation en Ituri effectuée par le Procureur de la CPI les 16 juillet et 8 septembre 2003.

154 Selon une déclaration publique du Procureur, le président ougandais Yoweri Museveni défère la situation « au Nord de l'Ouganda concernant la LRA » au Procureur de la CPI en « décembre 2003 ». L'absence de date précise s'explique par le fait que le renvoi est d'abord confidentiel et « informel » et est seulement rendu public par un communiqué de presse (ICC-20040129-44) et une conférence de presse commune le 29 janvier 2004, date retenue sur le site de la Cour. Pourtant le mandat d'arrêt contre Joseph Kony indique clairement que la lettre de renvoi, datée du 16 décembre 2003, provient du Procureur général de l'Ouganda. La décision d'ouvrir une enquête est prise le 29 juillet 2004, soit un mois après l'ouverture de l'enquête en RDC. Il faut noter qu'au préalable, et bien qu'il ne s'agisse pas techniquement d'un renvoi, la Côte d'Ivoire avait signé une « déclaration de compétence » (en référence à l'article 12(3) du Statut de Rome, dès le 18 avril 2003 et en application

quelque sorte *défini* la première décennie d'existence du Bureau du Procureur et plus largement de l'institution. Il s'agit en effet de la situation qui, dès le départ, a monopolisé l'attention du Procureur et par voie de conséquence de la Cour. Dès son arrivée à La Haye, le Procureur concentre ses efforts sur l'Ituri. La première enquête, les premiers mandats d'arrêt, les premières arrestations, les premiers procès et les premières condamnations et acquittements concerneront tous cette petite sous-province[155] frontalière de l'Ouganda et du Soudan[156] et proche du Rwanda et de la Centrafrique[157]. Pas le moindre développement majeur n'entretenant de rapport direct avec l'Afrique des Grands lacs interviendra à la CPI avant 2011.

La formalisation juridique du renvoi de la situation en RDC devant la Cour pénale internationale que nous venons de mentionner avait été précédée de nombreuses démarches diplomatiques de la part du Procureur Luis Moreno Ocampo, qui avait décidé avant même le début de son mandat de faire de l'Afrique des Grands lacs et plus particulièrement de l'Est de la RDC son premier terrain d'enquête. La République démocratique du Congo avait signé le Statut de Rome le 8 septembre 2000 et l'avait ratifié le 11 avril 2002[158], faisant ainsi partie du groupe fondateur des soixante États ayant permis la création de la Cour le 1er juillet 2002[159]. Comme le rappelle le communiqué de presse de la CPI daté du 26 juin 2004 révélant la saisine de l'institution par le Président Joseph Kabila et l'ouverture d'une enquête subjacente[160], Luis

des accords de Marcoussis (http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/CBE1F16B-5712-4452-87E7-4FDDE5DD70D9/279779/ICDE1.pdf) demandant à la CPI d'enquêter sur les crimes commis pendant et après les élections de septembre 2002.

155 Elle fut élevée au « titre » de province par l'Ouganda lorsque ce dernier pays l'occupait *de facto* sans rechercher de reconnaissance *de jure,* sans que les autorités congolaises n'aient remis en cause après coup ce nouveau statut. Etrange situation pour les juristes occidentaux que celle d'un État qui ne réclame aucun droit juridique sur un territoire et qui n'en décide pas moins d'en transformer la qualification juridique *au regard du droit de l'État qui reste formellement souverain sur ce même territoire.* Et pourtant, appropriation sinon commune, du moins attendue et parfaitement cohérente, d'une notion politico-juridique par des territoires qui, à toutes les échelles et depuis plusieurs siècles, pratiquent une assimilation *d'apparence* à l'ordre juridique international sans ne jamais renoncer *de facto* à se l'approprier, le détourner et le réinventer sans respect pour ses « supposés fondements », afin de l'adapter de façon suffisamment invisible pour ne pas provoquer de trop importantes représailles contre leurs pratiques et leurs « réalités » fictionnelles.

156 Dont l'espace frontalier à l'Ituri sera rattaché au Soudan du Sud lors de sa prise d'indépendance.

157 Voir annexe 4 pour un plan de l'Ituri.

158 Suite à un décret loi du 30 mars 2002 (n° 003/2002) autorisant la dite ratification.

159 Enregistrée le 11 avril 2002 dans le volume 2187 du *Recueil des traités des Nations Unies*, United Nations Publications, New York, 2004, page 599 (accessible par le lien suivant : https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume 2187/v2187.pdf). Voir aussi le site internet de la Cour pénale internationale : http://www.icc-cpi.int/fr_menus/asp/states%20parties/african%20states/Pages/democratic%20republic%20of%20the%20congo.aspx (consultés le 22 juin 2014). La déclaration suivante est ajoutée par la RDC : « Conformément à la disposition de l'article 87, paragraphe 1, litera a du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, les demandes de coopération émanant de la Cour sont transmises au Parquet Général de la République Démocratique du Congo » (*ibid.*, page 610).

160 Communiqué de presse ICC-OTP-20040623-59 du 23 juin 2004, http://icc-cpi.int/fr_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/2004/Pages/the%20office%20of%20the%20

Moreno Ocampo avait dès juillet 2003, c'est-à-dire moins d'un mois après sa prise de fonctions[161], annoncé qu'il « suivait de très près la situation en RDC », et en particulier les crimes commis dans la région de l'Ituri (Nord-Est de la RDC). En septembre 2003, dans une déclaration l'Assemblée des États-parties (AEP), il avait affirmé qu'il était prêt à enclencher une enquête, prévenant ainsi les États de l'imminence de son action[162] et leur demandant leur coopération. Comme le révèlent les télégrammes diplomatiques américains publiés par Wikileaks, c'est en fait avant même le début de son mandat, dès avril 2003 au plus tard, que M. Moreno Ocampo avait pris la décision de faire de l'Ituri sa première affaire, cherchant déjà à faire valider sa stratégie auprès des chancelleries diplomatiques et à les rassurer en ce qui concernait l'Irak[163].

La démarche effectuée par M. Ocampo auprès de l'AEP intervint trois mois seulement après la prise de fonctions du Procureur et avant qu'il n'ait pris une quelconque décision formelle concernant cette situation. Elle ne relevait d'aucune disposition du Statut de Rome[164]. Le Procureur n'est non seulement pas obligé de prévenir les États de ses actions à venir, quelque soit la situation concernée : vis-à-vis de l'AEP, il n'est de fait tenu, de même que vis-à-vis des juges, à aucune formalité préalable à l'ouverture d'une enquête[165]. En réalité, la déclaration de septembre 2003 intervint après un certain nombre de consultations avec quelques « grandes puissances » et importants contributeurs financiers à la Cour, notamment la France, et avait une visée politique. Elle prolongeait la première conférence de presse du Procureur tenue le 16 juillet 2003, lors de laquelle celui-ci, à peine installé dans ce qui était encore une

prosecutor%20of%20the%20international%20criminal%20court%20opens%20its%20first%20investigation.aspx

161 Intervenue le 16 juin 2003.

162 Le discours, prononcé le 8 septembre 2003, constituait une lecture du Rapport du Procureur de la CPI à la deuxième Assemblée des États partie, disponible sur http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C073586C-7D46-4CBE-B901-0672908E8639/143657/LMO_20030908_Fr.pdf

163 « In semi-private forums and in private conversations reported to Embassy legal officers, Ocampo has indicated consistently that his initial investigative interests will focus not on Iraq but on the situation in the Congo, including the potential involvement of Belgians finaicial interests in the diamond industry. » *in* « ICC : a cautious beginning with mixed signals from the Prosecutor », (Ambassade des États-Unis à La Haye, 15 juillet 2003, 03THEHAGUE1806_a), paragraphe 9.

164 Cette démarche s'insérait dans le cadre d'un rapport annuel d'activités que le Procureur a décidé d'instituer sans qu'aucune disposition statutaire ne s'y réfère. Le Statut de Rome ainsi que le règlement de l'AEP indiquent en effet que le Procureur « peut participer, en tant que besoin » aux activités de l'Assemblée (règle 34 du Règlement intérieur de l'AEP), mais n'impose aucune obligation. De plus, dans le cadre même de ce rapport, qui a pour but principal de servir de document de référence dans le cadre des négociations budgétaires et concerne par définition les activités passées, rien n'obligeait le Procureur à faire état de ses intentions. Cette déclaration n'avait donc pas de source juridique.

165 Si ce n'est de notifier sa volonté d'ouvrir une enquête aux États ayant normalement compétence pour les crimes concernés (article 18-1) afin de leur permettre de contester la recevabilité de l'affaire devant la Cour, et évidemment de s'assurer que la situation sur laquelle il souhaite ouvrir une enquête. Des débats interprétatifs ont eu lieu pour déterminer à quels États cette notification devait être adressée. Voir Schabas, W., *The International Criminal Court : A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pages 356 et 357.

institution fantôme, avait présenté un résumé des « communications[166] » qui avaient été transmises à son Bureau par les acteurs extérieurs à la Cour depuis le 1er juillet 2002. Il s'était alors déjà publiquement donné pour objectif prioritaire de se saisir de la situation en RDC. Cette première intervention comme celle de septembre avaient pour but de baliser le terrain diplomatique en vue d'une future action, et constituèrent à ce titre les premières d'une longue série de manœuvres « parajudiciaires » qu'entreprit le Procureur au long de son mandat afin de renforcer son pouvoir. Elles avaient alors une visée simple : convaincre de la nécessité d'agir vite en RDC, rassurer par contraste les puissances occidentales inquiètes de potentielles velléités en Irak et en Afghanistan, et mettre sous pression le pouvoir congolais afin de l'amener à renvoyer la situation au Procureur.

À ce dernier sujet, M. Moreno Ocampo avait en effet immédiatement ajouté dans sa déclaration devant les États-partie qu'il « préférerait un renvoi de la situation par la RDC », ou, à défaut, son soutien actif « afin de faciliter son travail effectif » à l'ouverture d'une enquête *proprio motu*. C'était là le cœur de son message. Malgré le fait que les négociations de paix qui avaient abouti à un accord en avril 2003 contenaient un important volet de lutte contre l'impunité imposée par la France et les États-Unis, et que la saisine de la CPI était dès lors inévitable, la manœuvre permettait de montrer la capacité d'initiative du Procureur et de prendre en main le processus, tout en laissant une apparence d'autonomie à l'État en question. Sous pression, et alors que Yoweri Museveni venait, au nom du pays dont il est le chef d'État, l'Ouganda, d'enclencher le premier renvoi de l'institution, Kabila n'avait en fait guère le choix.

Suite au renvoi, le Procureur décide rapidement d'ouvrir une enquête, dès le 21 juin 2004. M. Moreno Ocampo avait en fait non seulement acquis la certitude qu'il ouvrirait une enquête dès 2003, mais aussi qu'il obtiendrait un renvoi qui lui avait été alors garanti mais qu'il souhaitait mettre en scène. Nous verrons que des considérations politiques, médiatiques et institutionnelles dominèrent les enjeux juridiques dès cette étape.

2. La formalisation juridique d'un choix politique du Bureau du Procureur

Il convient pour cela de tenter d'analyser les raisons qui ont amené à un renvoi par la République démocratique du Congo plutôt qu'à l'ouverture d'une enquête *proprio motu* par le Procureur, comme le lui permettait le Statut[167], et ce alors qu'il avait de

166 Nouveau terme neutre que le Système de Rome a juridicisé, et qui ne peut qu'apparaître comme un euphémisme à la lecture de son véritable sens au sein de ce système : il s'agit en effet de toute information ou preuve transmise au Bureau du Procureur et relative à des crimes qui pourraient relever de sa compétence.

167 Article 15-1 du Statut de Rome : « Le Procureur peut ouvrir une enquête de sa propre initiative au vu des renseignements concernant des crimes relevant de la compétence de la Cour ». Sur les négociations ayant abouti à cette autonomie et les différents arguments des parties prenantes aux débats, voir Bergsmo, M., Pejic, J. « Article 15 », in Triffterer, O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden Baden, Beck/Hart, 2008, pages 581 à 593. ; Schabas, W., *The*

son propre chef exposé dès sa prise de fonction sa volonté de se saisir de la situation en RDC. Nous étudierons toutes les hypothèses, sans en écarter aucune *a priori.*

a. L'imprécision des modalités d'un renvoi d'une situation devant le Procureur de la Cour pénale internationale

Le « renvoi d'une situation par un État-partie » constitue le titre de l'article 14 du Statut de Rome. L'activation de cette clause par un État permet au Procureur d'ouvrir une enquête sur les crimes commis sur le territoire de l'État concerné ainsi que par ses ressortissants à partir de la date de ratification du Statut de Rome[168]. Cet article indique clairement que le renvoi se fait au Procureur (« Tout État-partie peut déférer au Procureur une situation… »[169]) et les conditions d'examen de ce renvoi comme les conséquences d'une décision positive ou négative sont traitées elles aussi par le Statut[170]. Le règlement de procédure et de preuve ne prévoit qu'un critère formel pour cette procédure : que le renvoi se fasse par écrit[171]. Nous verrons cependant plus en avant que le Statut de Rome prévoit une condition supplémentaire qui n'a, du fait de sa formulation volontairement peu contraignante, jamais fait l'objet de sanctions ou de contrôle par les juges jusqu'ici : il faut ainsi que l'État « qui procède au renvoi indique autant que possible les circonstances pertinentes de l'affaire et produise les pièces à l'appui dont il dispose »[172]. L'équipe de défense de Germain Katanga tentera d'ailleurs de faire invalider les procédures à partir de cette disposition, sans succès.

International Criminal Court : A commentary on the Rome Statute, Oxford, Oxford University Press, 2010, pages 315 à 318 ; ainsi que concernant les enjeux plus généraux sur la capacité d'initiative du Procureur, Cassese, A. *The Rome Statute of the International Criminal Court,* Oxford, Oxford University Press, 2002, pages 1151 à 1158.

168 Article 13-a).

169 Article 14-1, auquel fait mention l'article 13a). La question est toujours en débat de savoir si n'importe quel État-partie peut renvoyer n'importe quelle situation, ou si le renvoi doit être effectué par un État-partie directement concerné par les crimes concernés. Paradoxalement la question reste ouverte du fait notamment du choix du terme « situation » au lieu de « problème », « cas », ou « affaire », le premier ayant été privilégié jusqu'à l'avant-dernier brouillon du Statut (voir Schabas, W., *The International Criminal Court : A commentary on the Rome Statute*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pages 287 et 288, ainsi que pages 305 et 306). Le renvoi d'une « situation » peut ainsi concerner une zone géographique générale, sans référence nécessaire aucune aux actes concernés ni à leurs responsables éventuels, et dès lors laissant en suspens la question de l'implication de l'État en question, concernant par exemple la nationalité des potentiels criminels ou victimes. La discussion à ce sujet dans les négociations concernant le Statut s'est concentrée sur l'article 14-2. Certains considèrent que le refus de mentionner explicitement que les États devraient avoir un intérêt direct à la situation donnée pour la renvoyer (proposé par le Comité Ad-Hoc (rapport de 1996, paragraphes 112-118) puis au sein du 2e Comité préparatoire à la Conférence de Rome (rapport du 12-30 août 1996, paragraphes 145 à 148)) démontre *de facto* que le dit critère n'est pas exigé.

170 Notamment dans le cadre des articles 15 et 53.

171 Règle 45 du Règlement de procédure et de preuve : « Le renvoi d'une situation au Procureur se fait par écrit ».

172 Article 14-2.

Aucune précision ne permet d'inférer quelle autorité, au sein des États, est chargée, voire autorisée, d'effectuer les renvois auprès de la Cour. S'il est évident que la représentation étatique au sein des instances internationales est, en droit international public, supposée provenir du chef de l'exécutif et de ses représentants dérivés[173], la question peut cependant se poser dans le cadre d'interactions au sein d'un *Système* – c'est sous ce terme qu'ont été progressivement rassemblés l'ensemble des textes et instances issues du Traité de Rome par ses différents acteurs[174] – formant un ordre

173 Voir notamment l'article 7 de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales de 1986, qui codifie des présomptions déjà existantes (certains historiens du droit comme Dominique Gaurier affirment que, concernant les chefs d'État celles-ci remontent au Moyen Âge) et ayant été intégrées au droit international coutumier (voir par exemple l'arrêt de la CPIJ Statut juridique du Groenland du 5 avril 1933 sur le ministre des affaires étrangères (page 71), et pour une reconnaissance du caractère coutumier de ces présomptions, l'arrêt de la CIJ concernant les exceptions préliminaires dans l'affaire Bosnie-Herzégovine contre Yougoslavie du 11 juillet 1996, page 31, et son commentaire, Maljean-Dubois, S., « L'affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie). Arrêt du 11 juillet 1996, exceptions préliminaires », *Annuaire français de droit international*, volume 42, 1996. Page 361, note 28) : « 1. Une personne est considérée comme représentant un État pour l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité ou pour exprimer le consentement de l'État à être lié par un traité a) si cette personne produit des pleins pouvoirs appropriés (…) 2. En vertu de leurs fonctions et sans avoir à produire de pleins pouvoirs, sont considérés comme représentant leur État : a) les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères (…) ». Voir aussi le commentaire de cet article, et en particulier les remarques concernant ses ambiguïtés quant à cette notion de « plein pouvoirs », Kovacs, P., « Article 7 — Convention de 1969 » *in* Corten O., Klein, P., *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités*, Bruylant, 2006, particulièrement page 208. Pour un aperçu général sur l'apport de la Convention à la régulation de la conclusion des traités et de la représentation de l'État dans les relations internationales, voir le chapitre II, section II, sous-section 1 et section III sous section 1 de Reuter, P., *Introduction au droit des traités,* Paris, PUF, 1995.

174 Voir par exemple les interventions de Luis Moreno Ocampo lors de la *Commémoration du dixième anniversaire du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, La Haye, Secrétariat de l'Assemblée des États-parties à la Cour pénale internationale, 2009, page 19 : « La capacité des États-parties d'arrêter les individus recherchés a été remarquable aussi. La République démocratique du Congo et la Belgique ont immédiatement exécuté le mandat d'arrêt délivré par les juges, preuve concrète du fonctionnement du Système de Rome », de Philippe Kirsch, *ibid.,* page 10 : « La Cour et l'ensemble du système qu'a mis en place le Statut de Rome se renforceront encore davantage au cours des prochaines années », de Ruth Wijdenbosch, *ibid.,* page 22 : « Mais, si l'on veut que la Cour soit pleinement en mesure de s'acquitter du mandat qui est le sien, il convient que 85 États Membres de l'Organisation des Nations Unies, y compris 40 États signataires du Statut de Rome – et je leur lance un appel en ce sens – rejoignent, s'ils ne l'ont pas encore fait, les rangs des États-parties, afin de renforcer le caractère universel et effectif du nouveau système de justice pénale international », de Bill Pace, *ibid.,* page 27 : « La complémentarité représente le fondement essentiel du nouveau système de justice pénale internationale qu'a institué le Statut de Rome. » Il est significatif que le Procureur, le Président de la Cour, l'animateur de la coalition des ONG pour la Cour pénale internationale (CICC) et une représentante des États aient tous utilisé le même terme lors de cet événement, montrant son acceptation alors qu'il n'était pas prévu par le Traité et est normalement réservé aux Nations Unies (Ban Ki-Moon, l'un des orateurs de cet événement, sera d'ailleurs l'un des seuls à ne pas le prononcer en rapport à la CPI, l'utilisant systématiquement pour « son » organisation). De façon intéressante, et alors que de nombreux documents non-juridiques ont quasiment institutionnalisé l'expression, notamment dans la communication des ONG, le terme n'a pas fait l'objet d'une véritable réflexion par la doctrine, étant seulement parfois utilisé, et alors le plus souvent avec des guillemets. Voir un rare exemple : Burke-White, W., « Proactive Complementarity : The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of Justice », *Harvard International Law Journal*, volume 49, numéro 1, 2008, cité dans Shelton, D., *The Oxford handbook of International Human Rights Law*,

juridique propre, à composante fondamentalement judiciaire et dont les interactions entre les différents organes et les États se font certes avec le concours des autorités politiques, mais surtout avec celui des instances judiciaires. Contrairement à la plupart des organisations internationales, il est difficile pour la CPI d'ignorer le fonctionnement interne des États. C'est-à-dire prétendre que les exécutifs et leurs délégataires sur la scène internationale (les ambassadeurs) soient ses seuls interlocuteurs, *couvrant* les États dans leur ensemble. Qu'il s'agisse de l'arrestation et la remise des suspects à La Haye – jusqu'ici systématiquement formalisés et autorisés juridiquement par des instances judiciaires nationales et non par les exécutifs[175] –, des interactions pendant les enquêtes (qui ne font intervenir que rarement les autorités politiques) ou tout simplement du fait que les détenteurs du pouvoir exécutif eux-mêmes peuvent faire l'objet de l'action de la Cour (ce qui amènerait à paralyser l'action de l'institution si elle se contentait de relations avec ceux-ci), de nombreux éléments amènent à penser que la question ne se résout pas avec la force de l'évidence que l'on aurait pu concevoir au premier abord et doit en tout état de cause se poser. Ainsi, l'Accord de coopération judiciaire entre la République Démocratique du Congo et le Bureau du Procureur de la Cour pénale internationale[176], signé le 6 octobre 2004 à Kinshasa, indique que « le Procureur Général de la République est responsable de la communication et du suivi des demandes de coopération et d'assistance et coordonne l'ensemble de la coopération entre la République Démocratique du Congo et le Bureau du Procureur »[177] et qu'il « facilite l'exécution des mesures judiciaires ou de poursuites nécessaires au Bureau du Procureur dans l'exercice de ses fonctions, ainsi que toute autre demande de coopération »[178]. L'Accord, signé par le Procureur adjoint Serge Brammertz en vertu de l'article 54(3)(d) du Statut de Rome[179], l'est pour l'État congolais par le Ministre de la justice, *a priori* en sa qualité de représentant du gouvernement congolais et non en tant qu'autorité de tutelle du ministère public[180].

Oxford, Oxford University Press, 2013, page 398. Voir aussi pour une utilisation plus ponctuelle : Politi, M., *The international Criminal Court and National Jurisdictions,* Farnham, Ashgate, 2008, page 115.

175 Et ce même lorsque la décision était prise très clairement suite à une demande du pouvoir exécutif, comme cela est de toute évidence le cas pour la situation en RDC et en ce qui concerne Germain Katanga. Voir la décision de « l'auditeur général près la haute cour militaire » autorisant l'arrestation et la remise de Germain Katanga à la CPI, ICC-01/04-01/07-40-Anx3.6 rendue publique le 21 décembre 2007.

176 ICC-01/04-01/06-39-AnxB9, rendu public le 23 mars 2006.

177 Chapitre 2, section 1ère, paragraphe 6.

178 Chapitre 4, paragraphe 18.

179 « Le Procureur peut conclure tous arrangements ou accords qui ne sont pas contraires aux dispositions du présent Statut et qui peuvent être nécessaires pour faciliter la coopération d'un État, d'une organisation intergouvernementale ou d'une personne. »

180 Cet accord, bien que ne mentionnant pas d'acte de confirmation formel, peut être assimilé à un traité selon les critères établis par la Convention de Vienne de 1986, convention qui donnera lors de son entrée en vigueur une présomption de compétence conventionnelle aux organisations internationales, indiquant que « la capacité des organisations internationales à conclure des traités est régie par les règles pertinentes de cette organisation » (article 6). Cette compétence conventionnelle, telle que décrite, lui donne un caractère « dérivatif », car dépendant de son texte fondateur accordé par les États, et doit être exercée en conformité aux « règles de l'organisation » (article 7(3)6). Voir à cet égard

La légèreté avec laquelle le Bureau du Procureur a joué du droit international public dans ses rapports avec les États pousse à interroger, en faisant gala d'une fausse candeur, la nature apparemment novatrice de ces relations, notamment en ce qui concerne l'acte de « renvoi » d'une situation à la Cour pénale internationale, en tant qu'il constitue un acte créateur d'effets juridiques. Il ne peut s'agir d'un « traité particulier » entre une organisation (la Cour pénale internationale) et un État (la RDC) en application du « traité général du Statut de Rome », qui répondrait aux critères établis par la Convention de Vienne de 1986. Cette formalisation, qui aurait eu l'avantage de donner de façon claire la primauté à l'exécutif dans sa capacité à agir ainsi[181], n'est cependant *a priori* pas applicable puisque l'acte de renvoi est un acte unilatéral émis par l'État et qui ne requiert pas le consentement de la CPI. L'expression renouvelée du « consentement » à se voir appliquer le Traité de Rome que constitue le renvoi – bien qu'il s'agisse plutôt de l'exécution d'une clause particulière du dit traité – peut être considérée comme un acte unilatéral exécutant une disposition du Statut de Rome et, en tant qu'acte rattachable à ce texte, renvoyant pour les conditions formelles de sa reconnaissance comme créateur d'effets juridiques à la hiérarchie établie par la Convention de Vienne, sauf disposition contraire du traité ou de textes dérivés[182]. Cela ne va cependant pas sans poser un certain nombre de questions.

Nous avons vu comment, concernant la République Démocratique du Congo, c'est bien le chef d'État qui a pris la décision de ce renvoi[183]. Ce n'est cependant pas le cas de l'Ouganda. Bien que la décision ait été annoncée lors d'une conférence de presse

Manin, P., « La convention de Vienne sur les accords entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales », *Annuaire français de droit international*, volume 32, CNRS, 1986, pages 454 à 473, notamment le chapitre 2(A).

181 Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales du 21 mars 1986 (Doc. A/CONF.129/15) Cette convention n'est pas encore entrée en vigueur, n'ayant pas atteint le seuil des 35 ratifications nécessaires en 2014, mais, étant quasi identique à la Convention de 1969, reprend très largement des éléments coutumiers et des principes généraux du droit solidement établis. Voir *supra*.

182 Voir aussi la jurisprudence de la CIJ en interprétation de la Convention, délimitant la portée des actes unilatéraux selon leur auteur. L'arrêt « Affaire des essais nucléaires (Nouvelle Zélande contre France) » du 20 décembre 1974 affirme ainsi qu'une déclaration émanant du chef de l'État ou d'une autorité qui lui est subordonnée (en l'occurrence, le ministre de la Défense qui est considéré comme faisant partie du même « tout » et donc en quelque sorte appartenir au Président) peut constituer un acte unilatéral imputable à l'État et créateur d'obligations (paragraphes 45 à 51), tandis que l'arrêt « Délimitation des frontières maritimes dans la région du Golfe du Maine" de 1984 énonce ainsi que les déclarations écrites d'un « fonctionnaire de rang moyen » ne constituent pas un acte unilatéral imputable à un État (paragraphe 139).

183 Alors que la déclaration adjointe à son adhésion au Statut de Rome précisait que « les demandes de coopération émanant de la Cour sont transmises au Parquet général de la République Démocratique du Congo ». L'asymétrie instaurée dans le dialogue entre l'institution et l'État, la première s'adressant aux autorités judiciaires, mais étant saisie par les autorités politiques n'est en rien gage d'invalidité, mais ne manque pas de montrer les ambiguïtés et difficultés théoriques que créé un système à la fois diplomatique et judiciaire. De nombreux pays ont inclus des déclarations faisant de leur système judiciaire l'interlocuteur direct de la Cour pénale internationale, créant une désintermédiation salutaire et donnant à l'expression « Système de Rome » un début de réalité. Cependant, la plupart, par l'absence de déclarations ou en l'explicitant, imposent toujours l'utilisation de la voie diplomatique, c'est-à-dire politique. C'est le cas de la France.

commune entre le Procureur et Youri Museveni, celle-ci avait été formellement prise et notifiée par le Procureur général de la République, qui ne peut cette fois *qu'être* considéré comme une autorité purement judiciaire. Plus récemment, dans une autre affaire, c'est le garde des sceaux malien qui a quant à lui décidé de renvoyer la situation de son pays à la CPI le 13 juillet 2012, dans une lettre que nous savons rédigée par les services du Quai d'Orsay[184]. C'est, dans le dernier cas d'un renvoi à cette date, deux avocats turcs agissant au nom de « l'État comorien », sur délégation de ce dernier, qui ont renvoyé à la CPI les crimes commis sur la « flottille de Gaza », le bateau où s'étaient déroulés les affrontements battant pavillon comorien. Il est à noter qu'il s'agit du seul renvoi jusqu'à nos jours ayant explicité, sur dix-sept pages, les raisons de celui-ci ci dans le cadre d'un argumentaire détaillé. Le Bureau du Procureur a affirmé successivement, dans son communiqué de presse de réponse, que les avocats agissaient « au nom du gouvernement comorien » et de « l'État de l'Union des Comores ». Comme dans les situations précédentes, il ne semble pas accorder d'importance au responsable du renvoi. Il s'agit pourtant d'une question qui, bien qu'elle n'ait pas fait l'objet de débats juridiques jusqu'ici, pourrait devenir polémique. L'ensemble des États ayant jusqu'ici référé une situation au Procureur ont en commun une porosité particulière des appareils gouvernementaux et judiciaires, rendant politiquement secondaire la question du responsable du renvoi, aucun désaccord entre les branches judiciaires et politiques, par exemple, n'étant envisageable à court terme. Cette éventualité n'en reste pas moins envisageable dans le cadre d'États aux structures démocratiques plus affirmées et qui pourraient se voir affectés par un conflit de compétence, ou d'États dans lesquels une branche du judiciaire tenterait un *coup* contre l'avis du politique. C'est d'autant plus le cas que le filtre imposé classiquement dans les relations internationales afin d'éviter toute confusion à cet égard, et qui consiste à faire passer par les Ambassades toute mise en rapport avec un appareil étatique, est régulièrement contourné par le Bureau du Procureur. À défaut d'un accord au niveau national, la Cour devrait alors trancher, ou du moins le Procureur dans un premier temps, avant que la Chambre préliminaire, au moment de l'émission des mandats d'arrêt, ne se prononce éventuellement sur la validité du renvoi et en conséquence de la décision d'ouvrir une enquête prise par le Procureur. C'est, dans une certaine mesure, et dans une certaine mesure seulement, ce qui est arrivé avec la « situation égyptienne », le Bureau du Procureur refusant de se saisir de celle-ci en considérant que les autorités qui lui avaient renvoyé la situation n'avaient pas de capacité réelle à le faire. Le Greffe vérifia auprès des autorités égyptiennes qu'il considérait légitimes si cette demande provenait d'eux, et en tenant compte de leur réponse, décida de transmettre la demande au Procureur pour consultations, puis la renvoya aux requérants en leur assurant qu'il ne considérait pas que cette demande provenait d'autorités légitimes[185]. Il est intéressant de noter que le premier document public de la Cour pénale internationale mentionnait que la prise de décision avait été prise par le Greffe, tandis que la seconde, détaillant les initiatives prises, assura qu'il

184 Non-référencée, disponible sur le lien suivant : http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A245A47F-BFD1-45B6-891C-3BCB5B173F57/0/ReferralLetterMali130712.pdf

185 Voir le Communiqué de presse de la CPI du 1er mai 2014 ICC-CPI-20140501-PR1001.

s'agissait au contraire du Bureau du Procureur[186]. Utilisant la théorie du « contrôle effectif », le Bureau du Procureur détaillait son rejet en considérant que Mohamed Morsi, victime d'un coup d'État qui l'avait déposé, ne pouvait prendre d'initiative au nom de l'Égypte à la date à laquelle la saisine était intervenue, et que dès lors sa « communication » était nulle et non avenue. Après avoir affirmé que la décision avait été prise par le Bureau du Procureur, le communiqué précisait que « le Greffier s'est rangé à l'avis du Bureau du Procureur et en a informé les requérants en conséquence »[187]. La confusion institutionnelle sur les rôles des différentes parties, révélée publiquement, est d'autant plus sidérante qu'elle peut provoquer d'importantes conséquences, comme l'a montré le rejet purement politique par le Bureau du Procureur de la déclaration de compétence de l'Autorité palestinienne[188]. Prenant de court le Bureau du Procu-

186 Communiqué de Presse du Bureau du Procureur du 8 mai 2014, ICC-OTP-20140508-PR1003.

187 *Ibid.*

188 L'Autorité palestinienne, par l'entremise de son ministre de la justice, fit une déclaration de compétence le 21 janvier 2009 qu'elle transmis à la Cour pénale internationale le jour même (non-référencé, 1 page, http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/74EEE201-0FED-4481-95D4-C8071087102C/279777/20090122PalestinianDeclaration2.pdf).

Cette déclaration donne compétence à la Cour pénale internationale pour tout acte commis depuis le 1er janvier 2002, sans limite de durée, et ne fut jamais retirée. Le Bureau du Procureur y « répondit » le 3 avril 2012, soit trois ans et quatre mois plus tard, dans le cadre d'un document de communication publique (et donc sans valeur juridique) refusant de se prononcer sur la demande de l'Autorité palestinienne faute de certitudes sur sa qualité « d'État » et considérant qu'il relevait de l'Assemblée générale de l'ONU ou d'autres instances de l'ONU (paragraphe 6) de faire une telle évaluation (non référencé, « Situation en Palestine, 3 avril 2012, 2 pages, http://icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C6162BBF-FEB9-4FAF-AFA9-836106D2694A/284388/SituationinPalestine030412FRA.pdf).

Cette « décision de ne pas décider tant qu'une autre instance ne se prononçait pas » contestable en ce qu'elle n'était soutenue par aucun principe juridique (il n'a d'ailleurs jamais été repris depuis) et en ce qu'il constituait une auto-attribution d'un pouvoir d'évaluation au Bureau du Procureur (dont on pourrait considérer qu'il relève du Greffe, voir de la présidence de l'institution), l'amenait à affirmer qu'elle étudierait les actes tombant sous sa compétence si l'Assemblée générale de l'ONU ou d'autres organes de l'ONU résolvaient la question portant sur la qualité étatique de l'Autorité palestinienne (paragraphe 8). Ce qui fut fait lorsque la Palestine fut admise comme État non membre au sein de l'Assemblée générale de l'ONU (Résolution 67/19, 29 novembre 2012). Le Bureau du Procureur ne prit pourtant alors aucune décision. Lorsque la polémique resurgit en 2014, suite à l'invasion de Gaza par les forces armées israéliennes, les critiques se multipliant face à l'inaction de l'institution, le Bureau du Procureur publia un communiqué dans lequel il affirmait que la déclaration de compétence avait été rejetée par son communiqué de presse du 3 avril 2012– ce qui n'était, et ce sans la moindre ambiguïté, pas le cas, aucun élément de ce communiqué n'impliquant de rejet, mais bien une « suspension de jugement » dans l'attente d'une confirmation ou non du caractère étatique de l'autorité ayant effectué le renvoi pour commencer l'examen préliminaire. Pour appuyer ses dires, le Bureau du Procureur fit référence au Rapport sur les activités menées en 2013 par le Bureau du Procureur en matière d'examen préliminaire (non référencé, 13 décembre 2012, 54 pages, http://icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Report-on-Preliminary-Examination-Activities-2013-FRA.pdf), publié après la décision de l'Assemblée générale de l'ONU. Dans ce document, de communication et dénué de la moindre valeur juridique, le Bureau du Procureur affirmait que la décision de l'Assemblée générale ne « modifie en rien le caractère invalide en droit de la déclaration de 2009 » (paragraphe 238), « caractère invalide » que le Bureau du Procureur n'avait jamais mis en avant auparavant, ne faisait l'objet d'aucun développement dans le document, et était ainsi soudainement présenté comme un *fait* n'ayant pourtant fait l'objet d'aucune décision préalable du Bureau du Procureur, ni d'aucun contrôle par le Greffe et, *a fortiori*, par les Chambres. Ainsi, alors que le critère énoncé par le Bureau du Procureur lui-même – sans la moindre assise juridique – était rempli, voilà que le Bureau du Procureur affirmait que ce critère

reur, véritable décisionnaire, qui croyait n'être soumis à aucun contrôle à cet égard, Christine Van den Wyngaert, alors présidente de la Section préliminaire, refusa cette interprétation et pris une ordonnance convoquant la Chambre préliminaire afin de lui faire étudier la question[189]. La décision qui en dériva, deux jours plus tard, affirma cependant clairement que, selon la Chambre préliminaire, le Greffier n'avait qu'un rôle administratif dans le traitement des déclarations de compétence, le Bureau du Procureur étant chargé de leur évaluation, et que les juges n'avaient d'autre pouvoir de contrôle que ceux prévus par le Statut, limités aux décisions de rejet prises au nom des « intérêts de la justice »[190]. Ainsi était préservé le droit du Procureur, quitte à le faire sur des fondements juridiques erronés, à ne pas enquêter sans faire l'objet d'un quelconque contrôle, y compris judiciaire.

b. Les exigences spécifiques aux enquêtes proprio motu

La volonté du Procureur d'obtenir un renvoi de la part des États à chaque fois que cela lui est possible peut, d'un point de vue juridique, sembler infondée ou tout au moins superfétatoire. Il n'y a en effet qu'une différence procédurale entre une enquête initiée par le Procureur, c'est-à-dire *proprio motu,* et une enquête engagée sur demande d'un État concerné suite à un renvoi. Dans le premier cas, le Procureur doit présenter

était insuffisant, et qu'il ne valait pas de façon rétroactive, comme si, par ailleurs, la qualité étatique de l'Autorité palestinienne avait surgit du néant au moment de la décision de l'Assemblée générale de l'ONU, décision qui venait évidemment au contraire et *nécessairement* sanctionner un état de fait préalable que le Bureau du Procureur avait lui-même admis, en rappelant dans le document du 3 avril 2012 que l'Autorité palestinienne était déjà alors reconnue par plus de 120 pays comme un État. Alors que la Cour pénale internationale a de toute évidence compétence pour les crimes commis sur le territoire palestinien, le Bureau du Procureur, profitant de ce qu'il savait être un intérêt commun à toutes les parties à l'inaction, invitait l'Autorité palestinienne à ratifier le Statut de Rome ou à déposer une nouvelle déclaration de compétence. L'instrumentalisation grossière par le Bureau du Procureur des dispositions du Statut de Rome pour ne pas avoir à se décider sur la question palestinienne, et éviter les conséquences politiques qu'aurait à assumer un choix discrétionnaire de ne pas agir est pour le moins révélatrice des failles d'un Statut de Rome pensé pour éviter d'éventuels excès du Bureau du Procureur dans le sens d'une extension de ses prérogatives, et certainement pas le mouvement inverse que personne n'avait anticipé. Bien entendu et parallèlement, plusieurs années après le Bureau du Procureur ne s'est toujours pas prononcé sur la « flotille de Gaza », qui ne pose aucun problème de compétence, plus d'un an après le renvoi. Voir à propos de l'interprétation initiale du Bureau du Procureur de la situation, le document critique d'Alain Pellet « Les effets de la reconnaissance par la Palestine de la compétence de la CPI », signée par près de 40 universitaires de droit (non référencé, 8 mai 2010, 22 page, disponible sur le lien suivant, consulté le 3 octobre 2014 : http://iccforum.com/media/background/gaza/2010-02-18_Pellet-Memo%28French_Original%29.pdf) et traduite au sein du *Journal of International Criminal Justice* (volume 8, 2010, pages 981 à 999)

189 Decision assigning the « Request for review of the Prosecution's decision of 23 april 2014 not to open a Preliminary examination concerning alleged crimes committed in the Arab Republic of Egypt, and the Registrar's Decision of 25 april 2014' to Pre-Trial Chamber II (Présidence de la Section préliminaire, ICC-RoC46(3)-01/14-1, 10 septembre 2014). La décision fut prise au titre de la Règle 46(3) du Règlement.

190 Decision on the « request for review of the Prosecutor's decision of 23 april 2014 not to open a preliminary examination concerning alleged crimes committed in the Arab Republic of Egypt, and the Registrar's decision of 25 april 2014 », (Chambre préliminaire II, ICC, RoC-46(3)-01/14-3, 12 septembre 2014) page 6, paragraphe 10.

à la Chambre préliminaire une demande d'autorisation d'enquêter[191], ce qui n'est pas le cas lors d'un renvoi par un État-membre.

Cette autorisation d'enquêter, fondée sur des éléments constituant une « base raisonnable pour ouvrir une enquête », est délivrée par la Chambre préliminaire sans préjudice de décisions futures de la Cour concernant sa compétence et sa recevabilité. La détermination de cette « base raisonnable »[192] par la Chambre préliminaire constitue un premier point d'appui pour le Bureau du Procureur, lui permettant de clarifier son raisonnement ainsi que d'avoir un premier regard des juges sur la situation, ses « *case theories* »[193] et sa décision d'enquêter. Elle peut à ce titre se révéler très utile pour la suite des procédures et pour ajuster le « tir » des équipes conjointes[194] chargées d'élaborer les accusations. Elle fait surtout l'objet d'un contrôle judiciaire très lâche, bien que balisé, le Procureur n'ayant qu'à présenter des éléments généraux faisant l'objet d'une norme d'administration de la preuve très légère, ces éléments pouvant provenir quasi exclusivement de sources extérieures et non contrastées[195]. Il n'y a à cette étape de la procédure pas d'*adversaire* – bien que les juges puissent théoriquement inviter les autorités de l'État concerné à présenter leurs observations – si ce n'est les « représentants

191 Article 15(3) du Statut de Rome et règle 48 du « Règlement de procédure et de preuve ». Pour un commentaire détaillé de l'article, voir Triffterer, O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden Baden, Beck/Hart, 2008, pages 587 et 588 ; Cassese, A. *The Rome Statute of the International Criminal Court,* Oxford, Oxford University Press, 2002, pages 661 ; Schabas, W., *The International Criminal Court : A commentary on the Rome Statute,* Oxford, Oxford University Press, 2010, pages 321 à 323 et Olasolo, H., *The triggering procedure of the International Criminal Court,* Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pages 65 à 70.

192 Articles 15(3), 15(4) et 53(1) du Statut de Rome. La Chambre préliminaire considère dans sa décision ICC-01/09-19-Corr-tFRA (paragraphes 21 à 24) que la « base raisonnable » sur laquelle doivent s'appuyer Procureur et juges ne diffère pas et doit donc être étudiée à l'aune des mêmes critères, esquissés notamment dans l'article 53(1).

193 L'anglicisme, utilisé par les fonctionnaires du Bureau du Procureur s'exprimant en français, désigne la construction intellectuelle permettant de donner une « justification rationnelle » au déclenchement de l'accusation contre un ou plusieurs individus, à partir des différents indices et éléments de preuve récoltés au long de l'examen préliminaire. Le « *case theory* », partant de sources « ouvertes » ou fournies sous le sceau de la confidentialité, est progressivement enrichi par les recherches du Bureau du Procureur puis leurs actes d'enquête, jusqu'à atteindre la forme de « l'hypothèse la plus probable » qui lui permettra d'enclencher la préparation des mandats d'arrêt. Partant de plusieurs hypothèses, ces *case theories* contiennent des listes d'accusés potentiels qui se réduisent à mesure que les procédures internes avancent, que différentes hypothèses sont écartées et que les contraintes politiques et financières sont prises en compte.

194 Traduction libre de « *joint-teams* », anglicisme également utilisé de façon généralisée et qui désigne les équipes formées pour chaque affaire individuelle au sein du Bureau du Procureur et regroupant des membres de l'ensemble des divisions. Voir le Manuel opérationnel du Bureau du Procureur, pages 25 à 29.

195 Voir la *Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya*, rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome (ICC-01/09-19-Corr-tFRA, 6 avril 2011), paragraphes 17 à 69, qui prend paradoxalement explicitement en compte et dès l'ouverture de son raisonnement les craintes d'une politisation de l'institution émises par les différents États ayant participé aux travaux préparatoires au Statut de Rome et réticents à l'octroi d'une possibilité de saisine *proprio motu* du Procureur afin d'imposer une exigence particulière dans l'analyse de la demande.

des victimes » qui abondent naturellement dans le sens du Procureur, voire demandent souvent l'élargissement des périodes et zones sur lesquelles le Procureur souhaite enquêter[196]. Comme l'a indiqué la Chambre préliminaire dans sa première décision concernant l'ouverture d'une enquête, la « base raisonnable pour croire » énoncée à l'article 53-1-a (…) [implique l'utilisation de] la norme d'administration de la preuve la moins stricte que prévoit le Statut »[197]. Construction jurisprudentielle, aucun des textes issus du Statut de Rome ne précisant les critères applicables, la « norme d'administration de la preuve la moins stricte que prévoit le Statut » ne peut, comme nous allons le voir, être considérée, ni *de jure* ni *de facto*, comme constituant un obstacle inquiétant pour le Procureur, du moins un obstacle suffisant à expliquer une préférence si systématique pour les renvois.

Considérée par les juges comme équivalente à la norme d'administration de la preuve énoncée à l'article 51(c) de la CESDH exigeant d'avoir des « raisons plausibles de soupçonner que », elle est dans le même mouvement interprétée de façon moins restrictive à cette étape de la procédure qu'elle ne l'a été par la Chambre préliminaire de la CPI[198] au moment de décider de l'émission de mandats d'arrêt. Il a en effet considéré que, faute de menace de privation de liberté pour un individu à ce stade – l'intervention de la Chambre préliminaire pour autoriser ou rejeter l'ouverture d'une enquête ne servant qu'à éviter une politisation ou une multiplication injustifiée des procédures –, les garanties procédurales offertes pouvaient être moindres qu'aux autres stades de la procédure[199]. C'est pourquoi les renseignements ne doivent à ce stade être ni « complets ni déterminants »[200], le Procureur ne devant pas non plus réfuter les interprétations alternatives à la sienne concernant le pourquoi et le comment des événements sur lesquels il souhaite enquêter[201]. Il doit simplement présenter une interprétation,

196 Plus précisément, ce n'est pas le BPCV, le Bureau du conseil public pour les victimes, mais la Section de la participation des victimes et des réparations, qui est intégré au sein du Greffe, et est notifié des intentions du Procureur et de la décision prise par les juges, et peut être autorisé à déposer les « observations des victimes » aux différentes étapes de la procédure.

197 *Ibid.*, paragraphe 27. C'est-à-dire une norme inférieure à celle applicable au moment d'émettre des mandats d'arrêt, elle-même inférieure à celle applicable au moment de la confirmation des charges, elle-même inférieure à celle applicable au moment de déterminer la culpabilité ou l'innocence d'un accusé.

198 Qui fait référence à cette norme dans sa Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Omar Hassan Ahmad Al Bashir (Chambre préliminaire I, 3 février 2010 ICC-02/05-01/09-3-tFRA) concernant la demande d'émission d'un mandat d'arrêt contre Omer Al Bashir, page 12, paragraphe 32.

199 *Ibid.*

200 *Ibid.*, page 10, paragraphe 27.

201 La Chambre préliminaire prétend suivre en cela le critère imposé par la Chambre d'appel en application de l'article 58, c'est-à-dire pour l'émission d'un mandat d'arrêt, considérant qu'elle se doit par déduction d'être moins exigeante. Elle fait référence dans le paragraphe 33 de sa décision (note de bas de page 41) au paragraphe 33 de la décision *supra* Chambre préliminaire I, 3 février 2010 ICC-02/05-01/09-3-tFRA, paragraphe qui ne mentionne pourtant pas cette question. La décision dans son ensemble ne fait d'ailleurs référence à cette question.

appuyée sur les éléments de preuve et renseignements disponibles, qui soit « raisonnablement conclusive ».
La Chambre préliminaire examine alors si ces renseignements concernent des crimes commis (ou sur la voie d'être commis) tombant sous les différents critères de compétence établis par le Statut de Rome[202], avant d'examiner sa recevabilité « au regard de l'article 17 »[203], c'est-à-dire en fonction de la complémentarité et de la gravité[204]. Dit autrement, les scénarios interprétatifs proposés par le Procureur doivent inclure sinon des suspects, du moins des théories concernant la responsabilité d'un certain nombre d'acteurs, ou à tout le moins des événements précis ainsi que les crimes qui auraient été potentiellement commis par ces personnes ou lors de ces événements[205]. Ces scénarios ne lient pour autant pas le Procureur, qui peut tout à fait changer de focale temporelle, territoriale et personnelle au moment de l'émission de ses mandats d'arrêt. Les intérêts de la justice, invocables lorsque la décision est prise de ne pas ouvrir une enquête, ne sont quant à eux examinés que lorsque le Procureur dépose auprès des Chambres une demande d'autorisation d'enquêter.

Il est donc clair, au vu de ces différents critères clairement établis par la Chambre préliminaire dans sa décision concernant l'ouverture d'une enquête dans la situation kenyane, que le filtre de la Chambre préliminaire, loin d'être menaçant, constitue une première étape facile à enjamber et en un sens constructive pour les équipes du Procureur tant théoriquement que pratiquement. Moins exigeante que la demande d'émission de mandats d'arrêt, dont la concision des décisions subjacentes et la flexibilité en matière d'administration de la preuve ont déjà été contestées et pourraient faire l'objet d'un durcissement, la demande d'autorisation d'ouverture d'une enquête est au contraire une procédure poussant le Procureur à formaliser son raisonnement sans avoir à trop s'engager et permettant d'établir des « standards » larges pointant sans sanctionner d'éventuelles contestations à venir et évitant l'apparition de difficultés à un moment déjà avancé de la procédure.

Le Procureur a cependant décidé, à chaque fois que cela était possible, de passer outre cette phase en cherchant systématiquement le renvoi par les États-parties. Il faut donc en chercher les raisons.

202 Les compétences matérielle, personnelle, temporelle et territoriale sont ainsi respectivement examinées au regard des articles 5, 6, 7 et 8 ; 12 et 26 ; 11 ; et 12 et 13(b) comme rappelé par la Chambre d'appel en référence stricte au Statut de Rome dans les paragraphes 21 et 22 de son Arrêt relatif à l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la décision en vertu de l'article 19-2a du Statut (Chambre d'appel, ICC-01/04-01/06-772-tFRA, 14 décembre 2006).

203 Article 53(1)b du Statut de Rome et pages 15 à 22, paragraphes 40 à 62 de la Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Chambre préliminaire I (ICC-02/05-01/09-3-tFRA, 4 mars 2009).

204 *Ibid.*, pages 19 à 22 paragraphes 53 à 62.

205 *Ibid.*, page 18, paragraphes 49 et 50.

3. Les raisons de la préférence donnée au renvoi par le Bureau du Procureur

Plusieurs éléments peuvent nous être utiles pour comprendre pourquoi un renvoi a été préféré au déclenchement d'une enquête *proprio motu* par le Procureur de la Cour pénale internationale en RDC, et de façon plus générale dans toutes les situations où cela lui était possible. Il convient tout d'abord de s'arrêter sur les procédures internes touchant à cette question au sein du Bureau du Procureur (a), avant d'étudier les raisons plus proprement politiques d'un tel choix (b).

a. La préférence aux renvois éclairée par les régulations internes du Bureau du Procureur

Très rapidement après sa prise de fonction, le Procureur Luis Moreno Ocampo a décidé d'élaborer toute une série de documents-cadre, à vocation publique ou interne, permettant de rationnaliser son action et de la justifier dans le cas où celle-ci serait remise en cause. Suivant en cela une conception d'inspiration anglo-saxonne d'« *office building* »[206], il considère dès 2003 que la priorité de son mandat est de « construire l'institution » et de laisser à ses successeurs des procédures standardisées et une structure capable de fonctionner quel qu'en soit le principal responsable. Les documents dans lesquels il veut voir concentrés l'ensemble de ces éléments, annoncés dès sa première adresse à l'AEP, ont tardé à être achevés pour diverses raisons, et ont été progressivement finalisés dans la dernière phase de son mandat, entre 2010 et 2013. On y trouve notamment le Manuel opérationnel du Bureau du Procureur, long document procédural de 300 pages à l'attention exclusive des équipes du Bureau du Procureur.

À vocation interne et strictement confidentiel[207], il balaye l'ensemble des sujets pouvant faire l'objet d'une interrogation de la part des équipes du Procureur, qu'elles soient d'enquête, de poursuite ou de coopération et d'analyse. Il indique ainsi dans quelles circonstances il est possible ou souhaitable de faire appel d'une décision des chambres de la Cour, quels critères doivent primer dans la sélection des situations devant faire l'objet d'examens préliminaires ou d'enquêtes, comment les interrogatoires des témoins et les expertises des légistes doivent être menés, etc. Jusqu'à la forme et les montants par lesquels peuvent être indemnisées les dépenses d'habillement des témoins font l'objet de règles détaillées. Le document reprend par ailleurs des éléments déjà rendus publics dans d'autres textes à visée structurante, notamment le *Code de conduite du Bureau du Procureur*, publié en 2013[208], établissant les comportements à

206 Anglicisme employé par le Procureur à de nombreuses reprises, qui peut être traduit dans le sens d'une « construction institutionnelle », voire « construction bureaucratique ».

207 Le document est « *ICC-restricted* ». Il ne peut à cet égard faire l'objet d'une consultation que par les membres du Bureau du Procureur et ne doit pas quitter physiquement les bureaux de l'institution.

208 OTP2013/024322, 5 septembre 2013.

adopter en interne comme en externe pour les membres du Bureau du Procureur, les éléments structurels exposés dans les documents exposant les stratégies de poursuites triennales, et, sans volonté d'exhaustivité, le *Document de politique générale relatif aux examens préliminaires*[209], publié le 2 novembre 2013 et qui est celui qui nous intéresse principalement en l'espèce.

Ces documents sont *a priori* d'une aide précieuse pour étudier les critères qui président à l'action du Bureau du Procureur et pour en déduire les raisons qui ont amené le Procureur à préférer un renvoi plutôt qu'à enclencher de lui-même une enquête. Il faut cependant, tout d'abord, étudier et délimiter avec précaution leur portée. Comme l'indique le Statut de Rome, le Bureau du Procureur bénéficie d'un statut à part au sein de la Cour pénale internationale. Contrairement aux chambres ou à la Présidence, il « agit indépendamment en tant qu'organe distinct au sein de la Cour »[210]. Le Procureur

209 Non référencé, il prend la suite de la « Communication relative à certaines questions de politique générale concernant le Bureau du Procureur » publié en 2003, non-référencé, et disponible à l'adresse suivante : http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/policies%20and%20strategies/Documents/OTP_Policy_Paper_on_Preliminary_Examinations_November_2013_FRA.PDF

210 Article 42(1). Voir Schabas, W., *The International Criminal Court : A commentary on the Rome Statute,* Oxford, Oxford University Press, 2010, pages 574 à 579. Cette indépendance à double niveau (extérieurement à la Cour et intérieurement), qui a suscité de nombreux remous lors des négociations du Statut de Rome dès lors qu'il fut proposé qu'elle soit combinée à une capacité à initier les poursuites, est *extérieurement* une avancée notamment par rapport au Tribunal International Militaire de Nuremberg dans lesquels les quatre Procureurs généraux réunis au sein du Comité d'enquêtes et des procès représentaient leurs pays (ainsi que les alliés de leur pays, au total 17 États) (article 15 du Statut du TIM). Il s'agit cependant du modèle préconisé dès 1993 et le projet de Statut soumis par la Commission de droit international à l'Assemblée générale de l'ONU. Voir à cet égard Rwelamira, M. R, « Composition and Administration of the Court », *in* Lee, R-S., *The international Criminal Court : the Making of the Rome Statute : Issues, negociations and results*, Kluwer Law International, 1999, pages 153 à 173, et plus particulièrement page 168 et 169. Extérieurement comme intérieurement, cette indépendance se situe surtout dans la droite ligne des tribunaux *ad hoc* (article 15-1 du TPIR, et 16-2 du TPIY) qui avaient rendu inenvisageable tout retour à un modèle proche de celui de Nuremberg sur cette question, les deux instances imposant déjà dans les mêmes termes l'indépendance du Procureur vis-à-vis de toute influence extérieure comme *au sein de la Cour*. Rappelons cependant que l'autonomie du Procureur était plus limitée, notamment en ce qui concernait la gestion de son Bureau, dépendant des financements de l'ONU et dès lors voyant par exemple son personnel formellement recruté par le Secrétaire général de l'ONU. Comme le rappelle Schabas, « l'importance d'un Procureur indépendant élu pour une durée longue mais non-renouvelable fut largement reconnue et incontestée » (Schabas, W., *The international Criminal Court : A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, Oxford University Press, 2010, page 576). Voir aussi pour une interprétation doctrinale « originelle » sur ce que devait être le Bureau du Procureur et la comparaison avec les tribunaux pénaux internationaux précédents, Bergsmo, M. Cissé, C., Staker, C., « The Prosecutors of the International Tribunals : The Cases of the Nuremberg and Tokyo Tribunals, the ICTY and ICTR, and the ICC Compared », *in* Arbour, L., (dir) *The Prosecutor of a permanent International Criminal Court, International Workshop in co-operation with the Office of the Prosecutor of the International Criminal Tribunals (ICTY and ICTR),* Fribourg, Editions Iuscrim, 2000, pages 121 à 154 et Cassese, A. *The Rome Statute of the International Criminal Court,* Oxford, Oxford University Press, 2002, pages 269 à 274, qui rappelle notamment que l'autonomie fonctionnelle du Bureau du Procureur est encore accrue dans la CPI par rapport aux précédents tribunaux du fait de l'absence de dépendance au Greffe en ce qui concerne la politique de recrutement.

a « toute autorité sur la gestion de l'administration du Bureau, y compris le personnel, les installations et les autres ressources »[211]. À cet égard, il n'est pas soumis au contrôle du Greffier. Il dispose donc d'une autonomie administrative. Les documents que nous venons de mentionner, en tant que règlements élaborés sur demande du Procureur et validés par le comité exécutif de son Bureau font dès lors autorité à l'intérieur de celui-ci et en ce qui concerne ses domaines d'action. Ces éléments ne doivent cependant pas porter à confusion, en ce que l'action *judiciaire* du Procureur est bien évidemment susceptible de contrôle par les Chambres à tout moment et pour tout acte – ce contrôle, fondé sur le Statut de Rome et ses règlements afférents, ne pouvant se voir d'aucune manière opposer ces documents. Si la distinction peut s'avérer délicate dans certains cas entre ce qui relève de l'administration pure du Bureau et ce qui est susceptible de contrôle par les autres organes de la CPI, il revient en dernière instance, dans le cadre des situations et affaires en cours, aux juges d'interpréter et de fixer les limites de leur rôle et de leur degré de contrôle du Bureau.

En ce sens, les documents de stratégie, codes et autres règlements produits par le Bureau ne peuvent être considérés comme étant créateurs d'effets juridiques ou ayant une quelconque portée légale que dans la mesure où ils touchent aux questions d'administration du Bureau lui-même[212].

i. L'exemple du document de politique général relatif aux examens préliminaires

Avant d'évaluer le rôle de ces différentes régulations en l'espèce, prenons l'exemple de l'un d'entre eux afin de mieux saisir leur nature. Dès l'introduction du *Document de politique générale relatif aux examens préliminaires*[213], nous pouvons lire :

> « Il s'agit donc d'un document exposant la politique interne du Bureau du Procureur, qui ne produit, par conséquent, aucun effet juridique et qui est susceptible d'être modifié en fonction de l'expérience acquise par les chambres de la Cour et des décisions qu'elles rendront. »[214]

211 Article 42(2). *Ibid.*, page 580.

212 L'article 27-2 de la Convention de Vienne de 1986, qui s'applique aux textes dérivés du Statut de Rome, est ici d'autant plus pertinent : « Une organisation internationale partie à un traité ne peut invoquer les règles de l'organisation comme justifiant la non-exécution du traité ». Il y a donc une triple hiérarchie au sein du « Système de Rome » : le texte fondateur, le Statut de Rome, les « textes dérivés » prévus par le Statut et adoptés selon les modalités établies par ce dernier (le Règlement, le Règlement de procédure et de preuve et les Elements de crimes) ; finalement les textes règlementaires à vocation interne produits par les différentes instances.

213 Ci-après mentionné aussi comme « le Document ».

214 Paragraphe 20. S'il fallait trouver un équivalent en droit français, nous pourrions penser aux circulaires ministérielles d'ordre non-réglementaire en droit administratif qui, quoique dénuées d'effet juridique, restent invocables pour éclairer la décision du juge, et peuvent être attaquées lorsqu'elles sont considérées comme étant de « fausses circulaires » ou circulaires réglementaires, c'est-à-dire lorsqu'elles empiètent sur le domaine réglementaire. Le Document est en effet une sorte de guide permettant de montrer la façon dont le Procureur, seul juge en matière d'examen préliminaire selon sa propre interprétation du Statut de Rome, « applique les critères juridiques énoncés dans le Statut » (paragraphe 21). Seul le Règlement du Bureau du Procureur voit son existence prévue par l'un des

Le statut du texte semble clair. Il reste que du fait de la large autonomie – pour ne pas dire la liberté complète – dont dispose le Bureau du Procureur à un certain nombre d'étapes procédurales, notamment en amont des enquêtes, ces documents ont une valeur éclairante importante et pourraient à mesure que les années passent devenir des éléments qui – sans atteindre la valeur juridique du Statut de Rome, des « Éléments de crime »[215], du « Règlement de procédure et de preuves »[216] ou des autres sources de droit prévues par le Statut de Rome – seraient invocables devant les Chambres afin de guider ses décisions et interpréter les actions du Bureau à leur lumière, comme les directives administratives[217] servent au juge administratif français. Par exemple, le choix des « examens préliminaires » – étape de la procédure dont « l'existence juridique » est contestable[218] – ne fait, pour cette même raison, l'objet d'aucun contrôle

documents officiels de la Cour, à savoir le « Règlement de procédure et de preuve », subordonné au Statut de Rome, qui ne fait qu'en rappeler les limites issues du Statut de Rome (page 13, règle 9 : « Dans le cadre des responsabilités qui lui incombent en ce qui concerne la gestion et l'administration de son Bureau, le Procureur établit le règlement qui en régit l'activité. Lorsqu'il établit ce règlement et lorsqu'il le modifie, le Procureur prend l'avis du Greffier sur toute question susceptible d'affecter le fonctionnement du Greffe. »).

215 In *Documents officiels de l'Assemblée des États-parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, première session,* New York, 3-10 septembre 2002 (ICC-ASP/1/3 et Corr.1), deuxième partie (B). Révisés lors de la Conférence de révision du Statut de Rome de Kampala (31 mai-11 juin 2010).

216 In *Documents officiels de l'Assemblée des États-parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, première session,* New York, 3-10 septembre 2002 (ICC-ASP/1/3 et Corr.1), deuxième partie (A). Le « Règlement », contrairement aux règlements des tribunaux *ad hoc*, est adopté et amendé par l'Assemblée des États Partie à la majorité des deux tiers (article 51 du Statut). Voir à cet égard Cassese, A., *The Rome Statute of the International Criminal Court,* Oxford, Oxford University Press, 2002, page 1261 et 1262.

217 Nous mentionnons bien ici les directives administratives non-règlementaires édictées par des agents administratifs et non les directives communautaires. Les circulaires administratives non-impératives – et dans un certain sens les circulaires impératives, dont la *force* et l'invocabilité dépendent des textes supérieurs qui la couvrent et qu'elle interprète – ainsi que les instructions non-fiscales, pourraient être elles aussi assimilables à ces textes, s'il venait à se confirmer qu'il y avait, d'une façon ou d'une autre, la possibilité de saisir les juges afin de faire annuler telle ou telle disposition des régulations internes du Bureau du Procureur dans le cadre de procèdures où celles-ci auraient joué un rôle. Il reste que le cas ne s'est pas présenté et qu'il n'y aurait alors aucune raison que le juge censure un texte qu'il n'a pas à connaître – puisqu'inexistant juridiquement pour lui – plutôt que sa seule mise en application.

218 Le Bureau du Procureur légitime l'existence et la formalisation de cette étape en invoquant l'article 15(6) du Statut. Cette invocation est plus que contestable : le phrasé du texte mentionne « l'examen préliminaire visé aux paragraphes 1 et 2 », paragraphes 1 et 2 qui ne font pas mention de l'expression. Cela permet d'en déduire assez clairement qu'il n'était pas dans l'intention des rédacteurs du Statut d'en faire une catégorie à part entière dans le processus judiciaire auquel sont soumises les affaires présentées devant la Cour. Il faut par ailleurs rappeler à ce stade que les « chambres préliminaires » ne sont saisies qu'au moment de l'ouverture d'une enquête et non avant, excluant tout lien entre la terminologie ou toute interprétation permettant de suggérer une volonté de la part des rédacteurs de créer une telle étape. Le Procureur mentionne par ailleurs le fait que l'article 42(1) indique que « le Bureau est chargé « d'examiner » les communications et tout renseignement dûment étayé concernant les crimes relevant de la compétence de la Cour » (note de bas de page 1 de l'introduction du *Document de politique générale relatif aux examens préliminaires*) pour justifier la formalisation d'une telle étape, qui semble pourtant plutôt créée *ex nihilo* par le Procureur plutôt que prévue par le Statut comme il l'affirme, sans que cela n'ait jusqu'ici soulevé de contestations au sein de la Cour, principalement du fait de l'absence de capacité de contrôle des Chambres vis-à-vis de l'action du

par les Chambres[219]. Il est dès lors d'autant plus important de se référer aux « régulations internes » du Bureau du Procureur pour en comprendre les ressorts : c'est en effet à cette étape pré-juridictionnelle que la décision d'enclencher une enquête, de demander un renvoi ou de ne pas agir, se prend.

Cette prévention quant à la valeur « juridique » de ces textes s'accompagne d'une prévention sur leur valeur simplement explicative, non pas seulement au regard des documents statutaires ayant eux une véritable valeur légale, mais plus largement au regard même de l'intention de leurs rédacteurs, en l'occurrence les principaux responsables du Bureau du Procureur. La lecture du Document stratégique de politique générale relatif aux examens préliminaires et sa mise en perspective avec les différentes dispositions du Statut de Rome permettent par exemple de comprendre que, malgré sa formalisation par le Procureur, l'*examen préliminaire* manque de caractérisation juridique et correspond à la situation de veille « non régulée » que n'importe quel procureur national aurait à connaître face à sa juridiction. La période préalable à la demande d'ouverture d'une enquête constitue en théorie un état entièrement passif dans le sens où aucune initiative n'est prise par le Procureur sans que des informations ou des renseignements préalables ne lui aient été transmis par un acteur quel qu'il soit, rattachable ou non à un État membre du Statut de Rome (État, individu, organisation internationale, ONG…)[220]. À ce titre, le Document précise : « les renseignements analysés lors de l'examen préliminaire proviennent *en grande partie* de sources externes et ne sont *généralement* pas des éléments de preuve recueillis par le Bureau lui-même. » Ces nuances, soulignées par nous, sont pourtant immédiatement balayées par une

Bureau du Procureur tant que celui-ci n'a pas exprimé explicitement un refus d'enquêter, ce qui n'est jusqu'ici arrivé que pour le Venezuela et l'Irak sans qu'il n'y ait eu de contestation supplémentaire. Il est à ce titre notable que le Règlement de procédure et de preuves, qui comporte un chapitre sur les « enquêtes et poursuites », n'en comporte aucun relatif aux « examens préliminaires ». De même, la section VI du Règlement intitulée « Clôture de la phase préliminaire » fait référence à la phase ouverte par la saisine de la Chambre préliminaire par le Procureur en vue d'ouvrir une enquête et fermée par la confirmation des charges.

219 Cela reste partiellement vrai en ce qui concerne le déclenchement des enquêtes initiées par le Procureur : les Chambres ont en théorie la possibilité d'effectuer un contrôle positif (autorisation ou refus de l'ouverture une enquête) ou négatif (censure d'une décision de ne pas ouvrir une enquête). Il suffit pourtant au Procureur de ne pas prendre la décision de ne pas enquêter – et laisser ainsi indéfiniment la situation dans un « examen préliminaire » – pour ne pas s'exposer à un contrôle des juges, ne leur laissant ainsi que la possibilité d'un contrôle « positif » qui limite largement leur moyens d'action et rend particulièrement intéressante la liste des critères établis par le Bureau du Procureur pour prendre leurs décisions à cet égard. Il est à espérer, au regard de l'évolution d'un certain nombre de situations, que les chambres seront un jour saisies au titre d'une « décision de ne pas ouvrir une enquête » implicite et qu'elles seront en mesure d'établir des critères jurisprudentiels limitant la liberté de manœuvre actuellement laissée au Bureau du Procureur.

220 Une formulation pour le moins imprécise dans le Document pourrait prêter à confusion. Son paragraphe 26 indique ainsi : « l'article 42 du Statut dispose que le Bureau du Procureur agit indépendamment de toute source extérieure ». On ne sait pas ce que le Bureau du Procureur a voulu avancer en faisant cette interprétation du Statut de Rome. Il est probable qu'il ait tenté de réaffirmer son contrôle du processus malgré le fait que celui-ci soit à ce stade exclusivement nourri d'éléments externes. Cette tentative de justification qui peut être considérée comme maladroite montre les difficultés et les ambiguïtés de cette étape initiale.

parenthèse précisant, à l'égard de ce recueil de preuve, qu'il s'agissait de « prérogatives que celui-ci (le Bureau) n'exerce que pendant la phase d'enquête »[221].
Étudions maintenant ces exigences relatives aux étapes pré-juridictionnelles, en regard des textes fondamentaux de la Cour pénale internationale. L'article 15 du Statut de Rome précisant les conditions selon lesquelles une enquête *proprio motu* peut être ouverte ainsi que l'étude des différentes évolutions des brouillons du Statut montrent que l'examen préliminaire, qui n'était pas défini ni nommé en tant que tel, était considéré par les rédacteurs du Statut comme une étape devant faire l'objet d'un traitement rapide – ce qui explique l'absence de formalisation de cette phase au sein des textes du Système de Rome. Loin de la construction détaillée élaborée par le Bureau du Procureur dans son Document[222], le Statut énonce clairement et avec simplicité que le Procureur doit prendre une décision concernant l'ouverture d'une enquête sur la base des renseignements qui lui sont transmis – en faisant savoir à chaque entité lui ayant transmis des éléments si ceux-ci ont été considérés comme recevables ou non – et agir en conséquence sans attendre en s'appuyant en sus sur les quatre critères d'évaluation de la compétence de la Cour mentionnés précédemment.

La création et l'institutionnalisation par le Bureau du Procureur d'une étape « d'examen préliminaire », où certaines situations comme l'Afghanistan sont restées bloquées depuis dix ans sans qu'aucune décision ait été prise, ne peut ainsi selon nous à ce titre être lue comme suivant « l'esprit » du Statut de Rome, notamment en ce qui concerne le respect de la finalité du Statut, et cela quelles que soient les règles interprétatives choisies, comme nous le verrons plus en avant[223]. Plus encore, la struc-

221 *Ibid.*, Paragraphe 31.

222 Composé de 28 pages, six sections et treize sous-sections.

223 En ce qui concerne l'interprétation du Statut de Rome et la nécessité de trouver un équilibre entre la nature diplomatique, c'est-à-dire de traité, du texte, et sa nature pénale, qui imposent toutes les deux des règles d'interprétation différentes, la seconde étant évidemment beaucoup plus restrictive et littérale afin de respecter le principe de légalité (dimensions auxquelles il peut être ajouté le réquisit de l'article 21-3 du Statut de Rome, c'est-à-dire une interprétation compatible « avec les droits de l'homme internationalement reconnus », ainsi que les règles d'interprétation restreinte de l'article 22 du Statut de Rome, qui dérogent à la *lex generalis* de la Convention de Vienne). Le Statut de Rome innove en effet à travers son article 21 en explicitant une hiérarchie des normes partiellement différente de celle du droit international public (dans laquelle le Statut de Rome est un sommet sans concurrents, la doctrine inexistante et la jurisprudence seulement mentionnée comme « pouvant » être invoquée « si » la Cour le souhaite, et ce exclusivement en ce qui concerne les précédents de la CPI) et de l'article 38 de la CIJ, mettant en place une hiérarchie des sources (extrêmement claire) tout en la doublant d'une hiérarchie concurrente dépendant du contenu des normes plus complexe. Il est possible à ce sujet de se référer à l'étude très complète de Currat, P., « L'interprétation du Statut de Rome », *Revue Québécoise de droit international*, volume 20, numéro 1, 2007. Voir aussi Cassese, A., *International Criminal Law : cases and commentary,* Oxford, Oxford University Press, 2011, pages 33 et 34, et Cassese, A., *International Criminal Law,* Oxford, Oxford University Press, 2008, pages 10 et 12, qui, en s'appuyant sur l'article 21-1-c du Statut de Rome, suggère une approche « classique » de l'interprétation du Statut de Rome, c'est-à-dire similaire aux autres traités. Voir aussi le texte d'Alain Pellet (dont les conclusions pessimistes sur la limitation du champ du droit international pénal nous semblent justement infirmées par le Jugement Katanga) dans Cassese, A., *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pages 1051 à 1084 et plus particulièrement sur la hiérarchie des normes applicables et son ambigüité, pages 1076 à 1084. Voir

turation de l'examen préliminaire en autant de « sous-étapes » apparaît comme une formalisation artificielle ayant pour objectif de justifier le peu d'empressement du Procureur – pour ne pas dire son obstruction – à l'action de la justice dans certaines situations, tout en donnant l'impression d'un mouvement artificiel[224]. En détaillant les différentes procédures internes menées par le Bureau dans le cadre de ses examens préliminaire et en établissant des catégorisations selon leur état, le Bureau, sous couvert d'élaborer une position juridique soigneusement présentée, effectue un acte politique, comme nous l'avons vu dans le cas palestinien. Loin d'établir un calendrier pour les affaires ou de tenter de mettre en œuvre une pratique cohérente – c'est-à-dire un traitement des affaires ayant une durée similaire ou du moins respectant une échelle liée à un certain nombre de critères (dont la complexité des crimes, leur étendue dans le temps, etc) – le document qui en régit publiquement le fonctionnement – et les différentes communications afférentes qui en sont régulièrement tirées[225] – visent simplement à protéger l'institution des critiques quant à son (in)action. Ce détournement des textes est particulièrement problématique en ce qu'il repose sur l'imprescriptibilité des crimes et fait de cette dernière une arme dont on peut interroger la légitimité. N'ayant pas à respecter des délais de prescription – non seulement pour les crimes mais procéduralement, puisque cette « phase préliminaire » ne fait encore une fois l'objet d'aucune formalisation juridique – le Procureur peut se permettre tous les excès, disposant ainsi d'une sorte de principe d'opportunité des poursuites sans pour autant être inséré dans un système politique permettant de légitimer, à défaut de la justifier, l'existence d'une telle possibilité. Il est intéressant à cet égard de noter que le Document régissant les examens préliminaires commence par une déclaration affirmant l'indépendance, l'impartialité et l'objectivité du Bureau à l'heure d'effectuer les examens préliminaires[226]. Cette affirmation est à double tranchant, approchant le Bureau des exigences du Statut de Rome et affirmant son attachement à celles-ci tout en démontrant en négatif qu'il ne se sent pas « entièrement » lié par celles-ci à ce non-stade de la procédure et qu'il peut se permettre de les interpréter de façon *de facto* discrétionnaire. L'imprescriptibilité, qui était censée être utilisée comme une arme contre l'oubli et contre les obstructions des États, devient au contraire sous le mandat de Luis Moreno Ocampo et jusqu'à présent

finalement une proposition plus radicale et très longuement argumentée, proposant notamment de ne pas utiliser la Convention de Vienne dans l'interprétation du Statut de Rome, Jacobs, D., « Positivism and International Criminal Law : The principle of legality as a rule of conflict of theories », *in* D'Aspremont, J., Kammerhofer, J., *International legal positivism in a post-modern world*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, ainsi qu'une tentative de recontextualisation des débats sur l'interprétation du Statut de Rome, Grover, L. « A call to Arms : Fundamental Dilemmas Confronting the Interpretation of Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court », *The European Journal of International Law*, volume 21, numéro 3, 2010, pages 543 à 583.

224 Nous avons eu loisir d'observer à quel point la décision de faire entrer un certain nombre de situations dans le cadre de « l'examen préliminaire » ou de faire évoluer publiquement l'état d'avancement de l'un de ces examens répondait avant tout à des velléités de communication publique – parfois à des impératifs liés aux négociations budgétaire – et ne correspondait ni à la réalité de l'appréciation des crimes commis, ni à l'état d'avancement réel du travail du Bureau.

225 Un rapport annuel concernant l'avancée des examens préliminaires a ainsi récemment été mis en place.

226 Paragraphes 26 à 33.

de Fatou Bensouda, de par l'existence de cette « phase », l'insuffisance de son contrôle et son instrumentalisation régulière, un outil potentiel – et pour l'instant réel – au service de l'impunité, sous le regard impuissant des juges – au risque de permettre toutes les manœuvres, comme cela a été dans le cas afghan : le Bureau du Procureur n'a ainsi pas hésité à produire des documents au nom des Talibans avec en-tête à la gloire d'Allah, transmis à l'organisation par le biais d'intermédiaires et dont le contenu se résumait à l'assurance, par les Talibans, de leur respect du Statut de Rome[227]. Cherchant à les faire publier par le porte-parole de l'organisation afghane, le Bureau du Procureur comptait par la suite s'appuyer sur ceux-ci pour « démontrer » (sic) que les différentes parties au conflit respectaient bien leurs obligations, et ainsi s'exonérer de toute obligation d'enquêter. Faute de décision sur l'ouverture d'une enquête, et alors que le Procureur détient le monopole sur le déclenchement des poursuites relatives aux atteintes à l'administration de la justice, ces actes, dont la légalité pourrait être interrogée, pourraient ainsi ne jamais être contrôlés par les juges quand bien même ils seraient dénoncés par les parties intéressées.

ii. Les critères officiels présidant aux choix des situations

C'est donc avec circonspection et avec la conscience de l'utilité *politique* de ces documents qu'ils seront abordés pour étudier l'espèce. Il n'en reste pas moins intéressant d'analyser sur quels critères *officiels*, même à vocation interne et purement instrumentaux, s'appuie le Bureau du Procureur et, dès lors, quel discours est porté par ce dernier sur ses choix *et* ses absences de choix. Le Document de politique générale relatif aux examens préliminaires peut ainsi nous permettre de comprendre si la volonté du Procureur d'obtenir autant que possible un renvoi peut être expliquée au regard d'une normativisation interne de l'action du Bureau, d'un pur principe d'opportunité ou bien d'une combinaison de ces facteurs.

Le Document présente une procédure d'examen préliminaire en trois temps pouvant aboutir à quatre résultats : à une demande d'ouverture d'enquête à la Chambre préliminaire par le Bureau du Procureur ; à l'exercice d'efforts diplomatiques en vue d'obtenir un renvoi par un État-partie ou par le Conseil de sécurité ; à l'extension des délais ; ou finalement au refus d'ouvrir une enquête. Les trois étapes internes au Bureau du Procureur permettant d'atteindre un de ces résultats, menées principalement par sa Division de compétence, complémentarité et coopération (DCCC), consistent en l'étude successive de la compétence, la recevabilité (divisée en complémentarité et gravité) et les intérêts de la justice[228], dans une logique suivant parfaitement le Statut de Rome et, comme nous l'avons vu, son interprétation par les chambres. Ces trois étapes sont autant de catégories dans lesquelles le Procureur classe les différentes situations qu'il a décidé d'étudier selon l'état d'avancement de celles-ci.

227 Entretiens avec des membres du Bureau du Procureur, appuyés par l'obtention des documents concernés.

228 Intérêts de la justice qui ont fait l'objet d'une publication séparée intitulée « Policy paper on the Interests of justice » publiée en septembre 2007 (non-référencée) permettant de spécifier les critères qui guident l'action du Bureau du Procureur.

Il est à noter à ce stade que le travail de veille et d'analyse concernant les situations « dormantes » – c'est-à-dire ne faisant pas l'objet de la préparation d'une demande d'ouverture d'enquête – est assuré par trois stagiaires, dont le financement était jusqu'en 2011 partiellement couvert par l'Union européenne et qui, depuis, ne sont pas payés. Supervisés par le chef de la section « analyses » de la DCCC, ainsi que par la demi-douzaine de fonctionnaires et contractuels de la division[229], ces stagiaires travaillent principalement sur des sources ouvertes, mais participent aussi au traitement des informations transmises par différentes instances, dont les services de renseignement étatiques, au Procureur. Du fait du nombre de situations sous analyse préliminaire, ils sont chargés de deux à quatre situations chacun pour une durée de six mois. Le chef de la section « analyses » est lui chargé, avec l'aide de la section « coopération » de la DCCC, mais aussi des autres divisions du Bureau du Procureur et sous la supervision du « comité exécutif » réunissant les différents directeurs et Procureurs du Bureau, de synthétiser ces informations, de proposer un changement de statut des différentes situations le cas échéant, et éventuellement de suggérer l'ouverture d'une enquête, s'il le considère nécessaire[230]. Il faut par ailleurs dès à présent rappeler que « l'étape » de l'examen préliminaire constitue pour le Procureur un outil à part entière dans sa lutte contre l'impunité, l'effet public d'une mise sous examen préliminaire – bien que dénuée d'effets juridiques – pouvant selon lui avoir un effet préventif. La sous-dotation évidente du Bureau du Procureur pour mener une étape supposément fondamentale des procédures est le premier indice permettant de comprendre que, loin de s'appuyer sur le fonctionnement pro-actif qui pourrait en être attendu, le Bureau du Procureur se comporte en « récepteur », se saisissant des affaires qui lui sont apportées par différentes institutions ou États et qui répondent aux mieux aux contraintes diplomatiques qui pèsent sur lui. Nous verrons comment ce fonctionnement, loin d'être limité au choix des situations, s'étend jusque dans le choix des affaires.

Malgré le fait qu'il couvre clairement les procédures amenant au choix de la « méthode » par laquelle le Procureur souhaite intervenir dans une situation donnée, le Document relatif aux examens préliminaires n'aborde à aucun moment la question spécifique du choix du renvoi ou d'une ouverture *proprio motu*[231]. Théoriquement, le Procureur n'a pas à choisir, la décision des enquêtes n'ayant *a priori* aucun rapport avec les intérêts des États et devant être pris tout à fait indépendamment des relations de l'instance avec ceux-ci : les tractations que le Bureau du Procureur mène *de facto* ont vocation à rester « invisibles » du *public* afin de ne pas atteindre à sa légitimité à agir, son apparence d'indépendance, et sa capacité à *susciter* un renvoi (capacité positive que rien ne prévoit dans le Statut et dont il est peu probable qu'elle ait été anticipée par les rédacteurs). Ces tractions ne doivent jamais être formalisées. Plus encore, parce que l'ouverture d'une enquête constitue

229 Le chiffre varie selon les années et les besoins du Bureau.

230 Manuel opérationnel du Bureau du Procureur, sous-section 4.4.

231 Il en va du même pour le manuel opérationnel.

le premier acte « juridictionnel » d'une procédure, il est compréhensible, et en même temps révélateur, que le Procureur n'ait pas souhaité lier cet acte à un document concernant, selon toute évidence, la phase « pré-juridictionnelle » de son action. Mais cet argument n'explique pas que la question ne soit pas traitée dans le Manuel opérationnel, et de façon générale, qu'elle fasse l'objet d'une impasse règlementaire complète dans les documents internes.

Ce manque éclaire en fait la valeur qu'entend donner le Bureau du Procureur à ces documents, et par là même la nature politique du choix des renvois ou des ouvertures d'enquête *proprio motu* : pour des raisons évidentes, les documents qui régulent son action doivent servir d'éclairage à ses prises de décision juridique, et ne contenir aucun élément « politique » qui serait naturellement immédiatement contesté et briderait ses capacités de manœuvre. La dichotomie de l'action du Procureur entre deux dimensions aussi imbriquées que théoriquement incompatibles – son action juridique et sa dépendance politique par rapport aux États – se trouve à cet égard mise à jour. Pour le dire en d'autres termes, le Procureur n'entend en rien, fût-ce dans le cadre de documents à vocation interne, limiter de lui-même le pouvoir discrétionnaire qu'il considère tirer du Statut de Rome, et qu'il estime nécessaire pour pouvoir mener son action à bien tout en respectant les intérêts de ceux qui l'ont choisi, et qui contrôlent et financent son action, c'est-à-dire les États. Le Procureur s'abstient dès lors soigneusement de systématiser les domaines dans lesquels les différents textes du Système de Rome ne régulent pas selon lui son action. Cette systématisation, bien que bienvenue si l'on adoptait une perspective *idéaliste*, risquerait de le forcer à prendre des décisions qui, respecteraient-elles les termes et les objectifs théoriques énoncés par le Statut de Rome, l'exposeraient auprès des États, de l'opinion ou de la société civile, c'est-à-dire politiquement. Avec un risque *in fine* de fragilisation, la grande autonomie juridique du Procureur entrant en collision directe avec la nécessité d'obtenir la coopération matérielle des États pour donner corps à ses décisions, et éviter de rendre illusoire toute emprise sur le réel.

b. Le choix des renvois, au cœur du pouvoir discrétionnaire invisible du Procureur

Il est dès lors peu surprenant que le Procureur ait en fait réservé à ses interventions publiques et aux documents d'« *outreach* », c'est-à-dire de communication, les explications concernant sa préférence pour les renvois. Il faut ainsi faire référence non pas aux régulations internes du Bureau mais par exemple au Rapport sur les activités mises en œuvre au cours des trois premières années du Bureau du Procureur (juin 2003-juin 2006)[232] pour trouver une explicitation de cette stratégie et une explication conséquente. Ainsi, selon ce document, « pour ce qui est du déclenchement des

232 Non référencé, disponible sur : http://www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/policies%20and%20strategies/pages/report%20on%20the%20activities%20performed%20during%20the%20first%20three%20years%20%20june%202003%20%20%20june%202006.aspx

affaires, même si le pouvoir d'ouvrir une enquête de sa propre initiative (*proprio motu*) est un aspect essentiel de l'indépendance du Bureau, le Procureur a adopté une politique consistant à encourager des renvois volontaires de la part des États afin d'augmenter les chances d'une coopération et d'un appui importants sur le terrain »[233]. Aucun développement dans aucun des documents publiés par le Bureau du Procureur n'est apporté afin d'étayer ces affirmations qui relèvent en partie du bon sens. Les objections éventuelles concernant les tractations diplomatiques – nécessairement compromettantes – qui découlent inévitablement de ce genre de stratégie ne sont ainsi jamais traitées.

L'argument invoqué par le Bureau du Procureur peut être entendu. Il est bien évident qu'un État ayant fait le choix de renvoyer de lui-même une situation au Procureur se trouverait bien en peine de justifier sa non-coopération en cas de mises en cause qui ne lui conviendraient pas. Cette disposition s'accroît dans les pays ayant établi des États de droit solides, ce qui n'est cependant pas le cas de la RDC. Le contrôle de la coopération avec la Cour pénale internationale est alors entre les mains des juridictions, qui sont en mesure de sanctionner l'exécutif, voire tout simplement de ne pas tenir compte de ses préférences, au moment d'implémenter le droit du Système de Rome et de faire appliquer les décisions de la CPI. Il s'agit là d'un fonctionnement encore loin d'être généralisé[234], mais parfaitement en cohérence avec le propos du Statut de Rome et son emphase mise sur la complémentarité. Il est en effet à noter que le Système de Rome n'atteindrait sa pleine effectivité que si l'état de droit se généralisait. Alors les décisions de la Cour pénale internationale verraient leur validité contrôlée par les édifices juridiques internes, qui à leur tour ordonneraient aux forces de l'ordre d'exécuter ces décisions, sans que l'exécutif ait jamais à intervenir ni à servir d'intermédiaire entre l'institution et ses juridictions – ce qui nous l'avons vu est théoriquement le cas dans le cadre des relations « descendantes » entre l'institution et l'État ayant fait une déclaration en ce sens lors de son adhésion au Statut de Rome.

Dans cette optique, et bien que le renvoi par l'État ne soit pas *exigible* pour impliquer ce rapport entre les différentes instances de pouvoir de la situation concernée, celui-ci n'en demeure pas moins un argument de poids invocable par les juridictions internes, à opposer aux exécutifs qui rechigneraient à appliquer les décisions. En faisant ce choix pour la République Démocratique du Congo, le Procureur marque ainsi une voie à suivre qui ne lui sera certes pas particulièrement utile dans la situation en question, mais permettra d'établir un exemple invocable devant ses futurs interlocuteurs, et de jouer de contre-pouvoirs au sein même des États dans le cas où les exécutifs, notamment s'ils se trouvaient visés par des procédures, refuseraient de coopérer.

233 *Ibid.,* page 2. L'affirmation est reprise page 6 (Première partie, a. 2) b) sans détails supplémentaires.

234 Même dans le cas des coopérations avec la France, notamment dans le cas de l'arrestation et du transfert de Callixte Mbarushimana, et malgré le contrôle des juridictions internes, ce sont les interactions avec l'exécutif, a qui elle a adressé ses demandes par l'intermédiaire de la chancellerie et la DGAC, qui ont permis à la Cour de faire appliquer ses décisions.

Voilà donc pour la perspective du Bureau du Procureur, qui semble ainsi vouloir s'inscrire dans une démarche téléologique, fixant une pratique qui trouverait sa valeur dans les évolutions attendues de l'État concerné, la RDC, vers le modèle démocratique libéral. On comprend que ces arguments ne soient pas invoqués dans les documents à nature ou ambition « juridique » du Bureau du Procureur, tant ils relèvent de pratiques visant à combler les insuffisances du Statut de Rome et l'absence de capacité de contrainte directe – et même indirecte sur les États – de la CPI.

Deux explications supplémentaires ayant été invoquées publiquement de façon directe ou indirecte par le Procureur mais n'ayant pas fait l'objet d'une publication dans des documents officiels permettent par ailleurs de mieux comprendre le choix par le Bureau de chercher autant que possible des renvois plutôt que d'engager des enquêtes *proprio motu*. De par leur distanciation plus ou moins complète d'éventuelles argumentations juridiques, ils sont autant d'illustrations montrant l'importance du pouvoir discrétionnaire du Procureur dans le choix des procédures, et expliquant le choix par ce dernier de ne pas les théoriser.

i. La célérité de l'action du Procureur : un argument à double portée

Le premier élément justificatif qui a été longuement avancé, et qui pourrait paraître au premier abord relié aux exigences du Système de Rome, concerne la célérité des affaires. Cet argument a eu une particulière importance en ce qui concerne la situation congolaise, non pas du fait des spécificités de celle-ci, mais du contexte dans lequel l'enquête, dans cette situation, a été ouverte. Dès la prise de son mandat, le Procureur souhaitait en effet enclencher au plus vite des procédures, afin de « mettre en mouvement » l'institution et lui offrir des premiers cas qui permettraient d'en rôder les procédures. Ce facteur temps est bien entendu officiellement explicable *par ailleurs* de par la volonté de juger les faits le plus rapidement après leur commission. Il s'agit en effet là d'une des conditions d'efficacité de la justice, de son effet préventif mais aussi curatif, les plus communément admises. Le Procureur avait en tête, dès le début de son mandat, des situations pouvant tomber sous sa compétence et qu'il souhaitait traiter de façon urgente, comme en témoigne sa déclaration suivant immédiatement sa prise de fonction[235]. L'Ituri était pour diverses raisons que nous exposerons plus en avant, et qui interrogent *in fine* le choix du Procureur, celle qui lui offrait le plus de facilités à cet égard. Dès lors, il est théoriquement compréhensible qu'il ait choisi la voie qui lui semblait procéduralement la plus rapide – rappelons que le renvoi permet d'éviter d'avoir à demander l'autorisation d'enquêter délivrée par la Chambre préliminaire – afin non seulement de prendre par surprise les responsables éventuels des crimes commis, mais aussi de les juger alors que leurs crimes seraient encore dans les mémoires du monde, ou du moins du « monde de Rome », c'est-à-dire des États-parties à la CPI. La situation congolaise a pu lui sembler de ce point de vue idéale à plusieurs égards. L'Ouganda, qui avait certes de bonne grâce renvoyé sa situation au Procureur de la CPI avant la RDC,

235 Celle-ci ayant eu lieu le 16 juin 2003, suite à sa prise de serment, après une élection à l'unanimité le 21 avril 2003.

était loin d'être en mesure de pouvoir neutraliser la force armée qui commettait les crimes potentiellement poursuivables par le Procureur et s'était principalement servi de cette saisine dans le cadre d'une stratégie politico-militaire visant à décrédibiliser et marginaliser son adversaire. Au contraire, Joseph Kabila, à la légitimité alors très faible et sous pression de la communauté internationale, se montrait prêt à coopérer *dans une certaine limite* afin de rentrer dans les bonnes grâces des pays occidentaux, et pouvait espérer disqualifier définitivement un certain nombre d'éléments qu'il considérait nuisibles en provoquant leur transfert à La Haye. Ainsi, le transfert de Thomas Lubanga, rebelle s'identifiant comme Tutsi et allié au Rwanda, permit au chef d'État d'afficher une prise de distance face à une ethnie minoritaire à laquelle il appartenait lui-même, tout en se déresponsabilisant du sort d'un des principaux chefs militaires de l'opposition soutenu par un ennemi régional. Bien plus encore, le transfert de Jean-Pierre Bemba[236], principal concurrent à l'échelle nationale, lui permit d'asseoir son pouvoir sans être accusé de mener des purges autoritaires. Encore lui fallait-il livrer des soldats, si ce n'est de sa propre armée, du moins de ses alliés. C'est ainsi que Germain Katanga, jeune milicien d'une petite communauté de l'Ituri, fut nommé Général afin d'être arrêté, puis transféré à La Haye, aux côtés de Mathieu Ngudjolo, permettant à Kabila d'éviter de s'attaquer à de véritables responsables politico-militaires de son camp qui auraient suscité le mécontentement et l'inquiétude au sein de ses propres troupes ainsi que d'importantes défections. Nous y reviendrons.

La question de la célérité et de l'effectivité *apparentes* – l'adjectivation est essentielle – de l'action du Procureur a donc joué pour diverses raisons un rôle important dans la préférence au renvoi, et plus particulièrement encore du renvoi de la situation en RDC, qui lui permettait d'éviter les plusieurs mois de procédure qu'impliquait un passage devant la Chambre préliminaire. Il ne semble pas cependant qu'il s'agisse là de l'explication principale de ce double choix, et certainement pas la plus convaincante d'un point de vue juridique et du Statut de Rome, c'est-à-dire du point de vue des droits des accusés et des victimes ainsi que de l'impact de la justice, notamment en termes préventifs.

Plusieurs éléments permettent d'écarter le « désintéressement » du Procureur au regard de ces critères. Il s'agit tout d'abord des longs délais qu'impliquèrent les négociations diplomatiques menées par le Procureur. Celui-ci semblait avoir fait son choix de la situation avant même sa prise de mandat : il lui fallut pourtant près d'un an avant d'obtenir le renvoi et plusieurs mois supplémentaires pour déclencher l'ouverture de l'enquête. Il faut par ailleurs mentionner les délais qui ont par la suite caractérisé les affaires concernant la République Démocratique du Congo, et en particulier l'affaire Katanga qui nous intéresse en l'espèce, afin de comprendre à quel point ce critère fut considéré comme secondaire par la suite. Après avoir pris la décision d'ouvrir une enquête le 21 juin 2004, et le transfert rapide du premier suspect, Thomas Lubanga, pas moins de trois années s'écoulèrent avant que le mandat d'arrêt contre Germain

236 Citoyen congolais et ancien vice-président de la RDC, accusé de crimes commis en Centrafrique et livré par la Belgique où il s'était réfugié.

Katanga et Matthieu Ngudjolo soit demandé, pour des faits remontant pourtant au mois de février de l'année 2003. Ce n'est que le 25 juin 2007 que le Procureur de la CPI déposa sa demande d'émission d'un mandat d'arrêt auprès de la Chambre préliminaire, qui décida, avec célérité, dès le 2 juillet 2007, de délivrer le mandat d'arrêt contre le suspect. Germain Katanga étant aux arrêts en RDC depuis plusieurs mois – ce qui fut évidemment loin d'être étranger au choix du Procureur – il ne fut cependant transféré par l'État-partie que le 17 octobre de la même année, comparaissant devant la Cour dès le 22 octobre 2007. Si l'on excepte ces quatre derniers mois dont la responsabilité n'est *a priori* pas attribuable à la CPI ni au Bureau du Procureur en particulier, l'ensemble des délais précédents et à venir seront quant à eux principalement de leur fait. Il faudra attendre le 27 juin 2008 pour que commence la confirmation des charges à l'égard de Germain Katanga, devant la Chambre préliminaire I. Cette confirmation n'interviendra que le 28 septembre 2008, *a priori* du fait des vacances judiciaires. Cette confirmation permit de passer au procès en tant que tel, qui devait s'ouvrir le 24 septembre 2009, mais qui fut décalé au 24 novembre de la même année sur demande de l'accusation. Les déclarations de clôture des parties au procès intervinrent entre le 15 et le 23 mai 2012, laissant espérer une décision sur la culpabilité avant la fin de l'année. Mais la Chambre décida de disjoindre les charges portées contre Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo, le deuxième étant acquitté le 18 décembre 2012. La Chambre de première instance décida de requalifier les charges à l'encontre de Germain Katanga, prolongeant ainsi la durée du procès, qui ne fut conclu qu'au 7 mars 2014, soit plus de quatre ans après le début de celui-ci et près de sept ans après l'émission d'un mandat d'arrêt à l'encontre de l'accusé.

Bien que nous ayons à développer cette question, il est à ce stade important de rappeler, comme l'a fait la juge Christine Van den Wyngaert qui signa l'opinion dissidente contre le Jugement portant sur la culpabilité de Germain Katanga, que les crimes examinés lors du procès ne concernèrent que des actes commis « dans une seule attaque, dans un seul lieu, lors d'un seul jour, ce qui rend l'affaire factuellement bien moins complexe que bien des affaires aux accusations multiples ayant été présentées devant des juridictions internationales »[237]. Ces délais, bien qu'à des échelles légèrement moindres, ont aussi touché les deux seuls procès achevés en première instance, ceux de Thomas Lubanga, qui dura trois ans et six semaines, et de Mathieu Ngudjolo, qui comme nous venons de le voir fut déclaré innocent un peu moins de deux ans avant le jugement de Germain Katanga[238]. Imputables en grande partie aux Chambres et au Procureur – la juge Christine Van den Wyngaert dira « exclusivement » en ce qui concerne l'affaire Katanga – ils montrent le soin avec lequel les parties à la Cour et principalement les juges et le Procureur auront cherché à ne pas mettre en danger les procédures, au détriment potentiel des droits de l'accusé à être jugé sans retard excessif. Les reproches se sont d'ailleurs multipliés concernant cette question, au point où la

237 Traduction du paragraphe 128 de l'opinion dissidente dite « minoritaire » au Jugement (ICC-01/04-01/07-3436-AnxI, 7 mars 2014), paragraphe qui s'achève sur ces mots : « Dans ces circonstances, les délais sont inexplicables et injustifiables ».

238 Le procès de Jean-Pierre Bemba, qui fut transféré le 4 juillet 2008 à La Haye, s'est lui ouvert le 22 novembre 2010, sans qu'un verdict n'ait été émis jusqu'ici.

Chambre de première instance jugeant l'affaire Katanga devra dans sa décision finale se justifier de la longueur générale des procédures, mettant en avant l'importance d'établir des règles procédurales et de lever les ambiguïtés des textes régissant son action. Cette volonté de « faire jurisprudence » et de répondre de façon définitive à un certain nombre d'enjeux a été partagée tant par les Chambres que par le Procureur, aux dépens le plus souvent des accusés. La suspension des procédures dans le Procès Lubanga, du fait d'un conflit entre le Procureur et la Chambre concernant la divulgation d'informations confidentielles à la défense – apparaîtra comme l'épitome de cette démarche.

Sans donc exclure tout à fait le poids qu'a pu avoir la recherche d'une célérité dans l'exécution de la justice – à la fois dans l'intérêt des victimes que dans celui des accusés et pour l'efficacité de l'action de la Cour – il est dès lors nécessaire de rappeler que si cet argument a pesé au moment de choisir le renvoi, c'est principalement pour des raisons de perception de l'action du Procureur, c'est-à-dire de politique interne de son Bureau. Un élément *a priori* futile permet de comprendre ce qui, dans une organisation largement marquée par la prédominance d'une figure centrale, celle du Procureur, a pu inspirer – ou du moins confirmer – l'importance attribuée à ce critère. Luis Moreno Ocampo, avant et après sa prise de fonction, n'a ainsi cessé d'affirmer, en public comme en privé, qu'il avait été mis en garde par un certain nombre de personnalités et proches sur le risque d'accepter un poste « prestigieux, mais où il n'y aurait aucune marge de manœuvre, aucune possibilité d'action neuf ans durant ». Si, eu égard aux pouvoirs que garantissent au Procureur les textes de la CPI, ces mises en garde avaient un fondement pour le moins douteux, leur exposition discursive et répétée permettent de deviner l'importance qu'a eu pour ce dernier la mise en scène rapide de sa *capacité à agir*. Inquiet, ou faisant mine de l'être, des marges de manœuvre étroites qui lui étaient offertes et d'un poste qui aurait pu être « fantôme », il a souhaité agir vite et fort. Quelles qu'en aient été les raisons, il est évident que le Procureur de la CPI a non seulement et dès le départ voulu s'affirmer comme l'instance centrale de l'institution – ce qui lui était plus ou moins garanti tant par les textes fondateurs[239] que par les exemples préalables des tribunaux *ad hoc* – mais aussi et par le même mouvement imposer l'autorité de la Cour, avant que celle-ci ne se trouve paralysée ou considérée comme une instance d'apparat à l'invocabilité douteuse ou dangereuse pour les États.

239 Il faut noter que la doctrine a, dans un premier temps et tout en reconnaissant le rôle central du Procureur, pensé que les limites qui s'y appliqueraient seraient plus opérantes voir contreproductives. Voir Cassese, A., *The Rome Statute of the International Criminal Court,* Oxford, Oxford University Press, 2002, pages 1137 à 1180 (et notamment la conclsuion pages 1179 et 1180) évoquant les nombreux pouvoirs et devoirs du Procureur et dont les conclusions sur l'équilibre du système créé par le Statut de Rome se sont révélées quelques peu optimistes, et erronées en ce qui concerne de nombreuses limitations théoriques du pouvoir du Procureur (notamment en ce qui concerne les articles 53, 18 et 19). Voir aussi pour des interprétations du Statut préalables à son entrée en fonctions allant dans un sens similaire : Triffterer, O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court,* pages 581 à 595 et 971 à 981 (il faut noter que les articles ont été écrits par Morten Bergsmo, qui a « mis en place » le Bureau du Procureur avant de le quitter en désacord avec le Procureur, dans une confusion des genres qui a pu sembler alors naturelle ; Zappala, S., « Il procuratore della Corte penale internazionale : luci e ombre », *Rivista de diritto internazionale*, volume 82, 1999, pages 39 à 85.

Convaincu qu'une action sur un terrain où les intérêts occidentaux étaient en jeu le condamnerait à une absence de concrétisation potentiellement mortifère pour l'institution, le Procureur s'est immédiatement concentré sur le lieu où il serait rapidement à même de mettre en branle l'institution. La RDC et les différentes affaires qui en ont découlé ont été des outils au service de cette stratégie, avec le résultat paradoxal que l'on sait en termes de temporalité pour les individus qui ont été en conséquence sélectionnés. La rapidité n'était ainsi pas tant liée à l'absence d'obstacle procédural qu'à la capacité à concrétiser dans un temps court cette première saisine.

Cette première explication « officieuse » du choix du renvoi se double d'éléments encore plus prosaïques. À la tête d'une institution au budget conséquent, le Procureur doit justifier dès sa première année le maintien, et à l'époque le large accroissement, de celui-ci. Avant sa prise de fonctions, sept cadres travaillent au Bureau du Procureur. Fin 2003, 56 employés sont à son service. Ils sont 75 de plus un an plus tard. En 2004, il demande et obtient un budget de fonctionnement de près de 15 millions d'euros[240]. Le fonctionnement annuel du comité budgétaire et financier (CBF) de l'Assemblée des États-parties, qui prépare et fait voter son budget chaque mois de novembre, l'expose en fait dès le début de son mandat à un fonctionnement qui le force à justifier son action et ses demandes financières année après année, et non dans le cadre de conventions biennales ou triennales qui lui auraient permis d'élaborer une stratégie à plus long terme, comme c'est le cas pour d'autres organisations internationales. La précarité des acquis et la nécessité d'agir dès le début de son mandat s'imposent dès lors naturellement comme des sources d'influence fondamentales de son action. Assumant une idéologie libérale à titre privé, n'ayant exercé que quelques années au sein d'instances étatiques – contrairement à beaucoup de ses confrères – le Procureur se plie dès le départ de façon volontariste aux exigences budgétaires des États, qu'il voit comme naturelles et qui correspondent selon lui à une logique d'efficacité et de justifiabilité de la dépense positive pour l'institution. L'enclenchement de poursuites dès le début de son mandat est pour lui la meilleure façon de former ses équipes mais aussi de justifier ses demandes budgétaires, qui elles-mêmes visent à renforcer le pouvoir de son institution et à lui donner la capacité de traiter des affaires d'ampleur croissante. Dans cette optique, la situation en République Démocratique du Congo, et en particulier ses trois premières affaires (Thomas Lubanga, Matthieu Ngudjolo et Germain Katanga) est à nouveau perçue comme une étape intermédiaire visant à roder l'institution, lui offrir les moyens nécessaires à son ancrage définitif et lui donner progressivement la force de frappe suffisante pour traiter d'affaires plus importantes – justifiant l'accroissement progressif des moyens jusqu'à un seuil minimal permettant d'envisager le traitement des affaires ayant une importance plus en rapport avec les ambitions des initiateurs du Statut de Rome. C'est notamment ce qui permet de comprendre aujourd'hui l'absence de recrutement conséquent d'experts ou de personnes ayant une expérience de la RDC

240 Résolution de l'Assemblée des États-parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, deuxième session, New York, 5e séance plenière, adoptée le 12 septembre 2003 (ICC-ASP/2/Res.1), page 1.

et de l'Afrique des Grands Lacs par l'institution, qui privilégia des spécialistes plus transversaux, un choix qui sera d'ailleurs l'un des principaux facteurs explicatifs de la qualité aléatoire de l'accusation et pèsera durablement sur l'action du Bureau.

Il est donc évident que la question de la temporalité a joué à plusieurs niveaux un rôle dans la décision du Procureur de passer outre l'autorisation de la Chambre préliminaire en demandant directement au Président de la République démocratique du Congo de le saisir. La question budgétaire, liée à la nécessité d'agir rapidement, en était directement dérivée. Permettons-nous d'avancer qu'il ne s'agit cependant pas de l'explication principale d'une telle démarche. Celle-ci est à trouver du côté d'une « stratégie politique » mise en œuvre par le Procureur et ayant pour objectif d'offrir à la Cour pénale internationale – et à son Bureau en particulier – les marges de manœuvre suffisantes pour agir sans s'exposer aux critiques. Une stratégie fondamentalement liée à ce que nous pensons être la *nature* de l'institution que nous détaillerons en deuxième partie et qui rend impossible toute confrontation trop directe ou soutenue entre le Procureur et les États et leurs représentants.

ii. La stratégie conciliante vis-à-vis des États : de la spécificité de la RDC à la systématisation d'une pratique

Le premier Procureur Luis Moreno Ocampo, suivi en cela par Fatou Bensouda, n'a pas souhaité incarner une approche punitive ou contraignante vis-à-vis des États. Il savait la dépendance qui le liait à ces derniers – pour des questions budgétaires, de coopération et tout simplement organiques – son élection (et son éventuelle révocation[241]) leur étant notamment due. Il lui est donc apparu naturel de demander aux États de renvoyer à son Bureau les situations où il souhaitait agir et où il n'était pas saisi par le Conseil de sécurité de l'ONU. Le premier échec dans cette stratégie ne vint que vers la fin de son mandat, au Kenya, échec qui le força pour la première fois à enclencher une enquête *proprio motu*. Qu'il s'agisse de la RDC, de la RCA, de la Côte d'Ivoire ou du Mali, le Procureur a par ailleurs systématiquement cherché et trouvé l'appui des puissances étatiques sur lesquelles il souhaitait enquêter.

Il ne s'agit donc pas, nous l'avions effleuré, d'une stratégie propre à la RDC. Pour autant, celle-ci est la première situation dans laquelle ce choix a été fait, et il est

241 La question est d'importance et loin d'être théorique. À la mi-mandat de Luis Moreno Ocampo, de nombreuses rumeures firent état de la volonté du Royaume-Uni de demander sa révocation suite à sa décision d'accuser Omar Al-Bashir, qui intervenait le lendemain de la révélation d'accusations de viol d'une journaliste sud-africaine, dont le Procureur réussit à se défaire. À en croire une diplomate française, dès 2005, l'éventualité de l'écourtement de son mandat commença à être envisagée, dans le cadre de démarches qui s'intensifièrent jusqu'à atteindre la sphère médiatique en 2008. Le très long et virulent article du journaliste de *The Telegraph* Joshua Rozenberg en date du 14 septembre 2008 « Why the world's most powerful prosecutor should resign » en fut l'un des épisodes les plus remarqués.

probable que les « succès » emportés par le Procureur – depuis sa perspective – au cours des phases préliminaires de ses affaires dans le pays, l'aient incité à agir de façon similaire sur d'autres territoires. Il est donc important d'étudier les spécificités de la RDC avant d'essayer de trouver des explications plus générales à un tel choix.

Il faut tout d'abord admettre que, pour inquantifiable qu'il soit, le surplus de légitimité offert par une saisine par l'État concerné ne peut être négligé. Dans un monde où l'État reste le support de la souveraineté par excellence et est encore largement reconnu comme le seul mode de gouvernement légitime de populations, ce facteur est crucial. Il l'est particulièrement en ce que la Cour est évidemment une instance judiciaire fondée par les États, et que le droit international, construit sur un fondement interétatique, reste très largement fidèle à ses origines. Prévoyant des procès en illégitimité qui n'ont pas tardé à se faire jour – comme le montrent les nombreux affrontements entre l'institution et l'Union Africaine – le Procureur a souhaité se protéger au mieux d'éventuelles accusations d'interventionnisme, voire de néocolonialisme qu'il craignait très en amont. Cette *fiction*, bien que connue comme telle, s'est révélée particulièrement efficace pour défendre le récit universaliste de la Cour. S'il est vrai que la plupart des analystes de l'action de la Cour savent que ces différents renvois n'ont eu d'autonome que l'apparence, l'argument formel reste précieux alors que le récit post-colonial – et l'apparence d'égalité formelle et d'autonomisation complète des structures politiques vis-à-vis de leur anciennes tutelles – reste marqué par le récit glorieux d'une émancipation soudaine et entière, accordant ainsi une importance et un degré de réalité parfois excessifs à des critères *de facto* largement dénués de réalité.

Il faut donc revenir aux intentions *politiques* du Bureau du Procureur, à savoir mettre en place une stratégie de pacification, de coopération positive avec les États. Le Procureur se pense dès le départ comme un outil au service des États. Il croit à sa capacité à en faire des alliés, et dès lors à n'engager le rapport de force que lorsque cela sera strictement nécessaire. Sa vision de la Cour pénale internationale correspond à cet égard strictement à celle d'un contrat social global que nous développerons plus en avant. Comme il l'affirme dès sa prise de fonction : « mon mandat idéal serait un mandat sans procès ». Provocatrice, cette proposition a pour objectif de rappeler le fondement même du Statut de Rome que nous venons d'évoquer sous un autre angle : la complémentarité. Pour le Procureur, la première des obligations imposées par le Statut de Rome aux États n'est pas tant la coopération avec la Cour pénale internationale que la nécessité de juger eux-mêmes les crimes commis par leurs nationaux ou sur leurs territoires. À cet égard, la CPI n'est qu'une Cour de dernier ressort, et son intervention, même dans ce cadre contraint où elle viendrait se substituer aux États récalcitrants ou incapables, doit se faire avec le moins de frottements possibles. Il est évident que de cette espérance à la réalité, il y a eu une distance telle que certains trouveront la *non-ambition* énoncée par le Procureur aujourd'hui difficilement crédible. C'est pourtant elle qui permet de comprendre que le Procureur ait joué des possibilités juridiques

que lui offrait le Statut pour établir une stratégie qui, sur le point précis du mode de saisine[242], ne s'est pas démentie depuis, et a été reprise par Fatou Bensouda au Mali.

Lorsque le Procureur obtient de la RDC le renvoi de la situation, Joseph Kabila cherche encore à affirmer son pouvoir. Fils du chef d'État Laurent-Désiré Kabila, qui avait été porté au pouvoir par le Rwanda et l'Ouganda, Joseph a remplacé son père après l'assassinat de ce dernier, survenu le 16 janvier 2001. Alors âgé de vingt-neuf ans, il est porté au pouvoir par l'entourage de son père[243] pour éviter que l'appareil étatique congolais ne retombe dans les mains d'ex-mobutistes dirigés par Jean-Pierre Bemba, qui sera plus tard – opportunément – mis en accusation par la Cour pénale internationale pour des crimes commis en Centrafrique. Joseph Kabila est officiellement en 2003, au moment où le Procureur énonce sa volonté d'agir en Ituri, encore *Président par intérim* – il deviendra chef d'État « entièrement » après des élections très contestées en 2006 qui lui vaudront des affrontements à l'arme lourde avec les soutiens de Jean-Pierre Bemba, défait lors de ces élections. Joseph Kabila bénéficie notamment de l'appui de la France et de l'Angola, qui ne souhaitent pas que le Rwanda et l'Ouganda – perçus comme des agents d'influence anglo-saxons[244] – reprennent de l'influence au sein de la RDC. Ces deux derniers pays acceptent, sous la médiation de Robert Mugabe, président du Zimbabwe impliqué dans la Seconde guerre du Congo et le pillage des ressources du pays, la nomination de Joseph Kabila, contre l'ouverture de négociations concernant un accord de paix, signé à Luanda le 6 septembre 2002[245]. Le 30 juin 2003, un gouvernement de transition est formé en RDC, avec quatre vice-présidents représentant les différentes sensibilités politiques et les intérêts des « parrains » régionaux, suivant les termes de

242 On pourrait avancer que cette stratégie est allée au-delà de la simple question de la saisine. À cet égard la situation libyenne nous permet de tirer un certain nombre d'enseignements. Sitôt exprimée la volonté des nouvelles autorités libyennes de juger elles-mêmes les accusés que la Cour réclamait, le Procureur s'est exprimé en faveur d'un jugement en terres libyennes. Il faudra l'intervention de la Chambre préliminaire – la question n'était plus du ressort du Bureau du Procureur – pour qu'il soit exigé aux autorités libyennes de livrer les accusés, qui risquaient non seulement un procès inéquitable, mais aussi la peine de mort.

243 À cet égard, le télégramme diplomatique envoyé au département d'État de l'ambassade américaine à Kinshasa le 26 mars 2001 (Embassy Kinshasa, *How Joseph Kabila Became President ; conversations with a « King Maker »,* 01KINSHASA1610, SECRET) et révélé par Wikileaks se révèle être une source précieuse et *a priori* fiable.

244 C'est en ces termes que Dominique de Villepin, ministre des affaires étrangères entre 2002 et 2005, les qualifiera lors d'un des entretiens effectués pour cette thèse. Cette vision qui remonte à la fin des années 80, et dont la paternité semble attribuable à Hubert Védrine, a connu une prégnance étonnante dans l'administration diplomatique française, malgré les alternances et le génocide rwandais commis par les autorités Hutus soutenues par la France contre ce qui était défini comme un « complot anglo-saxon » maquillé par des prétextes humanitaires et soutenant l'insurrection tutsie.

245 Accord entre les gouvernements de la République Démocratique du Congo et de la République de l'Ouganda sur le retrait des troupes ougandaises de la République Démocratique du Congo, sur la coopération et la normalisation des relations bilatérales entre les deux pays (Accord de Luanda), Luanda, 6 septembre 2002.

l'accord de Pretoria signé le 17 décembre 2002[246], et est considéré comme la date marquant la fin de la seconde guerre du Congo.
C'est dans la foulée de ces accords que le Procureur décide d'agir dans la région, sans qu'il soit clair s'il considère alors l'action judiciaire comme une continuation naturelle d'une paix fraichement acquise ou s'il doute de la réalité et de la permanence de cette paix, et souhaite agir afin d'éviter que les affrontements à venir soient aussi coûteux en vies humaines. Une dernière hypothèse, la plus probable, voudrait que la saisine de la Cour pénale internationale ait été discutée lors des différentes négociations et qu'un accord entre les puissances occidentales et les gouvernements de la région en ait acquis le principe, ouvrant la voie au Procureur qui en profitera pour ouvrir dans la foulée des enquêtes en Ouganda et en Centrafrique, avec à nouveau l'accord des chefs d'État concernés. Cette intégration secrète sera un « premier essai » qui sera reproduit quelques mois plus tard, cette fois avec des clauses de coopération explicites, lors de la négociation des accords de Marcoussis (2003) en Côte d'Ivoire, sous le haut patronage de la France.

Cette pacification n'ouvre pas seulement la porte à l'action de la Cour pénale internationale. Le 1er octobre 2004, le Conseil de sécurité de l'ONU décide de renforcer une force de maintien de la paix, alors appelée MONUC, créée en 1999 et qui devient très vite la plus fournie et coûteuse de l'histoire et est encore en place aujourd'hui[247]. Plusieurs dizaines d'ONG s'installent de façon permanente en Ituri mais surtout aux Kivu – alors qu'elles s'en étaient largement désengagées – jusqu'au point de transformer Goma, capitale du Nord-Kivu, en un véritable « Club-Med » humanitaire où, à quelques encablures de camps de réfugiés accueillant plus de cent mille personnes, les transactions se règlent en dollars et le coût de la vie égale celui de plusieurs pays occidentaux, comme nous avons pu le constater. Le positionnement de l'ensemble de ces organisations appartenant à des mondes proches de ceux de la Cour pénale internationale ouvre bien entendu des perspectives pour le Bureau du Procureur, notamment dans le cadre de sa stratégie d'enquête indirecte, mais aussi plus largement de sécurisation de ses personnels. Qu'il ait été « suggéré » à Kabila que l'avenir de son mandat intérimaire dépendrait de sa capacité à effectuer des gestes, et que le Procureur en ait été informé de façon plus ou moins explicite, semble pour le moins plausible. Rappelons que ce fut la France qui fournit l'ensemble des moyens techniques (y compris l'avion qui fut utilisé) et humains qui permirent le transfert de Thomas Lubanga à La Haye, et que les autorités diplomatiques françaises étaient alors sous la tutelle de Dominique de Villepin, successivement secrétaire général de l'Élysée et ministre des Affaires étrangères[248], dont la grille de lecture de la région se fondait

246 Accord de Paix entre les gouvernements de la République Démocratique du Congo et de la République du Rwanda sur le retrait des troupes rwandaises du territoire de la République Démocratique du Congo et le démantèlement des forces des ex-FAR et des Interahamwe en République Démocratique du Congo (Accord de Pretoria), Pretoria, 9 août 2002.

247 Résolution 1565 du Conseil de sécurité de l'ONU, adoptée à l'unanimité (S/RES/1565).

248 Après avoir été directeur du cabinet du Ministre des affaires étrangères Alain Juppé (1993-1995), et avant de devenir Premier ministre (2005-2007), détenant de ce fait la haute main sur les rapports

et se fonde toujours sur une supposée rivalité franco-anglosaxonne, dont il n'est pas nécessaire de préciser ce qu'elle doit aux mythes entourant la *course à Fachoda* à laquelle se livrèrent les deux puissances à la fin du XIX[e] siècle[249].

B. Les conséquences du renvoi de la situation en RDC et les dangers d'un pouvoir discrétionnaire mal pensé

Les différents impératifs qui ont amené le Procureur à souhaiter et à obtenir un renvoi par la RDC ont marqué l'ensemble de la procédure mais aussi de façon plus générale le fonctionnement du Bureau et de l'institution et peuvent à ce titre être étudiés depuis une perspective critique. Sans ambition d'exhaustivité à cette étape de la réflexion, il est cependant nécessaire de donner quelques éléments permettant de juger de la précipitation avec laquelle a décidé d'agir le Procureur et de l'influence que cela a pu avoir sur la suite de la procédure en ce qui concerne l'affaire Katanga.

1. L'opportunité temporelle des poursuites

Comme cela a été indiqué, la Cour pénale internationale n'a pas de compétence rétroactive à sa création. La compétence *ratione temporis* définie par l'article 11 du Statut de Rome indique clairement que la Cour n'a de « compétence qu'à l'égard des crimes relevant de sa compétence (sic) commis après l'entrée en vigueur du présent Statut », c'est-à-dire le 1[er] juillet 2002. Lorsque le Procureur déclare, en juillet 2013, vouloir se concentrer sur la RDC, et plus particulièrement l'Ituri, il n'a pas seulement guère de structure sur laquelle s'appuyer – il affirme à de nombreuses reprises en forme de boutade n'avoir eu à son arrivée que trois collaborateurs et trois cents à son départ – et dès lors aucun retour « interne » ni élaboration propre à l'instance qu'il représente lui permettant de justifier l'énonciation de cette priorité[250]. Il n'a par ailleurs pas un grand recul sur les événements en cours, ni sur la période sur laquelle doit s'exercer sa compétence.

Le Procureur n'a, au moment de son entrée en fonctions, compétence que sur un nombre de territoires encore réduit, les ratifications étant au nombre de 60 au 1[er] juillet 2002, et légèrement supérieures au 1[er] juillet 2003 – elles sont au nombre de

entre la France et l'Afrique pendant près de 15 ans.

249 Voir à ce sujet pour une brève présentation, Wesseling, H. *Les empires coloniaux européens* (1815-1919), Paris, Gallimard, 2009, trad. Patrick Grilli, pages 347 à 351 ; et pour une contextualisation historique plus large Collins, R., *The Southern Soudan : 1883-1898, A Struggle for control,* New Haven, Yale University Press, 1962.

250 Le Procureur l'énoncera lui-même dans sa déclaration de juillet 2003, justifiant celle-ci du fait de « nombreuses communications (reçues) de la part de personnes privées et d'organisations internationales ».

122 à l'heure où sont écrites ces lignes. L'équation est alors difficile en ce qui concerne les choix des situations, étant donné que le Procureur doit prendre en compte une importante dimension comparative concernant la gravité des crimes commis, tout en sachant que le nombre de ratifications augmente régulièrement et de façon extrêmement rapide : choisit-il alors de déterminer la gravité en fonction des États-membres au moment de sa prise de fonction, ou prend-il en compte les États ayant adhéré au Statut de Rome ou étant en passe de le faire, dont il sait la ratification probable, pour ne pas dire certaine, à très court terme – sachant que les premières affaires serviront d'étalon pour les juges concernant la question de la gravité tout au long de l'histoire de la Cour ? Prend-il en compte, élément que nous aurions tendance à oublier aujourd'hui, les inquiétudes que susciterait une attitude trop offensive au sein des très nombreux États n'ayant toujours pas pris la décision de ratifier, et qu'une attitude conservatrice à court terme sur les situations les plus aigues pourrait rassurer ?

L'enjeu temporel ne se limite pas à ces questions. Le Procureur ne peut que s'appuyer sur une compétence temporelle à peine supérieure à l'année écoulée[251], rendant impossible toute évaluation sur le temps long de l'importance des crimes commis, leur gravité comparativement à d'autres situations[252]. Cela va le pousser notamment à contextualiser les crimes commis en Ituri dans le cadre plus large des deux guerres du Congo, et plus spécifiquement du conflit touchant la région depuis 1998, tout en sachant pertinemment qu'il ne pourra invoquer ces événements qu'à titre d'éclairage historique dans les procès.

Mais surtout, dans un contexte où il ne dispose que de quelques mois de recul sur les situations pouvant relever de sa compétence, et alors que l'Afrique des Grands Lacs commence à se stabiliser, il est difficile pour lui de travailler sur autre chose que des événements isolés[253], par essence plus fragiles juridiquement, et dont l'importance historique et en termes d'exemplarité pour la communauté internationale dans son ensemble est alors difficile à évaluer. De fait, en ce qui concerne la République Démocratique de Congo, et malgré ses discours assurés, le Procureur ne va pouvoir

251 Et sur les 60 territoires étatiques ayant initialement ratifié le Statut de Rome, l'ensemble des autres États ayant ratifié le Statut après son entrée en vigueur, n'offrant compétence au Procureur qu'à leur date de signature, postérieure au 1er juillet 2012. Il faut en plus de cela rajouter les restrictions de compétence relatives aux crimes de guerre prévues par l'article 124 (Disposition transitoire) qui permettaient à quelconque État le souhaitant de refuser la compétence de la Cour pour crimes de guerre pour une durée non-renouvelable de sept ans à compter de sa ratification. La France, qui fut à l'initiative de celle-ci lors des négociations du Statut de Rome, fut l'un des nombreux pays à souscrire à cette restriction de compétence.

252 Cet argument ne s'applique qu'en ce qui concerne la capacité à construire juridiquement les éventuelles affaires, et non pour jauger de l'importance relative des crimes d'un point de vue hypothétique : si le Procureur n'est pas autorisé à étudier les actes précédant le 1er juillet 2002, il ne les a pas moins vécus et peut s'en servir comme mètres étalons pour son action à venir.

253 Ne pouvant invoquer les actes commis avant le 1er juillet, si ce n'est de façon tangente, il lui est notamment difficile d'établir la systématicité des crimes dans le sens d'une inscription sur une temporalité plus ou moins longue permettant d'en démontrer non seulement la gravité, mais aussi tout simplement, en certaines conditions, le caractère criminel en ce qui concerne les crimes contre l'humanité.

s'appuyer que sur un nombre de communications extrêmement réduit : seules six communications sur les cinq cent premières qu'il reçoit concernent l'Ituri, dont deux d'organisations non gouvernementales et aucune avec une méthodologie suffisamment rigoureuse pour servir dans le cadre de procédures judiciaires. Loin d'être les crimes ayant à cette époque le plus *marqué la conscience humaine*, pour reprendre l'expression convenue utilisée systématiquement pour justifier l'action de la Cour, les événements qui touchent l'Ituri sont au contraire peu étudiés et peu connus. Mais l'implication du Conseil de sécurité dans la région des Grands Lacs (qui y a créé plusieurs groupes d'expert et souhaite stabiliser la région), dont la crise ne touche à aucun des intérêts fondamentaux de ce qu'il est devenu commun d'appeler le P-5[254] et qui dès lors y est traitée dans un certain consensus[255], ainsi que la disponibilité des anciennes puissances coloniales tout comme la faiblesse du pouvoir de Kinshasa vont compenser largement cet état de fait[256].

Or la question de la gravité, de l'importance historique et de l'exemplarité auraient dû présider aux décisions prises par le Procureur comme l'indique le Statut de Rome dans son préambule, la Cour ayant été créée « dans l'intérêt des générations présentes et futures (…) ayant compétence à l'égard des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ». La gravité des crimes doit être évaluée à l'aune même des mots de ce Préambule, selon qu'ils menacent « la paix, la sécurité et le bien-être du monde »[257] – exigeant l'établissement de critères d'évaluation

254 Les cinq membres permanents du Conseil de sécurité de l'ONU : la France, le Royaume Uni, la Chine, la Russie et les États-Unis.

255 Élement auquel il faut ajouter la sévère remise en question qui suivit le génocide rwandais, qui prit toute son ampleur alors que les forces de maintien de la paix en avaient été retirées, sur recommandation du secrétaire général adjoint en charge des forces de maintien de la paix de l'époque, Kofi Annan, et que le rôle du tiers objectif que pouvait jouer la communauté internationale s'était effondré avec la bénédiction du Conseil de sécurité. La violente remise en cause de la légitimité de l'institution qui s'en suivit perdurait encore une décennie plus tard, et dans un certain sens encore aujourd'hui, créant un effet systémique expliquant la multiplication des résolutions et des déploiements décidés par le Conseil de sécurité dans la région.

256 Entre 1999 et 2003, onze résolutions du Conseil de sécurité relatives aux violations des droits de l'homme en RDC furent adoptées (résolutions 1265, 1273, 1279, 1291, 1296, 1304, 1341, 1376, 1399 et 1417), ainsi que deux déclarations présidentielles (les 24 mai et 23 juillet 2002). Toutes concernaient la Province orientale, dont fait partie l'Ituri, mais plus particulièrement Kisangani, alors épicentre politique de la guerre en cours.

257 Cette exigence est réaffirmée par l'article 17 1.d). Divers commentateurs ont insisté sur l'importance de ce critère et son dévoiement *a minima* partiel par le Bureau du Procureur. Voir par exemple page 586 Bergsmo, M., Pejic, J., « Article 15 : Prosecutor » *in* Triffterer, O., *Commentary on the Rome Statute of the international criminal court »,* Baden Baden, Beck. Hart, Nomos, 2008 : « (…) it is clear that the exercice of the discretion to initiate an investigation may not be artibrary. Not only is the discretion carefully framed by the narrow jurisdictional parameters. Its actual exercise must be guided by the principle reflected in article 1's emphasis on « the most serious crimes of international concern ». It is the seriousness of the alleged crimes that must lead the Prosecutor's exercise of discretion under article 15-1. Here in lies some protection (sic) against the application of double standards in the Prosecutor's selection of crimes to target, as well as a part of the defense against frivolous or politically motivated charges built into the Statute ». Comme nous l'avons vu et pour les raisons invoquées, ces limitations théoriques – dénuées de réel moyen de contrôle, du moins pour l'instant – se sont révélées

permettant d'établir une prévisibilité de son action et des limites qu'il entend fixer. Au contraire, et comme l'indiquent à de nombreuses reprises tant le Statut que les documents internes du Bureau du Procureur, les intérêts géopolitiques, à moins d'être invoqués au nom des intérêts de la justice, ne devraient pas être pris en compte autrement qu'en ce qui concerne le risque pour l'institution d'accroître la conflictualité ou d'atteindre à la paix. Ils se trouvent pourtant au centre des raisonnements du Bureau du Procureur depuis sa création et iront jusqu'à se substituer à la hiérarchisation de ssituations par la gravité des crimes commis.

À l'ensemble de ces critères demandant une évaluation serrée et difficilement menable sur un temps si court, s'ajoutait un dernier élément devant présider au choix des situations et affaires, peut-être le plus important au vu de l'action postérieure du Procureur, notamment en Colombie, en Libye et en Afghanistan. Il s'agit de l'évaluation de l'action des juridictions nationales, c'est-à-dire de la complémentarité. Pour reprendre une nouvelle fois les mots du Préambule, « la Cour pénale internationale dont le présent Statut porte création est complémentaire des juridictions pénales nationales »[258], et elle ne doit ainsi agir que si les crimes ou les individus concernés par ses

être trop insuffisantes face au pouvoir discrétionnaire du Procureur et n'ont pour l'instant que très partiellement influencé la réalité de la Cour. La question fait l'objet de plus en plus de polémiques, à mesure que le pouvoir d'escamotage du Procureur est utilisé chaque année de façon plus visiblement arbitraire. Les solutions procédurales existent, mais le problème semble toucher au principe même de l'institution. Quand le ministère public en France met en place ces stratégies, c'est sur ordre du pouvoir politique dont il est hiérarchiquement dépendant, pouvoir politique représentant du peuple et dès lors responsable devant ce dernier. Quand le Procureur de la CPI le fait, il ne le fait que très théoriquement au nom de quiconque. Inamovible face à un « peuple » tout entier d'ambassadeurs, qui ne peuvent le démettre qu'à grands peines, et qui seraient immédiatement accusés d'interférence s'ils intervenaient explicitement pour influencer les politiques pénales du Procureur. Plus encore, c'est un peuple directement intéressé par le résultat de la politique pénale, la CPI étant faite pour poursuivre les plus hauts responsables, c'est-à-dire les âmes mêmes des ambassadeurs : les chefs d'État. Les problèmes liés au manque d'indépendance des Procureurs, qui se manifestent ponctuellement dans le cadre national, seraient systématiques dans le cas de la CPI, si des instructions individuelles ou autres pouvaient être données (que serait d'ailleurs une instruction individuelle, une situation, ou une affaire ?). Mais l'excès inverse n'est pas sans interroger non plus…

258 Statut de Rome, Préambule, page 1. Sur l'analyse de la complémentarité, peut-être l'élément le plus étudié du Statut de Rome, une liste évidemment loin d'être exhaustive mais traitant des différents enjeux de celle-ci est ici proposée. Tout d'abord, Cassese, A., *The Rome Statute of The International Criminal Court,* Oxford, Oxford University Press, 2002 offre de nombreux développements sur la question. Les pages 43 à 45, 48 et 49 et 56 et 57 détaillent les différentes perspectives qui se sont affrontées sur la question lors des différentes étapes d'élaboration du Statut de Rome. Les pages 667 à 685 offrent quant à elles une analyse d'ensemble de la question de la complémentarité au sein du Statut, considérant déjà que c'est bien la pratique de la Cour qui permettrait de rendre effectifs ou de nier les équilibres contemplés par le Statut. Voir aussi l'analyse plus tardive, et donc confrontée à la pratique, de Schabas, W. *The International Criminal Court : A commentary on the Rome Statute,* Oxford Oxford University Press, 2010, pages 50 à 53, qui traite spécifiquement de la notion au sein du Préambule et de son interprétation par les chambres de jugement de la Cour, et rappelle qu'il s'agit de la seule disposition de celui-ci à être citée dans le corps du Statut ; ainsi que l'analyse de l'article 17, pages 335 à 350, qui cite par ailleurs une importante bibliographie sur la question. Voir aussi deux analyses en rupture, la première considérant que le Système de Rome ne prévoyait dès sa conception pas suffisamment de garanties protégeant la souveraineté des États (Gurule, J., « United States opposition

enquêtes ne font pas « l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un État ayant compétence en l'espèce, à moins que cet État n'ait pas la volonté ou soit dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites »[259] ou si l'État « a décidé de ne pas poursuivre la personne concernée, à moins que cette décision ne soit l'effet du manque de volonté ou de l'incapacité de l'État de mener véritablement à bien des poursuites »[260]. En RDC, la situation pouvait sembler claire. Mais était-il véritablement possible, moins d'un mois après sa prise de fonctions, que le Procureur ait pu

to the 1998 Rome Statute establishing an International Criminal Court : is the Court's Jurisdiction truly complementary to national criminal jurisdictions ? », *Cornell International Law Journal,* volume 35, novembre 2001-février 2002), l'autre s'appuyant au contraire sur les provisions du Statut pour dénoncer la direction prise par la Cour (Brown., B., *Research Handbook on International Criminal Law,* Northampton, Edward Elgar Publishing, 2011, chapitre 1 « International Criminal Law : nature origines and a few key issues », notamment pages 13 à 16). Pour la perception institutionnelle de la notion, voir la « Communication relative à certaines questions de politique générale concernant le Bureau du Procureur » (2003, 10 pages, non référencé). Pour une analyse de cette interprétation et son application sur le terrain, avec une importante dimension critique : Brubacher, M., « The ICC : national governments and judiciaries » *in* Waddel, N, Clark, P., *Peace, justice and the ICC in Africa,* Meeting series report, London, Royal African Society, mars 2007 ; Clark, P., « Law, politics and pragmatism : The ICC and Case selection in the Democratic republic of Congo and Uganda » *in Courting Conflict ? Justice, peace and the ICC in Africa,* Royal African Society, 2008, pages 37 à 47 *;* Goldstone, E., « Embracing Impasse : admissibility, prosecutorial discretion, and the lessons of Uganda for the International Criminal Court », *Emory International Law Review*, volume 22, 2008, pages 761-798 ; et quelques peu plus optimistes : Bjork, C., Goebertus, J., « Complementarity in action : the role of civil society and the ICC in rule of law strengthening in Kenya », *Yale Human Rights and development Law Journal*, volume 14, pages 206 à 230, 2011. Pour une étude recommandant une interprétation de la complémentarité beaucoup moins offensive, Weiner, A., « Prudent Politics, The International Criminal Court, International Relations, and Prosecutorial independence, *Washington University Global Studies Law Review,* volume 12, issue 3, 2013*,* page 559 particulièrement. Sur une analyse de l'effet de l'action de la Cour sur les procédures nationales en dehors des conflits armés : Shenkman, C., « Catalyzing judicial capacity : the ICC's first crimes against humanity outside armed conflict », *New York University Law Review,* volume 87, 2012, pages 1211 à 1248 ; sur les effets de complémentarité « textuelle » Mpiana, J., « La Cour pénale internationale et la République Démocratique du Congo : 10 ans après. Etude de l'impact du Statut de Rome dans le droit interne congolais », *Revue québécoise de droit international,* volume 25, 2012, pages 57 à 90 (article qui par ailleurs interroge la légalité de la ratification du Statut de Rome par la RDC) et sur les inquiétudes que peut provoquer le régime de complémentarité pour les États non-membres, un point de vue chinois : Yang, L., « On the principle of complementarity in the Rome Statute of the International Criminal Court », *Chinese journal of international law,* Oxford University Press, volume 4, pages 121 à 132. Sur la question de la complémentarité telle qu'introduite par le Statut de Rome, dans le cadre plus général du droit international général, Dupuy, P-M., « Principe de complémentarité et droit international général », *in* Politi, M., *The international Criminal Courts and national jurisdictions,* chapitre 3, pages 17 à 24. (Ainsi que l'article suivant de William Schabas : « Complementarity in practice : creative solutions or a trap for the Court », pages 25 à 48, et plus largement les parties I et II de l'ouvrage). Sur la notion de « complémentarité positive », défendue par le Bureau du Procureur et peu reprise par la doctrine, en sus de l'article déjà cité de Burke White : Burke-White, W., « Implementing a policy of positive complementarity in the Rome system of justice », *Criminal Law Forum*, 2008, volume 19, pages 59 à 85 ; Stahn, C., « Complementarity : a tale of two notions », *Criminal Law Forum,* 2008, volume 19, pages 87 à 113 et plus généralement, traitant la complémentarité de façon transversale, les quarante chapitres du très complet Stahn, C., Zeidy, M., *The International Criminal Court and Complementarity : from theory to practice,* Cambridge, Cambridge University Press, 2011, qui mêle points de vues institutionnels, universitaires et recherches de terrain sur la question.

259 Article 17, alinéa 1 a). Voir *supra.*

260 Article 17, alinéa 1 b). Les alinéas 2 et 3 précisent ces exigences.

évaluer l'ensemble des éléments relatifs à la complémentarité, et qu'il ait pu considérer que la RDC ne souhaitait ou n'avait pas la capacité d'enquêter sur les crimes commis en Ituri les douze mois précédant sa déclaration, alors que la distance temporelle avec le moment de la commission des actes était quasiment inexistante ?[261]

La question *générale* qu'il faut donc poser est la suivante : le Procureur ne s'est-il pas précipité, en décidant d'ouvrir une enquête dès juin 2004, soit seulement trois mois après que la situation lui a été déférée par la RDC, et un mois après que ce renvoi a été rendu public ? Alors que la situation en Afghanistan fait toujours, neuf ans après l'ouverture d'un examen préliminaire, l'objet d'interrogations de la part du Bureau du Procureur sur la nécessité d'ouvrir une enquête ou non, la question peut se poser, même si l'on se limite pour cela aux critères adoptés par le Bureau du Procureur lui-même. La comparaison avec les autres situations fait ressortir un certain nombre de dissonances particulièrement troublantes et difficilement explicables si l'on s'attache à juger de l'action de l'institution d'un point de vue purement juridique, et qui fragilisent l'argumentation visant à légitimer la célérité avec laquelle ont été menées les étapes initiales de la situation en RDC.

2. La primauté fragile du droit sur l'opportunité politique

L'ensemble de ces éléments amène dès lors à s'interroger : quelles raisons véritables outre que celles invoquées ont-elles pu pousser le Bureau du Procureur à prendre

261 Comme nous le verrons, cette question sera partiellement traitée dans le cas de l'affaire Katanga et de l'exception d'irrecevabilité au titre de l'article 17 soulevée par la défense (qui a suscité deux décisions, auprès de la Chambre de première instance (Exception d'irrecevabilité de l'affaire, soulevée par la Défense de Germain Katanga en vertu de l'article 19-2-a du Statut, Défense de Germain Katanga ICC-01/04-01/07-949-tFRA, 11 mars 2009) et de la Chambre d'Appel (Arrêt relatif à l'appel interjeté par Germain Katanga contre la décision rendue oralement par la Chambre de première instance II le 12 juin 2009 concernant la recevabilité de l'affaire (ICC-01/04-01/07-1497-tFRA, 25 septembre 2009)). Il faut d'ores et déjà préciser que les Chambres ont retenu qu'il suffit qu'un État se déclare incompétent ou incapable de poursuivre pour qu'il soit considéré qu'il en est ainsi et que la compétence du Procureur ne puisse être remise en cause. La décision du Procureur de se concentrer sur l'Ituri a cependant été prise avant que Joseph Kabila n'affirme l'incapacité et l'absence de volonté de son État d'entamer des poursuites, préemptant en quelque sorte la possibilité de poursuites nationales dans le respect des accords de paix. Précisons à la décharge du Procureur qu'un cycle d'impunité était ouvert dans la région depuis plus de dix ans sans que ne soit véritablement envisagée d'évolution et que l'État congolais était, en 2003, à la dérive, incapable de contrôler la moitié de son territoire. Voir en ce qui concerne le commentaire de la décision de la Chambre d'appel dans l'affaire Katanga : Cross, M., Williams, S., « Recent developpments at the ICC : *Prosecutor v Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui* – A boost for « co-operative complementarity » ? », *Oxford Human Rights Law Review*, volume 10, numéro 2, 2010 pages 336-345. Mais rappelons aussi que l'Est de la RDC était en voie de pacification – bien qu'il soit facile aujourd'hui, rétrospectivement, de tracer des lignes de continuité qui auraient dû être devinées. L'enjeu porte finalement sur la *capacité réelle* de la Cour à agir sur les événements : pour évaluer la capacité ou la volonté d'un État à poursuivre les crimes commis, le Bureau du Procureur se condamnerait à ne jamais agir rapidement, et à s'imposer des délais potentiellement insupportables, surtout en ce qui concerne l'évaluation de la *volonté* de l'État. La présomption semble dès lors, sur ces questions, inévitable.

des risques juridiques si importants, dans des affaires dont nous verrons par la suite qu'elles pourraient être qualifiées comme mineures au regard des critères énoncés par le Statut de Rome et des attentes concernant l'action du Bureau du Procureur ? Il faut pour cela revenir une nouvelle et dernière fois sur la question du renvoi.

a. Le discours officiel de la RDC : une économie de la parole qui interroge

Précisons tout d'abord que la lettre[262] par laquelle la RDC renvoyait la situation au Procureur de la Cour pénale internationale n'a été rendue publique que le 20 février 2008[263]. De ce fait, il a été longtemps impossible de savoir quels avaient été les motifs invoqués par la Présidence de la RDC afin de justifier ce renvoi. S'il n'est juridiquement pas *nécessaire* de le faire, bien que cela soit demandé « autant que possible », il semblait peu probable qu'aucune explication n'ait été donnée à cette décision. Malgré la quasi-absence de société civile dans le pays – notamment à l'époque du renvoi – ainsi que d'instances démocratiques et de contrôle du pouvoir exécutif, il était difficilement envisageable qu'aucun argumentaire n'ait été produit par Joseph Kabila pour expliquer pourquoi il considérait que les instances nationales congolaises n'étaient pas en mesure de poursuivre les différents responsables des crimes commis depuis 2002, et donc pourquoi il décidait de déférer la situation au Procureur de la CPI. Cela *a fortiori* dans un pays où le sentiment national est fort et joue un rôle majeur dans les conflits en cours, et dans une situation où les forces armées sous l'autorité de Kabila elles-mêmes pouvaient se retrouver soumises à l'examen de la Cour pénale internationale.

C'est pourtant ce que le document révèle. D'une seule page, Joseph Kabila se contente d'y affirmer, comme nous l'avons déjà mentionné, qu'« en raison de la situation *particulière* [souligné par nous] que connaît [son] pays, les autorités compétentes ne sont malheureusement pas en mesure de mener des enquêtes sur les crimes [mentionnés ci-dessus] ni d'engager les poursuites nécessaires sans la *participation* [souligné par nous] de la Cour pénale internationale », tout en affirmant la prédisposition des autorités congolaises à coopérer avec l'institution internationale. Alors que l'article 14 du Statut de Rome auquel se réfère le chef d'État précise dans son deuxième alinéa que « l'État qui procède au renvoi indique autant que possible les circonstances pertinentes de l'affaire et produit les pièces à l'appui dont il dispose », ce renvoi minimaliste, adressé au Procureur Luis Moreno Ocampo sis à « Amsterdam » (sic), rédigé le 3 mars 2004 et reçu le 16 mars de la même année, ne donne aucun détail sur la « situation particulière » que traverse le pays, le type de crimes qu'il souhaite renvoyer ni les raisons de l'incapacité ou de l'absence de volonté du pays non seulement de les poursuivre lui-même, mais aussi d'enquêter à cet égard. Sans avancer d'éléments justificatifs à ce

262 Annexe 1.1 à la décision ICC-01/04-01/07-11 du 20 février 2008 reclassifiant le document comme document public.

263 *Ibid* (Décision ICC-01/04-01/07-11 du 20 février 2008). La décision était jusqu'alors « ex parte Prosecutor only », la défense n'y ayant pas accès.

sujet[264], le chef d'État ne précise par ailleurs pas le choix du mot *participation* de la CPI aux procédures judiciaires, qui induit *a priori* un fonctionnement complémentaire entre les instances internes et la Cour, que le Procureur appelait de ses vœux dans son intervention du 8 septembre 2003, et qui ne sera jamais mis en place.

Il est d'autant plus intéressant qu'un tel acte – aux conséquences internes mais aussi internationales si importantes – n'ait jamais été interrogé plus en avant dans ses raisons *officielles*, ni au sein de la Cour pénale internationale, ni à l'extérieur, notamment par les médias et la société civile[265]. L'enjeu touche pourtant au plus essentiel de la nature de la CPI : un « auto-renvoi » sera *a priori* effectué pour se *débarrasser* d'opposants et non des hommes au pouvoir qui détiennent pourtant *a priori* les plus importantes capacités de destruction, avec tous les risques de politisation systématique que cela implique.

Sur le moment, les louanges n'en ont pas moins été quasi unanimes face à une décision qui était censée ouvrir la porte à la fin de l'impunité et à la stabilisation de la région. Si l'absence d'infrastructures étatiques, notamment en Ituri et plus largement au Nord-Est de la région, et *a fortiori* d'instances judiciaires fonctionnelles, est criante en RDC et ne peut être contestée, et si le rôle de l'impunité dans la commission de cycles de violence répétée relève de l'évidence, il n'en reste pas moins que les investissements à effectuer afin d'établir des tribunaux permettant de juger les criminels de guerre et contre l'humanité ne semblaient pas, à l'époque, au-dessus des moyens de l'État congolais. De plus, Kinshasa disposait d'instances fonctionnelles qui auraient pu accueillir et juger des affaires d'importance moyennes à mineures, comme l'est l'affaire Katanga. Théoriquement, Germain Katanga était de fait emprisonné à Kinshasa dans

264 William Schabas déduit laconiquement de l'absence de réaction de la part des chambres à cette absence de précisions que « les termes de l'article 14(2) semblent être plutôt optionnels, et n'affectent pas la validité du renvoi. » (*The International Criminal Court : A commentary on the Rome Statute,* Oxford, Oxford University Press, 2010, page 307).

265 D'autant plus que, comme le note William Schabas, l'utilisation de cette modalité de déclenchement des enquêtes « peut être considérée comme inattendue : de nombreux participants à la Conférence de Rome ne croyaient pas que les renvois par les États-parties seraient productifs comme sources de travail pour la Cour » (*The International Criminal Court : A commentary on the Rome Statute,* Oxford, Oxford University Press, 2010, page 307). Plus encore, « il n'y a aucun élément permettant de croire que lors de la rédaction du Statut de Rome, que ce soit dans les travaux préparatoires ou dans les commentaires académiques, l'idée qu'un État puisse renvoyer une situation « contre lui-même » n'ait été jamais envisagé » (page 309). Les versions initiales du Statut, y compris la version préliminaire contenue dans le rapport de la Commission de droit international de 1994, mentionnent les « États plaignants », montrant le caractère *a priori* non auto-accusatoire du mécanisme, forme qui a été préservée jusqu'à la dernière version préliminaire du Statut préparée par le comité préparatoire. Les modifications furent, selon Schabas qui cite Philipp Kirsch, destinées à ne pas introduire un déséquilibre entre « État plaignant » et « individus accusés ». Les « plaintes » devinrent « renvois » à une « situation » sans qu'*a priori* la « destination » d'une telle action n'en ait été affectée, le changement ayant été présenté comme d'ordre « technique » (page 310). Voir aussi Kreb, C., « « Self referrals » and « Waivers of complementarity » : some considerations in Law and Policy, » *Journal of international criminal justice*, Oxford, volume 944, 2004, page 946.

l'attente d'une accusation et d'un jugement, lorsque la décision fut prise par le Procureur de le mettre en accusation pour l'attaque du village de Bogoro de février 2003. En adoptant la perspective formelle de l'institution, il aurait été possible d'y voir une preuve manifeste de la capacité de l'État congolais, quand cela l'intéressait, à identifier des responsables de crimes majeurs, à les contraindre et à les poursuivre, si ce n'est à les juger. Les circonstances similaires concernant l'affaire Thomas Lubanga ainsi que l'arrestation de Matthieu Ngudjolo après l'émission du mandat d'arrêt de la CPI allaient elles aussi en ce sens. Notons d'ailleurs que d'importantes évolutions intervinrent dans le domaine de la justice congolaise entre la prise de mandat par le Procureur, le renvoi, l'ouverture de l'enquête et l'émission de mandats d'arrêt, sans qu'elles ne fussent prisent en compte par l'instance : ainsi le budget attribué à la justice en RDC passa officiellement de 1,2 % du budget de l'État en 2004 à 5,4 % en 2008[266], tandis que les salaires des magistrats furent dans le même temps multipliés par huit[267]. Dès 2002, un Code pénal militaire[268] et un code judiciaire militaire[269] refondant le droit congolais, applicables aux violences commises dans le cadre des affrontements armés, furent adoptés. Et dès 2003, des Cours militaires assistées par la MONUC menèrent un certain nombre de procès retentissants[270], tandis que des tribunaux forains commençaient à faire porter la justice étatique dans des zones de l'Ituri où elle n'a jamais existé[271].

b. La gravité, un critère de recevabilité non examiné

Le deuxième avantage au choix d'un renvoi fut la déjudiciarisation *de facto* d'une des limites fondamentales du Système de Rome, celle de l'évaluation de la gravité de la situation en Ituri : tout comme la question de la capacité de la RDC à juger ses propres crimes, la question de la gravité fut ainsi considérée comme un non-sujet par le Bureau du Procureur, le renvoi interdisant tout contrôle par les juges de ce critère. Ainsi était levé un des obstacles potentiels importants à l'action de la Cour. Faute d'analyse par la Chambre préliminaire des raisons de l'ouverture de l'enquête du fait

266 Ces chiffres restent soumis à une importante controverse, Avocats sans frontières considérant qu'il ne dépasse réellement pas les 0,6 % du budget. Voir « Etude de jurisprudence : l'application du Statut de Rome de la Cour pénale internationale par les juridictions de la République démocratique du Congo, Avocats sans frontières, mars 2009 (rapport, 144 pages), page 108.

267 Document budgétaire MIN-BUD/RDC/2008, Journal officiel de la République démocratique du Congo (non-daté), cite par Nzapaseze Timba, D., *La Cour pénale internationale et la lutte contre l'impunité en RDC,* Paris, L'Harmattan, 2010, page 41.

268 Loi numéro 024/2002 du 18 novembre 2002 portant Code pénal militaire (publiée au Journal officiel du 20 mars 2003).

269 Loi numéro 024/2002 du 18 novembre 2002 portant Code judiciaire militaire (publiée au Journal officiel du 20 mars 2003).

270 Procès Domiongo, procès Mambassa de Gbadolite et procès Ankoro, cités par Nzapaseze Timba, D., *La Cour pénale internationale et la lutte contre l'impunité en RDC,* Paris, L'Harmattan, 2010, page 55.

271 Voir le rapport d'Afrimap et de *l'Open society for Southern Africa* : « RDC : le secteur de la justice et du droit » (Johanesburg, juillet 2013, 16 pages) : « Pour ne citer que cet exemple, selon Marc Dubois, ancien coordonnateur du projet relatif à la restauration de la justice au Congo (Rejusco), il a fallu que ce programme financé notamment par la Commission européenne organise des audiences foraines pour que « certaines populations qui n'avaient plus vu un juge depuis l'époque coloniale » puissent porter leurs affaires devant la justice » (page 127).

du choix du Procureur de ne pas procéder *proprio motu*[272], il aura de fait fallu attendre le 11 mars 2009 et une demande d'abandon des procédures pour exception d'irrecevabilité soulevée par la défense de Germain Katanga au titre des articles 17 et 19-2-a du Statut de Rome[273] pour que soit interrogée la validité de l'ouverture de l'enquête en Ituri, sans que pour autant ne soit soulevé le moyen de la gravité de l'affaire concernée (article 17-1-d) qui aurait elle été étudiée dans le cadre d'une analyse par la Chambre préliminaire[274]. Cette demande, introduite par la défense, étudiée par la Chambre de première instance puisque déposée suite à la confirmation des charges, fut rejetée par la Chambre de première instance puis par la Chambre d'appel, respectivement les 12 juin[275] et 25 septembre 2009[276]. La question ne sera soulevée dans aucune des autres *affaires congolaises*, faute d'enjeu judiciaire réel relatif à cette question.

Plus généralement, l'opportunité du choix du renvoi plutôt que d'une action *proprio motu* ne sera discutée à aucune étape des procédures des trois procès concernant la situation congolaise, confirmant implicitement le pouvoir discrétionnaire dont jouit le Procureur non seulement pour ouvrir ou non une enquête de son propre chef une fois le renvoi effectué, mais plus largement d'entamer toutes les démarches

272 Il faut nuancer ce point en précisant que la Chambre préliminaire a eu à connaître incidemment de la question au moment de l'émission des mandats d'arrêt. Cependant, la question n'a alors pas été traitée comme un axiome majeur, la Chambre considérant qu'il ne lui revenait pas d'établir de façon *définitive* la recevabilité de l'affaire, son jugement ne préemptant en rien d'éventuelles décisions à venir des Chambres d'instance et d'appel, et ce dans une décision pour le moins succincte, sans possibilité d'intervention de la part d'une défense encore inexistante, et dont les brefs développements juridiques indiquent clairement qu'il ne s'est agi d'une question traitée dans ses fondements. Il en va de même de la Chambre préliminaire ayant eu à connaître de l'Affaire Lubanga, (Chambre préliminaire I, Decision on the Prosecutor's Application for a warrent of arrest, article 58, Chambre préliminaire I, *in* ICC/01/04-01/06-8-US-Corr, 10 février 2006, pages 20 à 24, paragraphes 29 à 40).

273 Exception d'irrecevabilité de l'affaire, soulevée par la défense de Germain Katanga en vertu de l'article 19-2-a du Statut (ICC-01/04-01/07-949-tFRA, 11 mars 2009).

274 Dans un échange électronique datant du 20 avril 2014, et sans donner d'éléments supplémentaires, David Hooper, conseil principal de Germain Katanga, affirmera que « as I recall, we thought – and I still do, that [the gravity issue] was a non-runner ». Cette perspective, ne laissant pas au juge la possibilité de se prononcer sur cette question, rejoint celle, initiale, de la doctrine, comme le rappelle William Schabas : « Par exemple, la question de la « gravité » a été virtuellement ignorée dans le chapitre sur l'article 17 de la première version du commentaire [du Statut de Rome] de Otto Triffterer » in Schabas, W., « The International Criminal Court at ten », *Criminal Law Forum*, 2011, page 505. La mise en lumière de la notion par le Procureur et son utilisation systématique dans la justification de sa politique discrétionnaire a depuis fait évoluer les positions en ce qui concerne le rôle que cette notion pourrait jouer à des stades avancés des procédures, sans que les parties au procès et à la jurisprudence ne s'en soient encore tout à fait saisis, laissant une marge de manœuvre importante, et peut-être trop, au Procureur en la matière.

275 Décision orale de la Chambre de première instance II (ICC-01/04-01/07/T-67-FRA, 12 juin 2009), les motifs de la décision ayant été exposés le 16 juin 2009 dans la décision Motifs de la décision orale relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire (article 19 du Statut) (ICC-01/04-01/07-1213, 16 juin 2009).

276 Arrêt relatif à l'appel interjeté par Germain Katanga contre la décision rendue oralement par la Chambre de première instance II le 12 juin 2009 concernant la recevabilité de l'affaire (Chambre d'appel, ICC-01/04-01/07-1497-tFRA, 25 septembre 2009).

extra-judiciaires qui lui semblent nécessaires afin d'obtenir le mode de saisine qui lui convienne le mieux.

3. Les conséquences de la politisation de la phase pré-juridictionnelle

Après avoir considéré les questions légales entourant le renvoi de la situation en RDC, et l'absence de contrôle juridictionnel qui l'a entouré, il s'agit d'aborder les raisons « extralégales » qui ont amené le Procureur a agir en République Démocratique du Congo – à agir *de la sorte* – et dans un troisième temps à faire le choix de ces trois accusés. Si nous acceptons définitivement de nous éloigner de la fiction selon laquelle Joseph Kabila aurait décidé, en conscience et librement, de déférer la situation de son pays à la Cour pénale internationale de son propre chef, il convient aussi de s'interroger sur l'intérêt, cette fois *stratégique*, qu'avait le Procureur à ce que la RDC lui renvoie la situation, plutôt qu'à ce qu'il enclenche de lui-même une action. Nous avons acté qu'il est plus que probable que Joseph Kabila ait accepté de renvoyer la situation congolaise à la Cour pénale internationale dans le cadre d'une négociation plus large visant à asseoir son autorité sur le pays et à se voir reconnaître par la communauté internationale. Les confusions relatives aux conditions du renvoi de cette situation ayant notamment débouché sur une annonce tardive de celui-ci et le fait que ce soit le Procureur et non le chef d'État qui ait annoncé la décision de renvoi trouvent leur explication dans ce vaste marchandage. Comme cela viendrait à être le cas dans de nombreuses autres situations que nous avons eu à connaître, il est même probable que le document ayant servi de base juridique à ce renvoi ait été pré-rédigé par le Bureau du Procureur. Faute d'éléments documentaires définitivement probants, nous ne pouvons l'avancer dans le cadre de ce travail qu'en tant qu'hypothèse.

Les implications d'une telle configuration sont étendues : il est en effet douteux que le Procureur, et ses appuis diplomatiques, aient obtenu de Joseph Kabila qu'il accède à leur demande sans offrir en échange des garanties qui, si elles n'ont certainement pas été formulées de façon documentaire, ont certainement eu trait à la sélectivité du Procureur[277]. Le simple fait qu'une négociation ait eu lieu autour des modalités d'action du Procureur en RDC ne peut qu'impliquer des contreparties, ou du moins l'interférence d'éléments politico-diplomatiques dans l'action du Procureur, et par conséquent, de la Cour pénale internationale dans son ensemble. Les choix de poursuites qui ont été faits – visant des personnalités ayant joué des rôles disparates et, dans le cas de Mathieu Ngudjolo et Germain Katanga, tout à fait mineurs dans les différentes guerres du Congo, et l'exclusion de tout responsable de haut rang à l'exception

277 Rappelons que selon Phil Clark, la situation en Ituri fut choisie par le Bureau du Procureur *parce qu'elle* semblait la plus éloignée de Kinshasa et de potentielles implications politiques remontant au plus haut niveau. Voir « Law politics and pragmatism : the ICC and Case selection in Uganda and the Democratic Republic of Congo in Courting Conflict », *Courting Conflict ? Justice Peace and the ICC in Africa,* Londres, Royal African Society, pages 37 à 47.

notable de Jean-Pierre Bemba, ennemi politique et militaire de Joseph Kabila – ne peuvent qu'être lus à l'égard de ces circonstances. Les conséquences sont potentiellement lourdes. Nous verrons comment les conditions d'arrestation et de transfert de Germain Katanga permettent d'alimenter d'autant plus cette perspective.

a. Une décision consensuelle et néanmoins fragile

D'un strict point de vue juridique et procédural, le choix de la situation en RDC comme premier terrain d'action du Procureur était difficilement contestable. Il n'en va pas tout à fait de même, malgré les apparences, si l'on tente d'examiner ce choix au regard des différentes « obligations faibles » peu contrôlables ou contrôlées par les Chambres dont fait l'objet du Procureur, mais aussi plus largement si l'on se risque à évaluer l'opportunité du renvoi à partir d'une interprétation téléologique des textes du Système de Rome. Plusieurs éléments permettent d'interroger le choix du Procureur au-delà d'une évaluation dans un cadre purement procédural.

La situation en RDC fait l'objet, au moment de la décision d'ouvrir une enquête, d'une accalmie certaine. Bien qu'encore relativement significatif, le nombre de victimes du conflit dans son ensemble depuis le 1er juillet 2002 ne se démarque alors pas par rapport à d'autres situations sous compétence de la Cour pénale internationale[278], notamment en Afghanistan, en Colombie ou en Côte d'Ivoire[279]. Comme nous

278 Le Procureur indique le 8 septembre 2003, trois mois après son entrée en fonctions, que son Bureau a reçu plus de 500 communications en provenance de soixante-six pays différents. Le même chiffre à une unité près (499 communications provenant de soixante six pays) avait pourtant été utilisé dans un communiqué de presse du 18 juillet 2003. Parmi elles, cinquante seulement ne respectent pas la compétence temporelle de la Cour, un nombre indéterminé la compétence matérielle, trente-huit concernent le crime d'agression dans la situation irakienne et ne peuvent donc être étudiées, seize autres concernent l'Irak et deux autres la situation israélo-palestinienne et sont elles aussi rejetées. Les chiffres sont utilisés par le Procureur de façon peu rigoureuse afin de provoquer des effets de communication plutôt que de donner un tableau fidèle de la situation, qui n'est alors pas accessible. Ils révèlent cependant un fait fondamental : seules six communications concernant l'Ituri lui ont été transmises, dont deux rapports d'ONG que le Procureur considère comme étant les sources fondamentales sur lesquelles s'appuyer.

279 Les estimations varient et sont à prendre avec des pincettes dans une région où les obstacles permettant une évaluation objective sont légion et où les estimations de morts sur l'ensemble de la période 1996-2014 varient du simple au double, entre 5 et 10 millions de personnes… il est cependant estimé que près de 50.000 personnes sont mortes en Ituri entre 1999 et 2010. Il peut être grossièrement estimé qu'entre 2.000 et 3.000 personnes sont mortes entre le deuxième semestre de 2002 et la fin de l'année 2003. Une force d'interposition de l'UE dont la nation-cadre était la France, l'opération Artemis, a permis d'y limiter la conflictualité entre juin et septembre 2003, avant d'être remplacée par une brigade de la MONUC. Le Procureur estime en septembre 2003, sans révéler ses sources, que 5000 civils sont morts du fait de causes directes ET indirectes depuis le 1er juillet 2002 dans une région où habitent environ 5 million de personnes. La largesse des critères adoptés (ainsi les maladies sont prises en compte) rend le rapport de causalité contestable et le chiffre invérifiable. Le Procureur n'écarte alors pas que les violences puissent être constitutifs de « génocide », ce qui sera par la suite démenti par ses propres services. De façon intéressante et indirecte (à partir d'une estimation du nombre d'enfants soldats), le Procureur chiffre les belligérants présents dans les combats à à peu près 60 000 personnes, ce qui donne une idée de l'importance moyenne du conflit alors en cours. Le Procureur parle finalement de « violence sauvage ».

l'avons vu, la mobilisation de la société civile, des États et des organisations internationales en faveur d'une saisine de la CPI est faible[280]. Il s'agit alors d'une région ayant récemment fait l'objet d'un accord de paix global qui n'est pas entièrement respecté et où agissent encore un certain nombre de milices faisant office de « *proxy* » au service des États anciennement directement belligérants. Au fonctionnement semi-autonome, ces milices sont engagées dans un jeu de négociations avec les pouvoirs centraux qui les amènent à commettre des violences, notamment contre les populations civiles, pour renforcer leur visibilité et leur « crédibilité » auprès des différentes forces en présence. Il s'agit donc, au moment où le Procureur décide de faire sa déclaration, d'une région faisant face à des « micro-conflits », ou de façon plus générale à une conflictualité de basse intensité.

b. Les limites de la fiction étatique et du Système de Rome

Plus encore, le territoire de la RDC concerné par l'action de la CPI, l'Ituri, ne fait pas l'objet d'un contrôle étatique[281]. Déstructuré par la déréliction du règne de Mobutu, l'État congolais a progressivement perdu sa capacité de contrainte et de contrôle sur de larges pans du territoire, et notamment sur ses provinces frontalières de l'Est. Alors que l'État congolais en lui-même n'était pour une grande partie qu'une fiction héritée de l'époque coloniale, la Première et la Seconde guerre du Congo ont achevé de le déstructurer, d'organiser la captation de ses ressources par des puissances étrangères et privées et de fragmenter le contrôle de la majeure partie du territoire entre milices, multinationales, armées étrangères, forces de maintien de la paix internationales et populations locales dénuées du moindre relais direct ou indirect vis-à-vis de l'administration et forcées de s'organiser en forces d'auto-défense. Immédiatement au Sud de l'Ituri, au Nord-Kivu, dans les 4700 km^2 du Territoire du Masisi, pourtant largement quadrillé par la MONUSCO et frontalier de la capitale Goma, une demi-douzaine de milices recensées s'affrontent tandis que des dizaines de villages vivent en autarcie complète. Sans électricité, eau ni réseau téléphonique, leur seul contact avec le monde extérieur se réduit dans le meilleur des cas à la tenue du marché hebdomadaire au sein du chef-lieu – marché suspendu dès la moindre menace d'attaque armée. Il faut pour accéder au chef-lieu parfois plus de dix heures à pied, les chemins et l'économie locale ne permettant pas le moindre déplacement en véhicule. De ce marché, il faut un peu plus de trois heures en voiture ou moto pour rejoindre la capitale du Territoire, Masisi. Il faut alors à nouveau quatre à cinq heures au moins pour rejoindre la capitale

280 L'intervention de la Cour n'en sera pas moins quasi unanimement saluée, la société civile y voyant un acte symbolique permettant de tourner la page d'une décennie de violences ayant eu une échelle quasi inédite dans l'Histoire. Le soutien de principe ne se démentira jamais, malgré les difficultés de l'accusation et les critiques toujours plus importantes sur les *modalités d'action* du Procureur et ses stratégies de poursuites.

281 Jugement, page 490, paragraphe 1201 : « En outre, la RDC n'a été à aucun moment, pendant la période considérée, en mesure d'exercer pleinement sa souveraineté sur l'Ituri. Les autorités gouvernementales, tant centrales que régionales, de la RDC se sont révélées incapables de fonctionner publiquement et de jouer leur rôle sur cette partie de son territoire, même si elles se sont engagées dans une opération de contre-offensive à partir du mois de novembre 2002. ».

de la Province, Goma, poumon économique régulièrement détruit par les invasions et les coulées de lave et situé à la frontière avec le Rwanda. Seules quelques campagnes de vaccination permettent, tous les deux ou trois ans, de faire vivre la fiction d'une appartenance à un ensemble plus grand, bien que ces campagnes soient alors le plus souvent menées par la Croix rouge nationale et non par des autorités étatiques. Seul un correspondant de l'ANR, l'Agence nationale du Renseignement, qui est souvent le chef – parfois appelé le maire – du village, fait office d'interface précaire et aléatoire avec l'administrateur du territoire.

Dans ces villages que nous avons visités à plusieurs reprises dans le cadre d'un séjour de recherche d'un mois au sein du Nord-Kivu et qui, dans le seul territoire du Masisi, regroupent plus d'un million de personnes, dont 350 000 déplacées[282], rares sont les personnes à avoir été à Goma. Elles en parlent alors comme d'une expérience mémorable, et en demandent des nouvelles pour réaffirmer la prééminence et le statut que leur offre un tel voyage auprès de leurs pairs. Bien qu'il soit possible, le soir, dans les chefs-lieux, d'avoir accès à la BBC francophone grâce à une radio à piles chèrement acquise au marché par le correspondant de l'ANR sur injonction de l'administrateur du territoire, Kinshasa n'apparaît jamais dans les conversations. Dans les faits, le territoire est contrôlé par des forces armées indépendantes ou temporairement alliées à un des États présents sur le territoire, aux mouvements fluctuants et qui provoquent des alliances et retournements d'alliances exposant de façon permanente les habitants. Seule la MONUSCO, dont la présence se limite cependant aux plus grands foyers de population et à des camps retranchés installés depuis plusieurs années, dispose d'une autorité relativement permanente, gage de stabilité pour les populations. Encore ses responsables admettent-ils sans fard de s'allier localement à telle ou telle milice pour lutter contre telle autre, considérée comme plus dangereuse et meurtrière. Ce même territoire, délié de tout lien avec le pouvoir central, élit pourtant huit députés à l'assemblée nationale congolaise[283].

Ces éléments sont d'une importance majeure pour notre problématique. Alors que le chef adjoint de la MONUSCO a déclaré le 13 mars 2014 dans son point de presse hebdomadaire, avec enthousiasme, que l'État congolais contrôlait enfin 80 % de son territoire, ce qui, affirmait-il, constituait une victoire impensable quelques années auparavant et devait être en partie créditée à la MONUSCO, il est permis de s'interroger sur plusieurs points. Tout d'abord, jusqu'où la fiction étatique permet-elle d'enclencher des processus juridiques malgré son absence de prégnance réelle, surtout lorsqu'il s'agit de processus juridiques fondés sur la complémentarité, et s'emboîtant mutuellement, comme c'est le cas du Système de Rome ? Ensuite, n'est-il pas absurde, voire illégitime pour la CPI d'agir dans des territoires et sur des populations qui, si

282 En l'absence d'État civil et de recensements, les évaluations se font par cumul des déclarations des chefs de village, en dehors de toute méthodologie scientifique et de cadre temporel rigoureux.

283 Il en va de même concernant le Territoire d'Irumu, où se trouve la collectivité de Walendu-Bindi qui a accueilli les conflits de l'affaire Katanga, et qui élit 5 députés, l'Ituri dans son ensemble en élisant 22.

elles ont une vague idée d'être sous l'autorité de Kinshasa, n'ont pour la plupart jamais entendu parler de la Cour pénale internationale et des obligations qu'elle comporte ? La fiction d'un droit censé être connu de tous, déjà difficile à appliquer sans nuances dans un pays comme la France, a-t-elle le moindre sens dans des territoires comme celui de l'Ituri ? La mission de la CPI est-elle civilisatrice, comme l'affirmait sans ambages Claude Jorda, ancien président du TPIY, juge à la CPI et l'un des plus éminents représentants de la justice pénale internationale : « Le juge est alors investi d'une véritable mission, il porte en lui les espérances de la communauté internationale ; il est porteur de civilisation, celle qui est reconnue comme commune à la communauté international »[284] ?

La première question mérite d'être posée. Nous vivons une période de l'Histoire qui ne supporte pas les « vides » institutionnels. Il n'est nul territoire sur l'ensemble de la planète – si l'on excepte quelques *anomalies* comme les territoires maritimes au-delà des 200 miles conventionnels, ou encore l'Antarctique[285] – qui ne fasse l'objet d'une emprise souveraine théoriquement exclusive. Contrairement à d'autres époques où la cartographie laissait des espaces vides où très vaguement nommés sans que cela ne provoque la moindre angoisse[286], notre perception du monde se caractérise aujourd'hui par une nécessité d'exhaustivité qui se double d'une volonté de contrôle – fût-elle fantasmatique. Il n'est pas interdit de voir dans la lutte anti-terroriste une expression de ce désir, voire de cette obsession, consistant à ne pas voir des territoires basculer dans une autre forme de légitimité qui mettrait à mal les efforts de construction établis depuis la fin du XIX^{e} siècle[287]. Comme l'indique la Chambre de première instance de

284 *In* Jorda C., « Considérations d'un juge international », *Libres cahiers pour la psychanalyse*, 2007, volume 2, numéro 16, page 155. Il affirmait déjà, sans interroger l'ethnocentrisme *nécessaire* des notions défendues, puisqu'élaborées au sein de civilisations spécifiques, dans une ère géographique délimitée et à une époque donnée, rappelons-le marquée par le fait colonial, c'est-à-dire malgré les proclamations, *de facto* raciste (nous interrogerons plus en avant la possibilité que l'universalisme soit, contre les apparences, *nécessairement* excluant), page 145 du même article : « le juge international pénal est avant tout un juge défenseur et porteur d'un certain nombre des valeurs de civilisations difficilement acquises entre les nations après les conflits les plus meurtriers de l'Histoire au cours des XIX^{e} et XX^{e} siècles. »

285 Ces deux espaces non-étatisés faisant eux-mêmes l'objet de régulations juridiques imposées par des conventions interétatiques, comme le Traité sur l'Antarctique du 1er décembre 1959, et étant à ce titre sous une emprise certes non individuellement étatique (bien que le Traité permette une administration souveraine non exclusive, ce qui a amené à la création du district d'Adélie au sein des Terres australes et antarctiques françaises), mais collectivement étatique, neutralisant toute autre forme d'organisation politique potentielle, malgré des revendications politiques qui rendent son statut de *terra nullius,* ou plutôt de *terra incognitae,* interrogeable. Seule la « Terre de Marie Byrd » ne serait, avec le territoire de Bir Tawil entre l'Egypte et le Soudan, réclamée par aucun État.

286 Et cela même dans le cadre d'espaces bien connus, proches et connectés à d'importants centres de pouvoir, comme par exemple l'Extremadura en Espagne, dont le qualificatif générique de « terres à la limite du *fleuve » (Extremo-Duero)* leur fut attribué parce qu'elles ne furent revendiquées par aucune des familles royales et seigneuriales ibères plusieurs décennies durant pendant le haut Moyen Âge.

287 Bien que traitant ce sujet de façon oblique en prenant pour objet la question de la citoyenneté, les travaux de Patrick Weil sur la citoyenneté et notamment *Nationalité et citoyenneté en Europe* (Paris, La découverte, 1998) tracent l'histoire de cette disparition progressive des « vides de la souveraineté » en Europe, puis par extension dans le monde.

la CPI dans sa décision sur la culpabilité de Germain Katanga : « À aucun moment, pendant la période considérée, le Gouvernement central de Kinshasa n'a été en mesure d'exercer pleinement sa souveraineté sur ce district »[288]. L'euphémisme manié par la Cour concerne en l'occurrence l'Ituri, mais il pourrait être étendu à tout le Nord-Est de la RDC, y compris l'ensemble des Kivu, lors de la « période considérée », c'est-à-dire d'août 2002 à mai 2003. Il n'est cependant à aucun moment évoqué par les juges pour ce qu'il révèle de plus profond : la difficulté de légitimer l'action d'une instance créée par des États sur un territoire et des individualités durablement désétatisés[289].

Cet élément peut cependant paradoxalement servir de justification à l'action du Procureur selon la perspective que l'on adopte sur le rôle de la CPI et son ambition. Au moment des faits, la présence étatique directe est donc nulle ou quasi nulle dans les régions faisant l'objet d'un conflit en RDC, rendant l'hypothèse d'un traitement juridique de ceux-ci et d'une lutte contre l'impunité à l'échelle nationale peu probable. La région a surtout fait l'objet de violences ayant atteint des dimensions extra-ordinaires avant l'entrée en fonctions de la Cour pénale internationale, mais qui ont alors marqué « la conscience humaine » et trouvent un prolongement à la fois symbolique et politique dans les événements que va traiter le Procureur. Principalement après le génocide rwandais d'avril à juillet 1994, plusieurs vagues de violences massives ont déferlé sur le Nord-Est du Congo, impliquant de nombreuses puissances régionales et entraînant la mort de cinq à dix millions de personnes. À défaut de pouvoir poursuivre les responsables de celles-ci, le Procureur n'en considère pas moins que la situation présente, au moment de sa prise de fonctions, une dimension symbolique encore majeure. Il considère par ailleurs que la stabilité, du fait de l'impunité ayant cours dans la région, est précaire et pourrait être accrue du fait d'une intervention judiciaire. Il peut finalement s'appuyer sur la ratification du Statut de Rome non seulement par la RDC, mais aussi par la République Centrafricaine, l'Ouganda, le Congo Brazzaville, le Tchad et le Kenya, puissances impliquées plus ou moins directement dans le conflit et ayant elles-mêmes fait l'objet de conflits périphériques. C'est donc une pacification globale de l'Afrique des Grands Lacs par l'action judiciaire que le Procureur peut envisager, par le droit, et qui correspond selon lui aux objectifs qui ont été fixés par le Préambule du Statut de Rome. La multiplication des enquêtes dans les pays de la région, y compris au Soudan par la suite d'une saisine du Conseil de sécurité, confirmerait cette ambition. Cette dernière est énoncée en des termes simples : il s'agit de montrer que « la violence ne paye plus » dans des régions où elle est pourtant devenue endémique. Il s'agit surtout de discours que nous feront porter au Procureur afin de « rationnaliser » son action aux yeux extérieurs de l'institution, donnant une cohérence grandiloquente

288 Opinion minoritaire de la Juge Christine Van den Wyngaert (ICC-01/04-01/07-3436, 7 mars 2014), paragraphe 432.

289 Voir sur le rapport de l'État au territoire, et de l'incapacité du droit de se défaire de l'État, la réflexion de Maurice Flory dont nous ne partageons pas les conclusions : « Le couple État-territoire en droit international contemporain », *Cultures & Conflits* 21-22, printemps-été 1996.

a posteriori à ce qui fut avant tout un concours de circonstances lié à une situation politique et géostratégique favorable[290].

Cette approche souffre de contradictions et d'insuffisances. La première fait partie des raisons mêmes pour lesquelles le Procureur a décidé d'agir : l'absence d'État dans la région rend, non plus seulement d'un point de vue philosophique mais simplement pratique, très difficile l'action de la Cour, par essence subsidiaire, c'est-à-dire nécessitant *a minima* l'existence d'un État. La CPI ne dispose en effet pas d'armée ou de force de police permettant d'arrêter les suspects ou de protéger les enquêteurs. Le Procureur l'annonce sans fard le 8 septembre 2003 : si pour une raison ou une autre la sécurité de ses équipes ne pourrait être assurée sur le terrain, alors les enquêtes se feraient « à distance » et les éléments de preuve seraient récoltés par le biais d'intermédiaires. Malgré la présence de la MONUC, qui deviendra la MONUSCO, cela entraînera d'importantes difficultés qui amèneront l'institution à réduire au maximum ses déplacements sur le terrain. Elles limiteront par ailleurs très grandement son champ d'action. La première visite de membres de la Cour dans la région de l'Ituri a ainsi lieu en juillet 2004, c'est-à-dire après la décision d'ouvrir une enquête[291]. Les fonctionnaires du Bureau du Procureur ne commencent eux à se déployer qu'à l'automne 2004, sans quitter pour de nombreuses années la capitale Bunia. Quant au Procureur, il ne viendra en Ituri, pour une visite purement symbolique émaillée de rencontres séparées avec des groupes ethniques, que le 10 juillet 2009, deux mois avant l'ouverture prévue du procès et six mois avant son ouverture effective[292]. Ce n'est qu'en 2014, au mois de mars, que la première mission d'enquête et les premiers actes d'enquête sont menés par le Bureau du Procureur sur le terrain, c'est-à-dire cinq ans après l'ouverture officielle de l'enquête et trois ans après la mise en accusation de Germain Katanga[293]. Ces actes, dont une expertise balistique et une « vidéo à 360 degrés », ne seront pas admis par la Chambre du fait de leur faible valeur probante. Les juges, eux, s'y déplacent dans la dernière phase du procès,

290 Dans lesquelles jouèrent un rôle important le désintérêt et la vague gêne des puissances occidentales face à une situation dégradée choquant une partie de leur opinion publique, dans une région où leurs intérêts directs n'étaient pas en jeu et ne justifiant pas une implication directe ou de trop importants investissements. Le Procureur avait ainsi « champ libre », tant il était assuré qu'il ne gênerait aucune des grandes puissances.

291 Communiqué de presse de l'ONU du 29 septembre 2004 http://www.un.org/apps/newsFr/storyF.asp?NewsID=9057&Cr=RDC&Cr1=CPI#.U0xrmF7LDrY

292 Bien qu'en ayant dressé un procès verbal, la Chambre considère que cette visite ne peut être considérée comme un acte d'enquête, laissant entendre qu'il s'agissait principalement d'une opération de sensibilisation et de communication (Jugement, pages 52 et 53, paragraphes 106 à 108). Les différents articles de presse ayant traité de la question abondent en ce sens. Voir notamment la dépêche de l'agence de presse étatique chinoise Xinhua en date du 9 juillet 2009 comportant des citations du porte-parole de la CPI en RDC décrivant l'objet et les activités prévues lors de la visite : http://www.congoplanete.com/article.jsp?id=45262222 (consulté le 22 juillet 2014).

293 Ces premiers actes d'enquête, modestes, sont décrits dans le paragraphe 10 du Mémoire de l'Accusation, en application de la norme 35, aux fins de divulgation d'éléments à charge ou relevant de la règle 77, de modification de la liste des éléments à charge et de la liste de témoins à charge (ICC-01/04-01/07-1305, 15 juillet 2009), et cité par la Chambre dans son Jugement, paragraphe 61.

avant les plaidoiries finales, du 16 au 20 janvier 2012, et ce malgré l'opposition du Procureur. Il faudra attendre le 10 décembre 2009 pour que le Président de la Cour à son tour se déplace dans le pays qui a pourtant concentré l'écrasante majorité des activités de l'institution depuis sa création. Il y donnera une conférence sur la paix dans l'Afrique des Grands Lacs.

C'est donc dans un contexte de fin de conflit, marqué par un intense interventionnisme et des enjeux de pouvoir colossaux, que le Procureur décide d'intervenir en RDC. Il va le faire, contraint par ses propres manœuvres, non pas pour accuser les principaux responsables d'une guerre dont nous avons montré l'importance historique, mais trois personnalités de piètre importance au sein des hiérarchies militaires et politiques des forces en présence sur le terrain.

L'affaire Katanga, qui va être jointe dans un premier temps avec l'affaire Ngudjolo, concerne ainsi une attaque menée le 23 février 2003 contre un village de l'Ituri, Bogoro, situé sur la route de Bunia, chef-lieu de l'Ituri.

Cette attaque en particulier, à la gravité « moyenne » relativement au contexte de l'époque, est choisie de par une conjonction de facteurs éloignés de l'évaluation juridique : documentée par un rapport de la MONUC et un autre de HRW – les deux se recoupant largement – sur lesquels l'accusation compte s'appuyer, l'attaque est devenue de ce fait un des « points visibles » (visibilité à la portée toute relative étant donné le désintérêt généralisé qui règne pour les événements dans cette région) de la guerre en Ituri pour les milieux intéressés par celui-ci dans les pays développés. Ces rapports permettent de plus un établissement des faits, même sommaire et non invocable judiciairement, compatible avec les codes judiciaires occidentaux et libéraux qui dominent le Système de Rome, qui pourraient ainsi être rapidement traduits en ce dernier langage. L'un d'entre eux insiste lourdement sur la question ethnique, ce qui laisse espérer de multiples incriminations, un discours audible de la part de l'accusation et une caractérisation des crimes facile à mettre en œuvre.

Par ailleurs, parmi les combattants et militaires arrêtés par Joseph Kabila pour satisfaire les demandes de la communauté internationale, deux personnes semblent liées à cette attaque, dont Germain Katanga qui affirme avoir participé à celle-ci – nous verrons plus tard qu'il s'agissait en fait d'une attaque plus ancienne, mais aucune vérification ne sera menée à cet égard. Germain Katanga est par ailleurs présenté par les autorités congolaises comme un Général et donne donc l'impression d'être une personnalité importante, surtout pour les audiences distraites, tandis que sa faiblesse réelle permet de s'assurer que son transfert ne déstabilisera pas la région. Il a l'avantage d'être un Lendu, ce qui permettra à l'accusation de mettre son affaire en symétrie avec celle de Thomas Lubanga, Hema, et de juger ainsi en « équité » ce qu'elle perçoit comme un conflit ethnique. Milicien, surnommé « le lion », tandis que son acolyte serait « le léopard », il n'y a pas de raison de douter qu'il ait été l'un de ces « entrepreneurs de la haine » faisant preuve de la « violence sauvage » à laquelle le Procureur a déjà fait référence. Finalement, il est considéré comme un allié de M. Kabila, donnant au Bureau du Procureur l'opportunité de tenir un discours d'indépendance, et de prétendre être en mesure de s'attaquer à des alliés des souverains. En somme, Germain Katanga, et

l'attaque de Bogoro, semblent offrir une opportunité unique au Bureau du Procureur pour enclencher rapidement des procédures afin de *lancer* l'institution sans difficultés majeures.

Chapitre 2

L'affaire Katanga, la difficile codification juridique d'une réalité impensée

Une fois présentés les prolégomènes de l'affaire Katanga, il nous faut maintenant introduire l'accusé et les faits, tels qu'ils ont été décrits par les différentes parties, puis caractérisés par la Cour. Les faits et le processus de leur *codification judiciaire* sont rarement étudiés par la doctrine, et hormis dans le cas des affaires les plus spectaculaires, sombrent le plus souvent avec l'anonymat des accusés. C'est pourtant ces *éléments de réel*, leur réception par les différentes personnalités qui participent aux procédures et leurs interprétations successives dans le cadre du déroulé des audiences qui sont, bien plus qu'une rationalité abstraite trop souvent invoquée, à l'origine de la création et de l'évolution de ce qui devient par la suite jurisprudence. L'étude de ces différents facteurs va nous permettre de tenter de voir comment un système fait de mots et de concepts réussit ou non à s'approprier une réalité, à la qualifier et surtout à la *dire*.

En l'espèce, les *faits établis* ont été peu nombreux, tandis que d'autres furent à raison largement contestés avant de se voir écartés. Plus encore, nul élément ne permit de connaître les commanditaires et exécutants de l'attaque qui valut à Germain Katanga sa condamnation[294], ni le nombre réel de victimes de celle-ci. Loin d'agir « pour établir la vérité des événements, les atrocités ainsi commises devenant alors des

294 Et cela à l'échelle la plus simple, c'est-à-dire celle de l'attaque en elle-même, sans même s'attarder sur les responsables hiérarchiques qui l'ordonnèrent et la dirigèrent depuis les capitales régionales et nationales.

faits établis en droit »[295], le procès de l'affaire Katanga aura permis de *faire condamner* à partir de fondements quasi inexistants et d'une construction juridique exponentiellement élaborée. Bogoro, contrairement à « Srebrenica, Vukovar ou encore Sarajevo », n'est pas devenu un « site judiciaire[296] » capable d'imprimer par sa codification en droit international pénal les rétines et les consciences, ni lever le voile sur sa propre réalité. À l'aune des éléments que nous allons présenter, une question s'impose, troublante, nécessaire : une justice pénale sans ambition de véridiction peut-elle exister[297] ?

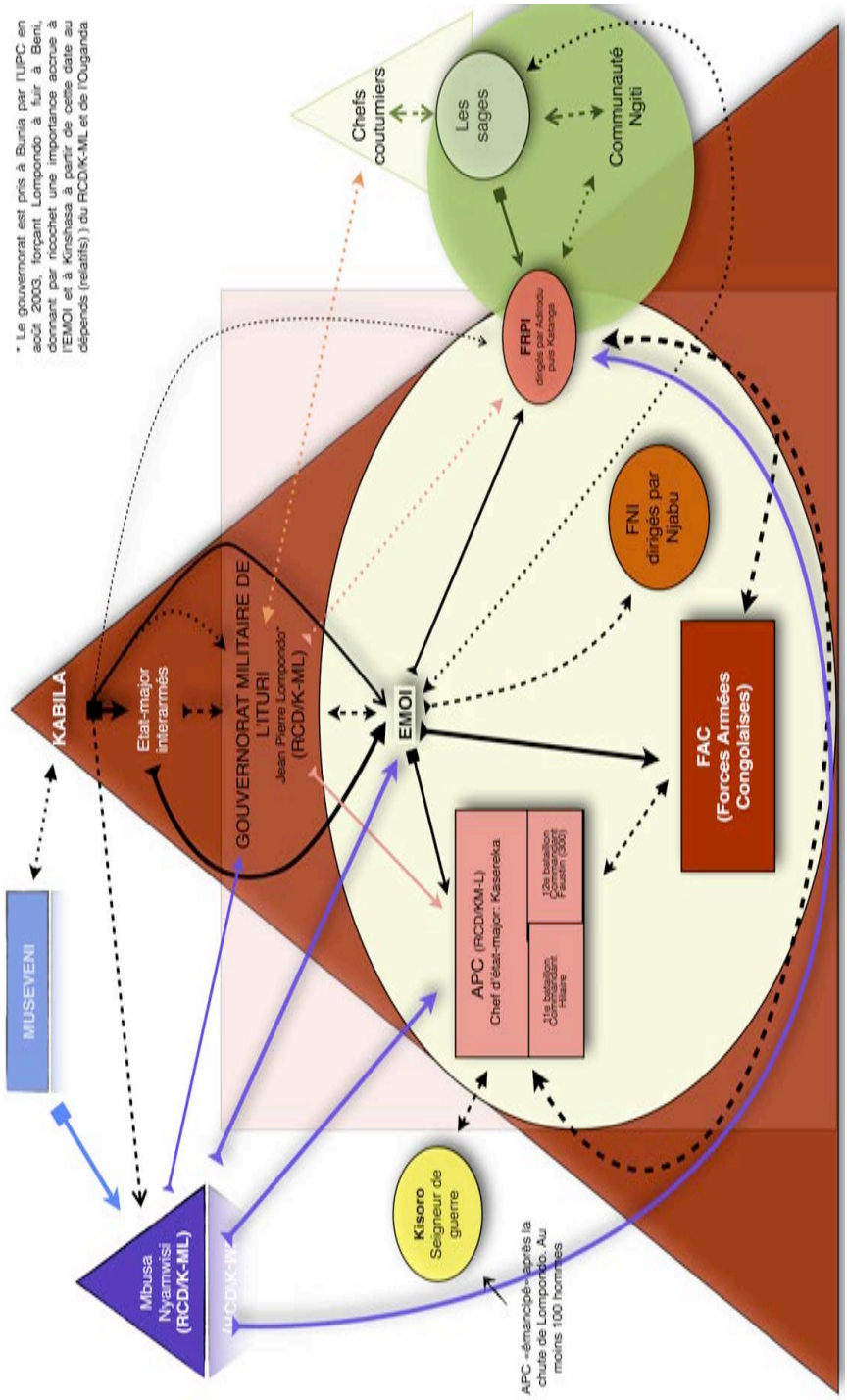
Pour tenter de le comprendre, et après avoir présenté les schémas résumant les différents *rapports* hiérarchiques, politiques et militaires entre les principaux acteurs de cette affaire, nous partirons d'une présentation de l'accusé tel qu'il a été *vu* par la Cour (A), avant de revenir sur les faits propres à l'affaire (B).

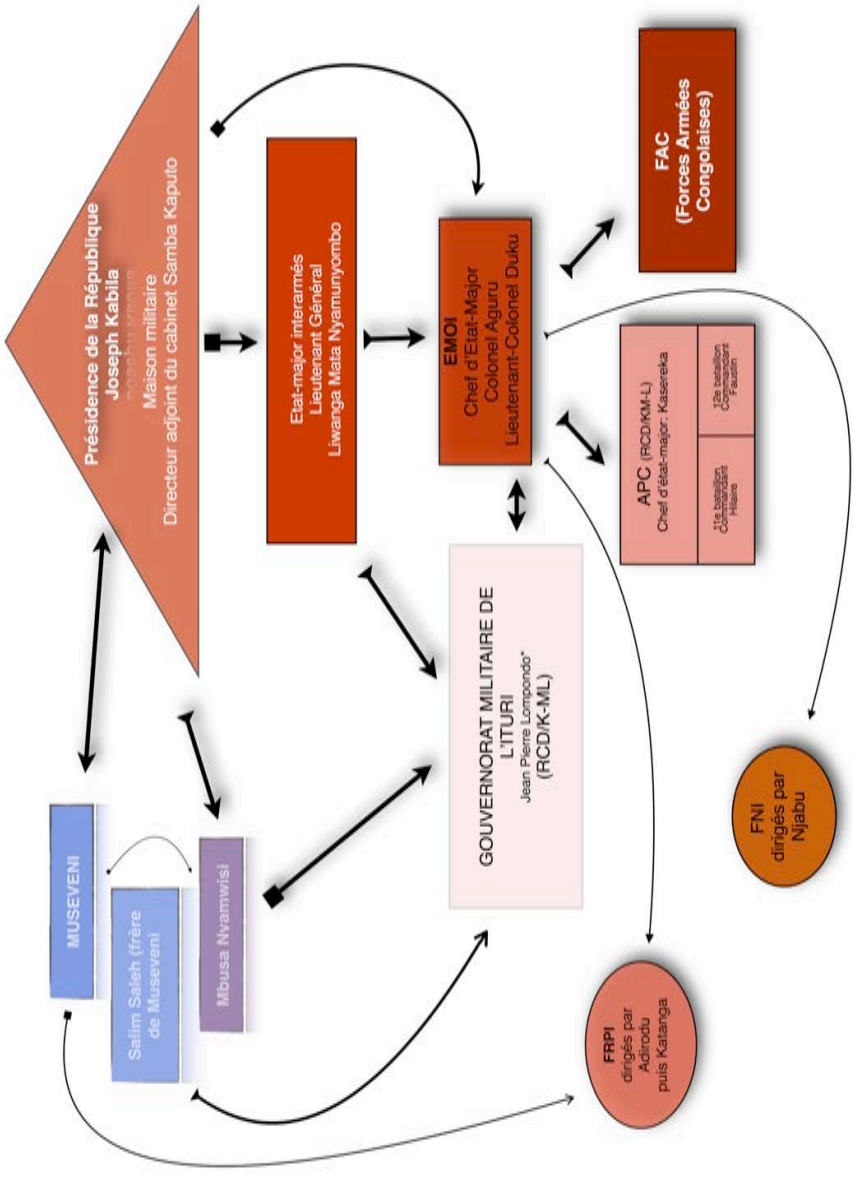
Structuration hiérarchique, politique et militaire des forces ayant participé à l'attaque de Bogoro dans le cadre de la « reconquête » de l'Ituri. Élaboration propre. Les carrés à l'origine des flèches indiquent une « source initiale », contrairement aux triangles qui indiquent une source secondaire. Les lignes « continues » indiquent une autorité directe, les lignes en pointillés indiquent une relation secondaire ou un rapport d'autorité partiel, voir une relation sans hiérarchie fixe lorsqu'elles sont « emboutées » par des flèches à ses deux extrémités.

295 *In* Jorda C., « Considérations d'un juge international », *Libres cahiers pour la psychanalyse*, volume 2, numéro 16, 2007, page 154.

296 *Ibid.*

297 Nous restreignons volontairement la question à la justice pénale, d'autres domaines de la justice ayant montré, notamment par le truchement de l'arbitrage, qu'il ne s'agissait pas nécessairement là d'un objectif premier de la justice dans son ensemble. Cette question est cependant d'autant plus importante de manière générale que la construction occidentale de la notion de justice pénale depuis le Moyen Âge s'est faite sur la notion de vérité (jusqu'à faire de pratiques comme celle de la « question » des mécanismes centraux des procédures judiciaires), y compris dans ses formes les plus douces et contemporaines, comme peut l'être aujourd'hui la justice transitionnelle.


* Le gouvernorat est pris à Bunia par l'UPC en août 2003, forçant Lompondo à fuir à Beni, donnant par ricochet une importance accrue à l'EMOI et à Kinshasa à partir de cette date au dépends (relatifs) du RCD/K-ML et de l'Ouganda
KABILA
MUSEVENI
Etat-major interarmées
GOUVERNORAT MILITAIRE DE L'ITURI
Jean Pierre Lompondo*
(RCD/K-ML)
EMOI
Chefs coutumiers
Les sages
Communauté Ngiti
FRPI
dirigée par Adoudu puis Katanga
FNI
dirigés par Njabu
FAC
(Forces Armées Congolaises)
APC (RCD/KML)
Chef d'état-major: Kisereka
1ère bataillon Chef: Kisereka Hiaire
2ème bataillon Chef: Faustin (300)
Mbusa Nyamwisi
(RCD/K-ML)
Kisoro
Seigneur de guerre
APC - émancipé - après la chute de Lompondo. Au moins 100 hommes


Présidence de la République
Joseph Kabila
Maison militaire
Directeur adjoint du cabinet Samba Kaputo
Etat-major interarmés
Lieutenant Général
Liwanga Mata Nyamunyombo
EMOI
Chef d'Etat-Major
Colonel Aguru
Lieutenant-Colonel Duku
FAC
(Forces Armées
Congolaises)
APC (RCD/KML)
Chef d'état-major: Kasereka
1de bataillon
Commandant
Hilaire
2e bataillon
Commandant
Faustin
GOUVERNORAT MILITAIRE DE
L'ITURI
Jean Pierre Lompondo*
(RCD/K-ML)
MUSEVENI
Salim Saleh (frère
de Museveni
Mbusa Nyamwisi
FRPI
dirigés par
Adirodu
puis Katanga
FNI
dirigés par
Njabu

A. L'accusé vu par la Cour

Le parcours et la personnalité de l'accusé font traditionnellement l'objet d'une analyse étendue tant dans les procédures en droit international pénal que dans la plupart des droits pénaux nationaux. La Cour pénale internationale et l'affaire Katanga ne dérogent pas à la règle. Si le Jugement se concentre sur la période précédant et suivant immédiatement l'attaque de Bogoro, de longues heures de l'interrogatoire et de contre-interrogatoire des nombreux témoins, à commencer par Germain Katanga, ont permis de dresser un portrait relativement objectif de l'accusé et de son évolution. Nous compléterons cette perception de la Cour par les éléments que l'accusé nous a lui-même fournis, après les avoir contrastés, éléments qui permettent de dresser un tableau sensiblement différent de l'accusé et des événements qui l'ont amené à être présenté à la CPI.

1. Les premières années de Germain Katanga

a. Les origines

Germain Katanga, né le 28 avril 1978 à Mambasa[298], petite ville du district de l'Ituri, dans la Province Orientale de la RDC, a 24 ans le 24 février 2003[299]. De religion protestante[300], sans diplôme attesté[301], mais ayant appris un français sommaire dans le cadre de ses études secondaires[302], il a, depuis l'âge de 20 ans, survécu grâce à

298 L'orthographe de la commune de 20 à 30 000 habitants n'est pas stabilisée et peut être trouvée sous la forme « Mambassa ». La ville a été relativement épargnée par les premiers troubles qui touchent l'Ituri suite à la Première guerre du Congo, mais se trouve au centre des violences de la seconde, perdant selon certaines sources jusqu'à un tiers de sa population.

299 Mandat d'arrêt à l'encontre de Germain Katanga (Chambre préliminaire I, ICC-01/04-01/07-1-US, 2 juillet 2007), page 8.

300 Pendant notre entretien, alors que nous lui demandons s'il est croyant, il nous répond : « Un vrai croyant. Dans mon souvenir, on m'a dit que j'avais été baptisé protestant. Personnellement, je crois à l'existence de Dieu. Il y a beaucoup d'églises en Ituri. Les pasteurs et les prêtres ne jouent pas de rôle politique. C'est un monde complètement différent des chefs coutumiers, qui sont comme des démons pour le prêtre et le pasteur. Les chefs coutumiers peuvent prévoir la sécheresse, ils transmettent leurs messages de bouche à oreille. Par contre si je passe pendant une messe, et que j'ai l'information comme quoi il faut semer tôt, le pasteur pourra la relayer. » Germain Katanga précisera par ailleurs que les rencontres entre ces deux autorités sont d'évidence régulières, mais qu'elles se déroulent en dehors du scrutin public.

301 Il se présente à l'obtention du certificat national de fin d'études en 2001, qu'il rate. Il le tente à nouveau après l'attaque de Bogoro, en 2004, à l'âge de 23 ans. Le CNFE vient sanctionner six ans d'études secondaires et pourrait être considéré comme l'équivalent du baccalauréat français.

302 À son arrivée à La Haye, Germain Katanga a une connaissance quasi inexistante du français, si ce n'est quelques mots de vocabulaire qui lui permettent d'interagir ponctuellement pour des questions basiques avec des représentants de la MONUC notamment. Il apprend le français, l'anglais et le néerlandais pendant le temps de son arrestation à La Haye. Son témoignage devant la Cour, en septembre 2011 s'ouvre ainsi par la question habituelle portant sur son état civil, auquel il répond de la façon suivante : « Le nom qu'on m'appelle, c'est Germain Katanga ». Capable de construire des phrases à la syntaxe approximative, il décide de témoigner en français pour que sa parole ne soit

ses activités agricoles, et ponctuellement, avec l'aide de communautés pygmées[303], en pratiquant la chasse et le braconnage, principalement menées contre des okapis et des éléphants, dans les alentours de la communauté de Walendu-Bindi, où se trouve la petite ville d'Aveba[304]. À propos de la chasse aux éléphants, pratique pluriséculaire en Ituri, Germain Katanga raconte :

> « Il fallait choisir l'éléphant (surtout des mâles, adultes, qui peuvent vous donner de bonnes défenses, puis l'abattre, une fois trouvé par les Pygmées, d'un tir. On enlevait les défenses en les découpant à la scie, et puis chacun repartait avec son lot, à pied. Non, non, nous n'avions même pas de moto. Nous ne pouvions pas prendre la viande, qui est de qualité médiocre : il fallait faire cinquante kilomètres en portant le matériel et ce que nous avions réussi à obtenir pour retourner à la ville et le vendre. Du coup j'en profitais pour faire de la chasse, je partais deux, trois jours avec des chasseurs plus expérimentés que nous. Mon avantage était de pouvoir aller en ville pour pouvoir vendre la viande. À l'époque la vie n'était pas chère, c'est seulement maintenant que l'ivoire vaut beaucoup d'argent. On en tirait le minimum pour avoir une vie sociale moyenne. »

Katanga parle le lingala[305] et le kingwana, un sous-dialecte issu du swahili, qui n'est pas la langue parlée par l'ethnie Ngiti[306]. C'est d'ailleurs dans cette dernière langue qu'il gagne son surnom : Simba, « le lion », que le Procureur associera à tort initialement à ses victoires militaires, et qui lui a en fait été donné dès la naissance par ses parents en hommage à son grand-père maternel, ainsi dénommé[307].

---

pas « filtrée », tout en alternant au long du procès avec le lingala, pour préciser des éléments, ou lors de prises de parole spontanées (transcription du témoignage de Germain Katanga, document ICC-01/04-01/07-T-314-FRA, page 18, ligne 17. Ci-après les témoignages seront évoqués selon leur numéro d'archivage, soit ICC-01/04-01/07-T-XXX-FRA). Son avocat est lui anglophone et intervient dans sa langue natale devant la Cour.

303 De notre entretien : « La chasse se faisait en groupe. Il fallait être avec des pygmées, ce sont de vrais pisteurs, ceux qui connaisssent. » Ce lien sera déterminant pour la suite des événements, comme nous le verrons.

304 Jugement, page 202, paragraphe 527. Voir aussi : ICC-01/04-01/07-T-315-FRA, page 22, lignes 20 à 28. Germain Katanga nous précisera par ailleurs avoir « travaillé aux champs » afin d'aider son père naturel une fois arrivé à Aveba, champs situés à une dizaine de kilomètres du village et d'où il partait chasser plusieurs jours.

305 Langue nationale en RDC. L'accusé s'est appuyé pendant la majeure partie de son procès sur une traduction simultanée en lingala des propos tenus tant en français qu'en anglais par les différentes parties. Il précise dans son témoignage préférer le lingala (ICC-01/04-01/07-T-314-FRA, page 21, ligne 19).

306 Jugement, page 507, paragraphe 1247. Il faut dès à présent relativiser cette question ethnique, qui a pris une dimension cardinale dans le procès sur des fondements contestables. Ainsi, si Germain Katanga se considère comme membre de la communauté Ngiti, son appartenance à celle-ci n'est due qu'au fait que cette communauté a une structure patriarcale forte qui impose la primauté des origines paternelles. Germain Katanga est en effet fils d'un couple « mixte » — si tant est que la caractérisation ait un sens dans une région où cette mixité est la norme – sa mère étant « yogo » et originaire du Haut Uélé selon l'accusé. Il ne rejoint la communauté qu'une fois adulte, et n'utilise donc pas sa langue.

307 Il s'agit d'une question importante sur laquelle nous reviendrons, cet élément ayant influencé la décision du Procureur de poursuivre Germain Katanga ainsi que Mathieu Ngudjolo, qui était lui

Abandonné à la naissance par ses parents, né selon ses propres termes « par erreur »,[308] élevé par son oncle, militaire mobutiste, et sa femme, il perd son père d'adoption lors de la Première guerre du Congo (1996-1997) en 1996.

> « Mon oncle me cachait de mon père. Ma mère ne m'avait jamais dit. Je l'ai rencontrée pour la première fois vers neuf ou dix ans. Mon oncle prétendait qu'il était mon père et qu'il allait recevoir la visite de sa sœur. Mais j'ai tout de suite compris. Mes grands frères le savaient, mais ne m'avait jamais rien dit. Quand je m'en suis rendu compte, j'ai bizarrement eu du mal à y croire, alors que j'avais tout de suite compris que c'était elle. Je l'ai rejetée complètement, j'ai fait comme si ça n'avait pas d'importance. Mais je me suis tout de suite demandé : qui est mon père. On n'a rien voulu me dire. Je suis parti un an dans une communauté religieuse pour vivre avec ma mère, pour la connaître, mais surtout pour lui faire dire qui était mon père. Mais mon oncle l'a obligée à ne pas le dire. Il n'empêche que j'étais gâté. J'ai jamais vu un parent comme ça. Ma mère adoptive m'a pris en chargé à partir de l'âge de deux ans, je l'ai découvert plus tard, et je la considère comme ma vraie mère. »

Agé de dix-huit ans au moment de la mort de son oncle, expulsé du camp de Mambasa où il avait jusqu'alors vécu en autarcie – le camp était grillagé et la seule possibilité d'en sortir était de s'échapper, ce que faisait Germain Katanga, au risque de punitions violentes — et soumis à une discipline stricte aux côté de vingt autres enfants, Germain Katanga doit interrompre alors sa formation décrite comme « militaire » par la Chambre de première instance[309], mais qui correspond plus précisément à une formation de police au sein de la gendarmerie congolaise.

> « On nous apprenait à ne pas discuter les ordres. Exécuter d'abord, et si ça implique de commettre une faute, s'expliquer après. Si une personne faisait une erreur, alors c'était la punition collective. Du coup, j'étais naturellement un peu barbare, brutal, pas vraiment dans le sens négatif : je me bagarrais beaucoup, je m'opposais à l'autorité inculquée… »

Sa mère adoptive ne peut plus le prendre en charge. Germain Katanga part alors à la recherche de son père. Après l'avoir retrouvé[310], son père demande à sa femme la permission de récupérer Germain Katanga. C'est ainsi que ce dernier s'installe dans la petite ville d'Aveba à 20 ans[311], en 1998, auprès de son père naturel enfin retrouvé, infirmier et père de quinze enfants.

> « J'ai complètement changé. Il fallait que je puisse m'intégrer à cette vie civile, que j'apprenne à parler la langue, à discuter, à être à égalité. J'ai été intégré très rapidement, même si je ne parlais pas la langue, parce que mes frères n'avaient

surnommé Chui, « le léopard ». En ce qui concerne l'origine du surnom, voir la transcription ICC-01/04-01/07-T-314-FRA du témoignage de Germain Katanga, page 18, ligne 19 et 24.

308 Sa mère, sœur dans un couvent, rencontre son père, infirmier et conçoit Germain Katanga qui, par nécessité, et dès lors confié au frère de la mère. (ICC-01/04-01/07-T-314-FRA, page 33, ligne 5).

309 À plusieurs reprises, notamment Jugement, page 166, paragraphe 437.

310 « J'ai trouvé d'abord à Nyakunde un contact avec un cousin qui a informé papa, qui est venu à Nyakunde. On s'est reconnus immédiatement. C'était très émouvant. »

311 ICC-01/04-01/07-T-314-FRA, page 36, ligne 7.

> eux non plus pas grandis à Aveba. Ils savaient que j'existais oui, je me suis bien senti très rapidement. La vie se focalisait sur l'agriculture et l'élevage, et pour soulager les autres frères, on m'a rapidement intégré à l'élevage. Je m'occupais d'une trentaine de chèvres. Papa avait des terrains communaux qu'il gérait. C'était un hectare ici, un autre là bas, on ne savait pas trop exactement, le début et la fin des terrains n'étaient pas vraiment fixés. J'ai principalement travaillé le riz, les bananes, les fruits de la passion, l'ananas. Ca m'a permis d'intégrer la vie civile, ce que je n'avais jamais fait. Je gardais les chèvres, j'allais aux champs, je découvrais le contact avec la nature. Avec mon oncle, je me dirigeais naturellement vers la voie militaire. Ça a été difficile de passer à la vie civile, d'aller à l'école. J'avais gardé des armes du camp, ce qui m'a permis de commencer à chasser, que pendant les vacances parce que tout le monde allait à l'école. J'ai commencé à avoir une vraie culture forestière. Je n'avais plus besoin de continuer ma carrière militaire. »

Il ne quittera plus Aveba, proche d'un camp militaire où stationnent les forces ougandaises et ses alliés de l'Union des patriotes congolais (UPC) dirigés par un certain Thomas Lubanga, première personne condamnée par la CPI[312]. C'est de ce village que partira cinq ans plus tard l'attaque de Bogoro – village tenu par l'UPC – attaque qui valut à Katanga d'être transféré à La Haye.

À cette époque, la province est complètement désertée par l'État congolais[313], et les forces rebelles de Laurent-Désiré Kabila (AFDL[314]) parties du Kivu voisin, et appuyées par le Rwanda et l'Ouganda, sont sur le chemin de Kinshasa, forçant le repli des maigres forces armées congolaises (FAC) loyales au pouvoir vers la capitale. L'Ituri est riche en ressources naturelles, et notamment en or, ce qui, en l'absence de contrôle étatique, rend la province fertile en groupes armés qui se financent par leurs propres conquêtes, tandis que pullulent intermédiaires étrangers, régionaux et occidentaux, qui exploitent illégalement et en dehors de tout contrôle ces ressources en s'appuyant sur ces milices. La désintégration de l'URSS a ouvert aux plus offrants de nombreux arsenaux, et les matières premières s'échangent directement sur les tarmacs, ou plutôt pistes de terre battue, des villages congolais, contre armes légères et lourdes, *au poids.* Aux antipodes de Kinshasa, l'Ituri, frontalière de l'Ouganda et du Soudan[315], constitue avec le Nord-Kivu qui le borde au Sud, frontalier lui du Rwanda, une porte d'entrée idéale pour les forces étrangères[316] et une base arrière confortable pour des rebellions à ambition nationale.

312 ICC-01/04-01/07-T-314-FRA, pages 40 (lignes 24 et suivantes) et 41 (lignes 1 à 5). Des hélicoptères et des chars notamment.

313 Alors encore appelé Zaïre et dirigé par un Mobutu proche de la sénilité et marqué par la déréliction de sa fin de mandat.

314 Alliance des forces démocratiques pour la libération du Congo.

315 Et proche de la République Centrafricaine.

316 D'autant plus qu'elles proviennent de pays « ramassés », c'est-à-dire denses et aux dimensions beaucoup plus modestes et dont les capitales sont bien plus proches de ces territoires que ne le sont Kinshasa ; les autres villes congolaises les plus importantes, comme Lubumbashi ou Mbujimayi ; ou même la capitale provinciale Kisangani.

Pendant la Première guerre du Congo et lors des années qui ont suivi, la province est passée sous la tutelle de différentes puissances étrangères et de forces paraétatiques. Ses communautés ont fait l'objet de nombreux massacres et pillages, provoquant en retour la création de milices d'autodéfense, dont celle qui va progressivement naître et trouver son principal point d'appui à Aveba. Ces forces d'autodéfense ne peuvent au départ s'appuyer que sur des lances, des machettes et d'autres armes traditionnelles. Leurs principales protections, comme le décrivent Germain Katanga et de nombreux témoins de la défense et de l'accusation, prennent la forme de « gris-gris » offerts par les féticheurs et chefs coutumiers de leur communauté, et censés les protéger des attaques extérieures[317]. Ce n'est qu'avec la prise de pouvoir de Laurent Désirée Kabila, le 16 mai 1997, et sa décision de rompre avec le Rwanda et l'Ouganda en juillet 1998, que ces milices villageoises commencent à être approvisionnées en armes par le pouvoir central. Il s'agit d'en faire des alliés dans une stratégie de reconquête du territoire et de redistribution des ressources, et éventuellement à terme un point de départ de la reconstitution d'une armée nationale. Les milices, qui se constituaient ponctuellement et en réaction à des attaques, se structurent de ce fait et deviennent progressivement des forces armées à part entière, créant une nouvelle économie et de nouvelles hiérarchies. Les conséquences sont néfastes et durables : l'ensemble des structures sociales sont déstabilisées. Dans des sociétés où l'âge joue un rôle fondamental, les plus jeunes, facilement instrumentalisables, se trouvent dotés d'une puissance militaire et d'une emprise territoriale et économique inédites. L'autorité des dirigeants traditionnels est largement remise en cause. Certains recherchent de nouveaux équilibres, d'autres se constituent en seigneurs de guerre, la plupart emportent leurs communautés dans le conflit régional contre les promesses d'une ascension rapide. Afin de légitimer ces ruptures brutales, les stratégies discursives des nouvelles autorités s'appuient sur une essentialisation et une ethnicisation des conflits qui réifie les identités et permet de faire taire toute contestation. L'économie de la région est elle aussi profondément bouleversée et la province devient un fournisseur de matières premières pour de nombreuses multinationales qui y interviennent à travers des intermédiaires qui fonctionnent en dehors des lois, nourrissant corruption, cycles de violence et accaparement des ressources.

En 2001, à son arrivée à Aveba, Germain Katanga décide de finir ses études secondaires. Il est, à ce moment-là, un « vrai forestier » selon ses termes, c'est-à-dire quelqu'un habitué à vivre en isolement de longues journées et à pister des animaux

317 Nous retrouverons cette tradition des gris-gris en Centrafrique, tant du côté des forces rebelles de la Séléka que des « anti-balaka », les milices chrétiennes financées par le clan Bozizé. La croyance en celle-ci, entre l'effet d'affichage et une confiance aveugle, différait dans la forme, permettant alternativement de « se rendre invisible » (aucune photo d'eux ne pouvait être ainsi prise si l'un des miliciens en portait), de dévier les balles ou plus simplement d'apporter un surplus de courage et de puissance. Le pouvoir de ces gris-gris est d'autant plus important qu'il est fragile : souvent, le moindre contact avec une « main impure » peut annihiler ses effets, expliquant la permanence de la croyance en ces dispositifs malgré les multiples contre-exemples auxquels les miliciens étaient exposés. Ces gris-gris servent aussi de différenciant entre les hommes en armes et le reste de la population, donnant aux premiers, malgré leurs outils rudimentaires et l'absence d'autre points saillants, une autorité et une force symboliques officiant de récompense pour leur engagement.

dont il fait commerce dans un village voisin[318]. L'Ituri est alors occupé par l'Ouganda. Quelques mois plus tard, la Seconde guerre du Congo va systématiser et amplifier des violences présentes dans la région depuis plusieurs années et transformer le destin de Germain Katanga, comme celui de milliers d'autres villageois.

b. L'événement

C'est d'abord une question : « Vous vous souvenez de la première mort ? » La réponse est immédiate : *Toyota verte*. Puis, « le souvenir, c'est l'arrivée ».

> « C'était le 10. On est à l'école, à Bajanga[319], à 800 mètres des Ougandais, pendant la récréation. C'était ma troisième année de primaire. On apprenait le français et l'anglais. Pendant la récréation, on sort prendre le soleil. Je sors de l'école avec des amis, on se retrouve sur le terrain de football pour fumer. Un hélicoptère passe. Les jeunes s'attroupent pour voir le mouvement, dans la cour de récréation, et il tire. Les corps sont éparpillés. J'entends l'infanterie qui vient achever les blessés. Il n'y avait jamais eu de tensions. J'avais vu de très loin les batailles jusqu'ici. Mon oncle est mort à 400 kilomètres de nous. C'est la première fois que j'entendais la guerre. C'est rare de voir des militaires armés, des gens armés. C'est la première fois que je vois les morts de la guerre, les bombardements qui déchiquètent les hommes et la nature. Je n'ai pas le droit de le dire, mais ça revient jusqu'à aujourd'hui à l'esprit. C'est ce qui m'a poussé à prendre les armes. J'ai perdu des amis de cours, j'ai vu les amputés. L'opération [militaire] a duré de 10 h à 12h. Les professeurs sont sortis voir les bruits de l'hélicoptère. Personne n'avait jamais vu d'hélicoptère. Je sors de ma cachette vers 16h, 17h. Je vois au loin toutes les cases brûlées du village, tout est plein de fumée, je confonds les arbres tombés et les corps. »
>
> « Je n'ai pas vu l'infanterie mais l'hélicoptère, le vrombissement. Les gens se regroupaient. Il commence à tirer, on est au milieu de ce groupe. C'était seulement une flamme plate en dessous de l'hélicoptère. On a pensé que c'était le système de photo, puis on a vu les corps sur des pierres à cinq mètres de hauteur. C'était des roquettes. Le règlement interdisait d'aller sur le terrain de football. La roquette tire sur la cour. La cigarette m'a sauté immédiatement par terre. Quatre roquettes ont été tirées. Il y avait cent mètres de distance. L'hélicoptère a nettoyé à la mitraillette. Nous avons vu l'infanterie monter et tirer les élèves, on a fui dans les bas-fonds. Ils encerclaient le village. »
>
> « Je suis dans les bas-fonds, puis on sort pour fuir dans la colline. Un de nos « grands-frères » habitait là-bas, Avegui. J'y suis allé. Il était déjà dans le combattantisme, était proche de Kasaki, Kakodo, etc. Le vieux nous a dit que c'est le début chez nous. Il nous a recruté. On est allé chercher les armes à six heures de marche après que je lui ai dit que j'avais des armes, la nuit. Il ne me croyait pas. On est arrivés chez Kakado, qui nous a béni, et nous a demandé d'aller à un endroit précisé où « une chance nous sourirait ». On l'a fait. C'est la première fois que j'ai cru à une personne. Au bout de quelques minutes, un pickup s'est

318 ICC-01/04-01/07-T-315-FRA, pages 46, ligne 9. Le témoin de l'accusation P-12 dans le témoignage T.197 pages 16 et 17 va lui aussi dans ce sens.

319 A deux kilomètres d'Aveba.

embourbé là-bas avec les Ougandais. C'était une toyota verte. On avait une AK47[320] et un G3[321]. Six sont morts sur place, les autres se sont repliés en tirant, avec leurs blessés. On a récupéré les caisses de munition. C'est arrivé comme ça, l'image de ce qui est arrivé à l'école, juste au moment. Si j'y pensais avant, je n'aurais pas tiré. L'arme était en mode rafale. Le doigt sur la gâchette, il n'y avait plus rien à faire. C'est arrivé tout de suite, il fallait le faire. On a couru voir les types. On a récupéré les armes, c'est la première fois que je voyais une mitrailleuse.
Le soir, j'ai senti mon corps trembler. Les images commençaient à revenir, la propulsion par les cartouches, voir le sang couler comme l'essence. J'ai ressenti un choc. Sur le moment l'adrénaline était au top. Je suis allé chez le prêtre protestant, Matatia, qui m'a lu un verset biblique racontant l'histoire de Samson ; le remplaçant de Moïse… Josué ; et a dit que tous ces gens tuaient parce qu'ils étaient obligés de le faire. Ça ne m'a pas consolé directement. J'ai décidé de revenir chez mes parents, les retrouver, je ne savais pas s'ils étaient vivants, je les ai cherchés dans la nuit. Quand je les ai trouvés dans la forêt, ils étaient surpris. Et alors ma belle-mère m'a conforté. « Si tu as pris cette arme, c'est parce que tu devais le faire. Il faut continuer. » Alors ça y était. »

« Je n'ai jamais accepté la mort d'une personne, en particulier de mon arme. Je n'ai jamais réussi à trouver ça naturel. J'y pense encore, ça revient. Je devais le faire. Ma communauté était en danger. On me l'avait demandé. »

« Les Ougandais étaient là depuis longtemps, il n'y avait jamais eu le moindre incident. On n'aurait jamais pensé qu'ils se seraient attaqués à nous, à la population : il n'y avait aucun combattant dans notre village, on ne s'était jamais frottés à eux, il n'y avait aucune tension. On savait qu'il se passait des choses, au Nord chez les Lendus. Mais ça ne nous concernait pas. »

320 Dite *Kalashnikov*.

321 Le HK G3, que Germain Katanga prononce *jitri*, est un fusil d'assaut allemand qui, selon Wikipedia, « a connu une grande diffusion dans le tiers-monde », « est lourd, encombrant et tire une munition puissante », « simple et moins cher à produire que ses concurrents », mesurant « un peu plus d'un mètre de long pour 5 kilos chargée tirant (…) le calibre standart de l'OTAN » et étant « difficile à maîtriser lors des tirs en mode automatique ». « Environ sept millions d'exemplaires furent fabriqués dans le monde ». « La première utilisation opérationnelle de l'arme s'est donnée de la part des armées portugaises dans la guerre coloniale d'Angola, de Guinée et Mozambique à partir de 1961. On le trouve également aux mains de mercenaires, milices et armées hétéroclites de pays du tiers monde, les guerrillas et les rebellions en Asie, Afrique et Amérique du Sud. » (consulté le 25 septembre 2014). Ni l'armée de la RDC, ni celle de l'Ouganda, ni celle du Rwanda, n'en ont jamais été des acquéreurs officiels. L'arme provenait donc probablement soit du Zimbabwe, du Tchad, du Soudan ou de la France, qui en exporta massivement en Afrique sous les mandats de Messieurs Giscard d'Estaing et Mitterrand. En 2006, une mission d'Amnesty international en Ituri identifia des armes en provenance d'une dizaine de pays, dont principalement les États-Unis. La RDC était pourtant sous embargo depuis 1993. Voir « Document – Synthèse destinée aux médias. République démocratique du Congo. Des munitions provenant de Grèce, de Chine, de Russie et des États-Unis sont découvertes aux mains de rebelles en République démocratique du Congo », *Amnesty International,* Communqiué de presse, 16 octobre 2006 (POL 30/050/2006). Pour un exemple extrêmement détaillé des processus de circulation des armes vers des pays sous embargo, voir le rapport « Ostend Airport/Arms Running », 24 mars 2001, actualisé le 19 mai 2011, lisible sur http://users.skynet.be/cleanostend/clos_en.htm (consulté le 25 septembre 2014).

Nous sommes en avril 2001, Laurent-Désirée Kabila a été assassiné quelques mois auparavant et la Seconde guerre du Congo entre dans sa phase terminale, les négociations étant déjà largement avancées. La province de l'Ituri découvre les prolégomènes d'un nouveau cycle de violences, résultat des désaccords des puissances régionales sur la répartition des ressources et le refus de la RDC de voir annexée une partie de son territoire. Aucun signe de cette montée de violences n'avait été perçu par la communauté Ngiti de Aveba, signe de son isolement.
Les troupes ougandaises étaient arrivées en 1998. Des accrochages avaient eu lieu avec des miliciens de Bunia (Lendu-Nord), ainsi que plusieurs carnages. « Les Lendu sont venus se réfugier auprès des Ngiti, et le conflit a contaminé la région, comme l'avait annoncé Kakado depuis 92. Il avait préparé leur accueil, en s'occupant de ses terres. Les miliciens étaient tous Lendu-Nord au départ. Puis à force d'être attaqués par les Ougandais, les Walendu Bindi se sont progressivement dotés de milices » affirme Germain Katanga. Suite à cette première embuscade, et après le retrait des Ougandais d'Aveba, une milice s'y constitue autour d'un Lendu-Nord appelé « Safari ». Les attaques se structurent, les milices entrent en contact entre elles. Kagaba, Geti, Aveba ayant été bombardés de la même façon, les contacts se font de plus en plus réguliers.

> « Tout le monde se soude. Le fait d'avoir été attaqué a donné beaucoup d'unions. Les vieux s'étaient battus contre les Belges, contre Mobutu, ils nous disaient que c'était notre tour. »

Tout se fait encore à pied, et fautes de moyens, se réduit à une véritable guérilla. Les Ngiti profitent de leur connaissance du terrain pour tendre des embuscades et désorganiser les forces ougandaises, leur volant leurs armements, mais sans encore être véritablement coordonnés :

> « On faisait des embuscades, les Pygmées nous aidaient, nous utilisions les flèches à poison qu'ils nous donnaient. »

Guerre asymétrique, elle n'en épuise pas moins les adversaires, et attire progressivement l'attention de certaines autorités.

c. L'initiation

À la Cour, la plupart de ces éléments n'ont pas été abordés, ou quand ils l'ont été, n'ont pas été retenus. Selon la version qui a dominé et a été actée par les juges, nulle rupture, nulle exceptionnalité des événements. La lecture souveraine, du civilisé au civilisable, s'impose. Sans qu'aucun élément faux n'ait à être dénoncé, le récit, les omissions, permettent de transformer la perception de la situation. Celle d'une civilisation primitive où la violence est le résultat de haines longtemps muries entre ethnies.

C'est ainsi que le récit *judiciarisé* commence avec le rituel initiatique lors duquel la communauté de Germain Katanga (les Ngiti qui, on le rappelle, sont la communauté *d'adoption* de M. Katanga et qui font partie du groupe ethnolinguistique plus large des

Lendu[322]) fait de lui un combattant d'auto-défense. Sa mère adoptive, sur ordre et sous la supervision du féticheur Kakado[323], lui offre une bénédiction valant commandement de prendre les armes et d'agir aux ordres de sa communauté[324]. Ces rites, très répandus dans la région, servent de « protection » surnaturelle assurant la vie sauve à qui en bénéficie, et ont été vraisemblablement mis en œuvre, bien que M. Katanga ne les ait pas mis en avant. Leur fonction sociale, qui n'a pas été mentionnée, n'en reste pas moins primordiale : les cérémonies organisées par les féticheurs fonctionnent comme de puissants intégrateurs et agents structurants pour les communautés concernées. Elles permettent, face au danger d'une prise de pouvoir par les militaires ou d'une disruption qui désagrégerait les équilibres précaires de la communauté, de maintenir au-dessus du pouvoir militaire les garants d'une continuité socio-politique.

C'est apparemment Kasaki, chef coutumier qui deviendra le protecteur de Germain Katanga qui, après cette cérémonie initiatique, supervise les actions militaires de celui qui deviendra en septembre 2002 son garde du corps. La communauté Ngiti fait alors l'objet de nombreuses attaques des forces militaires soutenues par l'Ouganda et voit s'imposer un état de guerre permanent. Alors que les forces étatiques, lorsqu'elles sont présentes, se livrent elles aussi à d'importantes violences, les sociétés traditionnelles se militarisent pour se défendre. Déraciné, cherchant à s'insérer dans une communauté dont il ne parle pas la langue et sans que l'on sache si le choix lui a véritablement été laissé, Germain Katanga trouve là autour de sa vingtième-deuxième année l'opportunité d'une intégration expresse dans une communauté qui lui est encore étrangère et d'un nouveau départ. Comme l'indique le Procureur dans ses conclusions finales,

> « toutes les personnes en âge de porter une arme participaient à cette initiative d'autodéfense, y compris les femmes et les enfants ; la survie de la communauté en dépendait. »[325]

Se fondant sur l'illusion de la volonté et d'un destin sur lequel il aurait eu la main, Germain Katanga n'en racontera pas moins que l'attaque que nous avons mentionnée, et qu'il ne décrira que très sommairement, a été l'événement déclencheur de son entrée dans les milices d'auto-défense. Se disant marqué par la violence gratuite et injustifiée d'une attaque menée par de parfaits étrangers, Katanga affirme que sa décision de s'engager remonte à cette date, précisant, comme s'il s'agissait là d'un élément secondaire, que cet événement avait provoqué la fermeture définitive de l'école et, *de facto*, la fin de sa scolarité.

322 Les Ngiti sont parfois appelés « Lendu-Sud » ou « Walendu-Bindi » (Bindi signifiant Sud en Ngiti). La langue elle-même était parlée par environ 100 000 locuteurs en 1991, chiffre non contrasté et à prendre avec toutes les précautions d'usage et qui n'a pas été réactualisé depuis.

323 Conclusions écrites du Procureur (ICC-01/04-01/07-3251-Corr-Red, 3 juillet 2012), page 92, paragraphe 200 qui cite les témoignages de l'accusation suivants : [P-219-T-205-FRA-p.7-l.23-25] ; [P-28-T-217-FRA-p.13-l.18-28] / [P-219-T-205-ENG-p.8-l.8-10] [P-28-T-217-ENG-p.14-l.6-14].

324 ICC-01/04-01/07-T-320-FRA, pages 55 et 56.

325 Conclusions finales du Procureur (ICC-01/04-01/07-3251-Corr-Red, 3 juillet 2012), page 59, paragraphe 126.

On comprend assez facilement que cette explication – fondatrice d'une mythologie personnelle, centrée sur la lutte contre l'injustice – ait pu devenir structurante dans son discours et demeurer jusqu'à son témoignage devant la Cour pénale internationale dix ans plus tard comme une vérité presque ineffable – et ce sous une forme encore naïve, éloignée en cet instant et sur ce point spécifique de toute tentative de justification ou d'instrumentalisation judiciaire.

Peu après, toujours en 2001, et après une courte période de pacification, le retrait des forces ougandaises suite à ce que l'accusé subodore être des négociations diplomatiques, sans le savoir[326] – ce qui indique son niveau de distanciation par rapport aux mécanismes de prise de décisions dans la région –, s'accompagne d'un désarmement volontaire des forces d'auto-défense que Germain Katanga a récemment rejointes[327]. Celui-ci, mieux inséré dans la communauté, en profite alors pour étendre avec quelques personnes ses activités de braconnage qui lui permettent de perfectionner son maniement des armes. Mais de nouvelles attaques de la part de l'UPDF et l'absence de concrétisation des promesses de pacification[328] provoquent la reformation « définitive » et permanente des milices villageoises et l'accroissement des tensions. Les combattants – que l'accusé a pris soin tout au long de son procès de distinguer des « militaires » intégrés dans les forces armées organisées par les États –, encore dépourvus d'armements modernes, n'ont alors pour objectif, selon M. Katanga, que de gagner du temps en cas d'attaque pour permettre aux populations de fuir lorsque des forces ennemies entrent sur leur territoire. Ils se battent avec les armes qu'ils ont volées, mais surtout à la machette et aux flèches contre des groupes armés financés par des États et disposant d'armes lourdes provenant entre autres de l'ancien espace soviétique. Dans le même temps des villages entiers sont transformés en bases militaires et de transit par les *forces officielles*. La gestion du quotidien s'appuie sur ces « responsables militaires » artificiellement valorisés pour s'assurer du soutien des populations locales. Viktor Bout, devenu le trafiquant d'armes le plus célèbre au monde, a entre temps fait de la RDC l'un de ses principaux marchés. Plusieurs pistes aéroportuaires sont aménagées tandis que les plus de trente avions de ligne dont le Russe est propriétaire, pilotés par des Européens et financés par les capitales régionales et le trafic des ressources minières, arrivent chargés d'armes et repartent lourds d'or, de diamant et de bois précieux. M. Katanga se tient encore loin de tout cela.

Régulièrement « appelé » pour défendre le village d'Aveba par le chef de sa communauté, Katanga n'en quitte pas moins à chaque fois ses forêts et un braconnage qu'il pratique maintenant en groupe, et s'illustre « pour sa bravoure » contre les forces

326 Et qui selon leur chronologie pourraient probablement correspondre aux négociations préalables à la bataille de Pweto.

327 ICC-01/04-01/07-T-314-FRA, pages 52 (lignes 20 à 28) et 53 (lignes 1 à 13).

328 Portées par Jean-Pierre Bemba, appuyé par l'Ouganda, fondateur du Mouvement de Libération du Congo (MLC) et qui deviendra vice-président de la RDC l'année suivante. Ennemi de Kabila, il est aujourd'hui incarcéré à La Haye dans le cadre d'un procès concernant les crimes commis par ses troupes en République Centrafricaine.

ougandaises qu'il force à se replier début 2002 lors d'une bataille à quelques kilomètres d'Aveba, à Kazana[329]. Lorsque le chef-lieu de l'Ituri, Bunia, tombe aux mains des forces ougandaises et de leur proxy dirigé par Thomas Lubanga, l'UPC, en août 2002, Germain Katanga est recommandé par des correspondants du pouvoir central dans la deuxième ville de la région, Beni, ainsi que par des commandants locaux loyaux à Kinshasa, pour aider à la reconquête de la région[330]. Cela amène la Chambre de première instance de la Cour pénale internationale à faire de Germain Katanga un « combattant particulièrement confirmé et reconnu » en août 2002[331], sans égards au fait que sa condition de combattant n'est encore qu'intermittente, qu'il vient de fêter son 23e anniversaire et qu'il n'y a alors aucun élément attestant que Germain Katanga ait dirigé des forces au-delà des siennes propres. De fait, comme le reconnaît la Chambre, il est en septembre 2002 nommé simple garde du corps de l'un des principaux féticheurs de son village, Kasaki[332]. C'est à la fois peu en termes de responsabilités militaires et politiques et beaucoup pour un jeune homme qui n'est pas né dans la communauté Ngiti, n'y a pas été élevé, et pourtant est pris deux ans seulement après ses premiers faits d'arme sous l'aile d'une véritable « institution » capable d'ouvrir de nombreuses portes. Il a déjà quelques fidèles, obtenus suite à une blessure qui a suscité une certaine admiration[333], qui sont autant de villageois placés sous sa protection symbolique. Il n'est nul doute que sa possession initiale d'armes – volées, rappelons-le, au campement militaire de son oncle et apportées à un moment de crise où les Ngiti ne disposaient d'aucune ressource militaire – a joué un rôle fondamental dans sa mise en valeur initiale. Tout comme sa connaissance de Béni et de Bunia, principales villes de la région, où il se rendait afin de vendre le produit de ses chasses et acheter des munitions pour ses collègues de l'époque.

De par cette montée en grade, Katanga participe progressivement à des combats en dehors d'Aveba, majoritairement défensifs, sans que leur nombre ne dépasse *a priori* la dizaine en deux ans[334]. La réalité de la guerre est alors intermittente, faite d'événements isolés sans réelle continuité, avec une dimension crapuleuse de plus en plus marquée. Les

329 ICC-01/04-01/07-T-314-FRA, page 56, lignes 9 à 13.

330 ICC-01/04-01/07-T-21-FRA, page 36, lignes 9 à 17.

331 Jugement, page 509, paragraphe 1250.

332 Jugement, page 512, paragraphe 1257. Cet élément sera utilisé par la Chambre pour montrer l'importance des liens qui unissaient Katanga à l'un des principaux personnages de sa communauté, pour rehausser son importance, contre l'évidence voulant que le poste qu'il occupait alors, loin de celui de commandant suprême que souhaitait lui faire porter le Bureau du Procureur, n'était alors que subalterne.

333 Suite à la bataille de Tchei, ICC-01/04-01/07-T-324-FRA page 67, lignes 17 à 20.

334 Le Procureur ne dénombre que sept attaques menées par les Ngiti entre 2001 et l'attaque de Bogoro en février 2003, dont la plupart ne font pas l'objet d'un croisement de sources fiables et sur une échelle géographique qui rend improbable la participation de Katanga à chacune d'entre elles. Voir à cet égard le plan publié avec la cote ICC-01/04-01/07-32-Anx7 le 25 février 2008. De ces sept, Katanga a nié directement ou indirectement avoir participé à trois d'entre elles (Bogoro en janvier 2011 et août 2002 – Katanga ayant affirmé n'avoir jamais été à Bogoro avant le 10 février 2003 – et Nyakunde), et deux autres se situent dans des zones géographiques *a priori* inaccessibles pour Katanga (Lengabo et Logo). Il faut préciser que cette liste ne saurait être exhaustive, et que Katanga a par ailleurs reconnu avoir participé à au moins trois autres batailles (reconnaissance de Bogoro le 10 février 2003, Tchey et Kazana) pendant cette période.

milices restent très largement liées à un village, malgré les tentatives de constitution d'ensembles plus larges qui ne cessent d'achopper. Les divisions et les tensions s'accroissent en conséquence. Il est en effet devenu commun que les militaires et combattants se « nourrissent sur la bête », c'est-à-dire aux dépens des villageois, créant une économie parallèle qui met en danger les équilibres patiemment construits à l'échelle de la région, au sein des communautés mais aussi entre celles-ci. Les groupements défensifs convoqués ponctuellement se structurent et deviennent permanents, concurrençant les structures politiques jusque-là dominantes. Certains s'autonomisent. Le grand danger est alors, tout autant que les violences, la décrédibilisation des pouvoirs traditionnels et leur perte de contrôle sur des sociétés qui perçoivent leur incapacité à régler une crise qui se joue à des échelles bien supérieures aux leurs. Malgré les efforts pour l'éviter, l'espace politique et social se reconfigure progressivement, ou plutôt se déstructure, entraînant le déclenchement de mécaniques de la violence qui s'autoalimentent et l'autonomisent des raisons initiales et réelles de leur survenance. Plusieurs chefs militaires émergent et s'imposent comme les « véritables leaders », utilisant la violence pour imposer leur domination économique et sociale et initiant des luttes intestines pour contrôler le territoire[335].

La situation est d'autant plus dangereuse que, comme nous l'avons indiqué, cette autonomisation des conflits amène naturellement à leur artificialisation, c'est-à-dire à l'invocation d'arguments instrumentalisés afin de justifier la poursuite des violences, dont l'ethnicité est bien évidemment l'un des privilégiés. C'est dans cette situation que les chefs coutumiers tentent de reprendre la main et, en prenant prétexte des excès des groupes armés, d'entrer dans le « grand jeu » qui déstabilise la région, contactant les responsables politiques régionaux par des intermédiaires formés à cet égard. Germain Katanga sera l'un d'entre eux.

2. La militarisation d'un villageois

Sa proximité avec Kasaki, qui souffre alors de problèmes d'alcoolisme qui iront grandissant jusqu'à l'invalider, semble avoir permis à Germain Katanga de monter très rapidement « en grade » à l'intérieur de sa communauté, et, si le Procureur en fait le responsable politique et militaire de l'ensemble des Lendu du Sud ou Walendu-Bindi, la Chambre de première instance de la CPI, sans vouloir se prononcer[336], a simplement

335 Koen Vlassenroot et Tim Raeymaekers parlent de « corrosion du tissu social » : « L'importance grandissante des jeunes combattants au sein de différents réseaux sociaux est au centre de ce que nous avons appelé la corrosion du tissu social. Au niveau de la communauté, les décideurs traditionnels tels que les chefs coutumiers et les aînés soit ont perdu leur position soit n'ont d'autre option que celle de soutenir les opinions de leurs jeunes combattants qui, dans la poursuite de leurs intérêts, sont embarqués dans une logique de la violence. Au niveau de la famille, la crise de l'autorité combinée avec l'intensification de la lutte économique semble conduire vers une forte compétition entre les générations au sein d'une même famille ou d'une même ménage. » Vlassenroot, K., Raeymaekers, T., « Le conflit en Ituri », *L'Afrique des Grands Lacs, Annuaire*, 2002-2003, page 223.

336 Ce qui ne manque pas d'étonner, cet élément étant évidemment essentiel dans la détermination de la responsabilité ou de l'innocence de Katanga, et ce même si la Chambre a décidé de le juger pour son

repris l'affirmation de Katanga selon laquelle, au 23 février 2003, il a sous son commandement direct entre cinquante et soixante combattants[337]. Katanga lui-même admet cependant qu'à partir du mois de janvier de cette année, un conflit entre Kasaki et l'un des principaux commandants de la ville fait progressivement basculer cinq cents combattants sous son influence[338]. La description détaillée de ce conflit ainsi que la chronologie des événements permettent de rendre crédible cette révélation, que rien ne l'obligeait à faire, et qui n'en reste pas moins éloignée des suppositions du Procureur qui lui attribuent le contrôle de plus de 3000 hommes au moins répartis dans l'ensemble de la communauté – et ce alors que le nombre très faible de déplacements de Katanga en-dehors d'Aveba pendant cette période semble attesté. Mais c'est surtout son rôle comme interface vis-à-vis de l'extérieur qui va lui permettre d'obtenir une reconnaissance et de connaître une accession aussi fulgurante qu'éphémère.

a. De la reconnaissance villageoise aux grands enjeux régionaux

Quelques mois avant l'attaque de Bogoro commencent à apparaître les sigles du FRPI (Forces de résistance patriotiques), dont Germain Katanga est tenu pour être l'un des principaux chefs militaires, sans qu'il ne soit déterminé s'il le devient suite à l'attaque de Bogoro ou auparavant. Un témoin de la défense considéré comme crédible par la Chambre assure que le FRPI est créé dans un hôtel à Beni en octobre 2002[339]. L'organisation se dote en tout cas d'un manifeste fondateur en janvier 2003[340], qui n'est pas signé par Germain Katanga, et il semble globalement attesté que ce dernier n'a participé à aucune des étapes préliminaires de la création de ce mouvement. L'accusé n'aurait en tous cas pris connaissance du manifeste qu'en février 2003[341], et aucun élément n'a permis de prouver ou même d'inférer une implication dans ces processus. Tout indique que les FRPI sont une création de Mbusa Nyamwisi, qui cherche à unifier des combattants jusqu'ici impliqués dans la défense de leurs villages afin de les intégrer à son armée et de les faire participer à l'effort de reconquête de la région.

i. La naissance du FRPI

Les FRPI sont considérées comme l'émanation militaire de la communauté des Walendu-Bindi, et leur création atteste théoriquement de la structuration de forces combattantes d'appoint prenant peu à peu la forme d'un mouvement militaire permanent et à part entière, partiellement libéré, ou du moins souhaitant se libérer de l'emprise des chefs coutumiers. Cette interprétation doit cependant être relativisée[342], tant pullulent

rôle dans la livraison d'armes et non pas en tant que co-auteur comme le souhaitait le Procureur.

337 Jugement, paragraphe 631, suivant le témoignage de Germain Katanga ICC-01/04-01/07-T-317-FRA, page 28, qui dit avoir sous ses ordres ces hommes à « Atelengba ».

338 ICC-01/04-01/07-T-317-FRA, page 28 lignes 22 à 28, et page 29 lignes 1 à 7.

339 Témoignage D02-228, T-249, page 45.

340 Intitulé « Manifeste de la résistance », le document est consigné sous la référence EVD-D02-0063.

341 ICC-01/04-01/07-T-316-FRA, page 52, lignes 9 et 10.

342 À de nombreuses reprises, le procès aura donné des éléments allant en ce sens. Voir Jugement, page 584, paragraphe 1420 ; Corrigendum to Defence Observations on Sentencing (Défense, ICC-01/04-01/07-3456, 16 mai 2014, pages, page 8, paragraphes 23 à 27 ; Conclusions orales de la défense (T-345), page

les acronymes et les pseudo-structures dans la région, dans une multiplication facilitée par la progressive diffusion des « nouvelles technologies » et l'entrée en contact de plus en plus régulière de cette région avec le reste du monde, et notamment ses médias. Ce mouvement qui n'en est qu'à ses balbutiements à l'orée des années 2000 est devenu un facteur clef pour comprendre la fragmentation de ces territoires aujourd'hui. Ainsi par exemple le Nord-Kivu accueille-t-il encore au moins trente groupes armés ayant un intitulé différent en février 2014, groupes dont les forces armées ne dépassent parfois pas les quelques dizaines d'hommes. Énonciation d'une ambition, facilitée par des moyens de communication « démocratisés » qui permettent de se créer une adresse email, un logo et une liste de diffusion à l'attention quasi exclusive des médias étrangers en quelques clics et gratuitement, elles n'ont de valeur performative que très relative[343].
Katanga lui-même précise en audience la distinction fondamentale entre les grades attribués au sein de ces forces – qui atteignent très rapidement les intitulés de colonel ou de lieutenant-général – et ceux attribués dans les armées régulières qui seuls sont considérés sur le terrain comme ayant une valeur réelle :

> « Monsieur David, à cette époque, même après la chute de Bunia, quand vous demandez… posez la question à au moins trois, quatre, cinq groupes que vous vous rencontrez avec eux dans la ville de Bunia, vous allez trouver qu'il y a sur 30 personnes, au moins 20 commandants (…) vous allez lui demander : « vous avez combien de… combien d'hommes pour que vous vous appeliez le commandant d'un bataillon ? » Il vous donne un petit cas de 12 ou 15 personnes. C'est ça. Les gens créaient seulement des noms pour… pour des fantaisies, c'était pour des fantaisies, pour qu'on sache que moi, je suis aussi fort. »[344]

Citons également, entre autres[345], le rapport de terrain d'un chercheur de l'Université d'Oxford sur le conflit de l'Ituri, publié par l'Institut de la Vallée du Rift :

> « C'est au son des tambours, l'outil traditionnel pour avertir les villages voisins d'un danger imminent, que les groupes d'autodéfense Lendu apparurent, village après village, en réaction à l'activité des milices Hema. Quiconque était à l'origine d'un de ces soulèvements spontanés ou démontrait sa force sur le champ de bataille était automatiquement nommé commandant, tandis que les autres étaient de simples « combattants ». »[346]

19. Rappelons que la Chambre a considéré que le FRPI n'était pas une structure de pouvoir organisée, contrairement à ce qu'affirmait le Procureur. Voir à ce sujet Conclusions finales écrites du Procureur, ICC-01/04-01/07-3251-Corr-Red daté du 3 juillet 2012, pages 75 et 76, paragraphes 158 à 160, conclusions qui ne s'appuient à ce sujet, paradoxalement, sur aucune preuve documentaire.

343 Ainsi l'adresse créée par le FRPI, et similaire à celle d'autres groupes armés de la région avec lesquels nous avons interagi, dont les FDLR, est : frpikatanga@yahoo.fr. Voir ICC-01/04-01/07-T-319-FRA, page 38, ligne 26.

344 ICC/01/04-01/07-T317-FRA, page 23, lignes 27 et 28, page 24, lignes 1 à 10.

345 Voir aussi par exemple, Vircoulon, T., Voir « L'Ituri ou la guerre au pluriel », *Afrique contemporaine*, 2005, volume 3, numéro 215, page 132 : « FRPI : groupe armé des Lendu méridionaux (aussi appelés Ngiti) dirigés par plusieurs commandants aux dénominations changeantes ».

346 Tamm, H., « Le FNI et la FRPI : Résistance locale et alliances régionales dans le nord-est du Congo », *Institut de la vallée du Rift*, Londres, 2013, page 22.

À ces sources s'ajoutent plusieurs constatations que nous avons effectuées sur des terrains de crise similaires à bien des égards, notamment au Centrafrique en décembre 2013, lorsque nous vîmes « colonels », « commandants » et autre « généraux » sans soldats interrogés et cités comme tels dans les rapports d'organisations internationales et articles de presse, sans la moindre vérification ; citations et entretiens qui à leur tour donnaient une légitimité à ces individus, leur permettant de se faire représenter, de gagner des fidèles et dans un phénomène auto-performatif, de constituer des forces légères aux effectifs inversement proportionnels aux grades qu'ils s'attribuaient. En l'espèce le FRPI bénéficiera tardivement de l'importante attention militaro-financière donnée à l'Ituri par les États frontaliers, et réussira à s'organiser à partir de 2004 pour devenir un véritable mouvement militaire dépassant le rôle d'auto-défense initialement attribué aux combattants Walendu-Bindi. Malgré la perte progressive de ses appuis étatiques, et après avoir longtemps contrôlé de façon autonome la communauté du Walendu Bindi, le groupe armé sévit encore aujourd'hui sous la direction de celui qui était l'un de principaux commandants militaires lors du règne de Germain Katanga, dénommé « Cobra Matata »[347], disposant ainsi, avant les différentes procédures de désarmement, d'à peu près 1 000 hommes. À l'époque cependant, le FRPI ne prend aucune initiative sans l'appui et l'accord des principales autorités, et il n'est pas de trace d'attaques ou de pillages qui aient été menés par les troupes du FRPI seules.

Fin 2002, l'existence du FRPI reste virtuelle. Germain Katanga est chargé, au sein du village d'Aveba, du transit des armes destinées aux forces armées mandatées en haut lieu pour la reconquête de Bunia, soit au moins 1500 soldats coordonnés par Kinshasa et Kampala et dont l'État-major, l'EMOI[348], se trouve à Beni. Cette mission est principalement liée au fait qu'Aveba, dont Katanga s'érigera progressivement en « commandant militaire », dispose d'un camp militaire stable et surtout d'une piste aéroportuaire où peuvent être livrées les armes depuis Beni, où elles avaient été transportées depuis les capitales ougandaises et congolaises.

Remarquons que « la montée en grade » de Katanga, qui lui permet en quelques mois de passer de simple soldat à responsable d'un petit groupement de villageois

347 Voir un article de Radio Okapi du 13 août 2013 publiant un appel des chefs coutumiers du Walendu Bindi à la pacification de l'Ituri et à la fin des activités armées du FRPI : http://radiookapi.net/actualite/2013/08/13/ituri-les-chefs-coutumiers-de-walendu-bindi-appellent-la-pacification-de-cette-collectivite/#.U4kZmF53rrb. Voir aussi l'entretien du commissaire de district de l'Ituri à la Radio Canal révélation de Bunia, relatif aux combats entre les FARDC et le FRPI daté du 3 octobre 2013 : http://www.echos-grandslacs.info/productions/rdc-reprise-des-combats-entre-les-fardc-et-les-miliciens-du-frpi-bunia. Voir finalement l'entretien du général des FARDC Falls Sikabwe concernant les négociations sur la réédition de Cobra Matata et Mbadu, ce dernier étant le commandant avec qui Kasaki avait eu un conflit en janvier 2003, daté du 19 février 2014 : http://www.echos-grandslacs.info/productions/rdc-reprise-des-combats-entre-les-fardc-et-les-miliciens-du-frpi-bunia et un article du 11 septembre 2014 annonçant l'échec des négociations relatives à sa réédition http://radiookapi.net/actualite/2014/09/11/ituri-echec-de-la-tentative-de-negociations-pour-la-reddition-de-cobra-matata/ (liens consultés le 3 octobre 2014).

348 État-major opérationnel intégré.

progressivement armés, puis de près de cinq cent hommes, a été en partie liée à son maniement, certes imparfait mais rare parmi les Ngiti, du swahili, qui lui permet de s'entretenir avec les autorités politiques et militaires déployées par Kinshasa et ses alliés à Beni, et d'y représenter sa communauté, notamment ses « sages », les féticheurs. Capable de fournir des armes à un moment critique pour la communauté, connaisseur des agglomérations de la région, chasseur et donc tireur confirmé, courageux, voilà donc Germain Katanga doté en plus de qualités linguistiques, et *naturellement* envoyé à Béni afin de rencontrer les autorités régionales et discuter de la protection des Ngiti. Cette visite est un élément clef du dossier de l'accusation. Katanga, comme il l'a reconnu, s'y rend accompagné d'une cinquantaine de représentants de sa communauté pour négocier les conditions de l'appui de cette dernière au pouvoir central. Sans être associé aux préparatifs principaux, il n'en rencontre pas moins l'un des hommes forts de la région, le chef du RCD/K-ML, Mbusa Nyamwisi, proche de Yuri Museveni et principal appui de circonstances de Joseph Kabila sur le terrain.

La Cour n'a pas réussi à déterminer si Germain Katanga s'est rendu en octobre 2002 à Beni – où se prennent donc les décisions relatives à la contre-offensive que souhaite mener Kinshasa dans la Province – doté d'une autorité déjà affirmée, ou si sa capacité à interagir avec les différents responsables du pouvoir central une fois sur place lui a donné par ricochet un prestige lui permettant de s'arroger un pouvoir accru au sein de sa communauté à son retour. Il est cependant évident que dans une société accordant un primat majeur à l'âge, comme le fait la communauté Lendu, dont sont issus les Ngiti[349], son prestige et son pouvoir militaire, pour loué que soit son courage, restent encore dépendants, et sinon subordonnés, du moins soumis à une tutelle des sages de sa communauté, les féticheurs. Germain Katanga est alors encore un jeune adulte de 22 ans, qui a ponctuellement participé à ce qu'il décrit comme des « opérations d'autodéfense » convoquées par les responsables de son village, mais qui passe le plus clair de son temps à travailler pour subvenir aux besoins de sa famille. Sa connaissance des armes, liée à ses activités de subsistance, son éducation encore inachevée, le contexte géopolitique et une importante blessure lors d'une bataille vont cependant lui donner les moyens de monter en grade et de trouver dans la chose militaire une activité à titre principal. Il y trouvera un cheminement naturel, dans la continuité de son éducation. De villageois d'adoption, il devient peu à peu un élément pris en compte dans la stratégie des puissants de la région.

ii. L'entrée en jeu de pouvoirs supérieurs

Il est admis que Germain Katanga est devenu, à partir de l'automne 2002, un rouage mineur dans la préparation de la reconquête de la région par les forces affidées au pouvoir central. À cette fin, il participe aux préparatifs de l'attaque de Bogoro, qui constitue la première étape de ce plan de reconquête établi à Kinshasa, et qui commencent après sa visite à Beni. Rien, dans aucun des témoignages considérés comme crédibles ainsi que dans les maigres preuves documentaires présentées par le Procureur, n'indique

349 Olson, J-S., « Lendu », *in The Peoples of Africa : An Ethnohistorical Dictionary*, Greenwood Publishing Group, 1996, pages 333 et 334.

que Germain Katanga ait eu un rôle dans la décision de choisir cette ville, ni dans la planification de l'attaque, le choix de ses modalités, ni encore dans son exécution. Il n'en acquiert pas moins une reconnaissance de plus en plus importante dans sa communauté, au point où la Chambre considère comme crédible le fait qu'il soit devenu le plus haut responsable politique du FRPI naissant en février 2003, sans pour autant avoir de fonctions exécutives ou en tant que supérieur hiérarchique, ni dirigé un commandement centralisé quelconque, et sans que l'on sache sache véritablement combien les combattants du Walendu-Bindi sont liés à cette « structure » qui n'était alors pas un « appareil organisé de pouvoir »[350] mais un simple parapluie pour une litanie de forces armées mal organisées et soumises à de multiples relations de pouvoirs – un témoin « crédible » selon la Chambre affirmera que le FRPI n'était alors que l'APC renommé par Mbusa Nyamwisi afin de pouvoir continuer à opérer malgré les accords de désarmement signés[351].

Les préparatifs de l'attaque de Bogoro, et plus largement de la reconquête de l'Ituri, sont de fait menés à une échelle bien éloignée de M. Katanga, et plus précisément par l'EMOI, qui est une émanation directe de la « maison militaire » du chef de l'État congolais[352]. Cette donnée, qui aurait dû être centrale dans l'analyse de la responsabilité de Germain Katanga, n'a pas fait l'objet de l'attention qu'elle aurait méritée de la part du Procureur et, dans une moindre mesure, dans le Jugement de la Chambre.
La Maison militaire, créée le 24 février 2002 par décret présidentiel[353], a fait l'objet d'une réorganisation par décret de Joseph Kabila en 2003, au lendemain de l'attaque de Bogoro[354]. Cette réorganisation a retranscrit *a posteriori* dans les textes officiels le fonctionnement et l'action de l'instance et nous permet aujourd'hui d'en deviner l'importance et le pouvoir rétrospectivement.
Sorte d'état-major particulier du Chef de l'État, la maison militaire centralisait (et c'est encore le cas aujourd'hui) *de facto* l'ensemble des décisions et renseignements d'importance concernant les forces armées congolaises (FARC), les services de police et les services secrets du pays, tout en contrôlant le budget logistique et matériel de l'ensemble des institutions participant aux missions de maintien de l'ordre et de défense de la RDC.
Il s'agit d'un organe permettant de court-circuiter à tout moment le ministère de la Défense et de centraliser au sein de la Présidence l'ensemble des affaires militaires et plus largement « répressives » de la RDC, dans un contexte où une partie du territoire était hors de contrôle et dans lequel le gouvernement risquait de s'autonomiser de la Présidence du fait d'accords de paix à venir et de la nécessaire redistribution du pouvoir

350 Jugement, pages 583 à 585, paragraphes 1419 à 1421.

351 Témoin D-02-350, cité dans le Jugement, pages 157 à 161, paragraphes 413 à 426.

352 Témoignage de Germain Katanga, visible dans le résumé des audiences du 3 au 14 octobre 2011 publié par la Cour pénale internationale le 19 octobre 2011 et visible à l'adresse suivante (à partir de 2:30) : https://www.youtube.com/watch?v=Zwu-Q2tKXJM. Le jugement reprend de façon extensive les liens profonds qui unissent l'EMOI au cabinet du chef de l'État. Voir Jugement, page 229, paragraphes 587 et 588.

353 Décret 024/2002 portant création de la Maison militaire du président de la République.

354 Décret 019/2003 du 2 mars 2003 portant organisation et fonctionnement de la maison militaire du chef de l'État.

qui en découlerait[355]. Le renforcement de la maison militaire vient d'ailleurs en appui du décret-loi du 26 janvier 2002[356] qui avait réorganisé l'ensemble des forces armées et donnant au ministère de la défense un rôle pour le moins secondaire.[357]
Trois mois après le décret du 2 mars 2003 que nous venons d'évoquer, le 30 juin 2003, un gouvernement de transition chapeauté par quatre vice-présidents, appartenant à autant de formations différentes s'étant par le passé opposé à Joseph Kabila, sera de fait formé. Le ministère de la Défense est alors attribué à un ministre provenant du parti « Rassemblement Congolais pour la Démocratie » (RCD), soutenu par le Rwanda et l'Ouganda pendant la majeure partie de la Seconde guerre du Congo contre Joseph Kabila, l'Angola et le Zimbabwe et qui s'était rallié officiellement à ces derniers suite aux accords de Sun-City pour reconquérir l'Ituri[358]. Peu fiable, le ministre de la Défense se trouve grâce à ces réformes institutionnelles opportunément placé sous un contrôle strict de la Présidence et *de facto* dénué de pouvoirs exécutifs et de coordination.

Dans un pays encore en guerre et à la stabilisation balbutiante, les questions de défense constituent évidemment le cœur de toute politique, reléguant les autres prérogatives régaliennes à des problématiques subsidiaires. Joseph Kabila lui-même doit son arrivée au pouvoir – outre, à l'évidence, à sa filiation – à des faits militaires. Il a seulement vingt-cinq ans quand il est nommé « général » et vingt-neuf lorsqu'il participe à la bataille de Pweto en décembre 2000 (proche de la capitale du Katanga, province du Sud-Est de la RDC), qui se transforme en déroute pour les forces gouvernementales face au RCD, le Rwanda et les rebelles angolais de l'UNITA[359]. Cette bataille qui provoque la perte de la base-arrière de l'AFDL de Laurent-Désiré Kabila a vraisemblablement ouvert le chemin à l'assassinat de ce dernier le 16 janvier 2001, et a mis fin aux pourparlers qui étaient censés déboucher sur un accord de paix régional quelques jours plus tard. C'est suite à cette défaite catastrophique et à l'assassinat concomitant de son père que Joseph Kabila est porté au pouvoir par les forces armées congolaises, dans une dernière tentative visant à éviter l'effondrement du régime et la victoire définitive des rebelles.

355 Dans un rapport de novembre 2008 intitulé « *On va les tuer tous*, la restriction de l'espace politique en République démocratique du Congo » et rédigé sous la direction de Anneke Van Woudenberg, Human Rights Watch décrit la maison militaire en ces termes : « C'est un organisme militaire et sécuritaire puissant institué par décret présidentiel en 2003 (sic) pour conseiller le Président en matière de défense nationale et de questions de sécurité. Il sert de liaison entre le bureau du Président et l'armée et les services de sécurité, y compris la police. Il opère souvent en dehors des chaînes officielles de communication et de commandement des ministères et des forces de sécurité. » (page 13).

356 Décret-loi 001-2002 du 26 janvier 2002 portant sur l'organisation générale de la défense et des Forces armées congolaises.

357 Voir le chapitre V du décret-loi portant sur l'attribution des compétences au ministère de la Défense et pertinemment intitulé : « de l'administration de la défense ».

358 Nous le verrons, le RCD et sa branche RCD/K-ML joue un rôle fondamental dans cette reconquête, et ce dès l'attaque de Bogoro.

359 Pour un récit de la chute de Pweto et de ses conséquences lors de la Seconde guerre du Congo, voir l'article du journal belge « Le Soir » du 6 décembre 2000, signé Colette Braeckman et disponible ici : http://archives.lesoir.be/la-chute-de-pweto-relance-la-guerre-et-menace-lumumbash_t-20001206-Z0K04K.html (consulté le 14 juillet).

Ce destin façonné par les faits militaires ne concerne pas seulement les Kabila. L'ensemble des autres responsables politiques d'importance de la RDC sont en 2003 eux aussi soit leaders de la branche politique de mouvements armés, soit directement chefs militaires de groupes rebelles. La légitimité et le pouvoir ne se mesurent alors que par la capacité à « tenir » la situation militaire et dès lors à contrôler le pays. Mbusa Nyamwisi, dont nous verrons qu'il joue un rôle central dans l'affaire qui nous intéresse, est en tant que chef du RCD/K-ML et de sa force armée, l'APC[360], l'homme fort de l'Est du Congo et se rêve alors un destin à la Laurent-Désirée Kabila.
Les cycles violences/négociations/amnistie/réintégrations sont systématiques dans la région, et permettent de forger des destins au plus haut niveau politique et économique national.

iii. Un rouage parmi d'autres

Il est dès lors primordial de relever que la Maison militaire ait été à l'initiative de la création de l'EMOI et qu'elle ait gardé sous son contrôle direct cette instance basée à Beni et elle-même chargée de la reconquête de l'Ituri – c'est-à-dire, en ce qui nous concerne, qu'elle puisse être présomptivement considérée comme l'instigatrice directe ou indirecte et la principale responsable de l'attaque de Bogoro dont Katanga a été accusé d'être le principal co-auteur avec Matthieu Ngudjolo. Nous nous contenterons à cette étape de signaler que, malgré des conditions sécuritaires à Kinshasa bien plus satisfaisantes qu'en Ituri, aucun acte d'enquête du Bureau du Procureur n'a visé l'une des administrations centrales du pays ni ses instances politiques.

Cela pose un problème fondamental à deux titres : tout d'abord, le Procureur doit enquêter à charge et à décharge de façon égale[361]. Dès lors que l'accusé avait signalé avoir participé à une entreprise décidée, conçue et dirigée par le pouvoir central

360 Armée populaire du Congo.

361 Article 54-1 du Statut : « Pour établir la vérité, [le Procureur] étend l'enquête à tous les faits et éléments de preuve qui peuvent être utiles pour déterminer s'il y a responsabilité pénale au regard du présent Statut et, ce faisant, enquête tant à charge qu'à décharge ». Cette obligation est bien entendue virtuelle. La seule façon de la rendre réelle serait de séparer entièrement (comme cela se fait dans les établissements bancaires entre différentes branches, y compris physiquement au travers de "sas") les divisions des enquêtes et de poursuites du Bureau du Procureur, ce qui est loin d'être le cas, les procédures étant menées systématiquement, comme nous l'avons vu, par le biais de « joint teams » intégrant des membres de toutes les divisions du Bureau du Procureur. À cette division des tâches devrait s'ajouter l'interdiction de poursuivre les enquêtes au-delà de la confirmation des charges, afin de s'assurer que la Division des enquêtes agirait en toute indépendance de la Division des poursuites, qui quant à elle pourrait « mener l'accusation » comme le Statut de Rome l'exige pour le Procureur, sans mettre en cause son impartialité. Cela impliquerait un amendement au Règlement de procédure et de preuve, et serait un « moindre-mal », la division des enquêtes ne voyant son objectivité troublée que par ses dynamiques internes de réussite et d'efficacité et non plus seulement par son imbrication dans un édifice tout entièrement porté sur l'accusation. Voir à cet égard : Nerlich, V., « The confirmation of charges procedure at the International Criminal Court : advance or failure ? », volume 10, *Journal of international criminal law,* 2012, pages 1354 à 1356 et plus généralement, dans une approche très critique qui nous semble juste et déjà citée, Buisman, C., « The Prosecutor's obligation to investigate incriminating and exonerating circumstances equally : illusion or reality ? », *Leiden journal of international law,* volume 27, mars 2014, pages 205 à 226.

dont il ne se disait qu'un rouage dispensable ; que ce signalement n'avait pas été contesté ; et qu'en conséquence la « nature » criminelle de l'attaque, telle que caractérisée par le Procureur, et les responsabilités subséquentes ne pouvaient être qu'associées à ce pouvoir central, le respect des droits de la défense aurait dû exiger que le degré de connaissance et d'emprise par Kinshasa sur les forces déployées en Ituri soit étudié, ne serait-ce que pour comprendre le type de contrainte et le rôle réel qu'avait pu y jouer Germain Katanga. La Chambre évitera cet écueil dans son Jugement par une *pirouette juridique* qui pourrait apparaître contestable[362].

Par ailleurs, il est troublant que l'institution ayant pour charge de s'attaquer aux « crimes les plus graves » n'ait pas cherché à remonter la chaîne de commandement et de responsabilités pour trouver les responsables de rang le plus élevé de ces crimes. La nature hautement politique des crimes sous la compétence de la Cour implique en effet naturellement et théoriquement un contrôle politique et militaire ainsi qu'une coordination et une planification au plus haut niveau. Qu'aucune enquête n'ait été menée en ce sens, ni exigée à un quelconque moment, a de quoi inquiéter, d'autant plus quand on considère l'échelle finalement utilisée par le Procureur pour traiter de ces crimes.

b. Les preuves de l'implication de Kinshasa

Les éléments permettant d'avancer que l'EMOI et par extension la Présidence de la RDC ont coordonné et dirigé l'offensive pour reconquérir l'Ituri sont en effet particulièrement lourds et ont tous été avancés par la défense. Le plus important est une lettre dont l'authenticité n'a pas été contestée[363] et qui, datée du 23 novembre 2002, donne instruction au chef d'état-major de l'armée congolaise de préparer l'offensive sur l'Ituri. Elle est signée du directeur de cabinet adjoint de Joseph Kabila, Samba Kaputo[364]. Sa reproduction en intégralité nous semble ici nécessaire :

362 La majorité n'a pas souhaité prendre en compte cet élément dans son Jugement, et l'a justifié de façon elliptique et selon nous mal fondée. Voir Jugement, page 693, paragraphe 1665 : « La Chambre rappelle qu'il importe peu que la planification, en tant que telle, de l'attaque de Bogoro ait impliqué plusieurs acteurs locaux et régionaux car la preuve figurant au dossier permet de conclure que la milice ngiti avait bel et bien le projet, qui lui était propre, d'attaquer Bogoro en éliminant sa population civile, principalement hema, un projet qui s'était facilement intégré dans le cadre d'une offensive militaire de plus grande envergure conduite dans toute l'Ituri contre l'UPC ». Pour la Chambre, la responsabilité pénale de Germain Katanga ne pouvait être éludée *du fait de responsabilités plus importantes*. Or là n'est pas tant la question que dans *l'étude* de ces responsabilités plus importantes afin de pouvoir définir *par ruisellement* celle de Germain Katanga, dont on a vu qu'il avait été condamné sur le fondement d'une complicité d'actes dont les auteurs principaux – et donc les intentions qui leur étaient prêtées, dont Germain Katanga était rendu responsable par affiliation – n'avaient fait l'objet de la moindre recherche.

363 La Majorité s'appuie sur cet élément de preuve dans son Jugement, page 229, paragraphe 588 : « L'EMOI a donc envoyé des moyens humains, qu'il s'agisse de formateurs ou de combattants, ce que confirme la lettre adressée le 23 novembre 2002 par le professeur Samba, directeur adjoint du cabinet du Président de la République de la RDC, au « Chef d'État-major inter armée. »

364 Mort en 2007 et historien de formation, il est spécialiste de l'Ituri. Après de nombreuses fonctions gouvernementales, il est chargé au sein du cabinet de Joseph Kabila de toutes les questions de « sécurité » et devient ainsi, avec Augustin Katumba Mwanke, mort en 2012 dans un accident

REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO
PRESIDENCE DE LA REPUBLIQUE
CABINET DU PRESIDENT

Kinshasa, le 23/11/2002
Au Chef d'État-major inter armée
Lieutenant Gén. Liwanga Mata Nyamunyombo

Réf : 121KAB/PR/DCA/SM/2002
Objet : Instructions

Conformément à la dernière réunion sécuritaire tenue le 15 septembre 2002 au bureau du Président de la République ayant trait aux opérations de Nyankunde/District de l'Ituri, et compte tenu de l'urgence de la situation, il vous est ordonné de renforcer les commandements FAC et les effectifs sur terrain en vue de poursuivre les opérations sur les sites ciblés et prévus (Mongwalu, Mandro, Bogoro et Komanda).

Pour ce faire, il vous est demandé d'envoyer une équipe d'officiers pour superviser et poursuivre l'exécution des opérations conjointes FAC-APC dans la région de Beni et de l'Ituri.

Pour la réussite de cette mission, prière de renforcer la dotation de cette équipe en matériels logistiques appropriés et en moyens financiers adéquats que le Chef de l'État mettra à votre disposition.

Compte tenu de la sensibilité de la situation, tous les rapports confidentiels doivent être directement adressés au Cabinet du Chef de l'État.

En annexe, voici la liste complémentaire des officiers de renseignement CNS devant collaborer avec le commandement FAC sur terrain.

Il y a urgence.

Le Cabinet du Président de la République
Prof. SAMBA KAPUTO
Directeur de Cabinet Adjoint."[365]

d'avion, l'éminence grise du Président, en charge notamment de la marginalisation politico-militaire de Jean-Pierre Bemba, autre accusé de la CPI.

365 Reproduite dans le document Requête urgente de la Défense en vue de solliciter la relocalisation internationale de Mathieu Ngudjolo hors du continent africain et sa présentation devant les autorités d'un des États-parties au Statut de la Cour pénale internationale aux fins de diligenter sa procédure d'asile (ICC-01/04-02/12-15, 21 décembre 2012) de la défense de Matthieu Ngudjolo.

L'implication directe de Joseph Kabila – la métonymie « le bureau du Président de la République » substantivant de manière assez limpide le Président lui-même – dans la mise en place de l'offensive visant à reconquérir l'Ituri apparaît avec évidence dans cet élément de preuve. La lettre montre l'attention particulière avec laquelle l'un des plus proches conseillers du Président – répondant aux ordres de ce dernier – a suivi le moindre des développements de cette offensive qui était alors capitale pour affirmer son autorité et limiter le regain d'influence du Rwanda et de ses forces affidées à l'Est du pays. La mise en place d'un canal de communication direct et confidentiel entre les forces sur le terrain et le cabinet est à ce titre significative, tout comme le financement direct par la Présidence de la République des opérations – et dès lors sans le moindre doute concernant l'achat et le transport d'armes que Germain Katanga était chargé de réceptionner – suite au renforcement général des moyens décidé lui aussi par la Présidence. Signalons que le village de Bogoro est déjà, nous sommes en novembre 2002, cité comme objectif militaire, à une période où rien dans le procès n'a permis d'indiquer que Germain Katanga avait lui connaissance des événements à venir et encore moins émis la volonté de s'attaquer à ce village. Il devient dès lors difficile de lui attribuer la paternité de l'attaque, comme l'a fait le Procureur dès les premières versions de son accusation et jusqu'à ses conclusions finales[366], mais aussi l'initiative, ou encore moins la responsabilité première de son organisation. Quant à la dernière précision de la lettre – « Il y a urgence. » –, elle montre l'importance qu'accorde le cabinet du Président à ces opérations et l'attention avec laquelle il compte suivre non seulement sa réussite, mais les échéances de sa mise en place.

Il ne s'agit pas du seul élément de preuve permettant de comprendre que l'offensive de reconquête a été pensée, coordonnée, financée et autorisée au plus haut niveau – élément qui a été reconnu par la Chambre sans qu'elle ne considère nécessaire de s'y attarder. Il est intéressant de noter l'implication du Président ougandais Yuri Museveni dès les prolégomènes du conflit et son rapprochement avec Joseph Kabila, qui a lieu selon la Chambre dès la fin 2002[367] lors d'une réunion entre les présidents à Daar es Salaam. La décision est alors prise d'une coordination avec les forces locales d'auto-défense, de la fourniture des armes et d'un encadrement d'officiers ougandais et congolais pour initier la reconquête[368]. Contre toute évidence pourtant, ou plus

366 Cette accusation est restée constante tant elle conditionnait *a priori* la réussite de l'accusation. Voir Document modifié de notification des charges en application de l'article 61-3-a du Statut (ICC-01/04-01/07-584-Anx2A, 12 juin 2008) pages 20, 21 et 32, paragraphes 58, 63 et 93 ; Document résumant les charges confirmées par la Chambre Préliminaire (ICC-01/04-01/07-1588-Anx1-tFRA, 23 novembre 2011) page 32, paragraphe 74 ; et Corrigendum du mémoire final (Conclusions finales écrites du Procureur, ICC-01/04-01/07-3251-Corr-Red daté du 3 juillet 2012), page 200, paragraphe 500.

367 Jugement, page 497, paragraphe 1220.

368 Témoignage 243 du témoin de la défense D-02-236, pages 15 à 17, 46 à 47 ; témoignage 194 du témoin de l'accusation P-12, pages 47, 48 et 60 à 64 ainsi que différents éléments de preuve dont un accord de coopération de défense disponible sur le site suivant : http://www.droitcongolais.info/files/0.4.36.-Accord-du-6-septembre-2002--RDC-Ouganda-_Retrait-des-troupes-ougandaises-de-la-RDC.pdf et cités dans le Jugement, page 497, paragraphes 1221 et 1222.

certainement en jouant sur le sens du terme, la Chambre affirmera dans son Jugement que « cette opération a été organisée localement »[369].

Ces éléments[370] nous permettent d'éclairer une problématique que nous avions abordée précédemment, à savoir la question du choix par le Procureur de la situation en Ituri, et de poser la question du choix de la personne de Germain Katanga. Comme nous l'avons vu – et contrairement aux pratiques des tribunaux d'exception qui, de Nuremberg aux TPI, ont tous cherché à traiter des situations *dans leur exhaustivité*, le Procureur a fait le choix du « *cherry picking* », selon lui plus adapté au budget de son institution. Cherchant à s'appuyer sur des cas emblématiques, il a surtout fait preuve d'un opportunisme politique dont il ne s'agit pas ici – pas encore – de juger le bien-fondé « général », mais qui pose des questions en l'espèce. Il est ici évident – et les éléments que nous allons exposer par la suite ne feront que renforcer ce constat – que l'arrestation et le transfert de Germain Katanga avaient un intérêt majeur pour Joseph Kabila. L'homme n'est en effet qu'une petite main au poids politico-militaire insignifiant et n'ayant pas d'alliés connus. Son arrestation ne risque ni de déstabiliser le régime, ni d'effrayer ses soutiens. Au contraire. De l'autre côté, elle permet de relâcher la pression politique et médiatique provenant de la société civile, pression relative à la lutte contre l'impunité et contre les crimes commis en RDC. Plutôt que de s'attaquer aux commanditaires véritables de ces opérations, c'est-à-dire ses plus proches collaborateurs et probablement lui-même – Joseph Kabila s'appuie sur la complicité, la naïveté ou simplement l'opportunisme un brin cynique du Procureur pour s'offrir une opération de communication à moindre frais. Les ONG, qui considèrent la Cour comme leur fille, ont conscience des difficultés de l'institution dans un contexte géopolitique trouble et ne souhaitent en aucun cas la mettre en difficulté : elles ne peuvent que suivre. Les médias, eux, face aux plaidoyers vibrants en faveur des victimes d'un conflit aussi peu connu qu'effrayant et dont les millions de morts sont largement mis en avant par la Cour, n'opposent au pire qu'un désintérêt poli, tout en louant au niveau national ce qui semble être le premier pas d'une nouvelle ère qui peine encore aujourd'hui à prendre vie. Germain Katanga se trouve ainsi nommé « Général » *pour être arrêté*, est interrogé sur les attaques auxquelles il a participé – information qui est

369 Jugement, page 695, paragraphe 1671. La Chambre n'avance aucun élément documentaire à cet égard, ni en note de bas de page ni dans son raisonnement. La phrase continue « … par les combattants Ngiti, et elle visait, dans leur esprit, à éliminer la population civile Hema de la localité. » Que la Chambre considère que l'opération ait été organisée par les combattants Ngiti (ce qui implique « à titre principal ») alors même que, comme la Chambre l'indique, Germain Katanga dut se déplacer à Béni pour l'organiser et coordonner l'action des combattants du village avec l'APC, qui dépêcha plusieurs officiers pour la coordonner, et les autorités régionales (éléments qui servent paradoxalement à la Chambre pour retenir la responsabilité de Katanga, Jugement, page 695, paragraphe 1671) et n'ait pu être menée que grâce aux armes, planification et matériels de communication envoyées par Kinshasa et Kampala via Béni, nous semble au mieux une contradiction flagrante.

370 Voir en sus et à titre d'exemple : « Grâce au soutien considérable que leur accordèrent les gouvernements congolais et ougandais pendant la première moitié de 2003, le FNI et le FRPI remportèrent toute une série de victoires militaires contre l'UPC qui, elle, était appuyée par le Rwanda ». *In* Tamm, H., « Le FNI et la FRPI : Résistance locale et alliances régionales dans le nord-est du Congo », *Institut de la vallée du Rift*, Londres, 2013, page 32.

par la suite transmise au Procureur, qui la croise avec les attaques *sur lesquelles il a des informations* provenant d'autres organisations – puis, deux ans plus tard, le temps que ces procédures aient lieu, que le Procureur constitue (lentement) sa *case theory* et son dossier contre l'individu, comme nous l'avons relevé, Germain Katanga se voit demander, un jour d'octobre, de mettre son uniforme de Général, qu'il n'a jamais pu porter *officiellement*, non pas pour être réhabilité comme il l'espérait, mais pour être présenté aux agents de la CPI *en tant qu'homme important.*

Il faut bien entendu s'attarder à cette étape sur l'importance de la distinction entre les affaires judiciaires et l'action plus générale de l'institution. La légitimité ou absence de légitimité de cette dernière a évidemment une influence en termes de perception et de jugement sur la neutralité et l'objectivité de l'action des juges et de l'institution dans les affaires individuelles. Elle n'en demeure pas moins en rien un indicateur systématique de la responsabilité réelle des différents accusés dans les actes qui leurs sont reprochés, fût-elle mineure ou perçue comme insignifiante à une échelle plus large ou à la vue des ambitions énoncées par la Cour. Dit autrement, pour secondaires que soient les affaires jugées à la Cour, et quelque soient les intérêts politiques auquel répond leur traitement à cette échelle, cela ne préjuge en rien de la responsabilité individuelle des accusés et de leur traitement objectif par les juges de la Cour.

Cette séparation n'en a pas moins des limites, dans le sens où les textes fondateurs et juridiquement invocables de la CPI établissent des critères certes flous mais explicites concernant les objectifs devant être poursuivis par l'institution, notamment la poursuite des crimes les plus graves et la fin de l'impunité, et que ces critères sont invoqués dans la perspective d'interprétations téléologiques lors des procès *afin d'arriver à des condamnations*[371]. La poursuite des crimes les plus graves et la fin de l'impunité, objectifs énoncés dans le Préambule du Statut de Rome, sont ainsi invocables dans le cadre des procès et pourraient être des facteurs déterminants dans le cas où l'action du Bureau du Procureur s'en éloignerait par trop du fait de calculs visant à assurer sa subsistance à court terme – ils ont pour l'instant été plutôt invoqués *pour* l'accusation et non contre elle, comme nous le verrons dans le cas de l'affaire Katanga.

Le principe général d'appréciation de l'action de la Cour à cette échelle se trouve bien entendu entre les mains des véritables souverains de l'institution, c'est-à-dire des États et de l'Assemblée des États-parties et non des juges. Pour traduire en l'espèce, il ne s'agit évidemment pas de prétendre à ce stade que la responsabilité principale présupposée de Joseph Kabila impliquerait *de facto* l'innocence de Germain Katanga, bien qu'elle puisse interroger sur la pertinence de l'action de l'institution et, si le Bureau du Procureur systématisait une approche biaisée en faveur des puissants ou

371 L'instrumentalisation de la Convention de Vienne sur les traités et ses différentes règles d'interprétation qui choquent pourtant avec les exigences du droit pénal et que nous discuterons plus en avant n'est que l'une des méthodes permettant de remplir les vides, voire parfois de faire parler l'intention des rédacteurs du Statut contre le texte lui-même.

des vainqueurs[372], sur sa raison d'être. Cependant, il s'est trouvé en l'occurrence que les deux situations se sont jointes, et qu'à la légitimité toute contestable des modalités d'action du Bureau du Procureur en Ituri s'est ajoutée une accusation fragile, voire très insuffisante, qui créé un doute contaminant l'ensemble de l'institution.

c. Apogée et chute de Germain Katanga

Germain Katanga, après avoir participé à une première tentative de reprise du village le 10 février 2003 avec une centaine de combattants, ne participe pas physiquement à l'attaque de Bogoro le 23 février 2003, selon la Chambre – ou du moins n'est-elle pas en mesure de l'établir « au-delà de tout doute raisonnable »[373]. Quelques semaines après l'attaque de Bogoro, un cessez-le-feu est signé. M. Katanga reprend ses études et après un premier échec, affirmera avoir obtenu l'équivalent du baccalauréat français, en partie par équivalences, et sans avoir été en mesure de l'attester. À mesure que les opérations de reconquête reprennent puis avancent rapidement, il gagne surtout en importance jusqu'à ce que son activité militaire occupe désormais son temps pleinement. Après une courte pause, et en un mouvement, Bunia est reprise par l'Ouganda et les alliés de Kinshasa en mai. Coordinateur ou commandant des forces d'Aveba, selon les versions, puis « commandant du FRPI », il en devient le « Président » fin 2004 selon la défense, dès février 2003 selon la Chambre, et est nommé Général de brigade dans l'armée régulière congolaise fin 2004, à 26 ans seulement[374]. Interrogé sur son sentiment d'alors lors de nos entretiens, il avance :

> « On était très fiers d'intégrer l'armée nationale, de servir une grande nation. C'était un moyen pour nous faire respecter, il n'y avait même pas des Ngiti ou lieutenants généraux. Le seul Ngiti était sergent… Sergent ! J'allais quitter Aveba. Même aller à Bunia, c'était impossible. Je pensais être déployé à partir de Kinshasa, ailleurs qu'en Ituri, j'étais content de servir le Congo. Quand j'ai choisi ce métier, ce n'était pas pour servir mes parents. La pire des choses est de rester à son propre village, un Jésus à Jérusalem, le fils prodige. »

Pourtant, peu après son déplacement à Kinshasa où il arrive après avoir rencontré pour la première fois Kabila à Kisangani le 8 janvier 2005[375], il est arrêté avec six de ses collègues (croyant eux aussi avoir été convoqué pour se faire promouvoir à des grades militaires) pour l'assassinat de plusieurs soldats membres de forces de maintien de la paix[376]. Mis en résidence surveillée le 26 février à Kinshasa où il se trouve toujours pour

372 C'est-à-dire les détenteurs présents ou à venir du pouvoir étatique, c'est-à-dire ses électeurs, financiers, législateurs et exécutants : en d'autres mots, leur maître.

373 Jugement, page 302, paragraphe 752 : « Au regard de l'ensemble des éléments de preuve dont elle dispose, la Chambre n'est donc pas en mesure d'établir, au-delà de tout doute raisonnable, que Germain Katanga était présent à Bogoro le 24 février 2003. » Voir aussi le chapitre « Conclusion », paragraphe 755.

374 Par décret présidentiel, le 4 décembre 2004.

375 ICC-01/04-01/07-T-319-FRA, page 62, ligne 9.

376 Lors d'une attaque commise le 25 février 2005 contre la MONUC à Ndoki.

la répétition de sa prise d'armes[377], il est emprisonné le 19 mars – sans que jamais ne lui soient officiellement notifiées de charges – prison d'où il ne sortira que pour être transféré à La Haye le 18 octobre 2007[378]. Il est donc formellement Général de brigade à ce moment, mais n'a jamais eu l'opportunité d'exercer son autorité en tant que tel, et n'a eu de fait aucun rôle dans les forces armées congolaises, ni dans une quelconque force armée professionnelle.

> « Mes six co-détenus de Kinshasa n'ont toujours pas été condamnés. J'ai quitté Aveba le 4 janvier 2005, je suis arrivé à Kinshasa le 8. Le 5 nous avions été à Kisangani avec Kabila. Je n'ai été arrêté que le 26 février. En arrivant à l'hôtel pour la prise de serment, on s'est tous fait embarquer, même un fils de député. Nous étions six à être nommés Généraux en Ituri. On a attendu un certain moment avant d'être arrêtés. On s'entretenait, on allait tous les jours à l'état-major. On a compris plus tard que le Président attendait que Bosco Ntaganda, qui avait lui aussi été promu, vienne nous rejoindre, pour l'arrêter. Mais il n'avait pas répondu. Il était renseigné par le Rwanda, il savait que c'était un piège dès le départ. Il avait renseigné Njabu, qui était venu en février, et qui m'avait prévenu. Mais Bjabu voulait légitimer le FNI, il ne l'a pas cru. Il avait réussi à s'enfuir et à créer une alliance avec Lubanga, qui avait été en résidence surveillée lui aussi. Il voulait créer une alliance Hema/Ngiti. Nous, nous étions alliés avec le gouvernement, on l'avait toujours été. Jusqu'à aujourd'hui, je me demande pourquoi j'ai été arrêté. Je sais que ce n'est pas moi qui ai commis les crimes qui m'ont été reprochés, ni à Bogoro, ni contre les soldats de maintien de la paix. Je n'ai jamais douté. Les Muzungus [hommes Blancs], on y était habitués depuis 2002, on travaillait avec la MONUC. Nous avons été les premiers à collaborer avec eux. J'étais à plusieurs centaines de kilomètres de l'endroit où il y a eu le massacre.
>
> Lorsque nous l'avons rencontré, Kabila était normal. On discutait sur la façon d'intégrer les troupes, dont la DDR [désarmement, démobilisation réintégration] devait se passer. Le PR [Président] était d'accord pour la DDR, mais la MONUC avait imposé la DRC [désarmement et réintégration communautaires], ce qui explique l'échec de l'intégration ; il n'y avait aucune vérification, tout enfant pouvait aller et obtenir de l'argent.
>
> C'est la communauté internationale qui avait besoin de quelqu'un. Kabila n'est pas responsable. »

Il faut noter que le Procureur de la CPI a demandé mi-juin 2007 un traitement accéléré de sa demande de mandat d'arrêt auprès du juge Silvia Steiner, craignant « une libération de l'accusé avant le 2 juillet 2007 », voire avant le début de son procès en RDC[379]. L'emprisonnement de Germain Katanga avait alors été prolongé sur demande

377 Ce qui, si son récit est véridique – et il n'a pas été contesté dans le procès – rend difficile sa participation à l'assassinat des Casques bleus qui lui est reprochée par les autorités congolaises et qui a lieu le 25 février en Ituri.

378 Note du Greffe en date du 22 octobre 2007 « Information à la Chambre de l'exécution de la requête visant l'arrestation et la remise de Germain Katanga » (ICC-01/04-01/07-40).

379 « Notification to the pre-trial Chamber I and request for extension of page limit », en date 14 juin 2007 (ICC-01/04-338-US-Exps).

du Procureur militaire, demande qui n'avait été acceptée officiellement que pour « permettre au Procureur [de la RDC] de finaliser ses enquêtes »[380]. Les raisons qui mènent le Procureur de la CPI, qui admet par là même implicitement la capacité et la volonté de la RDC à juger Germain Katanga, à privilégier un procès à la CPI ne sont pas explicitées dans sa demande. Elles tiennent sans doute à la différence de nature des crimes reprochés (il est supposé – bien qu'aucun élément ne l'atteste avec certitude[381] – que Germain Katanga aurait été principalement jugé en RDC pour le meurtre présumé de soldats de maintien de la paix) ; à la volonté de ne pas perdre la possibilité d'initier les procédures concernant une affaire *a priori* simple ; et à l'inertie institutionnelle de son Bureau, dont les dynamiques internes l'amènent assez naturellement à ne pas vouloir abandonner cette affaire après les investissements diplomatiques, matériels et humains menés depuis deux ans pour la concrétiser. Il est possible que le Bureau ait en conséquence dû précipiter la clôture de son dossier préliminaire. Plusieurs éléments permettent de l'inférer, et montrent une certaine fragilité dès les premières phases de l'affaire. Ainsi, quelques jours après le dépôt de la demande de mandat d'arrêt, la juge Silvia Steiner demande une première fois des informations supplémentaires au Procureur dans une audience *ex parte*. Elle renouvelle sa demande le 26 juin après le dépôt d'informations supplémentaires, cette fois dans une décision[382], avant d'accorder finalement le 2 juillet le mandat d'arrêt, le jour même où se jouait théoriquement le destin de Germain Katanga à l'échelle nationale.

À la suite de la prise de Bunia et avant son arrestation, Germain Katanga rencontre à Kinshasa un conseiller du Président ougandais Yuri Museveni[383], qui va le mettre en contact avec ce dernier. Kampala, où il fréquente le palais présidentiel à trois reprises, va l'aider à structurer son mouvement armé, le FRPI, dont il est devenu le Président et certainement le responsable opérationnel grâce à l'appui de l'État ougandais, ce qui va dans le sens d'une prise de pouvoir effective plus proche des assertions de la défense que des constatations de la Chambre. En quelques mois, le FRPI devient, après que l'UPC et d'autres ont joué ce rôle, le nouveau *proxy* de l'Ouganda en Ituri. Mais la situation se stabilise progressivement, sur fond d'accord entre les anciens rebelles du RCD/K-ML, de l'Ouganda et de Kinshasa qui se répartissent postes et ressources,

380 « Ordre décidant de l'extension de la détention préventive », Haute Cour militaire de la RDC, affaire Numéro 01221/0122/NBT/05, 10 avril 2007.

381 Voir à cet égard la Décision relative à la peine (article 76 du Statut) (Chambre de première instance, 23 mai 2014, ICC-01/04-01/07-3484), pages 68 et 69, paragraphes 162 et 167. Les éléments cités par la Chambre et récusant la possibilité que les procédures menées contre Germain Katanga émanent toutes de l'Auditeur militaire, directement subordonné au Président de la République de la RDC et dès lors sujets à une caution que la Chambre n'a pris en compte que partiellement. Nous traiterons de la question de la peine – et de la prise en compte de la période de détention de Germain Katanga en RDC dans son application – plus en avant.

382 Decision concerning supporting materials in relation with the Prosecution's Application for Warrants of arrest pursuant to article 58 of the Statute (non traduite, ICC- 01/04- 352- US- Exp- tFR).

383 ICC-01/04-01/07-T-319-FRA, page 28, lignes 6 à 28, pages 29 à 37, ainsi que notre entretien : « J'ai reçu un appel d'un ami du PUSIC qui m'a mis en contact avec un des officiers des renseignements ougandais : « toi tu viens, Museveni doit te parler », fin 2003.

tandis que le Rwanda concentre ses initiatives sur le Nord-Kivu. Dès mars 2003, comme nous l'avons indiqué, soit quelques semaines après l'attaque de Bogoro, Germain Katanga signe un premier accord de paix local. Il faut attendre juin pour qu'un accord de paix global soit signé entre les différentes parties au conflit. Le FRPI ne prendra jamais son véritable envol, et a subsisté jusqu'à nos jours du fait de la volonté tenace de plusieurs de ses chefs qui, contre l'avis de leurs chefs coutumiers et de Germain Katanga qui avait accepté de la dissoudre, maintiendront l'organisation en vie.

Comme le montre la décision de la Majorité concernant la fixation de la peine, Germain Katanga a joué un rôle de pacification important dans l'après-guerre. Les initiatives prises par ce dernier sont nombreuses. Collaborant régulièrement avec la MONUC, il donne l'exemple en étant le premier à se présenter au processus de désarmement initié par l'ONU, et facilite ainsi grandement la tâche de la force internationale, selon les dires de cette dernière. Auparavant, il aide notamment de nombreux réfugiés de toutes les ethnies et sert selon plusieurs témoignages de catalyseur des velléités offensives de sa communauté, portées par d'autres chefs de guerre beaucoup plus agressifs, dont certains lui succéderont à son arrestation. Il maintient à tout moment la communication entre son mouvement militaire et les chefs coutumiers qu'il ne renie pas, malgré l'accroissement de puissance dont il bénéficie. Le Procureur n'a par ailleurs trouvé aucun exemple après Bogoro de violences ethniques dont Katanga serait présomptivement responsable. Bien considéré par sa communauté, il n'abuse vraisemblablement pas de sa position et ne participe pas à l'inflammation discursive qui touche l'Ituri. Interrogé sur ses regrets par nos soins, il cite spontanément une attaque « innécessaire » à laquelle il aurait pu s'opposer et qui provoqua un nombre important de victimes. Il avait auparavant répondu

> « Quels regrets ? On regrette ce qu'on a mal fait, ce qu'on a initié. Nous subissions. Pouvons nous être coupables de nous être défendus ? N'aurions-nous pas dû aider le Congo à se battre contre les Ougandais ? Tout ce que nous avons fait était pour notre propre protection, nous étions obligés. Ce que nous n'avions pas le droit de faire, les Ngiti, c'était la vengeance. *Ils* l'ont fait. La cause, c'est la haine.
> Les pertes humaines, les gens n'avaient pas le droit de mourir. Ils n'étaient pas parties prenantes à un conflit. Il y a eu des massacres impensables. Nyakunde, c'était le plus grave. Ils ont attaqué tout le monde. Un hôpital. Ça a provoqué une inflation immédiate de toutes les opérations.
> Les gens gardent leur haine à l'intérieur. Ça m'arrive de ressentir cette haine. Moi je suis accusé d'avoir tué les Hema, et personne n'est accusé d'avoir tué les Ngiti. Est-ce que nous sommes des victimes de tout ça ? »

Opportuniste, ne reniant à aucun moment la violence comme moyen de défense, et maniant un discours victimaire pour en légitimer l'usage, Germain Katanga était devenu, en somme, un « chef idéal », entretenant par sa participation au système les violences et l'instabilité de la région tout en les limitant suffisamment pour être apprécié par les populations. Après son arrestation, le FRPI prend une tournure nettement

plus violente, sous la houlette des commandants que Germain Katanga avait réussi à neutraliser[384].

Malgré différentes évolutions, qui ont amené à un retrait progressif des forces étrangères du territoire, l'Ituri demeure comme nous l'avons montré aujourd'hui dans une situation précaire. Le FRPI existe toujours et près de 120 000 personnes demeurent affectées par les violences en 2014[385].

Il nous faut pour résumer donner à Katanga et à son parcours l'importance et la cohérence qui furent les siennes : celles d'un jeune homme déraciné, élevé dans le cadre d'une famille déstructurée d'une région miséreuse, perdant successivement deux pères avant de retrouver le premier et de réussir à s'intégrer dans une communauté dont il ne connaissait pas les codes, grâce à une intelligence et une débrouillardise certaines qui l'amenèrent à se faire progressivement respecter. Un homme qui n'hésita jamais, que ce soit par le braconnage ou l'engagement combattant et militaire, à jouer avec la légalité et les codes moraux que l'époque, pour autant qu'elle en ait connus, incitait à subvertir, non seulement pour survivre, mais pour se construire un destin. Son opportunisme, son ambition et probablement une certaine absence de scrupules – ou plutôt une *perte* de scrupules – lui permirent dans un contexte troublé et empli de violences de faire son chemin et devenir un héros local, gagner une position de notable à un très jeune âge avant d'être instrumentalisé par de grandes puissances qui avaient besoin d'un appui local pour mettre en œuvre leur grande politique ; avant d'être rejeté, emprisonné et transféré à La Haye pour couvrir ses éphémères protecteurs.". Convaincu de la justesse de ses engagements et de la pertinence d'une lecture pourtant contestable de la réalité de son époque, rappelons que son parcours fut exceptionnellement court : trois ans séparèrent son premier fait d'armes, l'embuscade contre le petit détachement ougandais, de son dernier.

384 Voir sur l'évolution de l'Ituri et du FRPI après l'arrestation de Germain Katanga, Tamm, H., « Le FNI et la FRPI : Résistance locale et alliances régionales dans le nord-est du Congo », *Institut de la vallée du Rift*, Londres, 2013, page 34 à 48.

385 Voir par exemple « Conférence de presse des Nations Unies du 25 septembre 2013 (http://monusco.unmissions.org/LinkClick.aspx?fileticket=CI4TBgNCz7M%3D&tabid=11429&mid=14700&language=fr-FR) ; article concomitant du 19 septembre 2013 dans l'Observateur (RDC) « Sud Irumu/Province Orientale : près de 80000 personnes déplacées dans des conditions précaires » : « La recrudescence des combats observés ce dernier temps entre les Forces armées de la République démocratique du Congo (FARC) et les miliciens du Front de résistance patriotique de l'Ituri (FRPI) au Sud du territoire d'Irumu, dans la Province Orientale, reste un motif d'insécurité et jette les populations sur la route à la recherche d'autres cieux plus cléments. A cause cet environnement délétère, près de 80000 personnes ont été déplacées depuis le 22 août dernier et vivent dans des conditions précaires. » (http://www.onewovision.com/actu-rdc/Sud-Irumu-Province-Orientale-prA-s-de-80000-personnes-dA-placA-es-dans-des-conditions-prA-caires,i-20130919-0517-118?intro_autostart=0) ; ou encore "Ituri : la FRPI sollicite un couloir de sécurité pour se rendre aux FARDC à Getty", Radio Okapi, 6 mars 2014 (http://7sur7.cd/index.php/8-infos/2395-ituri-la-frpi-sollicite-un-couloir-de-securite-pour-se-rendre-aux-fardc-a-getty#.U3F9dV7LDrY) (liens consultés le 14 juillet 2014).

Dans sa grandeur et sa décadence émanent une certaine naïveté, celle d'un homme trop content d'intégrer le système[386]. Interrogé sur son devenir, il affirme vouloir

> « rationnaliser l'agriculture en Walendu-Bindi, pour qu'elle se rentabilise. Augmenter la quantité des récoltes, à partir de ce que j'ai appris à la télé, sur les terres de mon père. Le système est le suivant : la communauté vous donne la terre, vous la cultivez et puis vous la rendez après la récolte. Mes deux valises sont déjà parquées au dépôt, je veux en acheter une autre, ils traînent. Ngudjolo est toujours à La Haye. Moi j'ai décidé de rentrer en Afrique.
> Je n'ai ni espoir ni désespoir : ça n'a pas d'importance. Je suis fatigué d'être ici, je n'ai plus envie d'être ici. Je ne suis pas un super homme, un monsieur de grande importance, je veux être simplement comme j'ai été. J'ai appris a cuisiner maintenant – je viens de faire un plat à Laurent [Gbagbo] qui doit recevoir de la visite – je pense aussi ouvrir un restaurant, dans quelques lieux stratégiques. Après, il faudra étudier. Je n'ai pas étudié ici, personne ne m'a proposé, je n'ai pas demandé. On peut étudier ici, avoir des diplômes, ça ne vaut rien en rentrant en Afrique. J'ai besoin de développer mon raisonnement en droit, j'ai été déçu par ce droit. J'ai cru que le droit était comme en mathématiques, comme l'angle droit, comme son nom l'indique. Mais l'angle droit peut avoir 20 ou 90° .
> Je veux retourner voir ma famille, mes enfants, ma femme[387]. Je n'ai pas peur de me faire arrêter à mon arrivée, non. Si cela doit arriver, cela arrivera. Je crois en la justice de mon pays, donc je serais un jour libéré. Je suis prêt à le subir tant que je suis dans mon pays. J'ai besoin de rentrer dans mon pays. Il y a eu une audience à ce propos en République démocratique du Congo, la réponse a été un peu floue. Je ne veux pas être traité comme je vois tous ces gens traités en Europe, comme ils le sont, les témoins qui ont tenté de demander l'asile [emprisonnés à La Haye, dans le centre de détention de la CPI, pendant près de deux ans, dans l'attente du règlement de leur demande d'asile] ceux que je vois

386 Sans que jamais nous ayons eu l'impression qu'il ait eu tout à fait sa vie entre les mains ni ne décida de la prendre. Pour le dire autrement, et vulgairement, il fut un *lampiste*, un villageois qui, après avoir fait des choix indéniables, se retrouva englué dans une dynamique sur laquelle il n'avait pas de prise (ce qui ne présume pas de sa responsabilité), événements dont les éléments recueillis lors du procès semblent indiquer que, lorsqu'il le put, il tenta d'en limiter les conséquences. Un facilitateur donc, comme mille autres, qui fut condamné comme mille autres auraient pu l'être, et qui aurait été autre s'il ne s'était saisi de ce rôle, et d'autres certainement plus violents, ayant encore moins de scrupules. Un homme en somme que rien ne prédestinait à La Haye, ni même avant cela aux hautes sphères de la RDC et de l'Ouganda, mais qui eut sa chance et sut la saisir, peut-être aux dépens d'autres, mais peut-être aussi pour leur soulagement, et se retrouve aujourd'hui, largement entré dans l'âge adulte, dans une situation paradoxalement idéale, à la veille d'une libération anticipée, ayant acquis un statut qui lui vaudra une reconnaissance certaine et des compétences, une aura, qui laissent présager d'un destin encore plus mouvementé que celui qui fut le sien jusqu'à aujourd'hui. À moins qu'il ne retombe encore, incapable de tout à fait de saisir son pouvoir, d'avoir ce léger cynisme qui fait la véritable puissance, trop heureux d'avoir ce qu'il a et trop peu assuré pour l'imposer, à nouveau instrumentalisé, à nouveau élevé avant d'être écrasé.

387 Germain Katanga est marié à Denise Katanga depuis novembre 2002. Celle-ci, caissière à une succursale Soficom (transferts d'argent) de la ville de Bunia, élève et subvient aux besoins des trois enfants du couple, âgés respectivement de 10, 9, et 3 ans.

> à la télévision. C'est humiliant. Je suis congolais, il faut que j'y retourne. Quel que soit mon destin. »

Les raisons de l'obstination de M. Katanga sont apparues compréhensibles au regard de nos entretiens avec lui. Lorsque nous nous étions rencontrés pour la première fois, il avait simplement avancé :

> « Je suis très touché, et surpris, par votre intérêt. Ici, en Europe, je suis comme dans l'océan. »

Lorsqu'on l'interrogea, quelques heures plus tard, sur des visites similaires à la nôtre, il commença par éluder en laissant entendre qu'elles avaient été nombreuses, avant de reprendre, face à notre insistance, quelques instants plus tard :

> « Vous êtes la première personne qui vient me voir depuis que j'ai été arrêté. J'ai obtenu, après une longue lutte, de pouvoir recevoir ma famille une fois par an. Je ne les avais pas vus les trois premières années. Les autres ont les moyens de rencontrer souvent des gens, de les inviter. Ils sont intéressants. Moi non. Les vacances judiciaires sont de loin les pires. Il ne se passe plus rien. »

Germain Katanga était alors détenu depuis dix ans. Il n'y avait là, dans ce fatalisme sans *pathos*, nulle mise en scène.
Quelques minutes auparavant, il s'était montré particulièrement effusif avec les autres détenus, montrant ostensiblement son « invité » à eux qui en recevaient régulièrement, se pensant enfin leur égal, l'espace d'un instant. Cet homme sans pouvoir n'en connaissait visiblement pas les codes. L'incapacité à tenir le mensonge, à cacher ses émotions, l'absence de volonté de manipuler son interlocuteur sont apparues de façon flagrante. Tout au plus apparaissaient quelques réflexes, quelques mécanismes dialectiques, et une langue encore codée par le judiciaire, répondant comme on répondrait à un Procureur ou un juge – *contaminée par la fréquentation du pouvoir* – mais qui s'effacèrent sans grande peine. Habillé avec un soin apparent (chaussures cirées, costume gris et cravate parfaitement repassés, comme neufs), Germain Katanga était arrivé à notre premier rendez-vous avec un immense conteneur, où étaient jetés pêle-mêle carnet, papiers, sachets de thé, bouilloire, et deux barres chocolatées à partager avec son interlocuteur, dont le coût équivalait au tiers de ses ressources hebdomadaires. Il chercha bien entendu à se présenter sous son meilleur jour, à mettre en scène son absence d'importance. Mais cet homme, nous a-t-il semblé (et en prenant en compte, d'évidence, la configuration de la rencontre), n'avait rien de ce que nous connaissions des hommes de pouvoir.

3. La perception générale de l'accusé par les différents acteurs de l'affaire

Plusieurs remarques peuvent être avancées à ce stade. Avant même d'étudier en détail les faits spécifiques qui ont amené à ce que la Cour pénale internationale se saisisse de cette affaire, il apparaît évident que Germain Katanga, au moment où il a commis les actes pour lesquels il a été condamné, n'est pas une personnalité ayant

une envergure politique, sociale, économique ou militaire au-delà de sa communauté, c'est-à-dire tout au plus – et l'estimation, à la vue des liens lâches qui existaient entre les différentes localités et l'influence démontrée de Katanga, est hautement exagérée – 100 000 personnes, relativement et symétriquement isolées du reste du monde et de la *modernité*, au point de s'appuyer sur un système de numération propre unique, fondé sur des bases de 4 et 32, jusqu'au début des années 1990[388]. Il s'agit de quelqu'un dont il n'a pas été prouvé qu'il ait été responsable direct de violences extra-ordinaires. De quelqu'un dont rien ne permet d'affirmer qu'il a nourri ou agi selon une idéologie raciste ou essentialiste. De quelqu'un qui n'a joué aucun rôle décisif dans les violences en Ituri qui ont suivi la Seconde guerre du Congo. Qui n'a participé à – ni *a fortiori* pensé – aucun plan commun ou entreprise d'extermination, de génocide ou tout autre crime d'importance ayant eu une dimension ethnique ou raciale à titre principal. Les motifs qui l'ont poussé à s'engager sur la voie d'une violence qui lui était préexistante et lui a survécu sont compréhensibles par tout un chacun, sans être pour autant devoir être partagés. Tentons à partir de ce constat de comprendre comment la Cour a appréhendé la personne et les actes qui lui ont été déférés.

a. De la notion de responsabilité indirecte : l'exemple de Frantz Stangl

Il est bien entendu qu'aucun des éléments jusqu'ici avancés ne disculpe Germain Katanga d'avance de tout acte qu'il aurait commis. Le retour à l'entretien de Franz Stangl par l'historienne Gitta Sereny est ici important pour comprendre les raisons qui ont amené le droit international pénal à se saisir a priori d'actes de personnes ayant eu un degré de responsabilité intermédiaire dans des violences de masse.

Franz Stangl a dirigé Treblinka, le plus important camp d'extermination nazi pendant la Seconde Guerre mondiale. Il a été responsable direct, bien qu'il ne fit que s'insérer au sein d'un système de répression extrêmement sophistiqué, de la mort de plusieurs centaines de milliers de personnes[389]. Les premiers procès de Nuremberg ne s'attaquent pas à des responsables à l'époque considérés comme secondaires, mais les autorités autrichiennes tentent de le poursuivre. Il s'enfuit alors, avec l'appui des autorités ecclésiastiques romaines, et s'installe au Brésil. Ce n'est qu'en 1967 qu'il est extradé en Allemagne, et y est condamné à perpétuité en 1970, avant de mourir un an plus tard. Il accepte de rencontrer à de nombreuses reprises Gitta Sereny au sein de sa prison.

388 Kutsch Lojenga, C., « Ngiti : a Central-Sudanic language of Zaire », Köln, *Rüdiger Köppe*, 1994, pages 353 à 357. La base 4, extrêmement rare, connaîtrait quelques utilisations similaires au sein d'autres communautés bantoues et issues de cultures soudano-centrales de la région, fruit probable de l'isolement important de la région (quelques exemples de système de calculs appuyés sur la même base ont été retrouvés en Amérique latine et Amérique du Nord dans des configurations d'isolement similaires) de par des contraintes géographiques et naturelles (densité de la forêt notamment) jusqu'à ce que les colons belges le rompent très partiellement par de nombreux travaux d'aménagement du territoire et de déforestation à partir du XIX^{e} siècle tardif.

389 Le chiffre avancé le plus souvent, et qui peut être considéré comme une hypothèse intermédiaire, 5 est de 900 000 personnes.

Celle-ci explique :

> « Stangl, insistant sur le fait que jamais il n'avait tiré sur la foule, semblait plus indigné par cette accusation que par tout le reste, et trouvait sans rapport avec la question le fait que, qu'il ait tiré ou non, ces mêmes gens allaient mourir de toute façon, moins de deux heures plus tard, par un système dont il avait le contrôle. Cela peut paraître secondaire, mais je crois que c'est un fait significatif parce qu'il correspond bien à une idée toujours ressassée, sur laquelle on s'est profondément mépris, et que les tribunaux, de même que le public et les individus concernés ont acceptée peut-être faute de mieux – idée selon laquelle la responsabilité aurait été limitée à des actions momentanées et souvent isolées et à quelques individus. C'est, je pense, à cause de l'acceptation unanime de ce faux concept de responsabilité que Stangl lui-même (et cela jusqu'à la veille de sa mort), sa famille et – plus largement peut-être mais dans un sens tout aussi important sinon plus – d'innombrables gens en Allemagne et ailleurs ont estimé pendant des années que ce qui est décisif devant la loi et par conséquent dans la conduite des affaires humaines, c'est ce qu'un homme *fait* plutôt que ce qu'il est [entendu selon l'auteur au sens de son grade ou de sa responsabilité]. »[390]

Stangl fut, de l'avis majoritaire, y compris de quelques rescapés, un « homme bon » au sein du système d'extermination nazi. Il ne tua ni ne frappa jamais. Il n'était par ailleurs « qu'un » *antisémite de convenance*, sans haine attestée ni conviction, et considérait les Juifs avec lesquels il interagissait comme tout aussi humains que lui[391]. Profondément catholique et chargé de lutter contre les activités nazies avant l'Anschluss, il avait été par la suite progressivement conditionné par la machine de guerre nazie, en étant affecté comme beaucoup des futurs cadres de l'*Aktion Reinhard* à un poste de surveillance au tristement célèbre programme d'euthanasie *Aktion T4*. Dénué d'intention criminelle au sens le plus strict du terme, vivant une vie familiale normée[392] et

390 Sereny, G., *Au fond des ténèbres,* Paris, Texto, 2013, pages 177 et 178.

391 De multiples exemples allant en ce sens jalonnent son parcours, depuis sa participation au recensement des Juifs en Autriche jusqu'au cœur même de Treblinka. Nous sommes loin du cas d'Eichmann, dont l'antisémitisme et le nazisme l'accompagnèrent jusqu'en Argentine où il n'hésita pas à en « faire gala » à plusieurs reprises, mais aussi de Rudolf Höss, commandant d'Auschwitz-Birkenau, qui dans ses *Mémoires* ne cesse de se raccrocher à la passivité postulée des Juifs, façon pour lui de les renvoyer à une *différence naturelle*, et de les renvoyer au trait distinctif séparant dans l'imaginaire collectif l'homme de l'animal. La normalité clamée par Eichmann à propos de sa rencontre, en présence de Höss, avec un « vieil ami » qui fut déporté à Auschwitz, et dont il tira « une grande joie intérieure » (« With Storfer afterwards, well, it was normal and human, we had a normal human encounter », Arendt, H., *Eichman in Jerusalem*, Londres, Penguin Classics, 2007, page 51), avec lequel il mania le « nous » pour se plaindre de la situation difficile dans laquelle « ils » se trouvaient « tous deux », lui faisant une petite faveur avant de le laisser mourir, semble s'apparenter à une jouissance du pouvoir qualifiable de perverse et bien distincte du rapport de soumission – fût-elle intéressée – qu'eurent Höss et Stangl à leurs fonctions. Eichman avait le pouvoir de sauver son « vieil ami » mais préféra invoquer les « ordres » irrévocables – et incontestables, puisqu'inexistants autrement que dans leur déclinaison par les différents services dont celui de Eichman – du Führer et culpabiliser Storfer, le rendant responsable de sa situation.

392 Avec cependant d'importants « épisodes d'abstinence » – c'est ainsi qu'ils furent décrits par sa femme – notamment liés aux profonds chocs ressentis par sa femme, qui prétendit avoir toujours été viscéralement antinazie sans cesser de s'accommoder des actions de son mari, à chaque fois qu'un événement venait perturber les mécaniques de refoulement qu'elle avait mis en place.

ayant compartimenté ses actions jusqu'à réussir à faire abstraction de leur contexte, se concentrant sur leur légalité formelle, il fut « heureux » à Treblinka où les odeurs de cadavres incinérés provoquaient pourtant selon de nombreux témoignages des nausées à des kilomètres à la ronde, et où à son arrivée la terre était en mouvement permanent du fait de la décomposition des milliers de cadavres qui y avaient été enterrés à la va-vite.
Sans lui, il est probable que jamais Treblinka, qui se trouvait dans un état de désordre catastrophique avant son arrivée, n'aurait provoqué la mort de centaines de milliers de personnes. Pourtant, il ne semble jamais l'avoir directement souhaité. Son obsession était d'instaurer un ordre qui permettrait à la « machine » de fonctionner le mieux possible : tout semblait fonctionner dans son esprit comme s'il s'était agi là d'une usine quelconque. Nul sadisme ou jouissance apparents, ou semble-t-il cachés. Par sa simple conscience professionnelle et ses talents d'organisateur, il fit du camp la machine de mort la plus efficace des temps modernes. Il était, bien plus que Eichmann dont ont été démontrés depuis son procès le profond antisémitisme et le zèle sans merci avec lequel il planifia la solution finale, la véritable banalité du mal, progressivement insensibilisé à l'entreprise dans laquelle il s'était inséré, voyant parfaitement l'exceptionnalité de *nature* de l'entreprise qu'il rendait efficiente et ne fixant pourtant pas la moindre limite à ses compromissions dans le système, s'investissant chaque fois plus, par choix personnel, tenant pour un fait le monde qui l'entourait et décidant de s'y insérer tout de même. Tout en étant incapable à titre individuel de la moindre incartade « *immorale* » ou illégale à l'intérieur de celui-ci.

b. Le droit international pénal face aux responsables aux mains blanches

Le cas Stangl permet de rendre évidente la nécessité de ne pas s'en tenir aux idéologues et organisateurs des violences de masse. Il permet tout autant de relativiser l'innocuité d'ambitions mises au service de violences massives, et de ne pas se laisser égarer par la banalité des intentions, qui ne sont jamais ignorantes des *ordres* auxquelles elles participent.

i. L'extension continue du droit international pénal

Pourtant, un abîme évident s'ouvre à l'heure de comparer les deux affaires, abîme que le droit et le positivisme ne permettent de combler qu'au prix d'une certaine artificialité. L'abîme ressenti tient à la généalogie même du droit international pénal. Celui-ci est né et s'est construit en réaction à l'ampleur et aux caractéristiques des crimes nazis – qui firent *a posteriori* du respect de la souveraineté et de l'ordre étatique un double prétexte intolérable à l'inaction[393] – et qui lui donnèrent sa « raison d'être ». Il s'est par la suite développé, raffiné, afin de traiter les dimensions intermédiaires de ces crimes spécifiques, ancrés dans des systèmes politico-administratifs propres à une civilisation donnée, dont il est apparu que non seulement les concepteurs et grands

393 Tant à l'échelle internationale – entre États – qu'à l'échelle infra-étatique, inter-individuelle.

ordonnateurs mais aussi beaucoup des exécutants de niveaux inférieurs avaient été nécessaires à sa réalisation. Cette construction a progressivement *dérivé* – dans le sens premier du terme – en s'attaquant à des crimes de dimension moindre, considérant que ceux-ci pouvaient en inspirer d'autres comme certaines entreprises coloniales façonnèrent les fascismes[394], ou tout simplement, comme nous le verrons, qu'ils constituaient autant de violations intolérables d'un ordre toujours plus exigeant.

La « découverte » progressive, au long de ce processus, de la normalité de certains accusés et, prises isolément, de la banalité de leurs intentions et de leurs tâches, a par ailleurs très rapidement amené à un développement de la notion de responsabilité et des incriminations afférentes ayant théoriquement pour objectif de responsabiliser l'ensemble des acteurs de la chaîne des violences de masse et dès lors, hypothétiquement, de les fragiliser pour l'avenir. Un certain nombre de critères ont été mis en place, progressivement raffinés, notamment relatifs à la *connaissance* de la finalité de l'entreprise, comme nous le verrons. Cette responsabilisation intermédiaire tient bien entendu des limites, et notamment dans le fait qu'un *système* quel qu'il soit implique un degré d'obéissance nécessaire et le respect des hiérarchies pour être un *minimum* fonctionnel. Les différents acteurs du droit international pénal ont avancé sur cette fine crête, conscients qu'à tout moment ils risquaient de remettre en question les principes régulant les pouvoirs mêmes qui les avaient établis, et dans le même temps convaincus que leur tâche ne pouvait pas s'arrêter à de grands procès symboliques qui laissaient intact les appareils de pouvoir qui avaient permis la commission des crimes. Il y avait là à la fois une dimension morale – ne pas laisser impunis, parce qu'ils étaient masse, la masse – et préventive – éviter une déresponsabilisation à échelles successives des populations face à *l'inacceptable* – qui se rejoignaient toutes deux. Nous savons depuis Michel Foucault, et de façon plus prosaïque par expérience personnelle[395], que l'ignorance est la condition du pouvoir, et le droit international pénal n'a fait qu'intégrer

394 Voir à cet égard Gerwarth, R., Malinowski, S., « L'antichambre de l'Holocauste ? », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, volume 3, numéro 99, 2008, pages 143 à 159 et en particulier en ce qui concerne le génocide mené en Namibie par les autorités allemandes : Wendt, J., « L'anamnèse du colonialisme allemand », *L'Homme et la société*, 2010, numéro 175, pages 57 à 80 ; Joël Kotek et Pierre Rigoulot, *Le Siècle des camps : emprisonnement, détention, extermination. Cent ans de mal absolu*, Paris, J.-C. Lattès, 2006 (pages 81 à 94) ainsi que la note de bas de page 3 de « L'antichambre de l'holocauste » (pré-cité) pour une bibliographie complète en langue allemande.

395 Ainsi, de retour au village natal après plusieurs années, nous remarquons que la plage autrefois sablonneuse est désormais emplie de galets. Déçus, puis furieux, mais n'ayant aucune source d'information à laquelle nous rattacher (nous n'avons plus d'attaches sociales réelles dans le village, celui-ci est trop petit pour nourrir des chroniques sur Internet et nous ne connaissons pas de scientifique spécialiste de la question), nous avons le réflexe naturel de nous adresser au potentat local, la mairie, que nous suspectons immédiatement d'être responsable d'un phénomène qui pourrait être tout autant naturel, du fait d'une manœuvre quelconque cherchant à pérenniser la côte sablonneuse ou l'améliorer et qui aurait mal tourné. Bien entendu cette pulsion ne sera jamais réalisée, ne disposant d'aucun relais nous permettant « d'accéder » au potentat retranché derrière les murs de sa mairie fleurie, et les convenances sociales (les rapports de pouvoir dirions-nous en termes foucaldiens) nous interdisant bien entendu de nous adresser aux portes d'accès de celle-ci, c'est-à-dire les secrétaires ou assistants, pour une question si mineure (pour nous).

cette réalité, lui – nous nous permettons la personnification – qui a théorisé la méconnaissance de l'illégalité d'un ordre comme circonstance atténuante, voire en certaines circonstances comme faisant disparaître l'élément psychologique du crime. En d'autres termes, comme facteur permettant d'innocenter l'accusé, l'ignorance étant condition de survie de tout système politique discipliné, ce ne sont pas nos mots, ni ceux de Foucault, mais ceux des juges d'un tribunal international comme nous le verrons tout de suite. Bien entendu cette notion ne s'applique pas aux ordres « manifestement illégaux » – mais c'est là une petite concession, comme pour conserver l'essentiel.

Comme l'affirmèrent les juges militaires américains dans le Procès du haut-commandement de Nuremberg :

> « Il est essentiel pour la discipline d'une armée que les ordres qui sont donnés soient appliqués. La discipline est fondée sur ce principe. Sans cela, aucune armée ne peut être effective, et il n'est certainement pas exigible à un soldat subordonné d'évaluer les ordres des supérieurs selon le principe de légalité. Avec certaines limitations, il a le droit d'assumer que les ordres de ses supérieurs et de l'État qu'il sert sont en conformité avec le droit international. »[396]

Le soldat a le droit d'être ignorant. Il en a même le devoir. L'idée d'ordre en dépend, le pouvoir, du juge comme du souverain dont il tire son autorité et donc sa *capacité à juger*, tout autant.

Il reste qu'au-delà de cette limite, le droit international pénal n'a cessé de s'étendre à des cas d'une importance moindre, jusqu'à toucher à des actes uniques qui, insérés dans un contexte de violences, devenaient de ce fait incriminables. La distanciation progressive avec le contexte d'origine de la formation du droit international pénal a amené à une évolution qui, selon que nous considérons le rapport aux origines déterminant ou non, peut apparaître aujourd'hui comme une distorsion. La comparaison entre Stangl et Katanga, pour abrupte qu'elle soit, permet de mesurer le chemin parcouru et d'en mesurer peut-être les limites[397].

396 *High command case, T.W.C*, volume XI, pages 510 et 511 (dernier Procès de criminels de guerre devant le Tribunal Militaire de Nuremberg). Il faut pour cela que les ordres reçus ne soient pas « manifestement illégaux » (Jugement, High Command Case, T.W.C, volume XI, page 512 ; critère repris par la Chambre de première instance I du TPIY dans son Jugement de l'affaire Mrda, page 19, paragraphe 67 en ce qui concerne les atténuations de la peine). Voir De Frouville, O., *Droit international pénal,* Paris, Editions A. Pédone, 2012 pages 433 et 434. Voir aussi pages 447 à 450 pour un autre motif d'exonération similaire, l'erreur de droit.

397 Contrairement au Jugement Katanga qui fut accueilli par un mélange de scepticisme et surtout d'indifférence, la condamnation de Frantz Stangl à perpétuité, largement suivie par les médias, ne fit l'objet d'aucune contestation d'ampleur. En aurait-il été de même si elle n'avait pas été précédée par le Procès de Nuremberg, les douze procès militaires supplémentaires et les milliers de condamnations des cadres intermédiaires qui mirent en place une épuration hiérarchique ? La question qui se pose en filigrane est évidemment celle du traitement à une échelle très basse d'un conflit qui eut des implications internationales et où trois États, plusieurs organisations multinationales et autant de trafiquants d'armes furent les acteurs principaux, et qui pourtant n'a été embrassé à la Cour pénale

ii. Du nazisme au FRPI : l'impossible continuité

Il nous faut bien évidemment immédiatement mettre en avant les différences fondamentales entre les deux affaires. Katanga, pour intermédiaire potentiellement nécessaire à des violences qu'il ait été, n'a en effet pas été Stangl qui commit ses crimes de façon continue plus de deux ans durant et fut directement responsable, un rouage essentiel, dans la mort d'un peu moins d'un million de personnes, exterminées du fait de leur origines[398], contre trente à deux cents pour Katanga.

Le FRPI n'est par ailleurs pas, faut-il le rappeler, comparable à l'État nazi[399], ni dans ses intentions, ni dans ses moyens, ni dans sa structure ; et ce même à une échelle dramatiquement inférieure. Il s'agit d'une organisation d'une *nature* parfaitement différente[400], comme la Chambre de première instance, en ce qui nous semble être un geste révélateur, se sentit obligée de l'admettre, tout en défendant que l'un comme l'autre restaient assimilables dans le raisonnement juridique qui l'amènerait à condamner Germain Katanga :

> « [la théorie du *contrôle sur l'organisation*] ne saurait se réduire aux seules structures administratives analogues à celle qu'a connue l'Allemagne du troisième Reich et qui sont à l'origine de cette théorie. »[401]

internationale que par le truchement du procès de trois miliciens, Germain Katanga, Matthieu Ngudjolo et, du côté « adverse », Thomas Lubanga.

398 Nous demeurons convaincus que le rôle qu'à joué Katanga dans l'attaque de Bogoro était purement fonctionnel – ce qui correspond à l'analyse de la Chambre de première instance – et aurait surtout pu être tout aussi bien rempli par un quelconque villageois ayant un minimum d'aplomb – et plusieurs chefs militaires de rang important comme Cobra Matata avaient démontré et ont continué à le faire suite à l'arrestation de Katanga qu'ils étaient en mesure de le remplacer, spécialement en ce qui concerne la seule implication que la Chambre ait considéré comme étant démontrée, c'est-à-dire la réception et la distribution d'armes arrivant par avion sur la piste d'Aveba.

399 Le FRPI n'était de fait certainement qu'un acronyme désignant de façon générique l'ensemble des milices d'auto-défense du Walendu-Bindi, du moins jusqu'en mai, voir août 2003. Voir à cet égard, Tamm, H., « Le FNI et la FRPI : Résistance locale et alliances régionales dans le nord-est du Congo », *Institut de la vallée du Rift*, Londres, 2013, page 32 : « Autrement dit, les modifications qui s'opérèrent de la mi-2002 à la mi-2003 au niveau des alliances régionales donnèrent aux Lendu du Nord décentralisés et aux milices Ngiti fragmentées une dénomination commune et leur fournirent des armes, mais leurs structures organisationnelles ne s'en trouvèrent pas fondamentalement transformées. »

400 Contrairement, par exemple au Hutu Power ou aux Khmers rouges, dont les structures, à défaut de moyens, pouvaient en certains points admettre cette comparaison.

401 Jugement, page 580, paragraphe 1410. Le point de référence est implicitement utilisé pour étudier le FRPI, au sein des paragraphes 583 à 585, paragraphes 1419 à 1421, et pour, nécessairement, exclure l'assimilation. L'absence de plasticité juridique du droit international pénal, la Chambre *devant* plaquer les caractéristiques issues de son monde, celui de l'Europe du XX^{e} siècle, pour étudier la situation qui l'intéresse et pouvoir éventuellement, par une codification en ses termes, s'en saisir, est ici saisissante : il n'y aura d'autre choix, pour que la situation rentre *dans les cases*, que de retravailler, réinterpréter, redonner un sens qu'ils n'avaient pas, aux différents concepts pour leur faire saisir une réalité qui leur est complètement exogène, ou les abandonner. Les limites de l'universalité postulée de l'institution sont parfaitement illustrées dans ces quelques paragraphes.

Pourtant Katanga fut condamné par le même droit, et sur le fondement de la *même théorie*, dont on peut s'étonner qu'elle ait pu être appliquée de façon unilatérale par la Chambre, alors qu'elle est loin de susciter l'unanimité[402]. Comment expliquer qu'une telle distance entre deux cas soit possible au sein d'une même catégorie juridique qui n'a cessé de revendiquer l'exceptionnalité de son action et des actes dont elle était saisie ?

La jurisprudence a progressivement étendu son emprise à la fois sur des actes à l'importance moindre, sur des responsables de rang inférieur et sur des appareils de pouvoir à chaque fois moins structurés et plus éloignés des États[403], et il ne nous appartient à l'évidence pas de revenir sur cette construction et sa légitimité. Il reste que nous souhaitions, alors que nous avons rappelé pourquoi *en théorie* l'extension du droit international pénal avait été nécessaire, rappeler que l'étude de la responsabilité de Katanga s'est faite au regard du droit international pénal, c'est-à-dire au regard d'un droit qui s'est construit en dérivant directement de l'expérience nazie et dont l'ensemble du régime s'est construit pour limiter la répétition d'une telle expérience et des tentatives ou des crimes rappelant par un écho plus ou moins important cette problématique fondatrice[404]. Accepté le fait que Katanga n'était ni l'un des commanditaires, ni l'un des principaux responsables de la mécanique de la violence qui s'est mise en place en Ituri, et que cette mécanique de la violence n'a elle-même rien à voir dans son échelle ni sa nature avec les événements qui furent à la source du droit qui l'a fait juger[405], il reste à comprendre pourquoi il fut jugé à partir d'institutions et de textes chargés de phénomènes qui semblent si éloignés de l'espèce, et étudier s'il ne porte tout de même pas une responsabilité secondaire, annexe, dénuée d'intention, et cependant essentielle à la commission de certains crimes qui auraient touché la région suite à la Seconde guerre du Congo et qui, codifiés par ce droit international pénal, connaîtraient, ne serait-ce qu'au titre d'une simple réminiscence, un rapport avec ses origines théoriques.

B. Les faits à l'origine de l'incrimination de Germain Katanga

Il convient maintenant de rappeler les faits qui ont amené Germain Katanga à être successivement la deuxième personne accusée par le Procureur de la CPI et mise aux arrêts sur demande de la Chambre préliminaire, transférée à La Haye et finalement

402 Stangl fut certes jugé à l'échelle nationale, mais sur la base d'incriminations directement inspirées et nourries de l'action des Tribunaux de Nuremberg.

403 Qui restent pourtant encore en théorie l'élément essentiel dans la commission d'un génocide. Voir à cet égard Sémelin, J., *Purifier ou détruire*, *Usages politiques des massacres et des génocides*, Paris, Seuil, 2012.

404 Il faut noter qu'aucune rupture n'est intervenue entre cette expérience et le droit international pénal, malgré les nombreuses opportunités s'étant présentées, les différentes institutions de ce droit tirant toujours la majeure partie de leur légitimité et de leur pouvoir d'ostracisation de cette filiation.

405 Nous développerons cet élément qui n'a jusqu'ici pas été argumenté à propos de l'ethnicité au sein du conflit en Ituri.

condamnée définitivement par les juges de la Cour pénale internationale, suite au retrait de son appel.

De façon relativement exceptionnelle pour une affaire portée devant un tribunal international, les faits qui ont été reprochés à Germain Katanga sont simples et se concentrent sur un événement unique, à la fois géographiquement et temporellement[406]. Katanga a été initialement accusé par le Procureur de la Cour pénale internationale d'être le co-auteur d'une attaque contre un village de trois mille habitants au moins[407] au sein de l'Ituri, Bogoro, le 23 février 2004, qui a fait un nombre indéterminé mais relativement élevé de victimes civiles. Ce village accueillait en son centre un camp militaire de l'Union des Patriotes Congolais (UPC), milice alors ethniquement marquée et dirigée par Thomas Lubanga. Le camp était entouré de tranchées successives disposées selon des rayons concentriques qui accueillaient en leur sein des populations. Au moins 100 soldats lourdement armés y étaient présents, et certainement plus[408]. La majorité des civils alors présents à Bogoro appartenait à l'ethnie « Hema », bien qu'une dizaine d'autres ethnies y étaient représentées[409]. L'existence de l'attaque ainsi que sa violence excessive, et dès lors sa gravité, n'ont été remises en cause par aucune des parties au procès. Son ampleur réelle et ses conséquences ont quant à elles été très largement discutées pendant le procès sans que les parties ne s'accordent au final. Le nombre des victimes, mais aussi le caractère « ethnique » de l'affrontement, ont notamment fait l'objet d'importantes contradictions.

1. Le nombre de victimes, un élément essentiel à la marge des procédures

a. Des estimations fluctuantes et incertaines

Dans sa demande de mandat d'arrêt qui signait le début des procédures devant la Cour pénale internationale, l'accusation a affirmé que l'attaque de Bogoro avait

406 Si le TPIY et dans une moindre mesure le TPIR ont eu à connaître des affaires ayant des caractéristiques similaires, c'était dans le cadre du règlement plus général d'un conflit ou du traitement d'une situation sur un espace-temps dans lesquels d'autres événements plus importants et d'autres responsabilités plus grandes étaient eux aussi traités, l'affaire concernée servant ainsi de point de départ ou « d'illustration par les faits » à l'accusation, permettant de prouver un certain nombre d'éléments servant par la suite dans le cadre des accusations plus larges.

407 Ce chiffre a été avancé par le Procureur sans être contredit dans le Jugement, voir notamment Conclusions finales du Procureur (ICC-01/04-01/07-3251-Corr-Red), page 24, paragraphe 40. La Chambre, dans son Jugement dans l'affaire Ngudjolo, avait pris pour référence le « groupement de Babiase, dans lequel se trouve le village de Bogoro » et qui comptait selon elle 6320 personnes au moment de l'attaque. 3000 est donc un chiffre minimal et certainement sous-évalué. Voir Jugement de l'Affaire Ngudjolo, page 132, paragraphe 318.

408 Voir le Jugement de l'Affaire Ngudjolo (ICC-01/04-02/12-3), page 133, paragraphe 320.

409 Voir le Jugement de l'Affaire Ngudjolo (ICC-01/04-02/12-3), page 132, paragraphe 318.

coûté la vie à au moins 200 personnes[410]. Le chiffre est repris sans vérifications supplémentaires quelques jours plus tard par la Chambre préliminaire lors de l'émission du mandat d'arrêt[411]. Le procès a cependant fait fluctuer cette estimation, et en a réduit progressivement la portée. Le chiffre a ainsi été progressivement réduit par le Procureur lui-même, jusqu'à atteindre 150 au moment de ses conclusions finales[412]. À cette étape correspondant aux dernières interventions des différentes parties au procès, la défense avait quant à elle admis 142 morts[413], mais en rassemblant victimes civiles *et* militaires. Ce chiffre sera finalement réduit à « 60 personnes au moins (…) dont 25 enfants au moins » par la Chambre dans son Jugement[414], dont trente civils. Il est à noter que seules 14 des victimes considérées comme certaines par la Chambre faisaient partie de la liste de victimes fournie par le Procureur, ce qui donne une idée de l'incertitude entourant l'ampleur de l'attaque et de ses conséquences. Cette incertitude est notamment liée à la lenteur des enquêtes du Procureur et à ses réticences à se déplacer sur le terrain, notamment avec des équipes médico-légales, jusqu'à une date très tardive. Mais aussi à l'absence de crédibilité de la plupart des témoins du Procureur, dont nous parlerons plus en avant. Ainsi, la Majorité insiste sur le fait qu'elle ne s'est pas trouvée « en mesure d'établir que 150 personnes, dont la plupart étaient des civils, ont effectivement perdu la vie lors de l'attaque, comme l'allègue le Procureur »[415].
La Chambre précise dans son Jugement que le chiffre qu'elle avance – limité par l'absence d'actes d'enquête pris sur initiative de la Chambre et par la pauvreté des éléments avancés par les parties, ainsi que par la nécessité d'établir les faits « au-delà de tout doute raisonnable » dans le cadre du procès – constitue un minimum et que le nombre réel de victimes réel est sans doute plus élevé, sans pourtant pouvoir avancer d'éléments probants ni de certitudes à cet égard[416].

b. Un élément clef de l'incriminabilité de l'attaque de Bogoro

La question n'est évidemment pas sans importance, malgré le peu d'attention qui lui a été accordée pendant le procès, du fait notamment de la stratégie de défense coopérative adoptée par Germain Katanga et ses conseils – dans l'espoir entre autres

410 Requête de l'Accusation aux fins de la délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Germain Katanga (ICC-01/04-348-US-Exp), page 5, paragraphe 155, non répertorié en ligne.

411 « Mandat d'arrêt à l'encontre de Germain Katanga », 2 juillet 2007 (ICC-01/04-01/07-1-US), page 4, deuxième attendu.

412 Conclusions finales du Procureur, 3 juillet 2012, paragraphe 64(ICC-01/04-01/07-3251-Corr-Red. Cette liste a été élaborée par un rescapé, et sa fiabilité est mise en doute par le Procureur lui-même, qui considère cependant que l'ordre de grandeur est correct.

413 Conclusions finales de la défense (ICC-01/04-01/07-3266-Corr2-Red, 29 juin 2012), page 233, paragraphe 876.

414 Jugement, page 336, paragraphe 838.

415 Jugement, page 336, paragraphe 837.

416 Jugement, page 350, paragraphe 869 : « La Chambre est en outre convaincue au-delà de tout doute raisonnable, que le nombre de victimes de meurtre commis par des Ngiti a dépassé le chiffre de 30, eu égard notamment au témoignage détaillée (sic) du témoin P-353. » Il est troublant que cette assertion soit faite sans qu'un autre chiffre plus élevé ne soit *par voie de conséquence* retenu, et on peut interroger la valeur du raisonnement tenu par la majorité de la Chambre sur cette question.

d'un procès rapide. Elle touche à la dimension des crimes allégués, leur gravité et leur puissance symbolique, et dès lors, avant même d'adopter une perspective judiciaire, à la légitimité des procédures devant la Cour[417]. D'un point de vue juridique et procédural, bien que n'étant pas considéré comme un réquisit des éléments constitutifs du crime d'attaque contre des civils[418], elle est surtout déterminante dans l'évaluation de l'imputabilité des crimes. Comme le rappelle la Chambre, s'appuyant sur l'article 7-1 du Statut de Rome définissant les crimes contre l'humanité, les actes au fondement de l'incrimination ne peuvent être « spontanés ou isolés » pour être susceptibles d'être qualifiés de crimes contre l'humanité poursuivis devant la CPI[419]. La Chambre préliminaire avait précédemment utilisé une terminologie similaire, mentionnant des actes « isolés ou fortuits »[420], reprenant à cet égard la jurisprudence constante établie par le TPIR dès 1998 dans l'affaire Akayesu, et réaffirmée dans les affaires Rutaganda[421] et

417 La Cour pénale internationale considère que le seul nombre de victimes ne peut suffire à déterminer la question de la gravité, ce qui ne signifie pas, bien entendu, qu'elle n'en reste pas moins déterminante. Voir Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an investigation into the Situation in the Republic of Kenya (Chambre préliminaire II, ICC-01/09-19-Corr, 31 mars 2010), pages 25 et 27, paragraphes 56 et 62.

418 Jugement, page 351, paragraphe 871.

419 Jugement, page 457, paragraphe 1123.

420 Décision relative à la requête déposée par l'accusation en vertu de l'article 58-7 du Statut (ICC-02/05-01/07-1-Corr-tFR), Le Procureur c. Harun et Kushayb, Page 23, paragraphe 62.

421 ICTR-96-3-T, Jugement, 6 décembre 1999, pages 32 et 33, paragraphes 67 et 69, qui citent eux-mêmes le Jugement de l'affaire Le Procureur c. Akayesu (ICTR-96-4-T) (pages non-numérotées, paragraphes 579 et 580, et surtout note de bas de page afférente 144) qui, en s'appuyant déjà sur la « coutume internationale » – dont l'extension, et surtout l'invocabilité comme source primaire sur cette question et plus généralement en droit international pénal nous semble bien pour le moins anticipée à l'époque du Jugement (bien que la doctrine appuie cette « interprétation du silence » initiée dès la « décision sur la compétence » du 2 octobre 1995 de la Chambre d'appel du TPIY dans l'Affaire Tadic (paragraphes 99 à 137) tout en limitant leur utilisation en leur attribuant le statut « sources subsidiaires », le tout afin d'éviter qu'ils se transforment en brèches d'impunité sans violer trop apparemment le principe de *nullum crimen sine lege*. Voir à cet égard Cassese, A., *International Criminal Law, Cases and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pages 5 à 24 et particulièrement page 6) – rejetait la version française du Statut du TPIR exigeant le cumul des critères « systématique *et* généralisé » avait donné une « définition-source » des attaques généralisées et des attaques systématiques qui a peu évolué depuis. Pourtant, une source de première importance, le Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de la quarante-sixième session (Document ONU Supplément No 10 (A/49/10)), généralement si abondamment et généreusement cité (y compris dans le Jugement Katanga, par exemple page 456, note 2642), avait clairement établi en juillet 1994 « Cette expression doit être considérée comme recouvrant les actes commis dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique… » (page 82, article 20, alinéa 14). Il n'y a pas été fait référence. Comme indiqué page 147, note 65 de Schabas, W., *The International Criminal Court : A commentary on the Rome Statute,* Oxford, Oxford University Press, 2010, et nous supposons ce phénomène lié aux sources utilisées en préférence par les traductions (la majorité étant calquée mot sur mot sur l'anglaise), la version arabe du Statut du TPIR correspondait à la version française, les versions espagnole, russe et chinoise à l'anglaise. Il convient de rappeler à cet égard que comme pour la CPI, les six versions du Statut sont elles aussi censées faire également foi, ce qui implique théoriquement une exégèse systématique qui n'a jusqu'ici jamais été menée. Voir à cet égard, Currat, P., « L'interprétation du Statut de Rome », *Revue Québécoise de droit international*, vol 20.1, 2007, pages 140, 145 et 147 : « Au sens du Statut, aucun de ces textes ne l'emporte sur les autres. En pratique toutefois, il s'avère que le texte arabe est exactement calqué sur l'anglais et que les textes russes et chinois lui sont également très proches. Les textes anglais, espagnol et français semblent

Kayieshama[422] que citent les juges de la Chambre de première instance dans le Jugement de notre affaire. Cette continuité s'explique notamment par le fait que le Statut de Rome ne fait sur cette question, à une exception près que nous traiterons, que reprendre des critères établis jurisprudentiellement par les juridictions pénales internationales précédentes à partir de textes fondateurs ambigus qui ont fait l'objet d'une interprétation extensive par les juges. C'est ainsi que le statut du TPIR qui prévoyait dans sa version française que les crimes contre l'humanité devaient être commis dans le cadre d'une attaque généralisée *et* systématique a fait l'objet d'une réinterprétation jurisprudentielle imposant que les crimes contre l'humanité doivent être commis dans le cadre d'une attaque généralisée *ou* systématique pour être ainsi qualifiés, et non les deux concomitamment. Cette interprétation s'est imposée jusqu'à être reprise dans la rédaction du Statut de Rome, après un certain flottement, ce qui justifie pour la Chambre la référence à des précédents d'autres instances internationales.

i. L'incriminabilité d'un seul acte : fragilités et leçons de la formation d'une jurisprudence

Il est dès à présent important de rappeler que, suivant la jurisprudence, la nécessité de ne pas être « spontané[s] ou isolé[s] » ne s'impose pas aux actes de l'accusé lui-même – qui peut être accusé de crimes contre l'humanité pour un seul acte – mais à l'attaque généralisée ou systématique dans le cadre de laquelle ses actes se sont inscrits. L'interprétation en ce sens de cette disposition fondamentale, qui ne fait l'objet aujourd'hui d'aucune contestation malgré son caractère peu intuitif et les importants enjeux qu'elle implique, provient d'une chaine de citations jurisprudentielles successives remontant à une des premières « décisions orales » prises par le premier tribunal *ad hoc* dans le cadre préliminaire d'une de ses toutes premières affaires. Cette décision fut elle-même fondée sur une référence jurisprudentielle unique à un procès unique mené à l'échelle nationale, chaîne qu'il nous est apparu nécessaire de remonter, tant elle illustre le caractère parfois arbitraire, fragile et trop automatiquement autoréférentiel d'une des sources principales, bien que supposément secondaires, du droit international pénal : sa jurisprudence.

L'arrêt « Kunarac » de la Chambre d'Appel du TPIY (Affaire IT-96-23/1A, 12 juin 2002), alors présidée par Claude Jorda, confirmant le Jugement éponyme en ce

jouir d'une plus grande autonomie (…) L'article 50 du Statut instaure toutefois une distinction entre les langues officielles et les langues de travail (l'anglais et le français uniquement). Par contre, cette distinction ne saurait être interprétée comme donnant la prééminence aux textes rédigés dans les langues de travail, l'article 128 étant parfaitement clair sur ce point. Tous les six textes ont donc la même force interprétative. En conséquence, une comparaison des six textes doit être posée comme méthode systématique et non comme exception. » Voir également : Fronza, E., Malarino, E., Sotis, C., « Les sources du droit international pénal : l'expérience des tribunaux pénaux internationaux et le statut de la Cour pénale internationale » in Delmas-Marty, M. (dir) *Les sources du droit international pénal*, Paris, Société de législation comparée, 2004, pages 161 et suivantes.

422 ICTR-95-1-T, Jugement, 21 mai 1999, paragraphes 122 et 123.

point[423], fait sur la question office de référence régulièrement citée jurisprudentiellement, et notamment en l'espèce[424]. Cette jurisprudence s'appuie sur le Jugement de l'affaire *Kupreskic*[425], édicté par la Chambre de première instance du TPIY sous la présidence de Antonio Cassese, qui cite lui-même le fameux Jugement de l'affaire *Tadic*[426], et nous semble sur le fond pour le moins contestable. Le raisonnement suivi dans ce dernier Jugement, considéré comme fondateur à de nombreux égards et servant ici de source à cette interprétation qui a été systématiquement reprise[427], s'appuie en effet sur l'exemple en rien *démonstratif*, et sans expliquer pourquoi il le serait, d'une décision faisant de la dénonciation d'un homme juif pendant la Seconde Guerre mondiale un crime contre l'humanité, et ce par un Tribunal d'exception militaire dans un territoire occupé[428]. Cette décision « démontrerait » qu'un crime contre l'humanité peut être le fait d'un acte unique[429].

Cette référence sur laquelle s'appuie le Jugement de l'affaire *Tadic* suit l'évocation de jurisprudences similaires qui avaient pourtant abouti à des résultats contradictoires à ce sujet[430] et qui n'en sont pas moins écartées sans explication par les juges de la Chambre. Ceux-ci citent pour ce faire à leur tour comme source de leur raisonnement la *Décision de l'Hopital de Vukovar*[431], seule à ne citer aucune référence jurisprudentielle internationale précédente, qui fait donc office de « source originelle », et son paragraphe 30 qui est… introuvable, le renvoi correct correspondant selon toute vraisemblance à une simple décision orale[432].

423 Chambre de première instance, TPIY, Jugement « Kunarac » (Affaire IT-96-23/T, 22 février 2001), paragraphe 431, page 144.

424 Voir page 31, paragraphe 96 : « Ainsi que l'a affirmé la Chambre de première instance à juste titre, « seule l'attaque et non les actes individuels de l'accusé, doit être « généralisée ou systématique. En outre, il suffit que les actes de l'accusé s'inscrivent dans le cadre de cette attaque pour que, toutes les autres conditions étant remplies, un seul acte ou un nombre relativement limité d'actes de sa part puissent recevoir la qualification de crime contre l'humanité, à moins qu'ils ne soient isolés ou fortuits ». L'arrêt est cité sur cette question dans le Jugement, page 457, paragraphe 1123, qui renvoie au paragraphe 94.

425 Chambre de première instance, TPIY, IT-95-16-T, 14 janvier 2000, page 219, paragraphe 550.

426 Chambre de première instance, TPIY, IT-94-1-T, 7 mai 1997, page 236, paragraphe 649.

427 Bien qu'il s'appuie lui-même sur une source antérieure comme nous le verrons.

428 Le Jugement citant un rapport de l'ONU et non les décisions directes (voir Jugement *Tadic*, page 236, note de bas de page 150) ni dès lors le raisonnement suivi par les tribunaux militaires britanniques en territoire allemand occupé dans l'après-seconde guerre mondiale pour en arriver à une telle conclusion.

429 Cette analogie se réfère exclusivement et très brièvement à une décision unique de la Cour suprême de la zone britannique dans Allemagne de l'après-guerre.

430 Ce qu'admet la Chambre, la décision rappelant que les tribunaux américains, dans le même contexte, requéraient une « nature massive », citant les affaires Alstötter et Flick des Procès des criminels de guerre allemands menés par les États-Unis dans l'après-guerre : « Cette question à fait l'objet de débats intenses, la jurisprudence suivant l'immédiat après guerre y ayant apporté des réponses mélangées » (Arrêt *Tadic,* traduction, page 236, paragraphe 649).

431 Chambre de première instance, TPIY (IT-95-13-R61, 3 avril 1996), Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence ("Vukovar Hospital Decision").

432 Dont la transcription est consultable sur le lien suivant : http://icty.org/x/cases/mrksic/trans/en/960403it.htm, page 509, lignes 21 à 23).

Ainsi découvre-t-on qu'un point de référence cité par cinq degrés de jurisprudence consécutifs et autant de juges prestigieux – sans qu'aucun élément substantiel permettant de légitimer cette interprétation ne soit rajouté par l'un d'entre eux en dehors des références explicitement contradictoires à des jurisprudences de tribunaux d'exception dans l'arrêt *Tadic* – s'appuie au final sur trois lignes de la transcription d'une décision orale révisant un mandat d'arrêt, dans le cadre préliminaire d'un procès qui ne reviendra plus sur ce point de droit et ne confirmera, ni en jugement ni par d'autres décisions propres au procès, cette interprétation. Il est important de noter que cette « source », malgré son importante fragilité et l'absence de vérification qui l'a entourée depuis sa première citation, a joué un rôle fondamental de légitimation, évitant de déployer une quelconque argumentation et de voir cette interprétation contestée par la suite. Cette « décision » orale a ainsi servi de fondement principal, jamais révisé ni remis en question, à une interprétation pour le moins contestable, douteuse et extensive du droit international pénal. Aucun des manuels et ouvrages de doctrine consultés, ni aucun jugement d'un tribunal international n'ont depuis interrogé la légitimité d'une telle source ni la faiblesse de l'argumentation de l'arrêt *Tadic* qui se justifiait *parce qu'une décision préalable* avait été prise à ce sujet, se contentant au mieux de citer la citation de l'arrêt *Vukovar* par *Tadic*, au pire l'une des citations de cette citation, voire la citation de la citation de la citation, sans ne jamais remonter à la source ni encore moins la vérifier, laissant accessoirement et sauf problème d'indexation l'erreur de transcription perdurer et devenir un fondement juridique gravé dans le marbre.
En donnant foi à un raisonnement de quelques lignes – une page si l'on rajoute la réflexion contradictoire, peu assurée et très relativement convaincante du Jugement *Tadic* – de trois juges à peine nommés d'une Chambre de première instance d'un Tribunal à peine créé (la première audience avait eu lieu 18 mois auparavant) qui traitait de l'une de ses premières affaires et prenait ainsi l'une de ses toutes premières décisions dans le cadre procédural tout à fait secondaire du traitement préliminaire et dès lors non-contradictoire d'une affaire[433], la détermination d'un point essentiel de droit qui ne trouvait aucune « source textuelle » pour être tranché a ainsi été établie. Saluons l'extraordinaire clairvoyance et la concision de ces trois premiers juges qui marquèrent de façon si définitive sans le savoir – et, nous imaginons, sans le vouloir – le droit international pénal dans un tel contexte et avec de tels moyens.

433 Un exemple similaire peut-être trouvé avec un raisonnement appuyé sur une unique référence à une jurisprudence nationale fondée elle aussi sur un seul arrêt au caractère pour le moins exceptionnel. Nous parlons de l'Affaire *Barbie* (Cour de Cassation, arrêt de la Chambre criminelle 20 décembre 1985, cité dans l'arrêt *Kupreskic*, page 218, paragraphe 54), qui, traitée dans un pays de tradition romano-germanique, n'a évidemment du fait de son exceptionnalité jamais fait l'objet d'une « mise à l'épreuve » jurisprudentielle postérieure. La référence, qui concerne la question de la définition des populations civiles, est pourtant glissée au sein de la *Décision sur l'hôpital de Vukovar*, et « fait référence » parce qu'elle serait unanimement considérée comme étant « fondée sur le droit international général », alors qu'elle ne comportait qu'une référence au Statut du TIM de Nuremberg (l'arrêt *Tadic* reviendra sur cette considération, affirmant que l'arrêt Barbie appliquait un droit national, page 232, paragraphe 642).

ii. Le nombre de victimes dans l'évaluation du caractère généralisé « ou » systématique

Pour revenir à la question du critère systématique ou généralisé, et pour être plus précis en ce qui concerne notre affaire, c'est suite à une « fronde » de plusieurs États lors des négociations de Rome visant à rétablir la concomitance des critères généralisé *et* systématique » que le Statut de Rome a repris le critère alternatif adopté par la jurisprudence, tout en exigeant que ces crimes soient le résultat de la mise en œuvre d'une politique de la part d'un État ou d'une organisation[434]. C'était ainsi une façon, en échange du maintien des critères alternatifs et non cumulatifs, d'accroître théoriquement quelque peu le degré d'exigence de la Cour et par ricochet le seuil de gravité des actes pouvant être incriminés par la Cour. Ce que les juges n'ont pas manqué de contourner[435].

434 Voir Cryer, R., *An introduction to international Criminal Law and Procedure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, page 238. Voir aussi le Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale (Document ONU de la 51e session de l'Assemblée générale, A/51/22), qui indiquait l'objection de plusieurs délégations, minoritaires, au critère alternatif, paragraphe 85). Dans les faits, les juges se sont emparés de ce nouveau critère pour établir des raisonnements tautologiques, le caractère systématique étant prouvé par l'existence d'une politique étatique ou organisationnelle ou vice-versa. Voir notamment Décision relative à la requête de l'Accusation en vertu de l'article 58-7 du Statut (Chambre Préliminaire I, ICC-02/05-01/07, 27 avril 2007) des affaires Harun et Kushayb, citée en appui de son raisonnement par la Chambre dans son Jugement sur l'affaire Katanga, page 671, note 3580, ou encore la Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya en application de l'article 15 du Statut de Rome (ICC-01/09-19-Corr-tFRA) du 31 mars 2010, pages 50 à 58, paragraphes 115 à 134, et l'opinion dissidente de Hans-Peter Kaul remettant en question ce mode de raisonnement. Le raisonnement de la Chambre dans son Jugement de l'affaire Katanga est à ce titre éloquent : « L'existence d'une politique d'un État ou d'une organisation pourra donc, dans la plupart des cas, être déduite, notamment, du constat de la répétition d'actes réalisés selon la même logique, de l'existence d'activités préparatoires ou encore de mobilisations collectives orchestrées et coordonnées par cet État ou cette organisation. » (page 450, paragraphe 1109). Ainsi, la répétition d'actes, permettant d'établir leur systématicité, permet à son tour d'établir l'existence d'une politique. La Chambre, consciente de l'aporie dans laquelle son raisonnement la mène, précise certes un peu plus loin : « Pour autant, cela ne signifie pas que les deux termes « politique » et « systématique » puissent être considérés comme étant synonymes. En effet, il convient de rappeler que ce n'est pas tant la politique que le caractère généralisé ou systématique de l'attaque, c'est-à-dire une considération d'échelle et de régularité du modèle employé, qui caractérise avant tout le crime contre l'humanité et qui en constitue la « marque distinctive » (page 450, paragraphe 1111), l'argument avancé est difficile à comprendre, et peut-être à nouveau tautologique, affirmant que si « systématicité » et « politique » ne sont pas assimilables, c'est parce que le terme « politique » ne serait pas un déterminant essentiel du crime contre l'humanité, contrairement au terme « systématique », ce qui ne démontre à l'évidence rien dans le cadre du sujet qui nous intéresse. La Chambre affirme par ailleurs que cette assimilation entre ces deux termes, qu'elle effectue « malgré elle », a déjà eu cours dans la jurisprudence de la Cour, avant de prétendre s'en distinguer en utilisant un raisonnement quelque peu byzantin (page 452 paragraphe 1113) établissant au final une simple différence de degrés entre « politique » et « systématique », ce dernier terme recoupant une mise en œuvre répétée de la première, qui peut pourtant être déduite de la seconde si l'on se réfère au paragraphe 1109, et non nécessairement de l'existence d'un plan ou d'une volonté préalable…

435 Voir note *supra.*

Les critères sont légèrement différents en ce qui concerne les crimes de guerre, qui doivent eux, en suivant l'article 8 du Statut de Rome, s'inscrire « dans le cadre d'un plan ou d'une politique ou lorsqu'ils font partie d'une série de crimes analogues commis sur une grande échelle », reprenant là des critères déjà en vigueur sous une formulation légèrement différente depuis le Tribunal de Nuremberg[436] – ce qui réduit sur ce point l'importance du sujet qui nous occupe.

Il reste que dans les deux cas – et les deux cas nous intéressent puisque nous le verrons, Germain Katanga a été accusé et de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité – le nombre des victimes s'impose comme un élément à prendre en compte et potentiellement de toute première importance pour vérifier la validité des incriminations. L'échelle et le nombre de victimes sont ainsi des critères fondamentaux dans la caractérisation et l'évaluation d'une attaque « généralisée » – pour les crimes contre l'humanité – et pour jauger l'échelle des crimes de guerre[437]. Le critère de « systématicité » de l'attaque est lui relativement moins concerné par cette question, en ce qu'il touche au caractère organisé et récurrent – au sein d'un seul événement ou lors d'une série d'événements – des actes incriminés[438]. La systématicité n'en implique pas moins une répétition de ces actes qui rend nécessaire leur multiplicité. Le terme « scénario de crimes » repris par la Chambre dans notre affaire pour étudier le caractère systématique des crimes ne recouvre d'ailleurs qu'imparfaitement celui de « *pattern* » imposé par la jurisprudence en anglais, qui implique d'établir la récurrence d'un schéma impliquant par ricochet et nécessairement une « volonté », et dès lors une responsabilité hiérarchisée.

Bien entendu, concernant le nombre de victimes, latitude a été laissée aux juges pour définir des seuils – et de les adapter aux contextes – afin de juger de l'incriminabilité des actes en question. La Chambre préliminaire, dans sa décision de

436 Qui on le rappelle exigeait que les crimes contre l'humanité soient liés à un crime de guerre ou un crime d'agression pour être punissables (article 6-c du Statut du Tribunal de Nuremberg). La construction des crimes contre l'humanité comme incrimination autonome est extrêmement récente, et leurs sources *statutaires* ont fait l'objet d'évolutions importantes, ce qui, lié à la complexité de l'incrimination, explique l'action volontariste des juges dans leur interprétation et leur définition. Voir au sujet des variations selon les sources statutaires, pour un rappel général, de Frouville, O., *Droit international pénal*, Paris, Editions A. Pedone, 2012, pages 120 à 125 et 141 à 145.

437 Concernant plus particulièrement les crimes de guerre, voir l'étude de Rosmerlin Estupiñan Silva, « La « gravité » dans la jurisprudence de la cour pénale internationale à propos des crimes de guerre », *Revue internationale de droit pénal*, Volume 82, numéro 3, pages 541 à 558, 2011.

438 Nous touchons là à une subtilité du droit international pénal qui loin de nous mener à ses marges, se trouve au cœur de ses processus d'expansion auto-suffisants. La jurisprudence n'a trouvé aucune contradiction à ce que la systématicité implique sémantiquement la répétition, tout en ne concernant éventuellement qu'un seul acte. En considérant que la systématicité ne s'appliquait pas aux actes en tant que tels mais à l'attaque – qui peut aussi être « unique » – les juges ont étendu la notion à tout acte qui s'inscrirait dans un contexte où des actes similaires auraient été commis – et ce même par des personnes n'ayant aucun lien avec l'accusé, y compris organisationnel ou idéologique – du fait de l'existence d'un plan, d'une volonté politique, ou tout simplement d'un « pattern », d'un schéma récurrent sans instigateur identifié.

confirmation des charges, avait rappelé l'existence de deux critères alternatifs dont on peut aujourd'hui, à la lecture du Jugement et de ce qui a été considéré comme les faits établis, douter qu'ils aient pu être remplis en l'espèce : « Outre qu'elle doit avoir été menée dans une zone géographique étendue ou avoir été dirigée contre un grand nombre de victimes, conformément à l'exigence posée à l'article 7-2-a du Statut, une attaque généralisée doit aussi s'inscrire dans le cadre de la politique d'une organisation, c'est-à-dire qu'elle doit avoir été soigneusement organisée selon un modèle régulier. »[439] Le critère de la zone géographique étendue ne s'appliquant à l'évidence pas à l'espèce, le nombre de victimes doit ou aurait dû être déterminant dans l'analyse de l'incriminabilité pour crimes contre l'humanité des actes de Germain Katanga.

iii. Un seuil bas mais jurisprudentiellement cohérent

En considérant pourtant que trente assassinats de civils – ajoutés à des actes de viol, de destruction et de pillage – en marge d'un affrontement militaire unique, jugé légitime, s'étendant sur une journée, entre plusieurs centaines de soldats et mené dans un cadre spatial réduit où vivaient 6000 habitants civils en interaction permanente avec un camp militaire (rappelons que les militaires de l'UPC demandèrent à la population de venir se réfugier dans le camps, qui accueillait de nombreux civils et dont les soldats eux-mêmes étaient pour beaucoup dénués d'uniformes), cela dans le cadre d'un conflit armé avéré où les frontières entre combattants, militaires et civils étaient souvent floues[440], suffisaient à constituer des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, la Chambre de première instance a retenu une interprétation que l'on pourra juger extensive par rapport aux ambitions initiales du droit international pénal, mais dans la ligne de l'accroissement progressif de son champ d'application à des cas à l'ampleur toujours moins importante[441] – l'affaire Tadic, bien que dans

439 Décision sur la confirmation des charges du 30 septembre 2008, (ICC-01/04-01/07-717-tFRA-Corr), page 135, paragraphe 396.

440 Cet élément n'étant d'évidence pas applicable aux femmes, personnes très âgées et enfants, qui ont été ciblées en l'occurrence, et ce quelque soit leur degré d'implication indirecte, forcée ou non, dans le conflit.

441 Malgré les efforts faits pour distinguer « droit » et « politique », en séparant la question de la compétence (qui implique une évaluation de la gravité *comparée* des actes incriminés pour décider de la validité de la saisine de la Cour ou non) et celle du jugement, ces deux questions restent à notre sens nécessairement liées. Quand bien même devait être retenue l'interprétation extensive des textes définissant le Statut de Rome – et donc quand bien même des actes uniques ou de faible importance devaient être considérés comme des crimes contre l'humanité par la Chambre *nolens volens* – il ne nous aurait pas semblé illégitime que la Chambre s'interroge sur l'échelle de jugement de ces crimes. Il n'est pas ici question de discuter de la compétence *stricto sensu* de la Cour : une fois le crime contre l'humanité caractérisé, la Cour *ne peut qu'avoir* compétence. Mais dès lors que le crime contre l'humanité peut concerner un acte unique – c'est-à-dire par extension des millions de suspects potentiels – la question de l'opportunité des poursuites ne devrait-elle pas être posée par les juges eux-mêmes, en s'appuyant sur les critères établis notamment par le préambule ? Ainsi, sans nier l'existence des actes ni même de l'incrimination, les juges ne devraient-ils pas s'arroger l'opportunité de renvoyer les poursuites à un échelon inférieur, ce non seulement au moment de la décision sur l'émission des mandats d'arrêts, mais aussi à la confirmation des charges, éventuellement au moment du jugement ? C'est autrement le sens même de la juridiction qui risque à terme d'être interrogé, celle-ci ayant été pensée, construite et appuyée par les États et la société civile pour juger des crimes les plus graves et des responsables principaux.

des circonstances particulièrement différentes, ayant très tôt établi un seuil pour le moins bas[442].

En sortant du cadre judiciaire et en abordant l'événement dans une perspective historiciste, l'estimation la plus haute avancée lors du procès, faite par le Procureur, et à considérer avec précaution, provenait d'un rapport de la MONUC établi par un fonctionnaire seul, ayant effectué deux visites dans la région en mars et avril 2003, et n'ayant passé qu'une heure à Bogoro. Celui-ci avait recensé 330 décès ou disparitions, incluant civils et militaires. C'est ce rapport, repris notamment par HRW, qui fondera exclusivement les évaluations du Procureur, reprises sans distance jusqu'au jugement par les différentes Chambres. Cette estimation est d'autant plus sujette à caution qu'elle s'est faite alors que la ville était encore sous contrôle des assaillants, réduisant l'autonomie et l'impartialité des enquêteurs, mais aussi parce qu'elle pouvait difficilement faire la part – pour autant qu'elle ait cherché à le faire et non seulement à reprendre les *on dit*, comme c'est le plus probable – entre disparitions liées à la mort de personnes dont le corps n'avait pas été trouvé ou identifié, et de celles liées à des départs brutaux de personnes ayant pu trouver un refuge ailleurs. Il faut en effet rappeler que les moyens de communication de l'époque pour les civils, dans le cadre d'une instabilité sécuritaire importante et chronique qui défaisait les liens et voies de communication traditionnels, étaient quasi inexistants au-delà de l'échelle de la chefferie et que les réfugiés pouvaient disparaître plusieurs années sans être en mesure de donner de nouvelles, parfois à vie.

À défaut d'état-civil, de recensement fiable et de présence permanente d'institutions d'une quelconque nature tenant des registres crédibles, il n'a pas été possible d'établir une comptabilité plus précise, même à titre conservatoire et sans se prévaloir d'une quelconque invocabilité judiciaire. Il faut noter, pour rappeler l'ampleur du gouffre qui sépare la Cour – ses différentes extensions et le système dans lequel elle s'insère – de l'Ituri, que la Chambre de première instance I avait été incapable d'estimer la population de l'Ituri avec une précision élémentaire, hésitant entre deux estimations variant entre 3,5 et 5,5 millions d'habitants[443]. La Chambre a cependant opportunément retenu un nombre minimal qui suffisait selon elle, par la répétition des actes incriminés, à établir le caractère systématique de l'attaque, tout en s'appuyant sur l'existence d'un plan préétabli pour légitimer les incriminations en ce qui concerne les crimes de guerre. Protégée par une jurisprudence constante qui laisse une grande latitude aux Procureurs et aux juges en ce qui concerne l'évaluation de ces éléments, elle n'a comme nous l'avons vu par ailleurs pas cherché à établir si l'attaque répondait aux réquisits de gravité particulière et d'importance symbolique établis par le Préambule du Statut de

442 En ce qui concerne l'expansion continuelle du droit international pénal, voir sur cette question déterminante l'étude de Margaret de Guzman qui permet, bien que de façon incomplète et parfois contestable, d'adopter une vue d'ensemble essentielle pour mettre en perspective le discours sur « l'exceptionnalité » des procédures au sein des différents tribunaux internationaux qui permet trop souvent d'en relativiser les insuffisances : « How serious are international crimes ? The gravity problem in international criminal law », *Columbia journal of transnational law*, volume 51, 2012, pages 18 à 66.

443 Jugement de l'Affaire Lubanga (ICC/04-01/06-2842, 14 mars 2012), page 41, note 159.

Rome[444]. Quant à l'énonciation répétée au long du Jugement d'autres chiffres n'ayant pas de valeur juridique, elle peut apparaître comme une conscience d'une certaine fragilité rejetée à plusieurs reprises sur les insuffisances des enquêtes du Procureur, mais néanmoins suffisamment présente pour avoir amené à ce décentrement judiciaire. Face à la fragilité comptable à laquelle il s'exposait, le Procureur avait en effet choisi d'insister sur le récit des violences pour, en s'appuyant sur les témoignages, dépeindre un tableau terrifiant et impressionniste de cette attaque qui n'aura jamais permis d'en évaluer les conséquences et la dimension réelle avec précision mais qui, en saisissant l'auditoire – fût-il réduit aux fonctionnaires et juristes intéressés par l'affaire –, a imposé pendant le procès un sentiment d'évidence incontestable et la nécessité de poursuivre les responsables d'une telle « sauvagerie », pour reprendre les termes déjà cités de l'accusation. Les juges ont bien heureusement évité de reprendre ce fil, se contentant d'un jugement en droit qui, s'il peut être contesté sur les diverses interprétations tant des faits que des principes qui ont amené à la condamnation, s'est refusé à toute *spectacularité* similaire à celle de l'accusation[445]. Il reste que comme le rappelle Claude Jorda : « l'émotion est au cœur du procès international »[446], et que si elle a été heureusement évacuée du *texte*, elle en a certainement influencé les acteurs, y compris l'accusé[447]. Bruno Cotte raconte notamment volontiers l'importante charge émotive qu'impliquèrent certains témoignages, leurs porteurs s'effondrant pendant les séances, devant être réconfortés par le juge-président lui-même, etc. Que cette stratégie n'en ait pas moins mené à une extension supplémentaire du domaine du droit international pénal, toujours moins limité par les questions d'échelle et de gravité pourtant supposées au fondement de son action[448], n'a jamais été interrogé au cours du procès, y compris par la défense. Étant donné que tous les acteurs en présence – y compris les avocats de la défense, dirigés par Maître David Hooper, spécialisé dans les contentieux devant la CPI et représentant de nombreux autres accusés – avaient à des échelles différentes un intérêt plus ou moins marqué et conscient à cette extension, et que les procédures en l'espèce ne faisaient l'objet d'aucune opposition de la part des souverains

444 La Chambre préliminaire avait évacué la question de la gravité de façon similaire en 2010 (Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome (ICC-01/09-19-Corr-tFRA, 6 avril 2011, pages 25 et 27, paragraphes 56 et 62) Voir à cet égard : Schabas, W., « Prosecutorial Discretion and Gravity », *in* Stahn, C., Sluiter, G., (dir.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court,* Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pages 245 et 246.

445 Ce qui n'interdit en rien de penser que cette présentation des faits ait influencé, pour ne pas dire marqué, les juges. Cette question du formalisme juridique est plus importante qu'il n'y paraît. Il en va évidemment, théoriquement, de la visibilité de l'action de la Cour, bien que les différentes tentatives de construction narrative et d'insistance sur les détails des actes les plus violents cherchant à *sidérer* l'auditoire n'aient pas apporté grand succès au Procureur, peut-être par faute préalable d'auditoire.

446 *In* Jorda C., « Considérations d'un juge international », *Libres cahiers pour la psychanalyse*, 2007/2 N° 16, page 155.

447 Sur le rôle psychanalytique du procès, voir note 130.

448 Et ce en grande partie grâce à une interprétation trop souvent téléologique des différents textes servant de support à la jurisprudence. Voir à ce sujet notamment Darcy, S., Powderly, J. (dir), *Judicial creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2010, en particulier pages 17 à 62 et 80 à 128.

de la Cour – les États –, il est difficile de s'en étonner[449]. Comme il est difficile d'être surpris par le fait que la question de l'importance et de la gravité ait été invoquée par le Procureur – en s'appuyant exclusivement sur le nombre de victimes, pourtant toujours plus élevé qu'en l'espèce – en ce qui concerne les crimes commis par le Royaume-Uni en Irak ainsi que par les forces alliées dans leur ensemble en Afghanistan pour refuser d'ouvrir une enquête – sans que les juges n'aient cette fois eu à se prononcer sur la validité de l'argumentaire pour les raisons procédurales déjà avancées[450].

L'affaire Katanga permet donc en ce point de confirmer ce que d'aucuns pourraient appeler une *dérive* du droit international pénal qui, déjà préexistante à la CPI, loin d'être contrebalancée par son action, s'est trouvée encore accentuée par celle-ci. La possibilité de l'éviter était d'autant plus prégnante que Bruno Cotte, Président de la Chambre de première instance de l'affaire Katanga, avait affirmé à plusieurs reprises vouloir se fonder essentiellement sur le Système de Rome qu'il tente d'embrasser comme un système autosuffisant[451], s'émancipant autant que possible des précédents et

449 Concernant cette endogamie, le cas de la juge Silvia Fernandez est peut-être de loin le plus exemplaire, tant il est simple. Après une carrière de diplomate, qui l'amène à occuper des fonctions politiques au sein du cabinet du ministre des Affaires étrangères argentin, elle participe aux différentes structures diplomatiques chargées de négocier les termes de la création de la Cour pénale internationale. Elle participe ensuite à la mise en place de la Cour, avant d'être nommée conseillère spéciale du Procureur et directrice de la DCCC, poste à laquelle lui succédera Béatrice le Fraper du Hellen en 2006. Elle met alors en place la politique du Bureau du Procureur, participe aux décisions de choix des situations, des affaires, de mise en accusation et de mise en place des stratégies accusatoires – tout en participant à de nombreux ouvrages de doctrine, ce qui ne manquerait pas d'interroger le profane – avant d'être élue juge à la CPI en 2009 grâce aux nombreux contacts diplomatiques obtenus à travers ses différentes fonctions, et de traiter en tant que juge des affaires sur lesquelles elle avait défini la vision d'ensemble du Bureau du Procureur. Curieusement, le site de la CPI ne mentionne pas son passage au Bureau du Procureur, préférant manier l'euphémisme sur sa participation à la mise en place de l'institution. La juge est ainsi par exemple nommée juge unique par la Chambre préliminaire pour la situation en Côte d'Ivoire, alors que la dite situation a été renvoyée à la CPI par une déclaration de compétence dudit pays dès 2003 et que la Juge a nécessairement eu à en connaître en tant que numéro 2 du Bureau du Procureur (bien que les procédures ne concernent pour l'instant que les violences électorales de 2010, et non celles de 2002, les deux épisodes concernant les mêmes acteurs).

450 Il faut par ailleurs dès à présent s'étonner de cette contradiction qui aura amené le Procureur a avancer sans cesse, de façon explicite mais surtout implicite, la sauvagerie des actes concernés, et de l'autre la nécessité qu'il avait de les *codifier* en un droit international pénal qui, construit sur les cendres des crimes nazis, exige *a priori* pour sanctionner les crimes de masse une importante structuration de ceux-ci et de leurs commanditaires, et ce selon des critères tant d'évaluation que procéduraux calqués sur ceux de la modernité occidentale.

451 Jugement, page 28, paragraphe 39 ; page 32, paragraphe 47. Chaque référence à une jurisprudence des tribunaux *ad hoc* a ainsi fait l'objet d'une justification préalable. Voir par exemple Jugement, page 445, paragraphe 1100 : « La Chambre estime par ailleurs utile de souligner que, pour interpréter les termes de l'article 7 du Statut et, si besoin, des Éléments des crimes, il y a lieu de faire référence à la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* dans la mesure où elle dégage une règle de valeur coutumière pertinente, au sens de l'article 31-3-c de la Convention de Vienne. A cet égard, on doit relever que la définition du crime contre l'humanité a été négociée en partant du principe qu'il s'agissait de codifier le droit coutumier alors existant ». Nous voyons là la restriction que s'impose d'elle-même la Chambre dans sa démarche interprétative, ne se contentant *a priori* pas de la jurisprudence « sèche » des tribunaux *ad hoc* mais exigeant aussi, pour pouvoir les prendre en compte qu'elles soient elles-mêmes le fruit, d'une manière ou d'une autre, d'un droit préexistant. Cette exigence sera cependant appliquée de façon variable, selon l'intention de la Chambre.

« restes archéologiques » ayant abouti à la création de la Cour, et dès lors ne se sentant pas lié par les interprétations jurisprudentielles précédentes. L'évolution qu'il consacre peut cependant être qualifiée de *dérive* non pas tant du fait d'une interprétation libérale des contraintes établies par ses textes fondateurs que par la confirmation d'une propension à trancher systématiquement en faveur du rôle répressif et de lutte contre l'impunité des juridictions pénales internationales[452], et dès lors en défaveur des accusés, incriminables à des échelles toujours plus réduites sans qu'une limite basse n'ait été encore fixée, aux grands dépens non seulement de la perception de ces institutions et de leur crédibilité, mais aussi plus simplement du principe de sécurité juridique, c'est-à-dire de prévisibilité de la justice. Rappelons que la Cour pénale internationale est une institution qui, en ce qui concerne les affaires de la dimension de celle qui a touché Germain Katanga, ne connaît virtuellement *aucun* contrôle social. Les médias internationaux restent muets – aucun quotidien français n'a par exemple repris l'information relative à la condamnation de Germain Katanga – tandis que les médias locaux n'ont aucune forme de relais à La Haye qui pourrait leur permettre de peser sur les procédures[453]. La société civile, lorsqu'elle existe, est bien entendu très largement portée vers une philosophie répressive, et ne dispose de guère de moyens pour peser sur les procès les moins visibles. Quant aux États ils n'accordent guère, voire aucune importance à

452 Que nous considérons pourtant devoir échoir au Procureur et non aux juges, ces derniers ne devant appliquer « le droit, rien que le droit », sans interprétation téléologique excessive, c'est-à-dire pouvant déformer l'interprétation de dispositions textuelles, en particulier lorsqu'une utilisation de ce principe n'apparaît pas évident au regard de la clareté des textes.

453 Ainsi l'accueil de la condamnation de Germain Katanga a été pour le moins contrasté en Ituri. Au-delà d'une indifférence quasi généralisée, certaines organisations s'en félicitèrent timidement. D'autres, moins nombreuses, n'hésitèrent pas à se montrer critiques. Jean Bosco Lalo, interviewé par Radio Okapi et présenté comme « coordinateur de la société civile de l'Ituri », dénonça « une décision fantaisiste ». Voici le transcript de son intervention, qui fut suivie de nombreuses interventions d'auditeurs demandant à leur tour la poursuite des « véritables responsables », dénonçant parfois une « parodie de justice » : « Nous estimons que la procédure, les condamnations par la Cour pénale internationale, semblent être fantaisistes aux yeux des communs des mortels. Il y a des faits par rapport auxquels on pensait que le Procureur pouvait approfondir les enquêtes et curieusement, il y a quelques éléments seulement qu'il a retenu et développé, ce qui a abouti à la condamnation. Nous nous pensons vraiment que, sur le plan des faits et du droit, ce n'est pas consistant. (…) Pour nous, la violence qui a touché l'ituri a été globale (…) Finalement, que ce soit Matthieu Ndgudjolo, Thomas Lubanga ou Germain Katanga, ce sont les fils de l'Ituri qui se sont retrouvés à la CPI alors qu'ils avaient été instrumentalisés par certaines personnes qui ne sont toujours pas inquiétées. Nous avons toujours soutenu et démontré que le conflit en ituri a commencé avec des machettes, avec des lances, et n'aurait pas pu faire les dégats qu'on a connu. Nous connaissons les filières qui ont apporté les armes. Nous estimons qu'il aurait fallut approfondir l'enquête pour trouver les complices qui ont été responsables pour que ces films soient commis. (…) La population en Ituri sait comment les choses ont commencé et évolué, et aujourd'hui, si les gens cohabitent pacifiquement, ce n'est pas du fait de la CPI mais c'est parce qu'il y a plus de confiance collective ; nous nous sommes pardonnés mutuellement, nous avons estimé que nous avions été instrumentalisés et utilisés. Finalement, les vrais bourreaux, ce sont des personnes qui se cotoient, qui se connaissent, qui se visitent mutuellement. Donc finalement ce qui se fait à la CPI n'apporte pas grand chose. (…) Lorsqu'on parle de complice, il y a forcément un auteur. Bien qu'il s'agisse d'un principe de droit, le commun des mortels ne peuvent pas comprendre qu'on condamne le complice et qu'on laisse l'auteur. (…) Dans le contexte actuel, nous sommes loin de croire que les actions de la CPI peuvent favoriser la lutte contre l'impunité dans le pays. » (12 minutes 40 secondes jusqu'à 30 minutes 14 secondes, Radio Okapi, 11 mars 2014, 8H25). Voir aussi "CPI : Germain Katanga, coupable ou parfait bouc émissaire ?", *Congo indépendant*, 7 mars 2014

ces affaires tant qu'elles ne comportent pas trop d'incidents. La doctrine ne s'y intéresse que de façon segmentée, *en regard de la jurisprudence précédente* et jamais ou presque en l'espèce. Quant au reste de la population, elle est par conséquent maintenue dans une ignorance complète des événements en cours. Nul regard qui pèse sur les différents acteurs du procès, dont le rituel judiciaire et le traumatisme subjacent ne sont ainsi pas contrôlés, pour reprendre les termes d'Antoine Garapon[454]. Comme nous le verrons, il n'est dès lors pas étonnant qu'il ne soit agit là – sur la question de l'incriminabilité – que de la première « extension » du bras de la justice pénale internationale à laquelle se livre la Chambre en l'espèce, mais qui n'aurait pas suffit seule à permettre la condamnation de Germain Katanga. D'autres ont suivi.

2. La violence de l'attaque de Bogoro

Les descriptions de l'attaque de Bogoro ont convergé sans contestations devant la Cour vers un panorama de violence importante, désorganisée et dès lors dénuée de limites, et dont les populations civiles furent la cible de façon souvent indiscriminée. Au-delà d'une confrontation armée « classique » entre deux camps militaires – l'UPC, mélange de militaires et de combattants aguerris armés par une puissance étrangère d'un côté, le FNI et le FRPI de l'autre, groupes de combattants d'autodéfense armés eux aussi par des puissances étatiques et encadrés par quelques instructeurs – qui a très vite tourné à la déroute pour les forces installées dans la ville, l'attaque de Bogoro s'est prolongée par un certain nombre de persécutions à l'encontre d'individus clairement identifiables comme n'étant pas des combattants, dont des femmes, des enfants et des vieillards. Ont ainsi été dénombrés des assassinats à la machette de civils, blessures par arme blanche contre des personnes désarmées, poursuivies en dehors du village ou dans leurs lieux d'habitations, des destructions de lieux de vie ainsi que plusieurs viols. L'attaque, initiée le 24 février 2003 à l'aube – autour de 5h du matin[455] – s'est prolongée une fois les forces armées occupantes délogées par la force attaquante. Elle a donc aussi visé les villageois et était marquée, selon certains témoignages, par une dimension ethnique. La publication particulièrement saisissante de descriptions détaillées de ces violences, s'appuyant notamment sur le recueil de témoignages directs et indirects par un agent de la MONUC entre mars et avril 2003, fut l'un des facteurs qui poussèrent

454 *Bien juger*, *Essai sur le rituel judiciaire,* Paris, Odile Jacob, 2001, page 263.

455 Ce qui en cette zone géographique correspond aux premières lueurs du matin, le soleil se levant de façon constante tout au long de l'année autour de 6h du matin. Plus précisément, et selon les éphémérides, le soleil s'est levé le dimanche 24 février 2003 à 6h09 au le village de Bogoro. Le crépuscule astronomique qui marque la fin de la nuit et les premières lueurs de l'aube avait eu lieu à 5h00, tout objet étant clairement distinguable dès 5h49, heure du début du crépuscule civil, c'est-à-dire au moment où le soleil devenait physiquement visible. Cet élément est important, le Procureur ayant à plusieurs reprises mentionné l'horaire de l'attaque pour justifier de sa cruauté et de la volonté de surprendre les populations dans leur sommeil. L'attaque semble avoir correspondu à l'heure du réveil et du lever du soleil, ce qui ne manque pas d'interroger : les assaillants, qui s'étaient installés autour de Bogoro la veille au plus tard, ont-ils attendus cette heure par convention, ou plus probablement pour bénéficier d'un éclairage naturel leur permettant de mieux distinguer leur cible à défaut de toute lumière artificielle ?

le Bureau du Procureur à se concentrer sur cet événement en particulier dans le cadre de ses enquêtes en RDC, à partir de novembre 2005.

L'attaque de Bogoro n'a cependant pas été la plus violente des batailles de la guerre d'Ituri. La Chambre dans son Jugement s'appuie longuement sur une attaque menée contre le village de Nyakunde le 5 septembre[456] 2002, dont elle décrit les diverses implications sur huit pages. Cette attaque, devenue un élément important dans le procès en ce qu'elle était censée prouver la systématicité des crimes et la connaissance de Germain Katanga des excès qui étaient commis dans la guerre d'Ituri, se situe à tous les niveaux à un degré de violence bien supérieur à celui de Bogoro, à tel point qu'on peut s'interroger[457] sur les raisons qui ont amené le Procureur à ne pas se préoccuper en priorité de celle-ci et de la poursuite de ses responsables, par ailleurs encore actifs en Ituri[458]. Le Procureur lui-même indique dans ses Conclusions finales que « Nyakunde a été le plus important massacre commis en Ituri »[459]. Ainsi, plus de mille combattants auraient été engagés[460], dont 200 disposant d'armes à feu, et près de mille morts, dont une majorité de civils, auraient été à dénombrer[461]. Quelques jours auparavant, à Songolo, c'était au moins 800 morts qui étaient dénombrés[462], dans des estimations tout aussi peu fiables que celles avancées concernant Bogoro, mais donnant un ordre de grandeur largement supérieur à celle-ci. Là encore les descriptions avancées sont terrifiantes, narrant notamment le pillage et l'assassinat de civils désarmés au sein d'un hôpital. Les récits prennent alors, contrairement à Bogoro, une dimension « d'horreur collective », tandis que la dispersion et un tragique quelques peu plus *individualisé* régnaient en ce qui concerne les descriptions de l'attaque pour laquelle M. Katanga a été condamné. Elles semblent d'autant plus crédibles qu'elles correspondent malheureusement à une réalité commune dans la région, à laquelle nous avons été confrontée. Ainsi lors d'un séjour de recherche dans le Masisi (Nord-Kivu), arrivant dans un village isolé[463] (Ngululu) de quelques dizaines d'habitant peu après qu'il a été attaqué par une milice, nous avons dû constater que les cibles principales avaient été l'école primaire et le dispensaire, qui avaient tous deux été saccagés. Dans leur recherche d'éléments

456 Jugement, pages 212 à 220.

457 Rhétoriquement à tout le moins, ou sincèrement si l'on admet encore que le choix de poursuivre les présumés responsables de l'attaque de Bogoro ne se soit fait que pour des questions de gravité, d'importance symbolique ou de lutte contre l'impunité, bref d'établissement objectif et désintéressé de la justice.

458 Il s'agit principalement du « commandant Kandro » et de Cobra Matata, à la tête du FRPI depuis 2004, ainsi que des soldats de l'APC, intégrés depuis à l'armée régulière, et dirigés par le « commandant Faustin ».

459 Conclusions finales du Procureur (ICC-01/04-01/07-3251-Corr-Red, 3 juillet 2012), page 261, paragraphe 655.

460 Jugement, page 215, paragraphe 554.

461 Témoignage de Germain Katanga (question du Procureur), ICC-01/04-01/07-T320, pages 25, lignes 17 à 21.

462 Témoignage de Germain Katanga (question du Procureur) ICC-01/04-01/07-T322-FRA, page 66, lignes 18 à 21.

463 Nécessitant pour l'atteindre plus de quinze heures de déplacement depuis la capitale du Nord-Kivu, Goma, dont cinq en moto sur des pistes forestières et autant à pied ; dénué de réseau téléphonique, électrique et bien entendu d'eau courante.

de valeur, les miliciens ayant pillé le village s'étaient « naturellement » dirigés vers les résidus d'institutions existant afin d'y capter les quelques matériels qui auraient pu être d'intérêt pour alimenter leur lutte, notamment des médicaments mais aussi des matériels scolaires pouvant éventuellement être revendus, ainsi que de maigres objets personnels des instituteurs ou infirmiers, le plus souvent notables du village et dès lors potentiellement mieux dotés[464]. Loin d'être l'expression d'une barbarie irrationnelle ou d'une haine particulières, ces ciblages sont souvent le résultat d'un simple calcul, aussi condamnable soit-il[465]. Dans le cas du village de Ngululu, il était d'ailleurs remarquable de noter qu'alors que la plupart des huttes des villageois avaient été incendiées et partiellement détruites, l'école et le dispensaire n'avaient été *que* minutieusement pillés et saccagés, sans que les structures ne soient attaquées.
De par son nombre de victimes et les modalités de l'opération, l'attaque de Bogoro est loin de correspondre à un événement d'une importance et d'une gravité majeures dans le contexte de la guerre en Ituri. Un dernier élément doit pourtant être pris en compte.

3. L'ethnicité au cœur de la procédure

Officiellement, un deuxième élément spécifique a joué un rôle central dans le choix de l'attaque de Bogoro par le Procureur, et pour la suite des procédures. Bogoro est en février 2003 un village où vivent une majorité d'individus d'ethnie Hema, ainsi qu'une minorité de Lendu, Bira et de plusieurs autres ethnies qui ont été citées sans être identifiées lors du procès. Il accueille comme nous l'avons rappelé en son centre géographique un camp militaire des forces de l'Union Patriotique Congolaise (UPC), dirigées par Thomas Lubanga et qui, alimentées par les gisements aurifères, sont entrées en rébellion contre le pouvoir central après avoir été constituées avec l'aide de l'Ouganda. Bogoro se trouve au carrefour de plusieurs routes commerciales importantes pour l'Ituri, et est un objectif militaire reconnu par toutes les parties, dans la reconquête de Bunia et de la région par l'État central. Le village ne dispose ni d'eau courante ni d'électricité, ni réseau téléphonique fixe ou portable. Les routes qui y mènent ne sont pas goudronnées. Aucune structure de santé n'y est recensée, et les structures scolaires existantes – quelques murs – ne sont pas en activité du fait de l'instabilité militaire. Bogoro n'est alors, comme la plus grande partie de la région, pas sous contrôle étatique depuis plusieurs années si ce n'est décennies, ne dispose pas d'administrations structurées ou pérennes et a fait l'objet de trois attaques au moins depuis 2001. Ces dernières ont eu pour résultat l'hégémonie temporaire des troupes de l'UPC sur cette portion de territoire, hégémonie qui a réduit l'activité économique de

464 L'ordre de grandeur étant la possession éventuelle, pour les plus fortunés, d'une radio à pile, par exemple.

465 Il est bien entendu nécessaire de procéder à une évaluation cas par cas, certaines attaques de « bien publics » identifiés visant à démontrer l'absence de pitié des assaillants afin de susciter peur et respect et asseoir sa domination sur le territoire, et dans des cas plus rares encore, à mettre en œuvre un véritable plan d'extermination comme ce fut le cas au Rwanda pendant le génocide.

la région en coupant l'accès des populations du Sud aux routes commerciales menant à la capitale de la Province et aux pays frontaliers.
L'UPC est une force qui, au départ composite et appuyée par l'Ouganda et le RCD/K-ML, s'est progressivement autonomisée et a politisé son discours. De simple *proxy* d'un État étranger cherchant un relais local pour contrôler des territoires riches en ressource avec plus de facilité, la force armée a progressivement radicalisé son discours et se proclame en 2003 défenseur des Hema, minorité ethnolinguistique de 160 000 personnes à l'Est de la République démocratique du Congo. Celle-ci est souvent associée aux Himas (Ouganda), et de façon bien plus contestable aux Tutsis rwandais, du fait d'une spécialisation socio-économique semblable portée sur l'élevage, et une condition minoritaire partagée. Ce dernier rapprochement entre Tutsis et Hemas et la charge symbolique lourde qu'elle comporte a notamment été portée par Human Rights Watch, dont les rapports à la méthodologie contestable et ne remplissant en toutes circonstances aucun des critères permettant de leur attribuer une valeur probante dans le cadre d'un procès[466], ont largement nourri et influencé l'accusation du Bureau du Procureur, notamment au moment des étapes préliminaires.
Pourtant, peu d'anthropologues et d'historiens appuient ce rapprochement entre les deux ethnies, et aucun n'a été appelé à témoigner lors du procès de Germain Katanga, malgré l'absence de personnes ayant un rapport personnel ou scientifique à cette

466 Il nous a été permis d'observer que ces rapports sont dans la plupart des cas – et de façon systématique en RDC – rédigés suite aux « enquêtes » sur le terrain d'une seule personne, généralement jeune et à la formation scientifique très variable, pendant une durée qui va de quelques jours à quelques semaines au mieux, enquêtes qui sont par la suite corrigées et le cas échéant réorientées par le siège, sans avoir le plus souvent la possibilité de contraster les sources. Sources de renseignement précieuse pour une première approche dans des territoires peu explorés et médiatisés en Occident, ils n'offrent pour autant aucune garantie scientifique et, cela va sans dire, juridique. Une approche précautionneuse a d'ailleurs progressivement été adoptée par la jurisprudence, et ce même au stade de la confirmation des charges. « Même si des rapports d'ONG et les articles de presse peuvent utilement présenter le contexte historique entourant un conflit, ils ne constituent pas normalement un substitut valide au type de preuve nécessaires pour la confirmation des charges conformément à la norme d'administration de la preuve » (Décision d'ajournement de l'audience de confirmation des charges conformément à l'article 67-1-c-i du Statut, Chambre préliminaire I (ICC-02/11-01/11-432-tFRA, 3 juin 2013, page 18, paragraphe 35). Voir aussi la Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire Mbarushimana : « Le poids à accorder aux preuves contenues dans les documents provenant de Human Rights Watch sera apprécié au cas par cas. D'une manière générale, la Chambre estime qu'il convient d'accorder une valeur probante moindre aux preuves indirectes émanant de sources anonymes compte tenu des difficultés inhérentes à la vérification de la véracité et de l'authenticité des informations qu'elles contiennent. Par conséquent, ces informations ne seront utilisées que dans le seul but de corroborer d'autres éléments de preuve » (ICC-01/04-01/10-465-Red-tFRA, 16 décembre 2011, page 36, paragraphe 78). Pour une analyse plus générale sur la qualité des enquêtes du Procureur de la CPI (citant les décisions précédentes ainsi que la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* sur cette question), voir Groome, D., « No witness, no case : an assessment of the conduct and quality of ICC investigations », *Penn State Journal of Law and International Affairs*, volume 3, numéro 1, 2014. Il reste qu'un certain nombre d'éléments, notamment de nombreux rapports d'enquête de l'ONU, voient leur importance encore surévaluée par rapport aux conditions du recueil de preuve auxquelles nous avons pu assister.

région tant dans les équipes du Procureur, des juges que de la défense[467]. Jean-Pierre Chrétien, historien faisant office de référence dans le milieu universitaire francophone sur l'Afrique des Grands Lacs, rejette de façon lapidaire et on ne peut plus claire ces rapprochements dans le cadre d'un échange électronique :

> « les 'Hema' bantouphones et les Lendu, de langue 'central-soudanique', ont finalement peu à voir avec la réalité historique hutu-tutsi du Rwanda, malgré les homologies artificielles ressassées ici et là. »[468]

a. L'amalgame ethnique à l'échelle régionale

Il convient de s'attarder sur cet élément en ce qu'il a joué un rôle fondamental dans la décision du Procureur de la CPI d'enclencher une enquête sur l'attaque de Bogoro, et de choisir de mettre en accusation Germain Katanga et Mathieu

467 L'attitude de Eric Macdonald, principal fonctionnaire en charge de l'affaire au Bureau du Procureur et voix de l'accusation lors des principaux événements du procès, au cours des différents interrogatoires, a été en ce sens intéressante. Canadien anglophone mais utilisant principalement le français, se troublant souvent dans la recherche des termes équivalents alors que la langue du procès passait alternativement de l'anglais, utilisé principalement par l'accusation et l'avocat de la défense, et le français utilisé par plusieurs témoins et le juge-président, il se montrait souvent agressif, dans le but postulé de déstabiliser l'accusé et d'imprimer sa marque sur le cours du procès, dans une posture qui semblait fort en décalage avec la faiblesse des éléments du dossier et des éléments de droit qu'il prétendait porter – comme le lui faisait souvent remarquer avec subtilité le juge-président. L'interrogatoire de l'accusé fut particulièrement révélateur, montrant un Procureur se croyant en position de force, intervenant et interrompant de façon répétée l'accusé dans ses réponses, sans grande mesure, mais ne réussissant pourtant pas à perturber l'accusé, trop heureux de reprendre M. Macdonald sur ses imprécisions pour esquiver les questions posées, et profitant du manque de structure de l'interrogatoire pour en déjouer les différents pièges. Convaincu de façon très visible que l'accusé mentait, M. Macdonald n'était pourtant la plupart du temps pas en mesure de le prouver, ou même d'insinuer le doute – comptant seulement sur une scansion rapide visant à mettre sous pression l'accusé, scansion que sa maîtrise parfois flageollante de certains termes français, l'espacement des interventions du fait de la traduction et l'absence d'éléments documentaires ou testimoniaux lui permettant de remettre en questions la parole de l'accusé, rendait le plus souvent inefficace. Gagnant en confiance, ne s'étant empêtré dans ses contradictions qu'à de rares moments malgré sa décision volontaire de témoigner, Germain Katanga n'en est pas moins apparu en conséquence à plusieurs reprises arrogant, déjouant trop facilement les pièges du Procureur et en en souriant parfois, ce qui a certainement joué dans la perception générale par la Chambre de son comportement et *in fine* sa condamnation. L'absence de chroniques du procès nous amène à faire ce bref compte-rendu nécessairement subjectif que nous tentons de compenser en nous appuyant autant que possible sur le ressenti qu'ont laissé apparaître les différents acteurs de celui-ci au cours des séances auxquelles nous avons assisté ainsi que sur les vidéos qui ont été publiées par la Cour. Il est à notre sens en effet essentiel, dans le cadre d'un procès pénal, pour *neutralisé* et *objectivisé* qu'il ait été par toute une série de dispositifs post-modernes, d'en retranscrire autant que faire se peut *l'impression* qu'il a fait et les relations qui s'y sont créées. Il nous est ainsi apparu marquant que l'avocat de Germain Katanga, David Hooper, nous demande l'adresse e-mail personnelle du juge-président Bruno Cotte au lendemain du retrait de l'appel de Germain Katanga, afin de lui transmettre ses « chaleureuses salutations » et maintenir un contact présenté comme amical, montrant que la surprenante cordialité cérémonieuse qui s'était installée lors du procès n'était pas seulement protocolaire. Cette proximité est par ailleurs visible entre l'accusation et la défense sur les photos prises au moment du Jugement condamnant Germain Katanga : https://www.flickr.com/photos/icc-cpi/12986835774/in/set-72157641991619985 (consulté le 6 juillet 2014).

468 Email daté du 3 mai 2014.

Ngudjolo – mais aussi dans la condamnation de Germain Katanga par la majorité de la Chambre.

Les équipes du Bureau du Procureur pensent en 2005 lancer des enquêtes contre les continuateurs du génocide mené par le gouvernement Hutu contre les Tutsis au Rwanda en 1994 au « mieux »[469], au pire contre des imitateurs nourrissant un projet équivalent. Proche de Kagamé dont il se dit à plusieurs reprises un admirateur, Luis Moreno Ocampo pense tenir là « une incarnation du mal » entre ses mains[470], animée par une haine ethnique sinon ancestrale, du moins quasi « naturelle »[471] face à laquelle seule la Cour pénale internationale peut intervenir pour éviter une répétition de l'histoire et l'éventuel prolongement de ce projet funeste[472]. La confusion est alors manifeste avec le Nord-Kivu, où des millions de réfugiés rwandais ont fui le génocide, et où se mêlent de nombreux génocidaires. Leur organisation en milices et la contre-offensive menée par le FPR de Paul Kagamé exportent ainsi artificiellement la conflictualité existante au Rwanda, et des groupes proches du « Hutu Power » à l'idéologie génocidaire et encore aujourd'hui marginalement actives sous le nom de FDLR[473], s'ancrent territorialement en RDC. Bien que refusant d'intégrer de façon explicite le lien au conflit rwandais dans ses argumentaires, l'association du sort des Hemas aux Tutsis traversera l'ensemble du procès sans que la défense, faute d'avoir convoqué des experts, ne réussisse à convaincre la Chambre de son inanité[474]. Cette association qui trouve ses racines dans des travaux très idéologiquement marqués[475], a été implicitement ou

469 Du point de vue de l'importance de l'affaire et des enquêtes.

470 Un raisonnement qu'il reproduira dans le cadre de l'affaire Mbarushimana, du nom du secrétaire général des FDLR, voulant en faire un « nouveau cas Eichmann », avant que la Chambre préliminaire, après avoir rejeté une première fois l'émission d'un mandat d'arrêt, refuse de confirmer les charges contre l'accusé.

471 Voir notamment Traduction par le Bureau du Procureur du Document modifié de notification des charges en application de l'article 61-3-a du Statut » du 12 juin 2007 (ICC-01/04-01/07-584-Anx2A), page 9, paragraphe 17 : « Les tensions entre les différentes communautés d'Ituri existent depuis des décennies ».

472 Des rumeurs jamais vérifiées et parues dans plusieurs articles de presse firent ainsi référence à la présence de milices *interahamwe* (milices rwandaises organisées par le Hutu power qui quadrillèrent le Rwanda pour organiser le génocide, et formées notamment par le GIGN français) en Ituri entre 2003 et 2005, puis par la suite de façon régulière alors que le Rwanda menaçait de déployer ses troupes dans la région où que des réfugiés hutus rejoignaient l'Ituri, permettant aux autorités locales par cette dénomination de les stigmatiser et de les renvoyer au Nord-Kivu et d'ainsi ne pas avoir à organiser leur accueil. Il n'existe aujourd'hui aucune preuve autre que relative à une présence résiduelle et temporaire permettant d'établir que les mouvements extrémistes Hutus aient tenté de s'implanter en Ituri.

473 Forces démocratiques de libération du Rwanda. Luis Moreno Ocampo lance en 2010 et 2011 des mandats d'arrêts contre leurs principaux responsables, dont Callixte Mbarushimana, alors que la milice n'est plus que l'ombre d'elle-même. Ses derniers éléments se sont rendus lors d'une opération de désarmement organisée avec l'aide de la MONUSCO entre mars et juin 2014. Leur existence, danger réel au lendemain du génocide pour le nouveau pouvoir rwandais, aura longtemps servi de prétexte aux incursions du Rwanda en RDC, ou de certaines de leurs milices comme le CNDP (devenu M23), afin de s'en approprier les ressources.

474 La Chambre fera référence à plusieurs reprises à cette dimension. Voir par exemple Jugement, pages 326, 342 et 352, paragraphes 819, 853 et 877.

475 Et dont certaines organisations affirment trouver le point de départ se trouverait dans l'utilisation des travaux de Jean-Pierre Lobho, qui dans les années soixante dix avait publié un ouvrage traitant de la situation en Ituri « Pouvoir politique traditionnel et institutions politiques modernes chez

explicitement reprise, le plus souvent par complaisance ou paresse intellectuelle, dans les premiers rapports sur la région[476] qui ont servi de fondement à l'action du Bureau du Procureur[477].

Or il semblerait que si cet élément de contexte avait été déconstruit, ou rejeté au second plan, qui nous semble lui correspondre, l'accusation et la portée symbolique de l'affaire auraient perdu grandement en puissance, voire se seraient effondrées. En ignorant même toute analogie directe entre Ituri et Rwanda, la gravité attribuée aux faits dont est accusé Germain Katanga tient en effet pour beaucoup au contexte politique de la région et aux traumatismes très récents qui l'ont traversée, ainsi qu'à la supposée adhésion, voir contribution, de l'accusé à l'ethnicisation du conflit. C'est d'ailleurs malgré l'absence d'éléments probants permettant de faire de la question ethnique le motif principal de l'attaque, et malgré l'absence de discussion scientifique permettant de valider ou d'invalider cette thèse, que la Chambre ira dans son Jugement dans le

---

les Bahema et Walendu du territoire de Djugu en Ituri », Université Libre du Congo, Faculté des Sciences humaines et sociales, 1970 (thèse, publiée en 1980 aux Presses universitaires du Zaïre sous le titre *Société et politique en Afrique traditionnelle : bahema et walendu du Zaïre*) et dont les différentes interprétations opportunistes se sont multipliées à la faveur de l'aggravation de la situation rwandaise et de la conflictualité croissante en Ituri lors de la dernière phase du « règne » de Mobutu.

476 Voir notamment International Crisis Group, *Congo Crisis : military intervention in Ituri,* 13 juin 2003, page 6 qui parle de situation « bordant le génocide » ; ou « Rapport de l'ASADHO sur le conflit inter-ethnique Hema-Lendu en territoire de Djugu dans la Province orientale », *ASADHO*, 7 décembre 1999 (non paginé) : « Le cas Ituri apparaît ainsi comme une miniature, ou du moins un éveil de l'antagonisme qui a ensanglanté le Rwanda, resté tristement un exemple par excellence chaque fois qu'il vient de parler de la coexistence conflictuelle des peuples en Afrique. Le démon qui a fait raser des villages entiers et leurs habitants dans le Masisi et qui a justifié des barbaries épouvantables au Rwanda, a trouvé un autre terrain de prédilection dans le district de l'Ituri qui réunit l'essentiel des conditions qui ont permis la réalisation du génocide et des barbaries au Rwanda et au Kivu. » Nous utilisons à dessein ces termes (« complaisance » et « paresse intellectuelle ») qui nous semblent pouvoir s'appliquer également à l'appréciation de la situation en Centrafrique à la fin 2013 par les mêmes organisations et médias dix ans plus tard, notamment HRW, tant dans des objectifs de mobilisation (et donc de récolte de fonds et d'autojustification), que de simplification et d'épure du propos pour des questions éditoriales, de manque de moyens et de méconnaissance des terrains étudiés et de la littérature scientifique existante à leur propos. Donnant l'illusion du contrôle, ne souffrant guère de contestation de par leur dimension moralisante (le porteur de la parole s'investissant d'une mission surplombante, comme sa parole, visant à éviter l'impensable contre lequel il est extrêmement risqué et potentiellement coûteux de s'opposer) – celle-ci étant nécessairement cantonnée à des médias ou revues spécialisées – et révélant par ailleurs les effets encore prégnants du traumatisme qu'a constitué le génocide rwandais, sa sous-estimation initiale et l'incapacité de la communauté internationale à l'arrêter par la suite, ces regards génériques faisant de toute conflictualité africaine une question « ethnique », c'est-à-dire de façon entendue *essentialiste,* et un potentiel génocide servent aussi en retour les intérêts politiques divers de manière plus ou moins délibérée, à commencer par ceux des « entrepreneurs de la haine » qui y trouvent un relais inespéré.

477 Cette confusion se double d'une erreur qui, si elle peut sembler moins grave, n'en a été pas moins plus marquante encore sur le cours du procès en ce qu'elle n'a jamais été contestée. Il s'est agi de la confusion dans une même interprétation des situations des territoires de Djugu, où les violences intercommunautaires naquirent et y furent les plus importantes et qui a été longtemps traversé par une conflictualité ancrée dans les questions foncières et communautaires, et l'Irumu où se déroule l'affaire qui nous concerne, où les relations intercommunautaires ont été traditionnellement plus apaisées et où la guerre d'Ituri ne semble avoir agit que par effet de contamination. Bien que désignées sous le terme générique d'Ituri, la plupart des enquêtes de terrain préalables à la seconde guerre du Congo concernèrent Djugu, à commencer par les travaux de Jean-Pierre Lobho.

sens du Procureur pour condamner Germain Katanga en première instance, invoquant une volonté d'épurer le village de Bogoro et de venger les Lendu des crimes commis par les Hema[478]. La majorité s'appuie pour cela sur quelques témoignages à la crédibilité relativisée par la Chambre elle-même ainsi que sur des déclarations de l'accusé mentionnant la crainte d'un projet « impérialiste » Hema-Tutsi[479] qui resurgissait régulièrement dans la région, et en particulier à chaque attaque contre son village d'Aveba. Cette crainte, que M. Katanga présente – il est important de le noter – comme ponctuelle et non structurelle, liée aux épisodes de violence[480] et venant « d'en haut »[481], est certes révélatrice d'une instrumentalisation de la question par les autorités de l'époque et par ce qu'il est commun d'appeler des « entrepreneurs de la haine »[482]. Celle-ci n'en

478 La Chambre, en cohérence avec la jurisprudence, n'a pas cherché à établir si Germain Katanga partageait cette idéologie, considérant que sa simple appartenance à la structure théoriquement porteuse de cette idéologie et sa participation à la commission des actes criminels de cette organisation suffisait.

479 ICC-01/04-01/07-T-321-FRA page 65, lignes 7 à 11 : « Alors, cette idéologie de dire que non, l'UPC avec l'idéologie de créer un empire Hema Tutsi, c'était terrible. Parce que, quand on vous parle de Hema Tutsi, on se souvient de ce qui s'est passé au Rwanda. Là nous chasser de notre espace pour que les Hema puissent relier leur axe donc, du Rwanda jusqu'en Ituri, là, on ne pourrait pas… on ne pouvait pas accepter ». Une déclaration similaire de Germain Katanga intervient dans le document ICC-01/04-01/07-T325-FRA (répertorié de manière erronée sous la référence ICC/01/04-01/07-T325-FRA), page 10, lignes 12 à 17. Il est intéressant que ces déclarations aient joué un rôle important dans la décision de la Chambre alors même que, comme nous le rappelons dans la note précédente, les croyances de l'accusé avaient été considérées comme non-pertinentes. C'est en fait à titre d'illustration de la propagation de cette idéologie et de sa prégnance que les juges ont retenu ces déclarations dans leur Jugement.

480 Question du Juge Président Bruno Cotte : « Q – Est-ce que cette idéologie [l'appui des Hema aux Tutsis], qui constitue une menace, si je comprends bien, il vous arrivait d'en parler avec les commandants d'Aveba ? Est-ce que c'était un sujet de discussion ?

R – Avec les commandants d'Aveba, oui, Monsieur le Président, ça arrivait que les gens en parlent. Ça arrivait que les gens en parlent quand, par exemple, il avait une attaque, les gens disaient : voilà, ils veulent venir occuper notre terre. Ces gens-là qui veulent implanter leur empire, ça se disait, ça se disait verbalement, là. Mais entrer en profondeur de savoir qu'est-ce qui était… bon, je vous dis, que c'est un peu difficile pour que je le confirme. » ICC-01/04-01/07-T-325-FRA, page 11, lignes 19 à 27.

481 Katanga utilise l'expression : « selon les idéologies qu'on nous a appris », document ICC-01/04-01/07-T-325-FRA, page 10, lignes 12 à 17.

482 Instrumentalisation que Katanga lui-même mentionne : « Donc c'était la stratégie politique pour intoxiquer les Lendu, les Hema, ou bien les Lendu, les Ngiti, pour qu'ils puissent se rallier à eux. Donc c'était une intoxication qui était courante », ICC-01/04-01/07-T-325-FRA, page 54, lignes 4 à 7. Voir aussi, sur le rôle notamment des proches de Museveni Perrot, S., "Entrepreneurs de l'insécurité : la face cachée de l'armée ougandaise", *in Politique africaine*, numéro 75, octobre 1999, pages 60 à 71 ainsi que le très important Rapport final de la commission d'enquête Porter (République d'Ouganda, No. 5/2001, novembre 2002) (analysé notamment dans Cuvelier, J., Marysse, S., "Les enjeux économique du conflit en Ituri", *L'afrique des Grands Lacs, Annuaire 2003-2004*, pages 169 à 299). Ainsi que lors de notre entretien : « Oui, il y avait une "guerre interethnique", mais elle a été manipulée, utilisée comme couverture par les homems politiques, derrière chaque groupe rebelle, ils en créaient et les alimentaient pour s'en server comme des milices. Les combattants Ngiti étaient d'ailleurs associés aux maï-maï et à l'APC au sein du RCD/K-ML. Tous les groups armés étaient chapeautés par Museveni. Kisoro finançait le sien par l'exploitation artisanale d'or. Mbusa était le semeur de conflits, pour qui Lompondo travaillait. Tout s'est enflame en janvier/février 2002 avec l'arrivée de Lompondo, on ne sait pas trop pourquoi c'est arrivé, personne n'a compris. »

a pas moins été intégrée par la plupart des chercheurs en sciences sociales s'intéressant à l'Ituri dans un sens extrêmement distancié de celui adopté par la Chambre. Ainsi l'une des études de référence sur le sujet, après avoir dénoncé, explicitement, le regard raciste et simpliste trop souvent porté sur les conflits dans l'Afrique des Grands Lacs, rappelle dès son introduction :

> « Comme nous allons le démontrer, c'est à travers la manipulation de l'ethnicité que les acteurs politiques et militaires locaux et régionaux essaient de couvrir leurs vrais agendas politiques et économiques. Néanmoins, cette approche (qui est devenue très populaire dans la couverture par les médias occidentaux) est aussi en train de surévaluer la composante ethnique du conflit en Ituri et court même le risque de conduire à une représentation très stéréotypée des conflits actuels en Afrique. »[483]

Comme l'indique Pottier :

> « Tandis que la domination de l'élite Hema est incontestable, l'idée qu'une ségrégation ethnique existerait dans la région est largement rejetée par les ituriens ordinaires, comme nous l'avons vu en ce qui concerne l'accroissement des mariages Hema-Lendu. Même pendant le conflit, les Hema ne faisant pas partie de l'élite étaient fort conscients que des questions de classes, et non d'ethnies, avaient provoqué le conflit. Comme l'avance une femme hema : « cette guerre n'est pas entre Hema et Lendu, mais entre les Hema riches et le reste d'entre nous. » La cohabitation interethnique s'est de fait montrée résiliente, comme prouvé aussi par le nombre de fois où les personnes déplacées s'installèrent au sein de groupes ethniques mixtes. »[484]

Prenant exemple sur un village en particulier dans lequel il a mené ses enquêtes de terrain au lendemain du conflit, l'auteur affirme que

> « cette solidarité interethnique est restée dominante si longtemps qu'elle doit amener les analystes à éviter une quelconque essentialisation ethnique. »[485]

b. La composante ethnique de l'attaque de Bogoro

La Chambre considérera que l'attaque de Bogoro avait certes pour objet la prise d'un objectif militaire légitime dans la reconquête de l'Ituri, mais avait pour objet principal de vider le village de l'ensemble de ses habitants Hema[486]. Il lui a fallu pour cela opérer implicitement une double distinction subtile, tout d'abord entre les forces

---

483 Vlassenroot, K., Raeymaekers, T., « Le conflit en Ituri », *L'Afrique des grands lacs, Annuaire*, 2002-2003, page 209. Il convient de rappeler que l'article traite de l'Ituri dans son ensemble.

484 Pottier, J., « Displacement and ethnic reintegration in Ituri, DR Congo, challenges ahead », *The journal of modern african studies,* volume 46, numéro 3, 2008, page 433.

485 *Ibid.*, page 434.

486 Jugement, page 689, paragraphe 1654 « Cette milice avait un projet qui lui était propre, même s'il s'intégrait dans un projet plus large de reconquête territoriale : celui d'attaquer le village de Bogoro pour effacer de cette localité non seulement les éléments militaires de l'UPC mais aussi, et à titre principal (sic), les civils hema qui s'y trouvaient ». La formulation grammaticale de la phrase, subordonnant l'énonciation de l'objectif principal, est à notre sens révélatrice des paradoxes du

du FRPI et les « forces officielles » les encadrant – ces dernières ne *pouvant* avoir un « objectif ethnique » – et ensuite entre les objectifs de ces deux forces pourtant alliées et alors que le FRPI n'existait que grâce au soutien des forces officielles[487]. Confondant à notre sens fait et cause – le village fut en effet, comme le rappela la Chambre dans sa décision sur la peine, vidé de ses habitants Hema, parce qu'il fut vidé de *tous* ses habitants, quelle qu'ait été leur ethnie[488] – et n'amenant aucun élément permettant de prouver que telle était l'intention des assaillants alors que plusieurs éléments de preuve admis par la Chambre montraient qu'ils poursuivaient un objectif militaire légitime, la Chambre considéra qu'il y avait là une intention indéniable, bien qu'elle ne fut appuyée sur aucune preuve documentaire ni sur aucun élément factuel ne permettant d'affirmer que le FRPI, et à plus forte raison, Germain Katanga, avaient eu l'intention d'agir dans cette objectif[489]. Qu'un accord de paix ait pu être signé quelques semaines à peine plus tard, sans difficultés particulières, entre ces deux camps supposément réifiés et censés se haïr, dès que les objectifs militaires qui avaient été assignés aux forces pro-gouvernementales furent réalisés, n'a semble-t-il pas troublé la Chambre. De même, aucune argumentation, d'ordre historique, sociologique ou autre, ne permet de comprendre à partir du Jugement quelle était l'origine de cette haine ethnique, depuis quand elle existait ou quel rôle elle avait pu jouer dans la constitution des milices. Avançant que « la dimension ethnique du conflit existant entre les commandants et les combattants de la collectivité de Walendu-Bindi et l'UPC, affiliée à l'ethnie hema, est indiscutable »[490], elle affirma que

> « on ne peut parler d'un antécédent atavique, de « haine raciale » ou d'un traditionnel conflit interethnique Hema-Lendu (…) Il est donc certain que le contexte général dans lequel s'inscrit l'attaque de Bogoro est sans aucun rapport avec un conflit ethnique ancestral. »[491]

Éludant toute contextualisation et mise en perspective, la Chambre conclu, sans sembler mesurer l'énormité de son propos, que

> « tout a débuté avec un conflit foncier très local qui a pris place dans l'un des cinq territoires du district. »[492]

raisonnement de la Chambre que nous allons tenter de mettre à jour. Voir aussi page 343, paragraphe 855.

487 Il est à ce propos important de rappeler que selon les éléments avancés pendant le procès et admis comme fait établis par le Jugement, aucun n'indique une participation importante des forces officielles à l'attaque. Le Procureur avance à plusieurs reprises que celle-ci aurait été symbolique en termes d'effectifs, rendant la distinction entre ces deux forces qui auraient participé à l'attaque sans partager un même objectif d'autant plus fragile.

488 Pour surprenant que cela puisse paraître, cet élément fut bien avancé par la Chambre elle-même dans sa décision sur la peine. Décision relative à la peine (article 76 du Statut) (Chambre de première instance, 23 mai 2014, ICC-01/04-01/07-3484), page 26, paragraphe 54.

489 La Chambre considérant, nous le verrons plus en avant, « qu'il n'est donc pas nécessaire de démontrer que l'accusé partageait l'intention du groupe de commettre le crime » (Jugement, page 680, paragraphe 1638).

490 Jugement, page 291, paragraphe 726.

491 Jugement, pages 278 et 279, paragraphe 699.

492 Jugement, page 279, paragraphe 700.

Ainsi un conflit qui avait provoqué la mort de 50 à 70 000 personnes, où l'implication au plus haut niveau des exécutifs des États de la région ainsi que de nombreuses multinationales avait été démontrée, qui fut nourri par des dizaines de milliers d'armes et des millions de munition livrées par des États ou des trafiquants d'armes internationaux, prolongeant des drames ayant provoqué la mort de 5 et 10 millions de personnes, trouvait son origine dans « un conflit foncier très local ». Cette « violence intercommunautaire », qui n'avait, de l'aveu même de la Chambre, eut aucun précédent ou connu aucun épisode majeur avant cette date, même d'ampleur moindre, permettait d'expliquer cette « soudaine explosion », revêtant pour la Chambre, « indiscutablement », « au regard de la plupart de ceux qui le vivaient, y participaient ou cherchaient à l'apaiser, une dimension interethnique marquée »[493].

La Chambre n'a pas pris le risque d'apparaître en porte-à-faux grossier avec la réalité – il s'agit peut-être là d'un euphémisme –, sans raisons. Sans plus d'arguments, la Majorité tire de ces différents éléments – à travers un rapprochement logique éminemment contestable mais permettant de donner un sens judiciaire à ces affirmations – que « les combattants Ngiti considéraient les Hema, en tant que groupe ethnique, comme étant leur ennemi »[494]. Pour justifier son raisonnement, la Chambre s'est appuyée sur l'existence d'attaques préalables, dont celle de Nyakunde, censées avoir eu une dimension ethnique[495], ainsi que plusieurs témoignages de victimes indiquant qu'au cours de l'attaque, une discrimination ethnique avait été mise en œuvre par plusieurs assaillants, ceux-ci ayant épargné un nombre indéterminé de villageois Lendu. La Chambre n'apporte, puisque cela est considéré comme accessoire, aucun élément permettant d'avancer que cette ambition était partagée par Germain Katanga, si ce n'est sa « nécessaire connaissance » du caractère ethnique du conflit ayant lieu à l'époque. Au-delà de la dimension judiciaire de la question, il est évident que ce « caractère ethnique », s'il existait et était généralisé comme l'avance la Chambre, était difficilement imputable à M. Katanga sans action positive de sa part ; or rien n'a permis d'indiquer que M. Katanga ait contribué d'une quelconque façon à nourrir cette dimension du conflit, ni qu'il en ait partagé les prémisses. La Chambre, à la majorité, indiquera même dans son prononcé de peine que M. Katanga, lors des processus de démobilisation, avait accueilli des soldats et combattants hema pour les y faire participer[496], et ce après avoir accueilli des réfugiés hema dans son village en mai 2003.[497] Le raisonnement sophistique utilisé par la Chambre pour ne pas se contredire ou renier l'un des fondements mêmes de la condamnation de Katanga est alors surprenant :

493 Jugement, pages 277 et 278, paragraphe 698.

494 Jugement, page 342, paragraphe 850.

495 Ce qu'aucune constatation judiciaire n'a permis d'établir au-delà de tout doute raisonnable, ces attaques précédentes ayant été considérées comme accessoires aux questions traitées dans le procès et ayant reçu un traitement afférent.

496 Décision relative à la peine (article 76 du Statut) (Chambre de première instance, 23 mai 2014, ICC-01/04-01/07-3484), paragraphe 110.

497 *Ibid.*, paragraphe 101.

> « Pour la Chambre, (…), ces personnes [les réfugiés hema et lendu] s'étaient déplacées car victimes d'une attaque de l'UPC et c'est à ce titre qu'elles ont été accueillies, en tant qu'alliées. Ainsi, pour la Chambre, une telle démarche ne saurait démontrer que Germain Katanga s'est engagé en faveur de la réconciliation entre les communautés. »[498]

Ainsi, pour la Chambre, il n'y aurait aucune contradiction à considérer que Germain Katanga pouvait traiter en tant qu'alliés des réfugiés (et nous imaginons, puisque le terme utilisé a une connotation militaire, des combattants voire des militaires) d'ethnie hema tout en affirmant que le conflit avait une dimension ethnique et que l'attaque contre Bogoro, bien que de nature *réactive,* avait pour objectif la mise en place d'une épuration ethnique et l'extermination exclusive des Hema, extermination qu'aurait souhaitée Germain Katanga (et ce dans le cadre un objectif nécessairement plus large et dont la nature n'a jamais été explicitée par la Cour).

Ce premier argument permettant d'ethniciser la nature du conflit n'était pas suffisant en soi pour faire condamner Germain Katanga. Il fallait par ailleurs que l'attaque elle-même ait une composante principalement ethnique, et que les victimes assassinées l'aient été de ce fait, et donc à titre principal. Comme le rappelle le Bureau du Procureur dans un document justifiant sa décision de ne pas ouvrir une enquête en République de Corée[499], la Chambre d'appel du TPIY a fixé les critères jurisprudentiels permettant de déterminer si une population civile est ou non la « cible principale » d'une attaque » :

> « [L]es moyens et méthodes utilisés au cours de l'attaque, [le] statut des victimes, […] leur nombre, [le] caractère discriminatoire de l'attaque, […] la nature des crimes commis pendant celle-ci, […] la résistance opposée aux assaillants à l'époque ainsi que […] la mesure dans laquelle les forces attaquantes semblent avoir respecté ou essayé de respecter les précautions édictées par le droit de la guerre. »[500]

Le Bureau du Procureur ajoute à raison, et certainement d'expérience :

> « Il peut s'avérer difficile d'établir que des civils et des biens de caractère civil ont été délibérément pris pour cible au sens de l'article 8. »[501]

L'arrêt Blaskic avait cependant permis d'établir qu'il fallait démontrer que l'attaque « avait été entreprise intentionnellement avec la connaissance (ou alors qu'il n'était pas possible d'ignorer) que des civils ou des objets civils étaient visés sans nécessité

498 *Ibid.*, paragraphe 105.

499 Situation en République de Corée, Rapport établi au titre de l'article 5, Bureau du Procureur, 5 juin 2014, 27 pages (non-référencé) page 20 paragraphe 61.

500 Chambre d'appel, Affaire Kunarac et consorts, arrêt du 12 juin 2002 (affaire IT-96-23), paragraphe 91, cité dans les arrêts Galic (IT-98-29-A, 30 novembre 2006, paragraphe 132) et Blaskic (IT-95-14-A, 29 juillet 2004, paragraphe 106).

501 Situation en République de Corée, Rapport établi au titre de l'article 5, Bureau du Procureur, 5 juin 2014, 27 pages, page 20 paragraphe 62.

militaire »[502]. C'est ce critère que reprend la Chambre dans l'affaire Katanga, en s'appuyant sur la définition de l'intention et de la connaissance apportées par le Statut de Rome dans ses articles 30-2 et 30-3, et en l'interprétant comme requérant que les événements criminels interviennent, s'ils ne sont intentionnels, dans le « cours normal des événements » avec une quasi-certitude, ou pour reprendre les mots de la Chambre, avec une « certitude virtuelle » qui fasse « qu'il lui [l'accusé] soit pratiquement impossible d'envisager que la conséquence ne surviendra pas ».[503] En l'occurrence, la Chambre considéra que les civils de Bogoro avaient été attaqués non pas seulement en connaissance de cause, mais intentionnellement[504], et qu'il était, suivant l'article 25-3-d du Statut, seulement nécessaire que Germain Katanga ait eu connaissance de cette intention (ou du moins qu'il ait su que ces événements auraient lieu dans le cours normal des événements) et ait contribué intentionnellement aux actions de ce groupe[505], pour être incriminable et condamné[506]. La Cour considérera cette intention prouvée et l'appliquera à cinq incriminations[507].

La volonté du FRPI – si tant est que le FRPI ait eu alors une « volonté » propre – d'effacer Bogoro du fait de sa composition ethnique n'a cependant été « attestée » que par les quelques témoignages concernant les distinctions ethniques opérées par certains

502 Arrêt Blaskic (IT-95-14-A, 29 juillet 2004), paragraphe 180.

503 Longuement analysés par la Chambre dans son Jugement, pages 310 et 311, paragraphes 774 à 779, voir notamment paragraphe 774 : « En ce qui concerne le *comportement*, la Chambre estime qu'il s'agira de déterminer si la personne mise en cause a volontairement agi ou omis d'agir, et ce sans égard au résultat attendu de l'action entreprise. » Il faut noter que le Statut n'établit pas de hiérarchie entre l'intention et la connaissance (article 30-2 et 30-3), bien qu'il soit prévisible que cette différence soit prise en compte par les Juges dans l'établissement de la peine.

504 Jugement, page 353, paragraphe 879.

505 Sans pour autant contribuer intentionnellement à la commission des actions intentionnellement criminelles du groupe, c'est-à-dire sans forcément avoir pour objectif que, par sa participation, les crimes soient commis, ce qui était le cas en l'occurrence. Cette extension du degré de responsabilité, sans que la moindre limite y soit apposée, pose question : toute personne travaillant pour l'État allemand pendant la Seconde Guerre mondiale aurait été potentiellement incriminable au regard de la combinaison de ces dispositions et de son interprétation – y compris secrétaires, cuisiniers, médecins, etc. Il en va de même concernant le FRPI. Théoriquement, toute personne ayant contribué d'une façon civile ou militaire à la vie du camp d'Aveba dans les jours précédent l'attaque de Bogoro aurait pu être incriminée par la CPI. En poussant cette logique jusqu'à sa pleine amplitude, on ne peut en conséquence que s'interroger sur l'effort effectué par la Chambre pour déterminer l'importance de Katanga dans le dispositif du FRPI tant l'interprétation retenue permettait une incriminabilité large, pour ne pas dire largement excessive. La nuance introduite pages 697, paragraphe 1673 (« Certes, toute aide fournie à la préparation d'une opération d'ordre militaire ne constitue pas, obligatoirement et de manière générale, une contribution aux crimes commis par les membres d'un groupe armé y participant. ») montre la conscience des limites de ce raisonnement et se combine avec la notion de « contribution significative » de construction prétorienne (et permettant de ne pas appliquer la notion « contribution essentielle » retenue lors de la confirmation des charges) sans pour autant se fonder sur aucun texte et ne semble intervenir qu'arbitrairement pour en légitimer l'usage, n'ayant aucune valeur opératoire, y compris pour l'Affaire qui nous concerne.

506 Jugement, page 680, paragraphe 1638.

507 Jugement, page 690, paragraphe 1657 et XII Dispositif (pages 709 et 710, non-paragraphé), seul les crimes de viol et esclavage sexuel constitutifs de crimes contre l'humanité, de viol et esclavage sexuel constitutifs de crime de guerre et d'utilisation d'enfants de moins de 15 ans en vue de les faire participer activement à des hostilités constitutif de crime de guerre n'étant pas retenus.

éléments du FRPI le jour de l'attaque, ainsi que par la récurrence des violences commises contre les civils dans des incidents précédents – alors même que la majorité de ceux-ci étaient de la responsabilité de l'UPC. Nulle preuve documentaire, nulle déclaration, nul témoignage ne permirent d'établir qu'une intention *préalable* n'avait jamais été énoncée par les responsables du groupe, ou par le groupe en tant que tel. Prétextant l'impossibilité dans laquelle elle se trouvait de définir le conflit comme international[508], la Chambre refusera de se prononcer sur le rôle entre le gouvernement congolais et la RDC, et niera un rôle quelconque de la part de Yuri Museveni et de l'Ouganda dans la création et l'organisation des milices Ngiti, tout en admettant que M. Katanga rencontrera trois fois le Président ougandais dans le même temps[509]. Utilement, la Chambre parvint ainsi à qualifier la guerre d'Ituri comme un conflit armé non-international au sein d'un conflit armé international. Novation juridique[510] raffinée lorsqu'appliquée à une situation où aucun des acteurs internationaux du conflit ne s'étaient retirés ni ne cessaient de participer aux hostilités qui intéressaient la Cour, d'inspiration schrödingerienne, cette double qualification prolonge de façon cohérente le raisonnement général de la Chambre consistant en un dédoublement juridique de la codification des faits à toutes les échelles, dans le seul but explicable de faire condamner Germain Katanga *malgré* les limites qu'aurait dû imposer le droit international pénal existant[511]. Ainsi,

508 Au motif que, n'ayant été en mesure de prouver le contrôle de l'UPC par l'Ouganda, elle ne serait pas en mesure de qualifier quoi qu'il arrive le conflit comme ayant un caractère international. Contre toute évidence, et renversant opportunément la réflexion (pourquoi analyser d'abord le contrôle de l'UPC par l'Ouganda, si ce n'est pour pouvoir constater l'impossibilité de se prononcer sur cette question, et ainsi éviter d'avoir à se prononcer sur celle des rapports entre FRPI et Joseph Kabila ?). Et cela, tout en ayant admis que l'Ouganda était une puissance occupante en RDC à cette époque (Jugement, page 488, paragraphe 1198).

509 Jugement, paragraphes 1213 à 1216.

510 Qu'il faut nuancer, les chambres de la Cour, en s'inspirant de l'affaire Tadic, ayant déjà « ouvert la voie » dans le cadre de l'affaire Lubanga en proposant la possibilité qu'il existe un conflit de nature internationale en parallèle à un conflit interne armé. Voir la Décision sur la confirmation des charges (Chambre préliminaire, ICC-01/04-01/06-803, 29 janvier 2007), pages 61 à 69, paragraphe 207 à 237, et plus particulièrement le paragraphe 209 : « De plus, un conflit armé interne qui éclate sur le territoire d'un État peut devenir international – ou, selon les circonstances, présenter parallèlement un caractère international – si… ». La novation réside dans l'application pour le moins contestable de ce critère, qui implique normalement l'existence d'un conflit interne séparé et sans rapport au conflit internation plus large (Jugement, TPIY, Chambre de première instance, Affaire Delalic, IT-96-21-T, 10 novembre 1998, page 79, paragraphe 209), à une espèce où cette situation est explicitement exclue par la Chambre elle même, qui reconnaît les imbrications entre les deux conflits.

511 Il nous semble par ailleurs que cette qualification va dans le sens inverse défini par le premier jugement de l'affaire Tadic, qui enveloppait au contraire des actes même lointainement rattachés au conflit de la qualification de ce dernier (voir page 198, paragraphe 573). Rappelons que la Chambre considéra que cette qualification n'avait aucune influence sur le verdict, mais aussi qu'elle lui permit opportunément de ne pas avoir à interroger la nature des relations entre le FRPI et la RDC, et de rattacher les actes commis lors de l'attaque de Bogoro au « conflit ethnique », permettant dès lors leur incrimination en tant que crimes. Au sujet de la qualification des conflits, qui ne touche, rappelons-le, qu'aux crimes de guerre, voir Schabas, W., *The International Criminal Court : A Commentary on the Rome Statute,* Oxford, Oxford University press, 2010, pages 201 à 206 ; pour l'analyse textuelle, Triffterer, O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden Baden, Beck/Hart, 2008 (pages 275 à 505 pour les crimes de guerre en général, plus particulièrement pages 300 à 323 et 475 à 502), Conderelli, D., « War crimes and internal conflicts in the Statute of the International

les actes commis par les forces auxquelles appartenait Germain Katanga pouvaient être rattachés à ce conflit non-international, dont la nature ethnique impliquait une motivation analogue. Notons à titre accessoire que cette qualification du conflit n'était pas celle retenue lors de la confirmation des charges. Il s'agit là donc d'une requalification, *a priori* inenvisageable à ce stade de la procédure, mais dont la Chambre estima que, ne violant pas selon elle les droits de l'accusé, elle pouvait être menée[512].

c. La structuration sociale de l'Ituri

Il est à noter que, contrairement à ce qu'affirme la Chambre sans citer de sources[513], début 2013[514], Hema et Lendu cohabitaient à Bogoro de façon pacifique et dans le cadre d'une répartition des tâches et des fonctions sociales certes fondée sur l'ethnicité, mais dans un schéma classique et similaire à celle qui prévalait avant la Seconde guerre du Congo depuis des siècles. Ce schéma est caractéristique de la structuration sociale de l'Ituri et n'a que marginalement évolué depuis la fin du XIX[e]

Criminal Court », in Politi, M. Nesi. G., Polti, M., *The Rome Statute of the International Criminal Court : A Challenge to Impunity,* Londres, Ashgate, 2001, pages 107 à 118 ainsi que Dormann, K. (dir.), *Elements of War crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court – sources and commentary*, Cambridge, ICRC/ Cambridge University Press, 2003, pages 23 à 28 ; et pour la mise en pratique, Cullen, A., « The Definition of Non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court : An Analysis of the Threshold of Application Contained in Article 8(2)(f) », *Journal of conflict and security Law,* Oxford, 2008, pages 419 à 445. Rappelons aussi que la qualification par les juridictions internationales des types de conflit a suscité de nombreux débats et polémiques avec d'autres organisations internationales et notamment la Croix rouge internationale, polémiques dont n'est pas exempte la CPI et la situation qui nous intéresse. Voir Ventura, M., « Two controversies in the *Lubanga* trial judgement of the ICC : the nature of co-perpetration's common plan and the classification of armed conflict », *in* Casey-Maslen, S., (dir) *The war Report : 2012,* Oxford, Oxford University Press, pages 473 à 491.

512 Jugement, page 500, paragraphe 1230. Il importe peu à la Chambre que, si cette qualification avait été retenue plus tôt, la défense aurait pu présenter des éléments permettant de *démontrer* l'internationalité du conflit, en l'espèce à travers l'intervention du Rwanda dans celui-ci, contre lequel s'étaient alliés l'Ouganda et la RDC. Cela aurait été fait aisément tant cette implication était largement connue, au point où elle fut même mentionnée à plusieurs reprises dans le procès malgré l'absence postulée d'enjeu procédural relative à cette question. Ces éléments d'information trop généraux, pour reprendre la terminologie de la Chambre, ne permirent pas à celle-ci de conclure « au-delà de tout doute raisonnable, que l'État rwandais jouait un rôle dans la coordination, la planification ou l'organisation de certaines actions militaires que conduisait l'UPC à l'époque des faits. Dès lors, la Chambre ne se trouve pas en mesure de conclure que le Rwanda exerçait, à compter de la fin de l'année 2002, un contrôle global sur l'UPC » (Jugement, pages 494 et 395, paragraphe 1215). Comme en ce qui concerne de nombreux autres points, le raisonnement utilisé est aussi implacable d'apparence que dérangeant sur le fond.

513 Décision relative à la peine, page 21 paragraphe 44 : « Les crimes commis dans cette localité [Bogoro] le 24 février 2003 sont d'une indiscutable ampleur non seulement en raison des conditions des conditions mêmes dans lesquelles s'est déroulée cette attaque mais aussi en raison de sa dimension clairement discriminatoire envers la population principalement hema qui y habitait. Elle [la Chambre] constate que des stigmates en sont encore visibles aujourd'hui. »

514 Et si l'on se réfère à un témoin de l'accusation, Kisembo Byaruhanga Salomon, chef de groupement à Bogoro, cité à comparaître lors des audiences relatives à la fixation de la peine, il en allait de même début mai 2014 : « la population ngiti et hema qui sont dans le village de Bogoro vivent en harmonie ; pas de problème ». ICC-01/04-01/07-T-344-Red-FRA, page 24, lignes 17 et 18.

siècle, lorsque l'administration coloniale belge fit une percée de plus de 600 kilomètres à travers la forêt du territoire et le reconnecta pour la première fois au reste de la région, et notamment à ses sources nilotiques. Aujourd'hui encore, les dix-huit ethnies répertoriées en Ituri[515] se répartissent leurs rôles socio-économiques selon les origines territoriales de chaque groupe et leurs compétences progressivement acquises au fil des siècles. Les différentes administrations mises en place depuis la création de l'État indépendant du Congo ne se sont jamais substituées aux fonctionnements communautaires traditionnels, et ont préservé un équilibre qui tient à l'absence de domination démographique, économique ou culturelle d'une ethnie sur l'autre[516]. Ainsi, les Lendu, arrivés autour des XVI^e^ et XVII^e^ siècles de ce qui forme aujourd'hui le Soudan et dont les Ngiti (ou Walendu Bindi) constituent un sous-groupement installés dans le Sud de l'Ituri, ne sont majoritaires que dans le territoire d'Irumu, où se déroulent les faits qui nous intéressent, tandis que les Hema, arrivés par vagues successives un siècle plus tard et installés autour du lac Albert, se sont répartis sur des structures sociales beaucoup plus petites et dès lors éparpillées. Ces derniers, bien que partout minoritaires, constituent avec les Bira un groupe de taille similaire à celle des Lendu, à tous les trois un peu moins de la moitié d'une population aux origines extrêmement diversifiées, dans un ensemble à bien des égards incomparable avec l'histoire rwandaise et sa progressive antagonisation ethnique autour d'un groupe majoritaire politiquement sous-représenté et un groupe minoritaire détenant la plupart des structures de pouvoir.
Cette répartition implique à la fois une cohabitation permanente, mais aussi une séparation certaine qui correspond à un schéma de division des tâches relativement élaboré et permanent dans le temps. Si les Pygmées survivent encore dans les forêts de l'Ituri comme l'un des derniers représentants au monde de populations de chasseurs-cueilleurs, ils ne le font ainsi que grâce à leurs échanges avec les populations agro-pastorales voisines, sans lesquelles leur système économique ne serait plus viable.

Décrivant la situation dans cette zone de l'Ituri en avril 2014, un commissaire de district interrogé par un journaliste à propos d'un conflit local affirme :

> « Les Hema-Sud et les Walendu-Bindi veulent vraiment cohabiter en toute convivialité et en toute fraternité parce que les Bahema du Sud veulent exploiter

515 Nous avons repris là le chiffre minimal apparu dans nos recherches, certains documents évoquant jusqu'à 27 « ethnies » (Maindo Monga, N.A., « La républiquette de l'Ituri » en République démocratique du Congo : un far west ougandais », *Politique Africaine*, 2003, numéro 89, page 181).

516 Elles en ont même épousé les formes, les chefferies par exemple – entité administrativement reconnue – offrant une large autonomie au groupe sociolinguistique étant reconnu à cette échelle et étant dirigée par un « chef coutumier » qui dispose de pouvoirs importants. L'adaptation des « frontières » de ces différentes entités est d'ailleurs source de conflits permanents, la plupart du temps réglés entre les différentes entités sociolinguistiques ou grâce à l'intermédiation du représentant de l'État, parfois par la violence. C'est dans ce fonctionnement malléable que nous pouvons comprendre l'importance destructrice de la Seconde guerre du Congo et du conflit d'Ituri, qui est venu superposer à des conflits permanents sans conséquences une militarisation à outrance et une explosion des violences sur des fondements le plus souvent artificiels et en prétextant des conflits autrefois réglés à l'amiable. Elles n'entraînèrent heureusement pas de réification excessive des identités qui, dans un contexte régional particulièrement inflammable, auraient pu avoir des conséquences incalculables.

> les pâturages de Nombe, de Lapa et de l'Agabo et les Walendu-Bindi cherchent à avoir des débouchés sur les Lacs. Vous savez que toute la plaine du lac Albert rentre dans le secteur des Bahema Sud, c'est ça la grande question. Alors nous avons pris trois petites résolutions : la première, c'est que nous allons mettre la main sur la carte AIMO de 1936 qui détermine les limites des entités territoriales ; et de deux, il y aura une descente sur le terrain jusqu'à Koga (…) parce qu'on dit que Kanjoka est la prolongation de Nombe, et que les Walendu Bindi peuvent se mettre à Kanjoka, à côté du lac. Les autres protestent et disent que Nombe est à la limite de la Montagne et qu'ils ne peuvent pas venir jusqu'à Kanjoka. C'est ce que nous allons devoir observer. L'idée est qu'il y ait un petit échange, que les Walendu-Bindi puissent céder quelques portions aux Bahema pour les pâturages, et que les Bahema sud puissent céder une petite portion sur le lac aux Walendu-Bindi, comme les Walendu-Tatshi et les Bahema-Banyaga l'ont fait. »[517]

Tant l'appréciation par le représentant du pouvoir central de la situation – appréciation qui s'appuie sur une répartition des territoires datant de l'époque coloniale, lors de laquelle furent créées des chefferies territoriales attribuées à des regroupements de tribus selon leur origine géographique et linguistique – que les revendications des différents clans montrent que le partage de l'espace et des rôles politico-économiques dans l'Ituri s'appuie sur les ethnies de façon naturelle sans que cela ne créé de conflictualité irrésoluble ou soit systématiquement source de violences, bien au contraire. Certes, la répartition des terres, qui ne repose pas sur un modèle d'attribution basé sur la propriété individuelle mais, en tout cas à un premier niveau, sur une gestion collective, fait l'objet de réclamations et de réattributions incessantes. Elle ne s'inscrit pas moins dans un contexte d'échange permanent, où la légitimité même de la présence et de l'existence des différentes ethnies n'est jamais remise en cause. L'étatisation a certes réifié les identités, et l'existence de *chefs coutumiers* dénommés en tant que tels, comme la division entre les différentes ethnies, doit beaucoup à la « pax belgica » qui fut mise en place sur l'ensemble du territoire congolais et qui divisa l'ensemble du pays en 141 territoires rassemblant 100 000 habitants. L'Ituri fut ainsi divisé en 1923, alors que dans le même temps étaient mis en place des systèmes d'enregistrement individualisé de la propriété foncière. L'incapacité des autorités post-coloniales à réaménager le territoire et à corriger les échecs du processus d'étatisation mené par les Belges, notamment dans le cadre de la loi de 1973 tentant une nouvelle politique foncière, trouve en quelque sorte dans la CPI, qui en est pourtant le continuateur comme nous le verrons dans la deuxième partie, son principal procureur. Mais rappelons que ces échecs ne provoquèrent des tensions et des affrontements qu'au Nord de l'Ituri, et ne

517 Transcription d'un entretien d'Avo Eka Rustique, commissaire de district adjoint à l'Ituri, à Radio Canal Révélation (Bunia), repris par l'agence de presse « Echos des Grands Lacs » le 27 avril 2004. Disponible en format audio sur le site suivant : http://www.echos-grandslacs.info/productions/rdc-rebondissement-du-conflit-hema-et-lendu-en-ituri (consulté le 28 juin 2014). Le commissaire de district est le principal représentant de l'État dans les provinces, ayant sous sa direction les administrateurs, en charge des territoires, et les agents de l'Agence nationale de renseignement, répartis dans les villes et faisant office de maires sans administration ni pouvoir réel.

prirent de l'ampleur avant de contaminer le Sud qui nous intéresse que par la grâce des luttes interétatiques.

Il faut par ailleurs rajouter que l'appartenance ethnique n'est en rien une donnée figée qui ferait l'objet, comme dans certaines zones d'Afrique centrale et d'Afrique de l'Ouest, d'instrumentalisations politiques liées aux états-civils et plus largement au sentiment d'appartenance nationale. L'Ituri a conservé malgré la colonisation et les tentatives d'étatisation successives – qui impliquent nécessairement une fixation des identités, notamment au travers de l'état-civil – une fluidité réelle qui est parfaitement exemplifiée par le parcours de Germain Katanga et son adoption successive par deux ethnies du fait de sa filiation, de son intégration culturelle et sociale puis à nouveau, dans son ethnie d'origine, de par son maniement des armes et ses capacités de leadership. Cela, alors que le Rwanda et des régions limitrophes comme le Nord-Kivu se sont progressivement enfoncés dans une ethnicisation excluante[518].

d. De l'essentialisme postulé à l'essentialisme du postulant

Pour résumer, il nous semble, s'il est donc évident que la « question ethnique » avait fini par avoir une prégnance dans la région, que celle-ci, nous allons le voir, n'avait aucune dimension « essentialisante » du moins dans la zone de l'Ituri qui nous intéresse, c'est-à-dire le district d'Irumu. C'est là un point essentiel en ce qu'il touche au propos de la justice pénale internationale et plus encore de la « lutte contre l'impunité », voire au combat plus général contre les violences de masse qui a pu être résumé dans la formule « plus jamais ça ». Car si intervention d'une distinction « ethnique » a eu lieu dans le conflit en Ituri, et plus particulièrement dans les faits de l'espèce, celle-ci ne s'est au final fondée sur aucune essentialisation de l'autre. Lointaine de la barbarie ou sauvagerie à laquelle l'imaginaire même du terme « ethnique » renvoie, cette qualification n'est guère différente de celle qui aurait pu s'appliquer à l'atavisme qui a pu exister en Europe entre nations européennes à l'époque moderne[519]. Contrairement à l'intuition faisant du terme même d'*ethnie* une composante nécessairement essentialiste et naturaliste, ce que nous regroupons sous ces termes par effet de continuité ne correspond en Ituri qu'à une répartition socio-économique, s'appuyant sur un certain nombre de facteurs discriminants plus ou moins artificiels ou ayant un caractère

518 Il en est allé de même, dans une toute autre zone géographique qui n'en a pas moins été sujette à des processus politiques semblables et qui ont fait l'objet d'enquêtes du Procureur de la Cour pénale internationale, en Côte d'Ivoire avec la notion d'*ivoirité* qui sera instrumentalisée et justifiera un accroissement régulier des tensions et violences qui trouveront leur acmé dans les affrontements post-électoraux de 2002 et 2010.

519 C'est ce qui explique que Thierry Vircoulon parle de « géo-ethnies » plutôt que d'ethnies en ce qui concerne l'Irumu, où se déroulèrent les événements qui nous concernent. Voir « L'Ituri ou la guerre au pluriel », *Afrique contemporaine* », 2005, volume 3, numéro 215, pages 129 et 131.

secondaire[520] comme les langues véhiculaires ou le dialecte d'usage[521], la répartition des rôles socio-économiques et surtout l'organisation administrative coloniale qui ancra dans les textes une réalité largement fluctuante et lui donna pour la première fois des conséquences *a priori* intangibles, notamment en termes fonciers, mais loin d'être réifiée dans des dimensions comparables au voisin rwandais. Cette relativisation de la caractéristique « essentialiste » du conflit ethnique est bien entendu fondamentale pour déconstruire le raisonnement du Procureur et du Jugement de la Chambre et a notamment été mise en exergue par la juge Christine Van den Wyngaert dans son opinion dissidente au Jugement, dans laquelle elle rejette sans la moindre sorte d'ambivalence une lecture jugée « simpliste », et que nous qualifierons *a minima* d'ethnocentriste dans ses implications notamment implicites[522].

> « Je crois que l'opinion majoritaire de la Chambre attache trop d'importance aux aspects ethniques de cette affaire. Il ne s'agit pas là de nier que l'animosité ethnique était un motif de commission des crimes important pour ceux qui le firent contre les civils à Bogoro. Cependant, je crois fermement qu'il est factuellement erroné de réduire cette affaire, et spécialement les motivations des différents combattants Ngiti et de leurs commandants les ayant amené à participer à cette opération contre l'UPC, à une haine et/ou des peurs ethniques. Une telle sur-simplification convient peut être agréablement à une conception particulière de l'attitude qu'auraient certains groupes dans certains endroits du monde, mais je crains qu'elle donne une représentation très grossièrement erronée de la réalité, qui est bien plus complexe. Cette vision absout de plus implicitement d'autres personnes de leur responsabilité. »[523]

Balayant les explications politiques géopolitiques, sociales, économiques et foncières d'un conflit pourtant largement décrypté à cette aune, pour y substituer « à titre principal » une lecture ethnique, c'est-à-dire raciale, une lecture dénuée, selon la juge Christina Van den Wyngaert, du moindre fondement de preuve[524], d'un conflit qui comporte dans ces caractéristiques bien plus de similitudes avec les violences préalables à la formation de l'État-nation et à la conflagration liée à la rencontre d'un

520 Rendus « officiels » et déterminants par l'attribution de territoires et d'autorités plus ou moins intangibles par l'autorité coloniale, et maintenu malgré une flexibilité accrue par les pouvoirs postcoloniaux.

521 Qui, rappelons-le, intervient comme critère différenciant secondaire, comme l'a montré le cas même de Germain Katanga, le swahili et le lingala faisant office de langues officielles et de « ponts » entre les différentes communautés, qui toutes ne disposent pas de leur propre langue (ainsi les Hemas parlent-ils un dialecte issu du Kinyarwanda).

522 La question aurait pu être plus délicate à évaluer dans le cas où l'intervention de la Cour avait eu pour objectif d'empêcher que la lecture raciale ou ethnique, fabriquée artificiellement, ne devienne prédominante et ne finisse par créer une situation pré-génocidaire ou du moins propre à la commission de violences de masse. En agissant après la fin des violences et dans un contexte où il ne peut qu'être constaté que ces discours n'avaient plus qu'une prégnance marginale – au pire – l'action de la Cour ne peut être à notre sens interprétée en ce sens.

523 Traduction de l'opinion dissidente au Jugement de Christine Van den Wyngaert (ICC-01/04-01/07-3436-Anx-1), page 169, paragraphe 318.

524 Traduction de l'opinion dissidente, (ICC-01/04-01/07-3436-Anx-1), page 165 note 444.

monde construit sur des équilibres précaires et locaux avec les processus d'étatisation et de mondialisation, la Chambre semble là avoir fait preuve d'une présomption proche – bien qu'intégrée dans un raisonnement d'apparence raffiné – des interprétations habituelles sur les « haines ataviques » qui hanteraient les peuples d'Afrique, incapables d'accéder à la rationalité moderne issue des Lumières. Elle est en toute circonstance soit infondée, soit le résultat d'une utilisation de la notion d'ethnie qui l'a progressivement vidée de son sens afin de l'appliquer à des circonstances toujours plus éloignées de sa définition initiale. Comme le rappelle Mark Duffield à propos des milices d'auto-défense ituriennes progressivement autonomisées pour certaines :

> « De tels projets politiques ne sont, cependant, ni déviants ni irrationnels. Dans leur réponse à la globalisation et aux opportunités qu'elle a créées, ils se sont intégrés eux-mêmes dans le système mondial libéral en amplifiant et en étendant les relations quotidiennes et les structures du développement. »[525]

Loin d'une quelconque primitivité ou de conditionnants ancestraux[526], et sans que cela ne retire rien aux responsabilités ni à la gravité des actes commis, les « seigneurs de guerre » avaient au contraire très bien compris les transformations des systèmes dont ils faisaient partie.

4. Du rapport de la justice au territoire

La question se pose de savoir comment la Cour pénale internationale pouvait juger d'une situation qui lui est si lointaine et étrangère – malgré la familiarité théorique des violences commises (du moins après leur rationalisation et intégration, parfois quelques peu forcée, dans les concepts du droit international pénal) et la communauté du genre humain qu'elle postule – et sur quels instruments elle s'est appuyée à cette fin. Il est évident que la disruption de la « mondialisation », et des processus longs d'étatisation de sociétés longtemps autonomes, a créé une brèche dans laquelle la CPI pourrait trouver sa légitimité à agir – venant en quelques sortes combler les failles des processus dont elle est elle-même le fruit pour mieux les accélérer. C'est d'ailleurs ce que semblent indiquer les premiers mémorandums du Procureur de la CPI, qui insistait au début de son mandat sur la dimension économique des crimes et laissait entendre dans plusieurs interventions publiques qu'il souhaitait s'attaquer aux intermédiaires, marchands d'armes et multinationales qui ont nourri et se sont nourris du conflit de l'Ituri. À la lecture des conclusions des parties et de la Chambre, il faut cependant acter de la disparition complète de ces dimensions, tant dans l'accusation que dans le Jugement, ce dernier se concentrant exclusivement sur la dimension locale du conflit, avec une légitimité à agir qui nous semble dès lors beaucoup plus contestable. Ne cherchant pas tant l'établissement de la justice ou la résolution du conflit à

525 Duffield, M., *Global governance and the New Wars. The Merging of development and security*, Londres, Zed Books, 2001, page 163.

526 Comme le Procureur, suivi en cela par la Chambre, tenta de le démontrer. Voir Document modifié de notification des charges en application de l'article 61-3-a du Statut (ICC-01/04-01/07-584-Anx2A, 12 juin 2008), page 8, paragraphe 17.

l'échelle locale que la mise en marche d'instruments assurant la préservation de l'ordre actuel, la Cour pénale internationale a décidé d'agir en conséquence. C'est-à-dire dans une perspective *in fine* sécuritaire[527], à l'échelle qui est la sienne, celle de la mondialisation. Loin de chercher à agir dans le sens de ce que le médiéviste Alain Boureau[528] considérait comme l'objectif du droit, c'est-à-dire à permettre une « sortie du local, du face à face », dans un processus qui exige un ancrage et une interaction minimale avec le territoire où l'on agit – la CPI n'a établi aucune intermédiation entre les acteurs du conflit qu'elle a traité, se contentant de les extraire pour les amener dans « l'autre monde », celui-là même qui les avait menés à la destruction mutuelle, réduisant ainsi d'autant la dimension exemplifiante de ses procédures, malgré les efforts de compensation menés[529]. Face à des sociétés à culture orale et dont le système de numérotation même est différent de ceux du « monde moderne », la simplification des lectures, doublée d'une mise en compatibilité artificielle avec les codes existants d'un droit occidentalo-centré, et l'incapacité conséquente à *imprimer* le réel ne pouvaient qu'en découler.

527 Enoncée dès le préambule du Statut, paragraphe 3, les crimes devant être sanctionnés étant ceux « menaçant la paix, la sécurité et le bien-être du monde ». Celle-ci est clairement reprise dans la Décision relative à la peine, pages 18 et 19, paragraphe 38, qui cite notamment la règle 145-1 du Règlement de procédure et de preuve, pour appuyer de façon ambiguë la nécessité de ce que la peine soit proportionnée afin qu'elle « contribue à la restauration de la paix et à la réconciliation des populations concernées », objectif ni énoncé par le Règlement à cet article ni par l'article du Statut auquel il renvoie (article 77).

528 Boureau, A., La loi du royaume, Les moines, le droit et la construction de la nation anglaise, (XIe-XIIIe siècles), Paris, Les Belles Lettres, 2001, page 194.

529 Ainsi la stratégie du Procureur a-t-elle toujours eu pour objectif de mettre en « face à face » les principaux responsables des conflits, cherchant systématiquement des équilibres frisant l'absurde entre le nombre d'accusés par camp. De par la nature même de l'institution, qui ne cherche pas à juger « l'ensemble » des actes criminels mais des faits particuliers, susceptibles *a priori* de pouvoir symboliser plus généralement les souffrances et les violences d'un conflit, la Cour n'est pas en mesure d'offrir un traitement global qui permettrait de faire du droit une voie de sortie des impasses de la violence et du ressentiment. Tant que la complémentarité positive ne demeurera qu'un concept théorique dénué de la moindre mise en application, la situation n'évoluera pas.

Chapitre 3

La procédure de l'affaire Katanga aux confins du droit international pénal

Il s'agit maintenant de tenter de comprendre, en s'appuyant sur la masse de documents écrits qu'ont produit les différentes parties à cette confrontation judiciaire, comment les Chambres ont appréhendé les différents faits que nous avons présenté, et qui ont été pour certains établis pendant les procédures, pour d'autres rejetés et pour d'autres encore réinterprétés afin de les transformer en « matière juridique », c'est-à-dire en droit. Comme l'indique de manière quelque peu provocante Bruno Latour dans *La Fabrique du droit*, « il ne sert à rien d'être profond en étudiant le droit. Le rapport entre les apparences et la réalité, si important dans les sciences, dans la politique, dans la religion, dans l'art même, n'aurait ici aucun sens : les apparences sont tout, le fond n'est rien.[530] » Il nous appartient donc, après être revenu sur les faits et les étapes procédurales préjuridictionnelles, d'étudier comment la Cour s'est saisie de ces éléments qui lui étaient *nolens volens* si étrangers, ce qui nous permettra de comprendre notamment pourquoi une certaine interprétation des ces faits a été adoptée malgré d'évidentes contradictions ou *distanciations du « réel »*, pour aboutir à la condamnation de Germain Katanga et à la transformation de l'attaque de Bogoro en une « matière juridique ». Nous présenterons pour cela d'abord les principaux *cadres* de l'affaire, à savoir sa temporalité et le rôle de ses différents acteurs (A), avant de rappeler les différentes étapes de la procédure et les problématiques spécifiques à chacune d'entre elle (B).

530 *La fabrique du droit,* Paris, La Découverte, 2002, page 284.

A. Les données de l'Affaire : ampleur, difficultés et insuffisances d'un droit en construction

Comme l'indique la Chambre de première instance dans son jugement, celle-ci a siégé pendant 265 jours lors desquels elle a entendu 54 témoins[531], soit une moyenne de dix jours par mois pendant la durée du procès. 643 « pièces » ont été « versées au dossier »[532]. 409 ordonnances et décisions ont été prises par la Chambre, et 168 décisions orales rendues.[533] 366 victimes ont été représentées, dont deux qui ont comparu[534]. Cette curieuse récapitulation comptable, dont nous ne reprenons ici que les principaux éléments, est devenue une habitude dans les jugements des tribunaux pénaux internationaux[535]. Elle est énoncée dès l'ouverture du Jugement, prétendant par la force des chiffres et une présentation formelle sans fioritures apparentes[536] montrer l'implacabilité du processus judiciaire, empruntant à une apparence d'objectivité scientiste pour renforcer un propos qu'elle n'a pas encore énoncé. Nous postulons qu'en ce qui concerne cette affaire, la comptabilité à laquelle s'est adonnée la Chambre – qui fait involontairement écho à son *incapacité* à agir en comptable du seul « chiffre » qui en était attendu, celui qui aurait permis de singulariser la masse informe des disparus, rendant ainsi leur identité aux victimes, et donc leur individualité – vise à se substituer à l'*image manquante*[537] qu'elle a été incapable de combler, et pour laquelle il lui avait été attribué son pouvoir de juger, c'est-à-dire la *révélation* de la vérité sur l'attaque de Bogoro[538], la reconstruction par le langage de la mort afin d'empêcher que la vie se résume à la pulsion de l'instant, afin de *démontrer* qu'elle ne peut, ne doit se réduire à l'effectuation des possibles sans regard pour leurs conséquences.

Loin de nous attarder sur les différentes comptabilités – au demeurant d'ores et déjà fort bien établies, comme nous l'avons vu – des procédures qui ont touché Germain Katanga, il s'agit ici pour nous de donner une vision d'ensemble sur les principaux traits saillants de celles-ci avant d'en détailler les plus importantes étapes.

531 Jugement, page 21, paragraphe 21.

532 Jugement, page 22, paragraphe 22.

533 Jugement, page 23, paragraphe 26.

534 Jugement, page 27, paragraphe 36.

535 Voir par exemple le Jugement de l'Affaire Lubanga (ICC/04-01/06-2842, 14 mars 2012), pages 11 à 22, paragraphes 10 à 21.

536 Car il est bien entendu que, ces chiffres ne *disant* à proprement parler rien, ils sont eux-mêmes des effets de style adaptés à une époque marquée par un important esprit comptable.

537 Nous empruntons la formule à Pascal Quignard et à la conférence qu'il a prononcée et qui a été éditée sous le titre *Sur l'image qui manque à nos jours*, Paris, Arléa, 2014.

538 Sur cette question, voir notre introduction au chapitre « L'affaire Katanga ».

1. La temporalité de l'affaire

Avant cela, il nous semble cependant important de commencer par les délais de l'Affaire dans sa totalité, qui permettent de donner une idée de la *monstruosité* qu'a pris un cas *a priori* simple et dont les procédures ont progressivement laissé apparaître la dimension pour le moins secondaire.

L'excroissance de l'affaire Katanga nous paraît d'autant plus centrale qu'elle met en relief les limites de l'institution *dans son ensemble* et sa capacité à remplir son rôle. Il est selon nous évident que la longueur des procédures a participé de l'invisibilisation de l'affaire et dès lors de sa neutralisation dans l'espace public, tant dans ses effets dans la lutte contre l'impunité que dans l'attention qu'aurait pu susciter l'accusé. Il nous apparaît par ailleurs essentiel de comprendre comment une affaire qui n'a pas connu le moindre incident de procédure et s'est distinguée par le degré de coopération important de la défense, qui s'est refusée à adopter une stratégie de rupture ou même d'interventionnisme excessif, a pu connaître une telle dérive temporelle. La question qui se pose en relief est en effet de déterminer la capacité d'une telle institution à traiter une quelconque affaire, dès lors qu'elle exige une telle mobilisation pour des affaires mineures, alors même qu'elle est appelée *par essence* à juger des cas d'une ampleur incomparable à celle du cas qui nous occupe. Rappelons finalement que c'était notamment pour s'assurer de la rapidité de son traitement que l'affaire Katanga avait été jointe à l'affaire Ngudjolo[539], ce qui ne manque pas d'interroger tant sur la pertinence de la procédure de jonction des affaires dans cet objectif[540] que, à défaut, sur les déficiences éventuelles qui ont neutralisé l'effet de ce choix.

a. Une temporalité hors-norme pour une affaire ordinaire

Les procédures ont ainsi duré six ans, sept mois et cinq jours[541], auxquels il faut ajouter 1014 jours (soit deux ans, neuf mois et dix jours) d'arrestation sans charges en RDC pour des faits *a minima* similaires[542] et dont la prise en compte dans le décompte de la peine déjà effectuée avait été demandée par la défense, et défendue dans son opinion dissidente par la juge Christine Van den Wyngaert.

539 Voir Arrêt relatif à l'appel interjeté contre la décision de jonction des affaires concernant Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui rendue le 10 mars 2008 par la Chambre préliminaire, Chambre d'Appel (ICC-01/04-01/07-573-tFRA, 9 juin 2008), paragraphe 8.

540 Interrogations qui avait déjà touché les tribunaux *ad hoc*, notamment dans le cadre du procès de la radio des Mille Collines au TPIR.

541 Six ans, dix mois et vingt jours, si l'on part de la date d'émission du mandat d'arrêt.

542 La « première arrestation » étant intervenue, nous l'avons, vu le 8 janvier 2005, portant le délai total avant que « justice n'ait été faite » à neuf ans, quatre mois et quinze jours. Le Procureur aurait pu dans ces délais faire par exemple le choix de mener des actes d'enquête, et notamment des interrogatoires préliminaires de l'accusé, afin de s'assurer de la réalité des charges qu'il s'apprêtait à émettre, puisque tout indique que l'arrestation de M. Katanga était corrélée à la volonté d'extrader un certain nombre de personnes à La Haye. C'est ce qui explique que la Défense de Germain Katanga ait tenté de comptabiliser cette période dans le décompte de la peine.

Le procès en première instance lui-même a duré quatre ans, cinq mois et vingt-neuf jours[543]. Ces délais ne prennent pas en compte les appels de la condamnation et de la sentence, qui ajoutent seulement un mois et deux jours du fait des désistements des parties de leurs appels respectifs.

L'Affaire a été close en première instance douze ans et trois mois, jour pour jour, après la commission des faits. De ces douze ans, sept *a minima*, neuf à onze si l'on tient en compte des différentes étapes pré-juridictionnelles menées sans contrôle judiciaire par le Bureau du Procureur, sont directement imputables aux rythmes de la Cour. Seuls quatre mois pourraient éventuellement être imputables aux autorités congolaises – soit le délai entre l'émission du mandat d'arrêt et son exécution. Aucune lenteur excessive n'a été reprochée aux équipes de défense de Germain Katanga et de Mathieu Ngudjolo, qui n'ont soulevé qu'une exception procédurale majeure[544], et dès lors aucun retard significatif ne leur a été imputé[545].

Bruno Cotte nous a détaille au cours d'un entretien les raisons qui avaient pu amener à une telle lenteur, qu'il considère normale pour une Cour en construction :

> « les preuves sont difficiles à réunir, il faut arriver à trouver des témoins qui soient d'accord pour venir déposer, qu'ils puissent déposer dans de bonnes conditions, intégrer la lenteur de l'audience, intégrer des considérations telles qu'un témoin qui arrive en janvier à La Haye avec les 35° de différence et tombe malade…, l'appréhension des témoins qui est réelle… »

Quelles que soient les difficultés réelles causées par ces éléments, aucun d'entre eux n'apparaît exceptionnel et tous seront appelés à se reproduire au long de chaque affaire de la Cour, sans que d'importantes marges d'amélioration soient à prévoir[546].

Si donc la Cour a eu de bout en bout la maîtrise de l'affaire, il semble d'autant plus nécessaire d'interroger les raisons d'espèce et structurelles qui ont suscité de tels délais ; la réalité de leur exceptionnalité ; ainsi que le rôle, important, que qu'ils ont eu

543 Du 24 novembre 2009 au 23 mai 2014, soit 1641 jours.

544 Deux en vérité, mais quasiment concomittantes, comme nous le verrons plus en avant. La principale fut l'Exception d'irrecevabilité de l'affaire soulevée par la Défense de Germain Katanga en vertu de l'article 19-2-a du Statut (ICC-01/04-01/07-891-Conf-Exp-tFRA, 10 février 2009).

545 Le Bureau du Procureur a reproché à Germain Katanga d'avoir demandé pendant une importante partie des procédures à bénéficier d'une traduction simultanée en Lingala alors que, selon le Procureur, l'accusé comprenait parfaitement le français, la preuve étant apportée par son choix ultérieur de passer au français. Nous avons traité cette question, *supra*, et en toutes circonstances la Chambre a écarté ce reproche dans sa Décision sur la peine en refusant de le prendre en compte (ICC-01/04-01/07-3484, paragraphes 122 à 128).

546 Bruno Cotte mentionne une progression qui lui semble déjà visible : « maintenant, tout est améliorable. Quand l'on prend à l'heure actuelle les différentes affaires soumises au jugement, on se rend compte qu'une fois les charges sont confirmées, la phase de mise en l'état ne cesse de se réduire. 2 ans pour Lubanga, 10 à 11 mois dans l'affaire Katanga. Il y a un savoir faire qui est entrain de s'acquérir. »

sur le déroulé des procédures. Fruit des défaillances de l'institution elle-même – nous verrons que le Bureau du Procureur et la Chambre ont tous deux une responsabilité à ce sujet –, ils n'en ont pas moins été largement ignorés dans leurs conséquences, dans ce qui pourrait apparaître, sinon comme une tentative impossible de normalisation de telles durées, du moins comme la volonté d'éviter toute interférence entre cette question et les objectifs que s'était fixée l'institution

b. Les délais dans le silence de la jurisprudence

Notons tout d'abord qu'à propos de ces délais inédits dans l'histoire de la justice pénale internationale pour une affaire de cette dimension – nous reviendrons sur ce point – la majorité de la Chambre a rédigé dix-huit lignes (sur 28772), c'est-à-dire trois paragraphes (sur 1696) courant sur une demi-page (sur 711), dans son Jugement[547]. Elle refuse de se prononcer sur les délais d'ensemble de la procédure, renvoyant à une décision prise quinze mois auparavant exposant sa « conception » du droit à être jugé sans retard excessif[548] qui n'étudiait pourtant la question que dans le cadre de la requalification des charges. Ne souhaitant pas dans le Jugement se prononcer sur la dernière phase du procès, celle de la requalification des charges que nous détaillerons plus en avant, la majorité affirme

> « avoir veillé à ce que [cette phase procédurale] se déroule de façon équitable mais aussi, *a fortiori* dès lors qu'elle s'engageait à un stade avancé, dans un délai raisonnable. Les développements de la présente section, comme l'enchaînement, parfaitement régulier, des écritures qu'elle a sollicitées et qui ont été produites, comme des décisions qu'elle a rendues depuis le 21 novembre 2012,

547 Jugement, pages 661 et 662, paragraphes 1589 à 1591.

548 Décision relative à la mise en œuvre de la norme 55 du Règlement de la Cour prononçant la disjonction des charges portées contre l'accusé (ICC-01/04 -01/07-3319, 21 novembre 2012), pages 23 à 25, paragraphes 43 à 46. Cette décision renvoyait ironiquement à plus tard un examen des délais qui au final ne sera jamais intervenu : « Pour autant, on ne saurait affirmer que faire application de cette norme méconnaîtrait d'ores et déjà le droit des deux accusés d'être jugés sans retard excessif (…) la prolongation de la procédure (…) est (…) strictement encadrée par la Chambre qui veillera à ce que la mise en œuvre de cette norme ne créé pas à l'avenir un retard injustifié et excessif (…) et si, sans qu'elle ait pu l'anticiper, la procédure devait se poursuivre pour une durée qu'elle estime excessive, il appartiendra à la Chambre actuellement saisie de réévaluer éventuellement l'appréciation qu'elle porte sur les droits qui doivent être garantis à l'accusé » (paragraphe 44). Dans son arrêt relatif à l'appel de cette décision, la Chambre d'Appel a déterminé qu'elle ne pouvait se prononcer *a priori* sur des délais dont elle ne pouvait connaître l'ampleur (bien qu'elle aurait pu demander à la Chambre de première instance de lui transmettre un calendrier prévisionnel) et dès lors censurer sur ce point la requalification des charges (Arrêt relatif à l'appel interjeté par Germain Katanga contre la décision rendue par la Chambre de première instance II le 21 novembre 2012 intitulée « Décision relative à la mise en œuvre de la norme 55 du Règlement de la Cour et prononçant la disjonction des charges portées contre les accusés, ICC-01/04-01-07-3363-tFRA, 25 juin 2013, page 41, paragraphe 99). Ainsi, sans toutefois fixer à l'avance de « délai raisonnable » quantifié, les deux chambres ont renvoyé *de facto* à après le jugement l'étude éventuelle de cette question, la Chambre d'appel ne demandant à la Chambre de première instance que d'être « particulièrement vigilante » au respect du droit de Germain Katanga d'être jugé sans retard excessif, tout en jugeant « prématurées » (sic) les demandes de la défense.

> démontrent, s'il en était besoin, que la Chambre a été guidée en permanence par ce souci de célérité. »[549]

Il convient de noter que cette « dernière phase » aura duré à elle seule un an, trois mois et 16 jours, et aura été enclenchée plus de six mois après la mise en délibéré de l'affaire[550]. Dans un raisonnement se satisfaisant des moyens mis en œuvre sans égards aux résultats qu'elle se refuse à analyser, la majorité se contente d'avoir fait, de son point de vue, tout ce qui était possible pour que les délais soient respectés, concluant :

> « Pour la Chambre, les exigences de l'article 67-1-c ont donc été pleinement respectées. »

Il convient de rappeler à ce stade, en reprenant les termes de l'opinion dissidente et avant d'aller plus en avant, que l'affaire en question concernait un cas de complicité d'un seul accusé concernant une seule attaque ayant eu lieu sur une seule journée, dans un seul lieu.

c. Entre omniprésence procédurale et impossible célérité du droit international pénal

La lenteur des procédures est peut-être l'une des critiques les plus centrales et récurrentes qui soient adressées à la justice internationale par les différentes composantes de la société (médias, associations, avocats, représentants des victimes…). Celles-ci s'appuient le plus souvent sur des comparaisons avec les procédures nationales, les procédures de Nuremberg ou encore plus simplement des raisonnements intuitifs. Il ne nous appartient pas de juger de leur pertinence, mais de noter que, alors même que les rédacteurs du Statut de Rome ont donné une importance particulière à cette question – montrant *a minima* leur sensibilité à la pression sociale, *a maxima* la reprenant à leur compte, voire la nourrissant – celle-ci n'a pas jusqu'ici été sérieusement interrogée par les juges de la Cour pénale internationale. Plus encore, un rapide retour sur les jurisprudences des tribunaux internationaux montre que si la question a fait l'objet de quelques développements, elle n'a jamais été à l'origine d'initiatives fortes qui permettraient sinon de résoudre, du moins de limiter le problème. Il n'y a guère que l'exemple de l'affaire Barayagwiza[551], l'un des principaux organisateurs du

549 Jugement, page 661, paragraphe 1590.

550 Ce qui amènera la Chambre d'Appel à exprimer sa « préoccupation » (ICC-01/04-01-07-3363-tFRA, page 41, paragraphe 99).

551 TPIR, Chambre d'appel, 3 novembre 1999 (ICTR-97-19-AR72, côte 1999 NOV-4 P 2:17, version française). Jean-Bosco Barayagwiza, l'un des créateurs de la radio des Mille Collines qui joua un rôle crucial dans la préparation et l'exécution du génocide rwandais, obtint une décision d'arrêt immédiat et définitif de l'ensemble des procédures à son encontre et de remise en liberté, à l'unanimité, suite à trois ans et onze mois de détention provisoire qui furent considérés comme violant ses droits fondamentaux. La Chambre estima que, « pour troublante qu'elle fut », c'était « là la seule sanction effective contre les atteintes cumulées aux droits de l'accusé. » (paragraphe 108, pages 59 et 60). « L'accumulation de retards semble-t-il à chaque étape de la procédure contre l'appelant » en était à l'origine (page 60, paragraphe 109). L'arrêt cite de nombreux éléments de jurisprudence montrant qu'une période allant de 8 à 1 an de détention sans charges peut être considérée comme un seuil impliquant une

génocide au Rwanda – et dont l'issue constitua certainement l'une des pages les moins glorieuses de la justice internationale – qui ait tiré, ou plutôt envisagé de tirer les conséquences de la violation du droit de l'accusé à être jugé rapidement. Dit autrement, et à l'exception de cette tentative avortée de la Chambre d'appel du TPIR, le droit d'être jugé sans retard excessif n'a jamais connu de conséquences procédurales graves et définitives, autres que des mesures d'étape visant à accélérer les procédures, laissant les instances progressivement dériver vers des délais toujours plus critiqués.

Il ne s'agit pas, bien entendu, de prétendre que la question des délais n'est pas présente et ne joue pas un rôle majeur dans le fonctionnement de la Cour pénale internationale et son quotidien. Au contraire, notre expérience au sein du Bureau du Procureur nous a permis de percevoir la dimension quasiment absurde que prenaient les batailles procédurales pour obtenir des extensions des délais — et dans une moindre mesure de la longueur des documents — concernant la transmission de requêtes, d'actes d'enquête ou de mémorandums à la Cour. Une importante partie des échanges et des signatures demandées au Procureur concernait ainsi cette « procédure dans la procédure » — invisible pour l'extérieur de l'institution — qui faisait l'objet en retour de décisions de la Chambre et éventuellement de contestations de la part de la défense[552]. Plus encore, une partie de ces délais sont fixés par des décisions orales, voire plus simplement par échanges d'email entre les différents organes de la Cour, échappant ainsi à l'examen public et évitant d'alourdir la masse documentaire alimentant les

violation des droits de l'accusé et sa subséquente libération (pages 36 et 37, paragraphes 63 et 64). La décision, dont l'exécution fut suspendue une première fois pour sept jours avant de l'être *sine die* le 8 décembre 1999, fut révisée le 31 mars 2000 par la Chambre d'appel sur des fondements juridiques pour le moins faibles contestables, et nous manions là l'euphémisme, notamment si l'on considère le degré d'exigence habituel des procédures de révision en procédure pénale (le Procureur argumenta « que des « faits nouveaux » avaient été découverts suite à la condamnation, c'est-à-dire dans le mois la suivant puisque sa demande de révision intervint le 3 décembre, « dans la mesure où le Procureur ne pouvait pas savoir qu'ils faisaient partie d'un litige portant sur les faits ou concernant les questions sur lesquelles la Chambre d'appel a statué par la suite » (sic), Arrêt (ICTR-97-19-AR72, côte 2000 MAR-31 P1:49, Demande du procureur en révision ou réexamen, Chambre d'Appel, 31 mars 2000, paragraphe 15), pour de pures raisons d'opportunité politique (le Rwanda menaçant de cesser sa coopération avec le Tribunal) comme le raconte Carla del Ponte, qui axa explicitement sa plaidoirie sur ce fait, dans ses mémoires *La traque, les criminels de guerre et moi*, Paris, Héloïse d'Ormesson, 2009, pages 124 à 130 et surtout 137 à 148 (l'accusé payant ainsi doublement les déficiences du tribunal, pour son incapacité à préserver ses droits et son incapacité à établir des relations sereines ou à tout le moins autonomes vis-à-vis des autorités politiques de son pays-cible). Jean-Bosco Barayagwiza décida par la suite de boycotter le Tribunal (voir à cet égard Mohemi, M., « Why Barayagwiza is boycotting his trial at the ICTR : lessons in balancing due process rights and politics », *ILSA journal of international and comparative law,* volume 7, 2000-2001, pages 315 à 328) fut condamné à perpétuité puis à 35 ans de prison en appel, et mourut en 2010 en détention, mort qui fut à l'origine de l'arrestation d'un suspect du TPIR s'étant rendu à son enterrement. Voir pour une analyse de l'arrêt du 31 mars 2000 : Frediani, S., « L'affaire Barayagwiza devant la Chambre d'appel du TPIR : Arrêt du 31 mars 2000 », *Afrilex,* volume 1, 2000.

552 Ces procédures se codifient progressivement. Voir notamment le calendrier et le système de communication des preuves établi dans l'affaire Gbagbo par la Chambre préliminaire I, Decision establishing a disclosure system and a calendar for disclosure (ICC-02/11-01/11-30, 24 janvier 2012).

archives des procès. Cela rejoint l'argumentation de la majorité dans son Jugement, qui assure avoir de bonne foi fait tout son possible pour permettre à l'accusé d'avoir un procès aussi rapide que possible. L'ensemble des procédures de la Cour fait ainsi l'objet d'une régulation *a priori* stricte mais dans les faits très malléable[553], imposant des délais déterminés à toutes les étapes procédurales[554]. Il reste que l'existence de ces délais, fixés plus ou moins arbitrairement, n'a de fait pas permis de résoudre le problème, amenant à interroger l'existence de problèmes liés à la structure procédurale elle-même, la multiplicité de ses étapes et la pertinence d'une approche qui, en fixant des limites temporelles à chaque acte, ne fixe pour autant aucune limite temporelle d'ensemble, ni même relative aux grandes étapes de la procédure. De plus, et nous serions tentés de dire surtout, ces délais ne s'imposent d'évidence pas aux juges eux-mêmes, qui disposent de toute latitude pour rendre leurs décisions[555]. C'est ainsi que Christine Van den Wyngaert, interrogée sur les raisons qui avaient amené à une telle lenteur, dénoncée par elle-même, affirma simplement que *ses collègues s'étaient donnés beaucoup trop de temps*, tout en dénonçant par ailleurs l'alourdissement inutile des procédures du fait de la participation des victimes.

d. Le droit à être jugé sans retard excessif : une pure virtualité ?

L'exigence rappelée par la Chambre dans son Jugement de respecter les droits de l'accusé et notamment celui d'« être jugé sans retard excessif » est énoncée par le Statut de Rome dans son article 67-1-c. Cette obligation est d'une certaine manière réaffirmée par l'article 64-2, qui précise qu'il revient à la Chambre de

553 Nous ne reviendrons pas sur la multiplication d'annexes et de rectificatifs sans cesse acceptés qui prolongent quasi systématiquement de plusieurs semaines la réalité des délais, une première version « formelle » du document étant déposée dans les temps avant d'être très largement remaniée et enrichie plus tard sans que cette modification ne soit considérée comme une violation des délais imposés. Il faut aussi rappeler que « l'obligation » faite aux parties de respecter ces délais est partiellement fictionnelle, les retards n'entraînant souvent aucune conséquence ou étant masqués par une « demande d'extension du délai » faisant elle-même l'objet d'une décision par la Chambre, notamment sur les documents principaux pour lesquels les juges ne peuvent le plus souvent et sauf exagération notoire qu'accepter les demandes d'extension de délais, à moins de déclencher un incident procédural majeur ou des sanctions éventuelles (comme la non-prise en compte d'un élément de preuve) pouvant faire à leur tour l'objet d'un appel… ralentissant finalement la procédure d'ensemble.

554 Il convient de relativiser la valeur de ces régulations, systématiquement contournées avec l'aval des juges. Concernant l'affaire Gbagbo, dans sa décision d'ajournement de la confirmation des charges, la Chambre préliminaire I demandait à l'accusation de fournir un nouveau document de notification des charges avant le 15 novembre 2013, soit près de deux ans après l'arrivée de Laurent Gbagbo à La Haye. Les délais furent finalement étendus, et le document ne fut déposé que le 13 janvier ; le document final fut quant à lui déposé le 31 mars 2014, soit, à trois jours près, neuf mois après la décision de la Chambre préliminaire.

555 Ainsi, les rares délais imposés par le Règlement de procédure et de preuve, notamment dans la règle 121 en ce qui concerne la confirmation des charges, les appels (règles 154 et 155) ou encore l'exécution des condamnations pécuniaires (règle 212), ne concernent que les parties au procès ou les relations avec les États, et jamais les juges. Le règlement de la Cour établi un code de conduite relatif à l'établissement et au respect des délais et du nombre de pages des documents, dans ses normes 33 à 38.

première instance de veiller à ce que « le procès soit conduit de façon équitable et avec diligence (etc.) ».

Ce droit s'appuie bien entendu sur des fondements coutumiers très extensifs qui en font l'une des exigences fondamentales des procédures devant la CPI et plus largement pour toute instance judiciaire. Le statut du TPIY le prévoyait dans son article 21-4-c, celui du TPIR dans l'article 20-4-c, et tous les tribunaux spéciaux ou mixtes créés depuis dans le cadre de l'ONU ont repris cette provision. Le pacte international relatif aux droits civils et politiques le mentionne (article 14-3-c), ainsi que les différentes conventions continentales relatives aux droits de l'homme. À cet égard la CEDH est importante non seulement pour sa définition du droit (article 6-1)[556], mais aussi par l'interprétation jurisprudentielle qui en a été faite par la Cour afférente, et qui a été reprise par la jurisprudence pénale internationale. Cette jurisprudence – établie dès l'arrêt *König c. Allemagne* du 28 juin 1978 en plénière, qui avance que le caractère raisonnable d'une procédure s'apprécie en prenant en compte de « la complexité de l'affaire, [du] comportement des requérants et [de] la manière dont l'affaire a été conduite par les autorités administratives et judiciaires »[557] – intègre dans son calcul l'ensemble de la procédure depuis le premier acte d'accusation jusqu'au dernier appel, et a été reprise par l'ensemble des juridictions internationales. Quant à la doctrine, elle le reconnaît, comme de façon plus générale l'ensemble des droits de l'accusé garanties par l'article 67 du Statut, comme un droit fondamental[558], *erga omnes*[559] ou ayant une importance particulière au sein du Statut[560], de façon unanime[561], sans pour autant lui donner une attention particulière autre que

556 Auquel s'ajoute l'article 5(3) concernant à titre principal la phase pré-juridictionnelle.

557 CEDH (plénière), Affaire König c. Allemagne, arrêt du 28 juin 1978, page 28, paragraphe 99, accessible par le lien suivant : http://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/AVRIL_2012/CEDH_28_juin_1978__AFFAIRE_Koenig_c.pdf (consulté le 14 juillet 2014).

558 Voir Ivanovic, N., « La durée des procès internationaux et le droit au procès équitable », *Revue québécoise de droit international*, hors-série, 2010, pages 243 à 264 ; Higgins, G., « Fair and expeditious pre-trial proceedings : the future of international criminal trials », *Journal of International Criminal Justice,* Oxford, volume 5, 2007, pages 394 à 401 ; Robinson, P., « Ensuring fair and expeditious trials at the ICTY », *European Journal of International Law*, volume 11, numéro 3, 2000, pages 569 à 589 ; Robinson, P., « The right to a fair trial in international law, with specific reference to the work of the ICTTY », *Berkeley Journal of International law,* San Francisco, volume 3, 2009 (pas de pagination, 11 pages) ; Converti, A. "The Rights of the Accused, The International Criminal Court : Comments on the Draft Statute", in Lattanzi, F., *The International Criminal Court : comments on the draft statute*, Fagnano Alto, il Sirente, 1999 pages. 219 à 250 ; Cassese, A., *The Rome Statute of the International Criminal Court,* Oxford, Oxford University Press, 2002, pages 1264 et 1265 ; Schabas, W., *The international Criminal Court : a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pages 805 et 806 ; Triffterer, O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden Baden, Beck/Hart, 2008, pages 1247 à 1275.

559 Cassese, A., *The Rome Statute of the International Criminal Court,* Oxford, Oxford University Press, 2002, page 1265.

560 Schabas, W., *The international Criminal Court : a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2010, page 796 : « il est suggéré que l'article 67, étant donnée sa formulation unique et ses origines historiques, pourrait avoir une forme hiérarchiquement supérieure au sein du Statut ».

561 Seule une voix légèrement dissonante, peut-être artificiellement, se fait entendre afin de vanter en certains cas les mérites des procédures longues au sein des juridictions internationales – sans que pour autant ces mérites s'appliquent à l'affaire Katanga. Il faut noter que l'auteur était en voie de recrutement au Bureau du Procureur de la CPI au moment de la publication de son article, ce qui n'y

pour développer des « solutions » pour accélérer les procédures et l'incluant le plus souvent dans le cadre plus général du « procès équitable »[562]. Il semble que dans ce groupe social, naturellement porté à l'esprit critique dans une mesure d'autant plus importante que son existence dépend en partie de cette capacité, l'effet sidérant des crimes de masse ait dans une large mesure autant joué que pour les médias et la société civile, paralysant, au-delà des déclarations d'intention, la critique trop véhémente contre une institution se faisant l'énonciatrice et l'incarnation d'une morale universelle, c'est-à-dire *fondamentalement bonne*[563]. Cet effet, parfois transformé en véritable chantage moral par l'accusation, ne pouvait cependant jouer en ce qui concerne cette affaire une fois celle-ci étudiée en détails, pour des raisons déjà indiquées.

La Cour pénale internationale n'a eu à se prononcer que de façon accessoire et quelque peu tangente sur ces questions jusqu'ici. Ainsi les dispositions sur la célérité nécessaire des procédures ont-elles été succinctement rappelées par la Chambre d'appel dans notre affaire en les termes suivants :

> « La Chambre d'appel fait observer que la question de la rapidité est récurrente dans les instruments juridiques de la Cour. »[564]

En effet, comme elle le précise, les références textuelles à cette notion sont pour le moins nombreuses :

> « En ce qui concerne la Chambre de première instance, ce devoir découle des articles 64-2 et 67-1-c du Statut et des règles 132-2 et 84 du Règlement de procédure et de preuve ; pour ce qui est de la Chambre d'appel, voir par ex. les articles 18-4, 56-3-b et 82-2 du Statut, ainsi que la règle 156-4 du Règlement de procédure et de preuve ; pour la Chambre préliminaire, voir par ex. les articles 57, 61-1 et 61-3 du Statut ; pour la Cour en général, voir par ex. les articles 17-2, 20-3-b, 58-2, 82-1-d et 90-3 du Statut, et les règles 91-3 et 101 du Règlement de procédure et de preuve (…) Pour ce qui est du Procureur, voir par ex. les articles 61-3 et 67-1-c du Statut et la règle 52-2 du Règlement de procédure et de preuve ; pour le Greffier, voir par ex. les règles 16-2-b et 92-5

est pas mentionné. Voir Whiting, A., « In international prosecutions, justice delayed can be justice delivered », Cambridge, *Harvard International Law Journal*, vol 50, juin 2009, pages 323 à 364.

562 Voire l'ignorent dans ce cadre, voir par exemple Cogan, J., « International Criminal Courts and fair trials : prospects », *The Yale Law Journal of International law,* volume 27, 2002, pages 111 à 140.

563 Toute critique acceptable devant dès lors, à moins de se mettre au ban de la discipline qui dépend du développement de ces institutions, participer de l'amélioration de l'édifice et ne pas faire courir le moindre risque de fragilisation de l'entreprise par la mise en échec de telle ou telle procédure. Il faut noter qu'au contraire, l'une des rares sources de commentaires doctrinaux extensifs concernant cette question était celle de la stratégie de fermeture des tribunaux internationaux et l'éventuelle friction entre temporalité politique et judiciaire qu'il pouvait provoquer. Voir par exemple Alvarez, J., « Rush to closure : Lessons from the Tadic Judgement », *Michigan Law Review*, volume 2031, 1998, pages 2061 à 2068.

564 Arrêt relatif à l'appel interjeté par Germain Katanga contre la décision rendue le 20 novembre 2009 par la Chambre de première instance II intitulée « Décision relative à la requête de la Défense de Germain Katanga en illégalité de la détention et en suspension de la procédure » (ICC-01/04-01/07-2259-tFRA, 12 juillet 2010), page 18, paragraphe 43.

> du Règlement de procédure et de preuve ; en ce qui concerne les États, voir par ex. les articles 18-5 et 19-5 du Statut. »[565]

Les références jurisprudentielles générales sont bien moins nombreuses et se contentent de réaffirmer la nécessité de mener les procédures avec célérité, sans en tirer de conséquences autres que celles liées à la conduite des procédures et à leur accélération éventuelle[566]. Ainsi, il n'y a eu à la Cour pénale internationale jusqu'ici aucune prise en compte de la question de la durée raisonnable tant dans les confirmations de charges, jugements que sentences à la Cour pénale internationale. Pourtant, comme nous le verrons, les procédures ont de très loin dépassé les délais qui avaient été prévus et agréés par l'Assemblée des États-parties[567].

Dans son « Rapport sur le Modèle de capacité de la Cour », publié le 21 août 2006[568], c'est-à-dire après une période d'établissement et d'évaluation de la Cour que l'on pourrait considérer comme longue, l'Assemblée des États-parties fixe en effet toute une série de délais visant tant à réguler l'action de la Cour qu'à en prévoir les nécessités budgétaires et la « capacité d'action ». Ce document a été élaboré avec les différents organes de la Cour et révisé par les juges, donne une série intéressante de « délais moyens », pouvant être modifiés, aux différentes étapes procédurales. Le texte n'est à l'évidence pas réglementaire mais permet de comprendre, faute d'éléments directement élaborés par les juges et le Procureur, quelle conception du « délai raisonnable » domine à l'intérieur de la Cour pénale internationale. Les juges et le Procureur n'ont à l'évidence pas souhaité se contraindre à l'avance sans savoir quelles seraient les affaires dont ils auraient la charge. Ce faisant cependant, ils ont rendu pour l'instant théorique ce droit pourtant censément cardinal pour les accusés et plus généralement pour l'institution.

---

565 ICC-01/04-01/07-2259-tFRA, Page 18, notes 88 et 89.

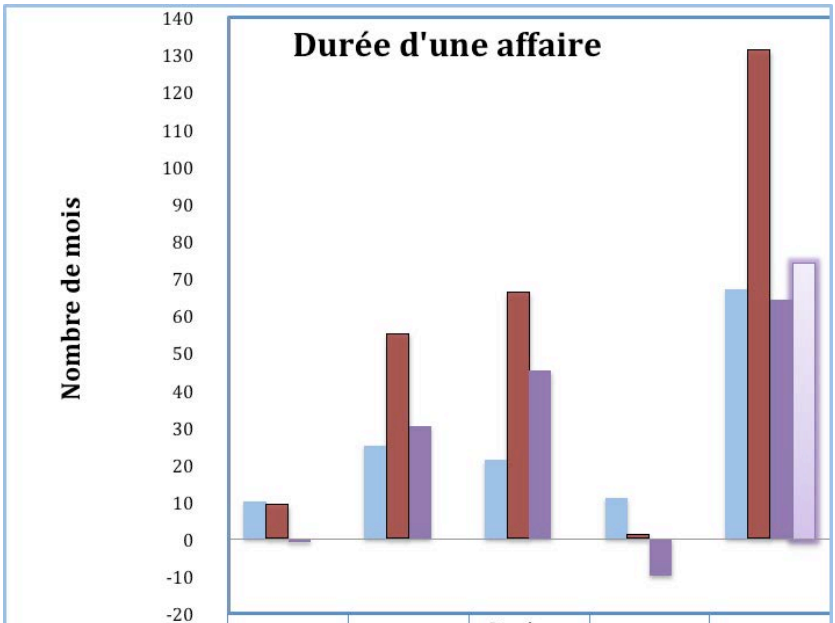
566 Voir par exemple Arrêt relatif à l'appel interjeté contre la décision de jonction des affaires concernant Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui rendue le 10 mars 2008 par la Chambre préliminaire (ICC-01/04-01/07-573, 9 juin 2008) page 7, paragraphe 8. Ou encore, pour un point de vue légèrement plus interprétatif bien qu'au final non retenu par la Cour, l'opinion dissidente de Monsieur le juge Georghios M. Pikis à l'Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre de première instance I intitulée « Décision relative à la mise en liberté de Thomas Lubanga Dyilo » (erronément citée comme faisant partie du raisonnement de la Chambre d'appel par Karin Calvo Goller dans *La procédure et la jurisprudence de la Cour pénale internationale*, Paris, Lextenso Editions, 2012) : « Non seulement le Statut garantit à l'accusé le droit d'être jugé sans retard excessif, mais il va encore plus loin. En son article 64-2, il fait obligation à la Cour de conduire un procès non seulement équitable, mais rapide également. La diligence caractérise l'empressement à exécuter un acte ou une opération quelconque. L'article 64-2 du Statut impose un critère plus strict que celui du procès conduit sans retard excessif, qui fait partie intégrante du principe de procès équitable, et la Cour a le devoir d'appliquer ce critère. » (ICC-01/04-01/06-1487-tFRA, 28 janvier 2009, page 25, paragraphe 15).

567 Ainsi que par le Bureau du Procureur qui prévoyait dans un premier temps d'achever son premier procès en 2005, puis deux « procès rapides » en 2009, puis trois autres en 2010, dans autant de documents successifs visant alternativement à obtenir des budgets en croissance ou à destination de l'opinion publique. Voir Schabas, W., « The ICC at ten », *Criminal Law Forum*, 2011, pages 493 à 504.

568 Destiné à la Cinquième session de l'Assemblée des États-parties, 23 novembre-1er décembre 2006 (ICC-ASP/5/10), traduction française.

23. Les hypothèses ci-après ont été utilisées aux fins d'expliquer le Modèle. Toutefois, celui-ci a été conçu avec une souplesse suffisante pour que les hypothèses puissent être modifiées à la lumière de l'expérience acquise par la Cour.

– Durée moyenne des procédures :
  o Examen préliminaire : 10 mois
  o Enquêtes : 25 mois
– 15 mois pour la collecte et l'analyse des éléments de preuve
– 1 mois pour la demande de mandat d'arrêt (les activités d'enquête se poursuivent)
– 6 mois pour l'arrestation/la remise (les activités d'enquête se poursuivent)
– 3 mois pour la confirmation des charges (les activités d'enquête se poursuivent)
  o Procès en première instance : 21 mois
– 6 mois pour la divulgation des documents et la préparation du procès
– 15 mois pour le procès
  o Procès en appel :
– Appels au fond – 9 mois
– Appels interlocutoires – 2 mois



	Examen préliminaire	Enquêtes	Procès en 1ère instance	Procès en appel	Total
Temporalité prévue	10	25	21	11	67
Affaire Katanga	9	55	66	1	131
Ecart	-1	30	45	-10	64
Ecart sans appel					74

Ces données appellent certaines remarques. Tout d'abord, les chiffres suggérés dans le rapport de l'AEP concernent les durées moyennes, évidemment ajustables selon les caractéristiques de l'affaire, et ne recoupent pas entièrement les durées prises en compte dans l'évaluation du respect des droits de l'accusé, qui ne commencent qu'au moment où celui-ci est accusé pour s'achever après la dernière décision d'appel. Ceci étant dit, et en appliquant les critères énoncés par la CEDH et repris par la jurisprudence de droit international pénal pour évaluer l'affaire Katanga, et comme nous l'avons déjà avancé, il nous est permis de penser que l'affaire Katanga présentait à bien des égards ce qui pourrait être considéré comme un « cas minimal », c'est-à-dire touchant au seuil le plus bas en termes de complexité de l'affaire et concernant le comportement du requérant et de son équipe de défense. Dès lors, il aurait pu être anticipé que l'affaire dure bien moins que la durée moyenne prévue. Le Modèle s'appuyait par ailleurs sur un scénario où de nombreuses affaires auraient dû être traitées en même temps par la Cour, ralentissant le traitement de chacune, tandis que l'affaire Katanga ne connut jusqu'à l'étape des conclusions finales que trois procédures parallèles ayant atteint, dans une temporalité plus ou moins proche, l'étape du procès[569]. Il faut bien entendu « soustraire » à ces éléments les difficultés causées par la distance et la situation sécuritaire en Ituri lors des premières années de l'enquête, sans que cela puisse pour autant passer pour un critère différentiel majeur : la Cour aura *a priori* à agir principalement dans des zones instables, voire en guerre, et le plus souvent très distantes de La Haye. Par ailleurs, le Modèle établi par l'AEP ne pouvait qu'avoir pris en compte le fait que les premières situations sous enquête concernaient exclusivement l'Afrique des Grands Lacs, alors encore instable. De plus, aucun problème de coopération notoire entre les autorités de la RDC et la Cour n'a été remarqué. Quant à la « manière dont l'affaire a été conduite par les autorités administratives et judiciaires », elle ne semble avoir été marqué par aucune volonté de provoquer un préjudice vis-à-vis de l'accusé.

Ces éléments étant pris en compte, ainsi que la relative originalité de l'affaire[570], il reste que les données qui sont disponibles montrent un différentiel drastique et à bien des égards trop important entre les prévisions de l'AEP et la réalité de l'affaire Katanga. Non seulement la durée totale des procédures a été quasiment doublée par rapport aux prévisions, mais en plus ce doublement a-t-il eu lieu alors que les appels des différentes parties au Jugement et à la sentence ont été retirés un mois après leur soumission, réduisant d'autant plus artificiellement la durée des procédures par rapport aux prévisions prenant en compte cette phase dans son ensemble. Notable est aussi le fait que la seule phase des procédures qui ait vu ses délais prévisionnels respectés est celle de l'examen préliminaire. Il faut rappeler que celle-ci a été close grâce à l'intervention de la RDC renvoyant sa propre situation à la Cour, et non pas du fait de l'action d'un organe de la CPI. Il est tout à fait probable que le Procureur aurait

569 L'affaire Lubanga, l'Affaire Ngudjolo avec laquelle l'affaire Katanga fut jointe, et l'Affaire Bemba.

570 Il faut rappeler que bien que succédant à l'affaire Lubanga qui avait, sur de nombreuses questions jurisprudentielles et interprétatives, « ouvert la voie », l'affaire Katanga fut la première à avoir impliqué plusieurs incriminations et fut liée à l'Affaire Ngudjolo jusqu'à fin 2012.

eu besoin de plusieurs mois supplémentaires pour préparer une demande d'ouverture d'enquête auprès de la Chambre préliminaire si la RDC n'était pas intervenue de son propre chef, dépassant ainsi les délais prévisionnels dans ce cadre aussi.

Qui plus est, la décision de ne pas faire appel de la part de Germain Katanga est à l'évidence liée à la durée des procédures qui l'ont amené à avoir déjà accompli plus de la moitié de sa peine au moment de sa condamnation, rendant l'opportunité d'un appel toute relative. Bien que non-sanctionnable par le Juge, ce fait nous semble accroître le préjudice suscité par de tels délais contre droits de l'accusé. Elle le place dans une situation de *fait accompli* et d'un dilemme qu'il n'aurait normalement pas eu à connaître : faire appel, et risquer d'étendre les procédures au-delà de la peine à laquelle il pourrait être, dans le pire des cas, condamné, ou ne pas tenter de voir *sa vérité* établie afin de ne pas prendre ce risque ? Notons finalement que la durée prévisionnelle moyenne des procédures élaboré l'AEP incluait six mois nécessaires à l'arrestation de l'accusé, qui se déduisent dans le cadre d'un comparatif avec l'affaire Katanga, l'accusé étant déjà aux arrêts avant l'émission d'un mandat par la CPI, déduction qui aurait accru d'autant le différentiel entre prévision et mise en œuvre.

Il semble dès lors difficile, au regard même des standards théoriques adoptés par l'AEP suite à la consultation de l'ensemble des organes de la Cour et en particulier de ses juges[571], de considérer que Germain Katanga a été jugé sans retard excessif, et cela même en adoptant une interprétation libérale des prévisions effectuées par l'AEP. Du fait cependant du refus des différentes Chambres de se prononcer sur la question au cours du procès, et du désistement des appels de l'accusation et de la défense suite à un accord portant sur une libération anticipée de l'accusé, la question ne fera paradoxalement jamais l'objet d'une décision judiciaire, et ce malgré ses conséquences non seulement pour l'accusé mais aussi pour les victimes ainsi que pour l'institution dans son ensemble[572]. Situation classique en droit international pénal, où toujours les Chambres trouvent à ne pas avoir à se prononcer sur cette question, elle n'en revêt pas moins en l'espèce une dimension grave ayant affecté les procédures et déterminé leur conclusion au détriment de l'accusé. Le constat est d'autant plus inquiétant que le Bureau du Procureur avait choisi une stratégie d'enquête et d'accusation devenue classique en droit international pénal dans le but de réduire les délais : non seulement

571 Et quand bien même ils seraient considérés *a posteriori*, opportunément, « irréalistes », comme par exemple dans Schabas, W., *The international Criminal Court : a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2010, page 806.

572 Comme rappelé dans Cassese, A., *The Rome Statute of the International Criminal Court,* Oxford, Oxford University Press, 2002, « en pratique, la rapidité des juges n'est pas seulement un droit pour l'accusé mais aussi une garantie pour les victimes et une nécessité pour l'institution, afin que cette dernière soit en mesure de jouer son rôle vis-à-vis de tous, tant les personnes sous sa compétence, les victimes des crimes et leurs responsables, et plus généralement l'opinion publique mondiale. Les délais raisonnables sont ainsi tant un droit pour l'accusé, pour les parties au procès et les victimes qu'une obligation « *erga omnes* » pour les juges ainsi qu'un principe de bonne administration de la justice. » (pages 1264 et 1265).

en joignant les affaires, mais surtout en se concentrant sur l'incrimination d'un seul événement supposé « incarner » une série d'atrocités bien plus conséquente ne pouvant pas être toutes traitées par une instance judiciaire. Suivie différemment, mais dans le même esprit en ce qui concerne le procès contre Thomas Lubanga (qui fut lui accusé d'avoir commis un seul crime, afin de permettre un procès léger), cette stratégie s'est révélée être un échec tout aussi flagrant que dans cette première procédure. Non seulement la stratégie choisie a donné l'impression d'un traitement partiel et partial du conflit, mais les avancées espérées en termes de rapidité et d'efficacité ne furent pas atteintes. C'est bien dès lors la pertinence même de l'institution sous sa forme actuelle qui s'en trouve interrogée.

2. Les Instances et les acteurs d'une affaire sans audience

Outre l'accusé, trois grandes instances ont *accueilli* le procès Katanga, et trois individus au sein de chacune d'entre-elles lui ont donné corps. Il s'agit de la Chambre de première instance II, du Bureau du Procureur et de l'équipe de défense. Au sein de chacune de ces instances, une individualité donc : Bruno Cotte, juge-président de la Chambre de première instance II, Eric Macdonald, premier « substitut » du Procureur ainsi que David Hooper, conseil principal de Germain Katanga et chargé de coordonner sa défense. Nous passerons rapidement sur la Chambre préliminaire ainsi que sur les différentes formations de la Chambre d'appel, dont nous détaillerons les interventions sans nous attarder outre mesure sur leur rôle ni sur leur construction.

a. La Chambre de première instance au centre des procédures

Les Chambres de première instance sont constituées, à la Cour pénale internationale, par le Président de la Cour, lui-même juge, élu à ces fonctions par ses pairs réunis en séance plénière[573]. Au nombre variable[574], les juges pouvant siéger dans plusieurs formations de la même instance[575], les Chambres de première instance sont composées de trois juges choisis à partir du contingent formant la Section de première instance[576].

573 Règlement de procédure et de preuve, règle 4. Les décisions des plénières des juges sont prises à la majorité des présents, en sus d'un quorum de deux tiers des juges. Les juges se réunissent à l'initiative du Président ou de la moitié des juges pour des sessions extraordinaires, en sus d'une séance annuelle.

574 Article 39-2-c du Statut de Rome, qui indique que « rien n'interdit » que plus d'une Chambre préliminaire ou de première instance soit constituée, « lorsque le travail de la Cour l'exige ».

575 Des juges de la Section préliminaire pouvant siéger au sein d'une Chambre de première instance et vice-versa (à l'exception des Chambres siégeant à propos d'affaires dont ils avaient déjà eu connaissance), seule la Chambre d'appel étant « préservée » de cette fluidité. Fatoumata Dembele Diarra et Fumiko Saiga avaient ainsi toutes deux été affectées à la Chambre préliminaire avant d'être « rappelées » au sein de la Chambre de première instance II pour juger Germain Katanga.

576 Chaque section élit un président pour une durée d'un an, président qui est principalement chargé des questions administratives communes à l'ensemble des Chambres de cette section (norme 14 du Règlement de la Cour).

Cette section, suite à une interprétation restrictive du Statut de Rome[577], est composée elle-même de six juges y siégeant pour trois ans minimum[578], ayant été exclusivement élus sur la liste A[579], c'est-à-dire ayant une large expérience, du moins théoriquement, du droit pénal[580].

Les Chambres de première instance, constituées par le Président de la Cour au lendemain de la confirmation des charges d'une affaire par la Chambre préliminaire[581], et dont les obligations et pouvoirs sont notamment définis par le Statut de Rome en son article 64, sont ainsi composées de trois juges[582] qui élisent à leur tour un Président de Chambre[583] qui assure la conduite des débats pendant les audiences[584], définit l'ordre de présentation des témoignages et des preuves et plus généralement dicte le rythme et le calendrier de l'affaire tout au long de ses différentes étapes. La répartition *interne* des tâches entre les trois magistrats au cours des procédures n'en demeure pas moins floue[585]. Le Règlement de la Cour renvoie au Statut de Rome et au Règlement de procédure et de preuves, qui tous deux demeurent silencieux sur la question[586]. Bruno Cotte nous a lui-même indiqué que chaque Chambre avait sa pratique, regrettant au passage la légèreté des structures d'encadrement qui permettraient d'assurer le recueil des expériences et l'harmonisation des pratiques. Dans les faits, l'affaire Katanga s'est démarquée, notamment de l'Affaire Lubanga, par une importante fluidité dans la conduite des débats, le juge-président ayant fait le plus souvent le

577 Qui, dans son article 39-1 indique que la Section de première instance est composée de six juges *au moins* et en suivant une « proportion voulue » de spécialistes de droit pénal et de procédure pénale, appelés à être majoritaires au sein de cette instance, et de spécialistes de droit international.

578 Leur mandat pouvant être étendu jusqu'à la fin d'un procès, comme cela a été le cas pour Bruno Cotte et Fatoumata Dembele Diarra, conformément à l'article 36-10 du Statut de Rome.

579 Il s'agit de juges « ayant prouvé leur compétence en matière de droit pénal et de procédure pénale, ainsi qu'une expérience correspondant à celle étant nécessaire, que ce soit en tant que juges, procureurs, avocats ou dans une autre fonction similaire, dans des poursuites au pénal. ».

580 Comme nous l'avons indiqué, l'article 39-1 du Statut de Rome indique que « la section préliminaire et la section de première instance sont *principalement* [souligné par nous] composées de juges ayant l'expérience des procès pénaux. »

581 Qui édicte une « ordonnance de renvoi ».

582 Article 39-2-b-ii du Statut de Rome.

583 Norme 13-2 du Règlement de la Cour.

584 Et qui a autorité pour donner des instructions à cet égard. Voir l'Article 64-8-b du Statut de Rome et la règle 140 du Règlement de Procédure et de preuve.

585 Pour une analyse générale et critique du rôle des juges dans le procès et l'organisation des chambres, voir Schabas, W., *The International Criminal Court : A commentary on the Rome Statute,* Oxford, Oxford University Press, 2010, pages 550 à 562. Voir aussi, sur le strict plan du commentaire du Statut de Rome, dans ce qui était encore une approche prescriptive, ainsi qu'une comparaison avec les textes des autres tribunaux internationaux : Cassese, A., *The Rome Statute of the International Criminal Court,* Oxford, Oxford University Press, 2002, pages 241 à 256 et 263 à 267. Il est remarquable que dans les deux cas, les descriptions et commentaires soient des plus succincts en rapport aux développements relatifs au Bureau du Procureur de la Cour pénale internationale, révélant ce qui était déjà perceptible dans les autres ouvrages, et ce malgré l'insistance sur la centralité du rôle du juge chez Cassese, c'est-à-dire l'intérêt secondaire que porte la doctrine à l'organisation de cet organe.

586 Si ce n'est pour réguler le choix d'un juge suppléant, l'obligation faite aux juges d'être présents tout au long des procédures ou encore.

choix d'imposer des délibérations sur les différentes requêtes interlocutoires des parties au sein même de la Chambre, pendant l'audience, évitant ainsi suspensions de séances et nouvelles convocations qui, du fait du rituel de la Cour et de son rythme particulier, auraient pris un temps certain.

Les trois juges de la Chambre de première instance disposent de pouvoirs importants[587]. Au-delà des prérogatives classiques liées à la gestion des audiences, qui ne sont guère codifiées – parmi lesquelles nous trouvons notamment la conduite des débats, l'interrogation des témoins ou encore l'évaluation de la valeur probatoire des différents éléments de preuve et témoignages présentés – la Chambre a notamment la possibilité de demander au Bureau du Procureur d'effectuer de nouveaux actes d'enquête[588], ainsi que de suspendre les procédures de façon temporaire ou définitive, de statuer sur la détention de l'accusé et bien entendu sur sa culpabilité et sur sa peine. Plus encore, la Chambre peut, si nécessaire, agir « en tant que » Chambre préliminaire et prendre tous les actes qui s'imposeraient à cet égard[589] ainsi que pour assurer la protection des accusés et des victimes[590], décider de joindre ou de disjoindre des affaires[591] – ce qu'elle n'a pas manqué de faire dans l'affaire qui nous concerne. Son pouvoir de décision s'étend bien entendu à l'administration du procès, de la décision sur les langues[592] utilisées jusqu'à l'utilisation des huis clos[593]. La Chambre est « dissoute » après avoir dicté son Jugement, sa peine, et statué sur d'éventuelles demandes en réparation.

L'affaire Katanga a été attribuée à la Chambre de première instance II, constituée *in fine* par les juges Bruno Cotte, magistrat français qui en fut élu Président, Fatoumata Dembele Diarra, juge malienne et par ailleurs première vice-présidente de la Cour entre 2009 et 2012, et Christine Van den Wyngaert, juge belge flamande[594].

587 Ceux-ci, considérés le plus souvent par la doctrine comme des *pouvoirs dérivés*, font l'objet d'un certain nombre de débats en ce qui concerne leur extension et la possibilité qu'ils soient désignables en tant que « pouvoirs propres ». Ils ne sont par ailleurs ni codifiés ni regroupés au sein d'un article ou un groupe d'articles ou de règles, que ce soit dans le Statut de Rome comme dans les différents règlements de la Cour. Voir à cet égard *The International Criminal Court : A commentary on the Rome Statute,* Oxford, Oxford University Press, 2010, pages 559 et 560.

588 Articles 64-6-b et d.

589 Article 64-6-a.

590 Article 64-6-e.

591 Article 64-5.

592 Article 64-3-b.

593 Article 64-7.

594 Celle-ci ne devait au départ pas participer à la Chambre de première instance II. Suite cependant au décès de la juge Fumiko Saiga, elle remplace celle-ci alors que Hans-Peter Kaul avait assuré l'interim, suite à une décision de Fatoumata Dembele Diarra *en tant que* vice-présidente de la CPI et *au nom du* Président de la Cour (Decision replacing a judge in Trial Chamber II (Présidence, affaire Katanga, ICC-01/04-01/07-1086, 29 avril 2009)). La composition de la Chambre avait été préalablement contestée sans succès par l'équipe de défense de Germain Katanga, notamment au motif qu'aucun juge ne provenait du système de *common law* (Decision concerning the request of Mr. Katanga of 14 november 2008 for re-composition of the bench of Trial Chamber II (Présidence, ICC-01/04-01/07-757, 21 novembre 2008)).

Des trois, c'est naturellement le juge-président qui a le plus marqué de son influence les audiences et le déroulement du procès. Les interventions des deux autres juges étaient extrêmement rares, se cantonnant la plupart du temps à des demandes de précisions sur tel ou tel propos. Il reste que, si nous avons pu assez facilement sentir la prépondérance du juge-président et les absences d'un autre juge en public, il nous est impossible de quantifier avec exactitude l'influence qu'ont eu les trois magistrats sur le fond, et *a fortiori* de leurs assistants judiciaires, hommes et femmes de l'ombre chargés de résumer les témoignages, préparer les argumentaires et rédiger les décisions.

Seules les contributions de Christine Van den Wyngaert, du fait de trois opinions dissidentes d'ampleur rédigées avec une tonalité particulièrement véhémente, intervenues au moment de la disjonction des charges, du Jugement (qu'elle dénomme *opinion majoritaire*) et du prononcé de la peine, permettent d'établir une véritable rupture remontant au mois de novembre 2012[595]. Cependant Bruno Cotte nous précisera que la Chambre aura, jusqu'à ces événements et même au-delà, fonctionné normalement, sans animosité particulière et surtout sans déséquilibres notoires, ce que ne craint pas de confirmer Christine Van den Wyngaert.

Les trois juges de la Chambre préliminaire II étaient particulièrement expérimentés et venaient de systèmes de droit romano-germanique. Nous reviendrons sur le cas de Bruno Cotte, élu juge-président de la formation en octobre 2008. Fatoumata Diarra, soixante-cinq ans[596], diplômée de l'École nationale d'administration de Bamako puis de l'École nationale de la magistrature de Paris, brièvement juge d'instruction et substitut du procureur, avait notamment été présidente de la Cour d'assises et de la Chambre criminelle de la cour d'appel du Mali, avant d'en diriger l'administration judiciaire. Juge *ad litem* au TPIY avant son élection à la Cour, elle siège à la CPI dès sa création, d'abord à la Chambre préliminaire puis à la Chambre de première instance II, tout en étant, entre 2009 et 2012, première vice-présidente de l'institution. Véritable juge judiciaire, elle a donc eu successivement un poste d'importance à la lisière du monde politique et judiciaire, une expérience au sein des tribunaux internationaux ainsi qu'une expérience « administrative » au sein de la Cour lui permettant d'en avoir une vision d'ensemble : c'était ainsi elle qui remplaçait le Président à chacune de ses absences, qu'elles aient été liées à ses nombreux voyages de représentation, ses vacances ou pour d'autres raisons personnelles ou de fonction. Il est par ailleurs notable qu'en tant que juge élue dès la création de la Cour, elle ait participé à la rédaction des « textes secondaires » la régissant, notamment les Éléments de crime et le Règlement de procédure et de preuve. Il est permis en retour de penser que, du fait de ses hautes fonctions, son implication à temps plein dans le procès ait été parfois relative, et son rôle secondaire dans l'élaboration des principales décisions. Suite à son départ de la Cour pénale internationale, à la fin du Procès Katanga, elle a été nommée juge au sein de la Cour

595 Dissidences auxquelles Christine Van den Wyngaert aurait rétrospectivement souhaité en ajouter une quatrième en ce qui concerne la décision d'effectuer une visite judiciaire à Bogoro.

596 Nous présentons les âges des trois juges au moment du prononcé de la peine, soit le 23 mai 2014.

constitutionnelle de son pays. Francophone, siégeant à gauche de Bruno Cotte pour le public, portant systématiquement un serre-tête en toile retenant ses cheveux, ses interventions sont rares et peu appréciées par la défense, qui lui reproche un traitement trop partial des témoins, comme semblant « prendre partie ».

Christine Van den Wyngaert, soixante-deux ans, docteur en droit pénal international, a été professeur et chercheur pendant vingt ans à l'Université d'Anvers. Reconnue comme l'une des principales spécialistes belges de droit pénal et de sa procédure, détentrice de nombreuses décorations, dont quatre doctorats *honoris causa*, elle a participé à l'élaboration d'un projet de code pénal européen sous la houlette de Mireille Delmas-Marty ainsi qu'à l'élaboration de la loi de compétence universelle belge de 1993. Juge *ad litem* au TPIY et *ad hoc* à la CIJ[597] pendant deux ans, elle est élue au TPIY comme juge permanente entre 2003 et 2009, avant d'être élue à la CPI pour un mandat de neuf ans. Elle entre en fonctions le 11 mars 2009. Ayant axé sa carrière sur l'étude des droits de l'homme au sens large, elle se voit attribuer le titre de « baronne » en 2013 en récompense à cet engagement. Outre ses opinions dissidentes dans l'affaire Katanga, elle a, dans la continuité de ces dernières, émis une opinion dissidente tout aussi (re)marquée contre la confirmation des charges de Laurent Gbagbo, montrant une constance, dans son opposition à la direction prise au sein de la CPI, allant dans le sens d'une moindre exigence vis-à-vis de l'accusation, notamment en ce qui concerne l'admissibilité de la preuve. Elle est la seule des trois juges à continuer à siéger à la Cour une fois le procès terminé, et à nous y accueillir pendant les vacances judiciaires. Bilingue, bien que préférant l'anglais, elle dénote par rapport aux deux autres juges de par une rigidité empruntée, cherchant certainement à « donner corps » à sa fonction, ainsi que par une attitude perçante.

Bruno Cotte, soixante-neuf ans, diplômé de l'École nationale de la magistrature de Paris, fait partie de la première génération de magistrats français à ne pas avoir été appelée, ni pendant la Seconde Guerre mondiale qu'il ne vécut pas, ni pendant la guerre d'Algérie, où l'un de ses grands frères sert comme officier pendant sept ans. Issu d'une famille nombreuse de Lyon, il est le benjamin et a cinq frères et sœurs, une mère au foyer et un père fonctionnaire de préfecture. Après des études de droit, il entre à l'ENM suivant l'exemple d'un de ses beaux-frères, sans avoir jusqu'alors vraiment envisagé d'embrasser la carrière de magistrat. Catholique pratiquant, marié à l'âge de 22 ans à une femme protestante, il fait une carrière *exemplaire* au sein de la magistrature, dans laquelle la dimension internationale apparaît cependant, de son propre aveu, singulièrement absente. Chef de cabinet de la Direction des affaires criminelles et des grâces, substitut du Procureur à Lyon, puis secrétaire général du parquet de la cour d'appel, procureur général de la Cour d'appel de Versailles, il devient directeur des Affaires criminelles et des grâces, poste sensible et politique s'il en est, sous la gauche mitterrandienne, tout en résistant à deux alternances politiques, restant au final six ans

597 Dans le cadre de l'Affaire Yerodia.

à son poste. En 1995, occupant le poste de Procureur du Tribunal de Grande instance de Paris depuis cinq ans, où il a eu à connaître l'affaire du sang contaminé ou encore les affaires Urba et Pechiney, le ministre de la justice chiraquien Jacques Toubon lui demande de partir, vraisemblablement du fait de réquisitions déplaisantes, et pourtant mesurées, dans l'affaire de l'appartement d'Alain Juppé. Il devient avocat général à la Cour de cassation en 2000, puis président de la Chambre criminelle de la même Cour, avant d'être choisi président par *interim* de celle-ci au moment du départ de Guy Canivet. Étant seul candidat à sa propre succession, le Conseil de la magistrature lui impose un « challenger » qui emportera l'élection d'une voix. Sa présence devient dès lors quelque peu inopportune pour le nouveau Président, doté d'une expérience moindre, et candidature est alors déposée à la Cour pénale internationale. Après une « campagne » qui surprend l'intéressé par son existence même, celui-ci est élu confortablement, dès le premier tour, à la CPI. Au cours d'une carrière où il aura toujours été parmi les plus jeunes nommés à ses postes respectifs, il aura eu à connaître de très nombreuses affaires politiques, la seule étape à la Cour de cassation l'amenant à se prononcer notamment sur l'affaire de l'attentat libyen contre le DC-10 d'UTA de 1989, l'affaire Omar Raddad, l'Affaire Battisti, celle sur les chargés de mission de la ville de Paris ou encore l'affaire Hamé. Sur ces nombreux sujets éminemment politiques, Bruno Cotte ne semble au premier abord avoir jugé qu'en droit, tout en montrant un remarquable sens de l'équilibre dans ses décisions par rapport aux pouvoirs en place. L'un des faits saillants de son étape au sein de la Cour de cassation correspond aux nombreuses censures qu'il arrête pour insuffisance de motivation des décisions des juges des juridictions inférieures. À quelques semaines de son départ de la CPI, concluant dans la cohérence un parcours qui l'a toujours placé à l'intersection du politique et de la magistrature, il est chargé par la garde des sceaux Christiane Taubira de la direction d'une Commission sur la refonte du droit des peines.

Salué pour sa modestie, défini comme un « artiste du compromis » par le journal *Libération* au moment de l'Affaire Juppé[598], journal qui note par ailleurs non sans ambiguïté son « sens de l'obéissance », Bruno Cotte affirme que la constance avec laquelle sa carrière l'a amené à se placer à l'intermédiation des mondes politiques et judiciaires, sans que jamais il ne franchisse le Rubicon, est due au fruit du hasard, tout comme son choix initial de la magistrature. Façon de ne pas s'exposer, il s'est pourtant inscrit dans le sillage de trois magistrats marqués à gauche et reconnus pour un certain humanisme que l'on pourrait rapprocher des valeurs chrétiennes, Pierre Arpaillange, Pierre Truche et Robert Badinter. La bienveillance, proche de la commisération, dont il fera preuve tout au long du procès vis-à-vis des témoins, mais aussi de l'accusé, sans en revanche ne jamais tolérer la moindre atteinte à l'ordre de la Cour et à ses différentes hiérarchies symboliques et réelles, n'y sont peut-être pas étrangers, tout comme le résultat du processus, c'est-à-dire le Jugement. Sa promotion au sein de ce qui n'était pas encore l'ENM l'avait amené à fréquenter des magistrats appelés comme Procureurs en Algérie pendant la guerre, mais il n'admet aucune influence dans un aucun sens à

598 *Libération* du 12 octobre 1995, portrait par Catherine Erhel, qui le dit à tort protestant.

cet égard. Il se dit aujourd'hui heureux d'avoir pu faire des allers retours réguliers entre l'administration de la justice et la magistrature en tant que telle, ne passant pas plus de cinq ou six ans à chaque poste. Qualifiant par provocation sa candidature à la Cour d'« imposture », il avait cependant mené une mission de médiation dès 2003 à La Haye entre le greffier français, Bruno Cathala, et les équipes de défense. Il avait par ailleurs « reçu la Cour » et ses différents corps à la Cour de cassation, et eu quelques échanges avec son prédécesseur, Claude Jorda, sans que cela ne lui donne de grande idée pratique du fonctionnement réel de l'institution. Inquiet au début de son mandat, il se saisit cependant rapidement de ses fonctions avec aisance, s'insérant dans un système marqué par une *common law* qu'il ne connaît pas sans dénoter, malgré de passagères frustrations. C'est au final, comme l'avait remarqué *Libération*, son approche apparemment technique du droit qui nous semble la plus intéressante, déguisant l'opportunité sous des constructions juridiques complexes, raffinées et donnant toujours l'impression de l'objectivité et de l'incontestable rationalité. Le brio avec lequel il exerce ainsi, et qu'il a une nouvelle fois démontré dans le Jugement de l'affaire Katanga, permet certainement d'expliquer l'absence d'écueils majeurs au long d'un parcours pourtant potentiellement explosif.

Toujours franchement impliqué dans les postes dont il s'est saisi, même ceux auxquels il ne souhaitait pas être affecté, Bruno Cotte semble mû par une véritable passion pour l'exercice du droit, multipliant après son départ les suggestions concernant l'amélioration de la Cour pénale internationale, à laquelle il reproche le caractère « complètement aseptisé » de ses salles d'audience, et également le fait que l'accusé s'y trouve sur un côté, et non en face des juges, n'intervenant ou n'osant intervenir que rarement du fait, entre autres, de cette configuration spatiale. Le juge nous a ainsi fait part de son attachement à la confrontation avec l'accusé, qu'il tient pour essentielle dans un processus que l'on devine, chez lui, tout aussi important que le résultat judiciaire en lui-même : la possibilité, par le dialogue et la confrontation avec une autorité supérieure, d'une prise de conscience par l'accusé des raisons de sa « mise en jugement » et éventuellement de sa condamnation, et ainsi peut-être, dans une perspective toute chrétienne, d'une forme de rédemption.

Loin d'avoir ressenti la moindre pression pendant les procédures, Bruno Cotte affirme s'être senti parfaitement libre, voire parfois esseulé dans des fonctions dénuées de grand encadrement. Ayant recruté un jeune chercheur en sciences sociales français pour l'appuyer sur l'analyse des faits et plus généralement de leur contexte géopolitique et anthropologique[599], il s'est par ailleurs appuyé sur une juriste spécialiste de droit

599 Il est intéressant de noter que ces analyses furent utilisées exclusivement par le juge-président, du moins selon la Juge Van den Wyngaert qui n'a pas souvenir d'avoir eu accès à celui-ci. La non-mutualisation des moyens, pourtant faibles, attribués aux juges, dénote il nous semble une conception intéressante de leur fonction, marquée par l'individualisation de leur rôle et de leur contribution à un processus théoriquement collectif, pour ne pas dire fusionnel, la Cour parlant au nom de la fiction qu'elle représente et sa parole n'ayant de portée que parce qu'elle est en tant qu'entité.

international pénal, Élisabeth Claverie. Il apparaît, au regard de ses décisions, comme plus sensible au système qu'aux individualités, à la « société » qu'elle soit naissante comme dans le cadre de la CPI ou installée dans le cadre de la France républicaine, cherchant toujours le point de compromis liant au mieux les deux, mais n'hésitant pas à pencher du côté du premier si la nécessité s'en fait sentir.

b. Le Bureau du Procureur entre démesure des moyens et difficultés de l'interprétation

Le Bureau du Procureur est, comparativement à la défense et aux Chambres, une organisation immense, pour ne pas dire tentaculaire. Le Procureur dispose de plus de 300 fonctionnaires à temps complet, parmi lesquels dix à quinze fonctionnaires de haut rang[600] sont exclusivement dédiés à chaque affaire au sein des « joint teams », comme nous l'avons précédemment indiqué – rappelons qu'une Chambre de première instance se réduit à une petite dizaine de personnes toutes fonctions inclues[601], et la défense d'une Affaire à quatre conseils et assistants[602] – en sus de bénéficier d'un *facteur temps* évidemment favorable permettant d'utiliser ces ressources bien en amont des procédures juridictionnelles.

Dans le cas de l'affaire Katanga, sept fonctionnaires de haut rang, en plus des principaux dirigeants du Bureau (Luis Moreno Ocampo, Fatou Bensouda, Béatrice le Fraper du Hellen, Michel de Smedt et Sarah Cristicelli au début du procès, ainsi que leurs assistants et conseillers respectifs) portent l'accusation et assurent le suivi des opérations d'enquête et d'analyse du terrain tout au long du procès. À ces participations à plein temps s'ajoute la participation de plusieurs dizaines de personnes de façon ponctuelle ou exclusivement concentrée sur une phase des procédures, ainsi qu'évidemment des stagiaires.

Comme l'indique le Procureur Luis Moreno Ocampo dans la présentation de ses conclusions finales, la parole qu'il porte « représente 110 États et des millions de citoyens engagés dans le reste du monde »[603]. David Hooper, dans sa déclaration de clôture au cours de la confirmation des charges, fera ce commentaire pour signaler

600 Auxquels il faut ajouter les personnels de support, ainsi qu'évidemment les contributions provenant du reste du Bureau, systématiquement sollicité pour offrir une assistance sur les procédures en cours, valider les décisions, etc.

601 Nous excluons bien entendu de cette comptabilité le Greffe, qui est au service de l'ensemble des parties – y compris le Bureau du Procureur, et non seulement des juges.

602 Au total, en 2013, selon les statistiques internes du Greffe, 29 enquêteurs professionnels sont à la disposition de l'ensemble des équipes de défense, ainsi que 156 *assistants de conseils*. 433 avocats, dont 325 hommes, provenant de 59 pays, étaient inscrits au barreau de la CPI au 31 août 2012. David Hooper : « Nous n'avons qu'une personne enquêtant pour nous ; nous n'avons pas de moyens pour avoir plus d'un enquêter. Et de fait, notre enquêteur n'est même pas un enquêteur qualifié. Il est juste ce que nous appelons une « personne-ressource ». Mais nous devons aller voir des personnes et faire nos propres évaluations. Il n'est pas qualifié pour évaluer les personnes comme témoins. » (*in International Justice Monitor*, 13 avril 2011, « Q&A with David Hooper, Defense counsel of Germain Katanga : part II)

603 Vidéo de la présentation orale du réquisitoire du Procureur, disponible sur : https://www.youtube.com/watch?v=G9hHAmd-m_M (consultée le 16 juillet 2014).

le déséquilibre des moyens mais aussi l'absence de fondements à la symétrie postulée par la forme même de l'audience : « Cela a été une expérience étrange, parfois perturbante, que de siéger à cette Cour, confronté par, je ne suis pas sûr du chiffre, douze ou treize collègues honorables, dans cette configuration spatiale pensée pour amener à la confrontation, dans laquelle nous sommes, l'accusation et la défense, installés les uns face aux autres, plutôt que face au Siège auquel nous devrions nous adresser »[604].

Eric Macdonald a été tout au long du procès, sous la tutelle de Luis Moreno Ocampo et Fatou Bensouda qui prononcèrent les déclarations d'ouverture et de conclusion de l'Affaire, la face visible de l'accusation[605]. Quarantenaire, avocat diplômé de l'Université d'Ottawa en 1989, il commence sa carrière à l'échelle nationale, d'abord au sein de la province du Québec comme Procureur, puis à partir de 1997 au niveau national, au sein des services d'enquête fédéraux à Montréal. Il affirme avoir offert ses services à différentes instances de droit international pénal, à commencer par le TPIY, dès 1996. Il quitte l'administration canadienne et passe un an à la Mission des nations unies pour le Timor Oriental (MANUTO), au sein de l'Unité des crimes graves, entre 2002 et 2003. Il y est l'un des fonctionnaires internationaux chargés d'enquêter sur les crimes commis en 1999[606]. La partialité de l'instance, l'absence de soutien de l'ONU et des autorités locales, et le peu de moyens attribués à la défense firent de ce processus un échec très largement critiqué[607]. Aucune information n'est disponible sur le temps passé entre cette expérience visiblement non concluante et son recrutement en 2005 au sein du Bureau du Procureur, alors que l'institution doit s'adapter au départ programmé de Serge Brammertz, appelé à devenir Procureur du TPIY. Une fois recruté, Eric Macdonald s'y occupe dans un premier temps des poursuites contre la LRA puis, faute d'avancées sur ce dossier, de la République démocratique du Congo. Sans expérience du continent africain, du droit international pénal ni, plus généralement, d'expérience internationale à l'exception de cette année passée au sein de la MANUTO, il devient le premier responsable opérationnel du deuxième procès de la Cour pénale internationale.
Anglophone, son français est bon mais parfois hésitant et peu précis en ce qui concerne des termes juridiques, fruit certainement du bilinguisme de l'Affaire, et l'amenant à plusieurs reprises à utiliser des termes isolés en anglais. Le substitut du Procureur bute

604 Déclarations de clôture de la défense lors de l'audience de confirmation des charges, 16 juillet 2008, visibles sur le lien suivant à partir de la huitième minute : https://www.youtube.com/watch?v=aGQIz_R3Y4Q&index=6&list=PLz3-Py_E3klDmKZrKIfM430gMhbnLGQHo (consulté le 17 juillet 2014).

605 Les autres substituts, notamment Gilles Dutertre, magistrat français, Cynthia Thai, procureur américaine, et Lucio Garcia, avocat canadien francophone, ont joué un rôle moins important, en prenant le relais sur certaines phases du procès. Fabricio Guariglia représenta lui le Bureau du Procureur dans le cadre des appels.

606 Eric Macdonald n'ayant pas voulu donner suite à nos demandes, ces informations s'appuient sur différents recoupements effectués à partir de sources publiques.

607 Voir à cet égard Reigner, C., « Etude de cas des tribunaux hybrides : les processus relatifs aux crimes graves au Timor-Leste en perspective », *International center for transitional justice*, rapport (46 pages, 2006) et Andrieu, K., *La justice transitionnelle,* Paris, Gallimard, 2012, pages 277 à 290.

plusieurs fois sur des termes mais tient cependant à confronter lors de ses interrogatoires les témoins de la défense dans des langues qu'ils comprennent directement. Agressif, souvent suffisant, comme d'autres membres du Bureau du Procureur[608], ayant des gestes d'agacement ou de fatigue lorsque les réponses ne lui conviennent pas, il fait face à une défense formellement toujours correcte mais qui ne fait pas de concessions, et à un accusé extrêmement concentré et présent, prenant systématiquement des notes, montrant à plusieurs reprises son implication dans le procès et décrit comme « très, très intelligent » par le juge président Bruno Cotte.

c. La défense, parent pauvre de l'institution

La défense de Germain Katanga est incarnée au sein de la Chambre par David Hooper, conseil principal de Germain Katanga[609]. Avocat anglais n'utilisant quasiment jamais le français, expérimenté, passé par l'un des plus prestigieux *college* de Cambridge, il dénote lors des débats par un port, une gravité particulières et, disons-le, des cheveux blancs et nourris qui le rapprochent certes du juge-président, mais le distinguent de la relative jeunesse du reste des équipes et en particulier du Bureau du Procureur. Sec et distant dans ses prises de parole, il tranche avec les avocats de Mathieu Ngudjolo qui tonnent à son côté, parlant eux en français, n'attendant pas les résultats des traductions, s'exprimant avec emphase et puissance.

David Hooper lui, sans hésiter à se montrer sévère, fait le jeu de la Cour, se montrant particulièrement respectueux auprès des juges et ne s'attaquant pas particulier à la préséance que s'attribue l'accusation du fait de son statut particulier. Il n'en est pas moins capable de réquisitoires durs mais formellement inattaquables, tranchant parfois avec les risques que prennent les avocats de Ngudjolo, souvent plus proches d'une défense de rupture. David Hooper n'hésite pas, en effet, à s'exposer plus, à avancer de longs arguments pour traiter de questions dont il dit pourtant qu'elles ne le concernent pas, la charge de la preuve reposant sur l'accusation. Tandis que la défense de Ngudjolo n'hésite pas à remettre en cause le fait même que leur client soit présent à La Haye tout en dénonçant la vacuité du dossier, David Hooper préfère rappeler le rôle de chacun, tout en se refusant à simplement pointer les faiblesses du dossier adverse. Ainsi, lors de la confirmation des charges, par un effet rhétorique qui a peut-être joué contre sa faveur, il explique légèrement bonhomme que « Germain Katanga

608 Ainsi Lucio Garcia, l'un des substituts de l'Affaire, s'étonne-t-il un jour que l'un des témoins congolais de la défense n'ait pas « suivi les procédures menées ici à la Cour » alors qu'il est juriste et qu'il le contre-interroge, soupçonnant une collusion avec un autre témoin de la défense, tandis que le témoin interrogé assure ne pas connaître le contenu de sa déclaration. La vidéo qui présente ce témoignage n'avait pourtant fait, trois ans plus tard, le 4 septembre 2014, que 390 vues (voir affaire Katanga et Ngudjolo Chui : procès, témoins, 30 mai 2011-10 juin 2011, IntlCriminalCourt, mise en ligne le 15 juin 2011, youtube.com, minute 11:30).

609 À celui-ci s'ajoutent Andreas O'shea (qui a remplacé Göran Sluiter) et Caroline Buismans en tant que conseils adjoints, ainsi que Sophie Ménégon (Case Manager) et Jean Logo Ndegatchu, ce dernier servant d'appui à Caroline Buisman, et plus largement à l'ensemble des équipes dans leurs enquêtes sur le terrain.

était peut-être, ou peut-être pas, à Bogoro », mais qu'il revenait à l'accusation de le prouver, ce qui n'avait pas été fait.

L'utilisation de l'anglais par David Hooper a créé une distance fondamentale dans le procès. En effet, l'accusation, la défense de Ngudjolo comme la Chambre se montraient disposées à utiliser en tous temps le français. Si David Hooper avait parlé ou choisi de s'exprimer en français, les traductions anglaises, toujours présentes, n'en auraient pas moins joué un rôle marginal au sein des procédures, n'étant utilisées que par les membres « secondaires » tant de l'équipe de défense que de l'accusation – si tant est que ces équipes auraient alors choisi d'intégrer des personnes ne comprenant pas le français. Les conséquences auraient été multiples, malgré les nécessaires traductions en lingala : accélération des procédures, interactions directes entre les différents acteurs et dès lors plus fluides, problèmes d'interprétation des termes et propos moindres, etc. Germain Katanga nous a expliqué ce qui l'avait amené a faire le choix d'un conseil de langue anglaise avec lequel il ne pouvait pas *a priori* s'entretenir directement, du moins pendant la première phase du procès : Thomas Lubanga, qui avait souhaité s'adjoindre les services de David Hooper, lui avait fortement recommandé à la fois l'individu et le recrutement d'un avocat ayant une expérience de la *common law*. Après avoir été représenté lors de sa première comparution par le conseil principal du Bureau du Conseil Public pour la Défense à la CPI, Maître Xavier-Jean Keita, Germain Katanga s'est ainsi immédiatement dirigé vers David Hooper[610], *sachant* que des membres de l'équipe seraient recrutés du fait de leur connaissance du français, ce qui permettrait d'établir une communication plus fluide[611]. N'ayant jamais pratiqué le français comme langue d'usage, et bien qu'ayant eu sensiblement moins de cours en anglais dans le cadre de sa scolarité secondaire, la question ne revêtait à ses yeux pas de caractère primordial. N'exprimant aucun regret, il critique au contraire le choix de son co-accusé, Matthieu Ngudjolo, qui aurait selon lui choisi des avocats venant du continent africain par absence de confiance en lui-même et crainte de ne pas se sentir à l'aise avec des « Blancs », complexe qu'il a décrit comme une « maladie des Africains ».

Nous avons ici volontairement choisi de ne pas traiter deux acteurs du Procès : le Greffe et les Représentants légaux des victimes, dont le rôle a été pour le moins réduit, contrairement à certaines attentes, et malgré le droit conditionnel[612] qui leur avait été donné de déposer des éléments à charge et à décharge, dans le silence du Statut, dès l'Affaire Lubanga[613]. Ces derniers, dotés de peu de moyens et jouant un rôle

610 La demande est ainsi faite au lendemain de la première comparution, le Greffe mettant un peu plus d'un mois à permettre cette transition et à officialiser le changement.

611 Recrutement dont il ne s'est par ailleurs « pas mêlé ».

612 « Si la présentation d'une telle preuve est appropriée, si elle intervient au moment opportun ou s'il ne faut pas renoncer à l'ordonner pour d'autres raisons. » Décision relative à la participation des victimes (Chambre de première instance I, Affaire Lubanga, ICC-01/04-01/06-119-tFRA, 18 janvier 2008), paragraphe 100.

613 Décision relative à la participation des victimes (Chambre de première instance I, Affaire Lubanga, ICC-01/04-01/06-119-tFRA, 18 janvier 2008) paragraphe 108, confirmée par l'Arrêt relatif aux

proche de celui du Procureur, apportant une dimension émotionnelle supplémentaire, ont parfois apporté des éclairages sur des points de droit spécifiques. Au nombre de deux, nommés par le Greffe, l'un représentait le « groupe principal des victimes », l'autre, plus spécifiquement, les enfants-soldats. Ils portaient théoriquement la parole de 366 personnes plus ou moins directement concernées par l'attaque de Bogoro, et ayant été admises à « participer » au Procès, c'est-à-dire à être représentées. Leur présence, physiquement aux côtés du Bureau du Procureur et faisant face à l'une des équipes de défense, « incarnée » par des avocats portant la même robe que le greffe, l'accusation et la défense, est cependant le plus souvent invisible, quand elle n'est pas outrancière, comme lorsque l'une des représentantes déclare lors de la confirmation des charges : « Le massacre de Bogoro a été de loin supérieur aux massacres que l'on a connus au Rwanda (…), de loin supérieur aux événements du tsunami (…), de loin supérieur aux incidents du 11 septembre »[614]. Prolongeant quasi systématiquement la stratégie du Bureau du Procureur, la complétant parfois, suivant sans distance les qualifications successives des actes et des responsabilités imputées aux différents accusés sans ne jamais réellement le justifier, les représentants légaux des victimes manquent de moyens et parfois de qualifications, ne cessant d'invoquer la légitimité qui leur proviendrait directement de Bogoro pour parler au nom de plus de 300 personnes dont on ne sait *in fine* rien des attentes ou même de leur connaissance réelle des procédures et des accusés, se montrant souvent plus durs que l'accusation contre Germain Katanga ou différents témoins, qu'ils ont le droit d'interroger sur des points très particuliers et de façon le plus souvent marginale, après que l'accusation, la défense et la Chambre l'ont fait[615]. Il faut rappeler que contrairement à l'accusation et à la défense, les représentants légaux des victimes ne sont pas *parties au procès*, mais « participants ». Leur Statut fait l'objet de développements au sein du Statut de Rome dans le même article que les témoins, qualifiés eux aussi de participants[616].

Quant au Greffe, dont le rôle est quasi exclusivement limité à celui d'une assistance technique et sécuritaire, il est à noter que trois greffiers se seront succédé entre l'arrivée de Germain Katanga à La Haye et la conclusion de son procès. Ses représentants, qui annoncent l'arrivée des juges et leur départ, s'assurent de la bonne gestion des procédures, de l'accueil et de l'accompagnement des témoins ou encore de la présentation et de l'archivage de l'ensemble des documents présentés en audience, se contentent de satisfaire aux exigences administratives de la Cour et au bon déroulement des séances

appels interjetés par le Procureur et la Défense contre la Décision relative à la participation des victimes rendue le 18 janvier 2008 par la Chambre de première instance I (Chambre d'Appel, Affaire Lubanga, ICC-01/04-01/06-1432-tFRA, 11 juillet 2008) paragraphe 109 : « Concernant la troisième question posée en appel, la Chambre d'appel confirme la décision de la Chambre de première instance selon laquelle les victimes participant au procès peuvent, en principe, produire des éléments de preuve touchant à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusé et contester l'admissibilité ou la pertinence d'autres preuves. ».

614 Conclusions finales des représentants légaux des victimes, visible sur la vidéo suivante : https://www.youtube.com/watch?v=aGQIz_R3Y4Q&index=6&list=PLz3-Py_E3klDmKZrKIfM430gMhbnLGQHo (consultée le 17 juillet 2014).

615 Le Jugement revient sur leur rôle, pages 25 à 27, paragraphes 31 à 36.

616 Article 68 du Statut de Rome.

d'un point de vue matériel. Si de nombreuses difficultés se font jour pendant le procès, notamment en ce qui concerne des problèmes de traduction, ou d'archivage et de transmission des documents, ceux-ci sont le plus souvent parfaitement mineurs et ne troublent que rarement le déroulé des procédures.

C'est donc au total une quarantaine de personnes provenant toutes, à l'exception des accusés, de classes sociales dominantes dans leurs pays et ayant eu à un niveau ou un autre une expérience « internationale » avant leur arrivée à La Haye, c'est-à-dire d'un extérieur le plus souvent *semblable* en termes d'extraction sociale, de valeurs et de codes adjacents à celui qui avait été le leur dans leur pays d'origine, qui se sont partagés l'espace de cet étrange dispositif, pendant 269 jours, soit paradoxalement bien moins qu'une année complète, répartie au total sur près de quatre ans.

B. Les principales étapes de la procédure : la difficile mise en marche d'une affaire mal engagée

1. La première comparution et la confirmation des charges

Avant que la Chambre de première instance ne soit formée par le Président de la Cour pénale internationale, l'accusé, une fois arrêté suite à l'émission d'un mandat délivré par la Chambre préliminaire (après qu'elle a établi qu'il existe des « motifs raisonnables de croire » qu'il a commis les crimes qui lui sont reprochés par le Procureur et que l'émission d'un mandat d'arrêt apparaît nécessaire[617]), l'accusé donc est présenté pour sa première comparution devant la Chambre préliminaire, afin de s'assurer qu'il s'agit de la bonne personne qui a été arrêtée, que ses droits ont été respectés au moment de son arrestation et de son transfert et, finalement, afin de lui communiquer les charges[618]. Par la suite, l'audience de confirmation des charges marque le véritable début des procédures juridictionnelles au sein de l'institution. La décision prise par la Chambre préliminaire à l'issue de cette phase détermine l'ouverture ou non du procès et/ou le rejet des charges émises par le Procureur.

617 En application de l'article 58 du Statut de Rome, et en particulier l'article 58-1-a. Alternativement, et seulement sur demande du Procureur, une citation à comparaître, libre, peut être émise en application de l'article 58-7. Pour les fonctions de la Chambre préliminaire, voir Schabas, W., *The International Criminal Court : A commentary on the Rome Statute,* Oxford, Oxford University Press, pages 695 à 714 ; Triffterer, O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden Baden, Beck/Hart, 2008, pages 1133 à 1145 ainsi que Jorda, C., Saracco, M. « The Raison d'être of the Pre-trial Chamber of the International Criminal Court », in Decaux, E., Dieng, A., Sow, M. (dir.), *Des droits de l'homme au droit international pénal : études en l'honneur d'un juriste africain, feu le juge Laïty Kama*, Leiden, Martinus Nijhoff, pages 419 à 435.

618 En application de l'article 60 du Statut de Rome. La personne peut alors demander à être mise en liberté provisoirement, dans l'attente de son jugement.

Ces deux étapes ont correspondu aux deux premières rencontres de Germain Katanga avec la Cour pénale internationale, physiquement mais aussi intellectuellement. M. Katanga ne découvre en effet l'existence de la Cour pénale internationale qu'une fois mis aux arrêts à Kinshasa. Le transfert de Thomas Lubanga – qu'il a connu à la prison centrale de Makala – à La Haye fait l'objet de comptes-rendus télévisuels qui montrent des images d'une institution dont il n'avait jamais entendu parler en Ituri, et dont il dit n'avoir eu des échos qu'à partir de 2005. Interrogé sur ce que la Cour pouvait représenter pour lui pendant son emprisonnement congolais, il affirme qu'elle donne l'idée d'un haut lieu de justice, le « top de la justice, là où il n'y a pas de corruption, de faux témoignages, où tout mensonge peut être immédiatement décrypté ».

> « Je croyais que tout le monde était soumis à un détecteur de mensonges qui permettait de savoir exactement la vérité à la CPI. Je pensais aussi que tout le monde logeait dans le bâtiment de la Cour pénale internationale, que je trouvais immense. Les agents de sécurité qui étaient là, les gens… On voyait une véritable organisation. Et tout le monde pouvait dire que c'était normal que Lubanga réponde aux actes qu'il avait commis. Mais avant 2006, je ne savais pas ce qu'était la Cour pénale internationale. En Ituri, on faisait dix kilomètres pour voir les matchs de la CAN[619]. À Aveba, les seules radios qui nous arrivaient étaient les radios musicales de l'Ouganda et de la Tanzanie, qui passaient de la musique congolaise. La radio Candip[620] n'arrivait pas à Aveba, je ne pense pas que Radio Okapi y arrive même aujourd'hui[621], et il fallait des batteries, du matériel que nous n'avions pas pour RFI et les autres radios internationales. Hier encore j'ai parlé à un de mes correspondants en Ituri, il ne savait pas que j'avais été condamné. Dans ma collectivité, on ne sait pas où je suis. »

a. La « remise » à la Cour de l'accusé et sa première comparution

Germain Katanga est « remis à la Cour », pour reprendre l'expression du Jugement, le 17 octobre 2007. Il arrivera à La Haye le jour suivant. Il fait de ce processus la description suivante :

> « On m'a fait sortir de la Prison centrale de Kinshasa, sans me dire où aller, vers 9h30 ou 10h. On m'a dit qu'on irait voir le directeur. Je prends une douche, on me demande de mettre mon uniforme de Général[622]. Un capitaine me prend, un véhicule m'attendait, on me dit toujours rien. La libération était probable, ou un transfert pour commander une opération militaire, je pensais que j'allais être réhabilité. Ca se passait comme ça : on se faisait emprisonner parce que nos ennemis avaient gagné, on attendant qu'un changement politique nous permette de nous libérer, ou qu'on ait besoin de nous. C'est comme ça au Congo, en Afrique : la politique change, on vous récupère. Non je n'avais jamais eu

619 Coupe africaine des nations, lors de laquelle s'affrontent les équipes nationales de football du continent, tous les quatre ans.

620 Radio catholique.

621 Radio créée par la MONUSCO.

622 Notons que Germain Katanga ne semble avoir jamais pris conscience du degré de manipulation dont il avait alors fait preuve, et ne mentionne ce fait *qu'en tant qu'il a été vecteur* d'une profonde humiliation, en ce qu'il le laissait espérer une réhabilitation tant attendue.

> peur de passer ma vie en prison, c'était *normal* qu'on me libère à un moment ou un autre. On ne m'avait jamais accusé de quoi que ce soit d'ailleurs, du moins formellement. »
> « Je ne suis pas menotté, je suis bien traité. Je pense qu'on m'amène à un ministère. On arrive dans une zone que je n'ai jamais fréquentée, où on m'informe qu'il s'agit de l'auditorat[623]. On me case dans une petite paillote, avec une chaise, un matelas, sale, petite. On m'a laissé là jusqu'à 16h, on ne me laisse pas sortir pour faire mes besoins ni rien. Un colonel est arrivé, m'a appelé dans son bureau, où il m'a demandé de décliner mon identité, ce que j'ai refusé de faire, puisqu'il était d'un rang inférieur. Il a insisté, j'ai alors demandé un avocat. Vers 16h30, mon avocat arrive. Il n'était au courant de rien. Le colonel me demande alors : « est-ce que tu acceptes d'être transféré à la CPI ? ».
> J'ai tout de suite répondu « volontiers ». On ne m'avait pas laissé manger, fumer, boire, faire mes besoins… rien. J'étais prêt à lâcher, je n'avais plu aucun contrôle physique, j'ai perdu tout sens physique. Je n'en pouvais plus, je ne pouvais pas aller au-delà. Je n'ai pas eu besoin de consulter mon avocat. »

Quand il est interrogé sur d'éventuels regrets face à une décision surprenante, prise subitement, sans la moindre réflexion ni temps d'attente, Germain Katanga insiste longuement sur son *incapacité physique* à dire autre chose, rappelant la contrainte physiologique qui lui semblait insurmontable, semble refouler l'importance du moment, et le contraste avec la légèreté avec laquelle tout semble s'être passé, voire le côté trivial des facteurs ayant emporté une décision d'une telle dimension. C'est seulement après notre insistance, après lui avoir rappelé qu'il n'avait cessé de dire qu'il n'avait jamais même envisagé, tout au long de sa détention et évidemment avant, la possibilité d'être un jour transféré à la CPI (« j'étais général, j'avais une justice militaire de mon pays, la Haute Cour militaire, je ne crois pas au fait qu'ils ne pouvaient pas me juger, aller dans le Walendu-Bindi : il n'y a pas besoin d'armée pour aller dans le Walendu Bindi, on a toujours été du côté du gouvernement, toujours, on s'est toujours battus contre Bemba, Lubanga, Mbusa… sans rien demander en retour. Je pensais que le prochain devait être Jean-Pierre [Bemba], Museveni, Kagamé… je pensais qu'ils allaient le faire. Je ne me posais aucune question par rapport à moi ».) qu'il lâche, sans s'étendre :

> « quand je vois les étapes, quand je vois que j'ai été coupable avant d'être jugé, avant même d'être emmené ici… je n'avais pas ce sentiment à l'époque. J'ai beaucoup subi, beaucoup d'humiliations, beaucoup de discriminations. ». « Je n'ai pas regretté, je n'ai jamais interrogé ce « volontiers ». Je ne comprenais pas ce qu'il se passait. Je ne savais pas ce que « La Haye » était. »

Germain Katanga poursuit la description du processus :

> « Après le « volontiers », on m'a demandé de signer un document, auquel j'ai rajouté une annexe exigeant d'être accompagné d'un avocat. On m'a renvoyé dans ma « cabine ». J'ai redemandé à faire mes besoins, à pouvoir marcher, on ne m'a pas autorisé. Je suis resté là, sans nouvelles, jusqu'à 22h. Une voiture de l'Onu est alors rentrée, conduite par des tunisiens je crois, on m'a donné un

623 Auditorat militaire, il s'agit de la juridiction militaire chargée notamment de poursuivre et de juger les hauts gradés.

> gilet pare balles bleu et on m'y a mis dedans. La jeep est repartie vers l'aéroport, on m'a mis dans un avion Falcon néerlandais. Pour la première fois de ma vie, on m'a mis des menottes. On est arrivé à l'aéroport d'Amsterdam, puis on m'a nouveau transféré. Sur le trajet, je regardai les immeubles, je ne ressentais rien. On m'a amené au centre de détention. A l'arrivée, j'ai réussi à qu'on me laisse parler à ma femme. En lui expliquant, j'ai senti que j'allais la perdre, qu'elle allait mourir. Je ne l'avais pas revue ni lui avais reparlé depuis mon départ d'Aveba [trois ans auparavant]. Je l'ai revue le 6 novembre 2008 [un an plus tard] seulement, après une longue lutte.
>
> A la prison, on a commencé à me poser des questions, à me demander de signer des documents. J'ai demandé à ce qu'ils me laissent dormir, je leur ai dit que je signerai tout ce qu'ils voudraient le lendemain. On m'a posé la question la plus étrange qu'on m'ait jamais posé : acceptez-vous d'être avec Thomas Lubanga ? En arrivant, il a été le premier à venir m'embrasser, et à me rassurer[624]. »
>
> « Je suis allé dormir dans ma cellule. Puis, le soir Thomas Lubanga est venu me réveiller. M. Taylor est venu, je ne comprenais rien à ce qu'ils disaient. On l'avait déjà vu à la télévision. C'était l'heure du diner. Ils m'ont amené au réfectoire. J'ai mangé sans appétit. J'étais comme dans l'instant présent. Je suis rentré dans ma cellule, j'ai commencé à lire les notes administratives, je me suis immédiatement plongé dans « ça ». J'ai commencé à poser des questions à Thomas. Je ne comprenais pas pourquoi on parlait de Bogoro, je pensais qu'ils s'étaient trompés de personne, qu'il y avait eu erreur dans le transfert. ».

Germain Katanga ne comparaît pour la première fois que le 22 octobre 2007 devant la Cour, soit cinq jours après sa remise à la Cour.

> « Mon premier souvenir de la salle d'audience, c'est que j'ai été effrayé, intimidé par les procédures humiliantes avant même d'y rentrer. Fouille intégrale, sous la langue. Je connaissais ça pour la première fois. J'étais vraiment impressionné. Xavier-Keïta, Melinda Taylor et un congolais essayaient de me rassurer avant de rentrer dans la salle, de me *mettre à l'aise*. Je les avais rencontré la veille dans ma cellule, c'est là que j'avais lu mon mandat d'arrêt pour la première fois. Je savais dès le départ que je n'étais pas impliqué dans ce qui était discuté, tout était vraiment très étrange, d'abord parce qu'on mettait en avant les crimes de Bogoro, alors qu'il y avait eu des événements beaucoup plus graves : Nyakunde, Irumu, Sangolo etc. J'étais convaincu qu'il n'y avait pas eu de crimes à Bogoro. J'étais passé quelques jours après l'attaque, et j'avais parlé avec les habitants. Des violences beaucoup trop graves, j'en avais vu ailleurs, par les « alliés », mais aussi par les combattants, mais là, je pensais vraiment qu'il n'y avait rien eu. Et ensuite, je savais très bien qui avait dirigé l'attaque de Bogoro : c'était le commandant de l'APC Blaise Koka. C'était lui qu'il fallait arrêter, avec Mutamba. Je n'arrêtais pas de me demander : « est ce que les gardes de Kin se sont trompés ou quoi ». Je n'avais même pas été là-bas ! A Kinshasa, on m'avait demandé, le 20 janvier 2006 à quelles attaques j'avais participé, et j'avais cité Bogoro, mais on m'avait pas demandé de dates précises. J'avais participé à une attaque en mars/avril 2003, avec les ougandais, très rapide, sans presque d'affrontements. Je ne comprenais rien. »

624 « Ils avaient peur que parce qu'il était Hema, je ne souhaite pas être avec lui. Mais qui étais-je pour demander qu'il vive ailleurs ou qu'on nous sépare ? ».

> « La première comparution, c'était un vrai spectacle. C'est du spectacle, un copier coller de Hollywood, un film. Tout le monde est vêtu comme un corbeau ! Moi je ne comprends pas, je n'ai jamais vu des déguisements pareil. Vous êtes le seul à être habillé normalement[625]. Ensuite, il s'agissait d'une affaire congolaise, et il n'y avait même pas un seul vrai congolais, nulle part. Je m'attendais à voir une majorité de congolais, à que ce soit des congolais qui s'en occupent, au moins des africains. Mais non. Dès le premier jour, ça a vraiment été très étrange. Et puis il y a eu ça. Les gens ont dit que le procès serait traduit en swahili, puisque j'étais congolais, je parlais swahili. Et là je me suis dit « ils ne sont pas sérieux, c'est pas possible ». Le Procureur insiste en disant que je *peux* parler le Swahili, alors que personne ne parle le Swahili au Congo, dans le meilleur des cas on y parle un sous dialecte du swahili ! Ils ne connaissent pas la différence entre le Kingwana et le Swahili ! Alors là j'ai tout de suite compris. Je ressens que c'est une mise en scène. Il y a un adage congolais qui aurait bien résumé la situation (…) et je comprends qu'il s'applique parfaitement : je suis arrivé dans un endroit où quelqu'un qui m'accuse paye mon avocat, me nourri, me garantie ma survie. Comment est ce que je vais m'échapper de ses griffes ? C'est impossible. Je ne vais jamais sortir. »
> « J'étais effrayé, je tremblais à l'idée qu'on me pose à question à laquelle je ne saurai pas quoi répondre. »

Quelle que soit la dimension instrumentale de son témoignage, il est troublant de remarquer la violence du contraste entre l'idée que se faisait Germain Katanga d'une Cour avec laquelle il n'entretenait d'abord aucun rapport, mais qu'il tenait comme, pour la plupart des « profanes », un lieu idéel de la justice, et la violence et la rapidité avec laquelle cette conception s'effondre, dès sa première interaction avec elle, sans la moindre transition. M. Katanga poursuit :

> « dès que j'ai vu le mandat [d'arrêt], j'ai perdu tout respect pour la Cour. Je ne me suis jamais baladé à Bogoro mais un marché avait été ouvert au rond-point, et je m'y étais arrêté deux fois pour prendre les navettes. Personne n'y avait jamais parlé de fosses communes que mentionnait le Procureur, je savais où avaient été enterrées les personnes, et donc qu'il y avait eu un nombre de morts limités. C'était impossible que trois cent personnes aient été tuées pendant cette attaque sans avoir été enterrées dans des fosses. Et puis le ministre congolais des droits humains avait fait une intervention à la radio où il disait que les loyalistes avaient récupéré Bogoro contre l'UPC sans morts de civils. »[626]

Le choc que constitue un déplacement soudain, impréparé et impensable, à La Haye, semble s'être traduit dans une amnésie traumatique relative à tout ressenti pendant cette phase. Il faut mesurer l'ampleur de ce *déplacement*, déjà considérable pour tout « grand homme » ayant eu l'opportunité de se confronter à d'autres civilisations et pouvant s'être préparé à ce destin, chez un homme qui s'attend à être « enfin » libéré après trois ans de détention sans charges, à qui l'on demande de mettre pour l'occasion

625 A-t-il pensé à « la proie » ?

626 « On a arrêté un Lendu Nord, un Lendu Sud, un Héma. Il fallait que M. Kabila ne s'expose pas, il s'est couvert en disant qu'il ne savait rien. Il est comme tous les présidents africains, il l'est parce que la communauté internationale l'a voulu, il n'a pas eu de pouvoir de décision. »

un uniforme de Général qu'il n'avait porté qu'une fois auparavant, et qui, après un traitement plus que correct lors de la première phase de sa détention, se retrouve soudainement soumis comme un justiciable sans droits, et littéralement trimballé d'un lieu à l'autre, parcourant des milliers de kilomètres et assistant à sa déchéance brutale dans une impuissance complète. La mise aux arrêts à Kinshasa n'était ainsi, contrairement à ce que l'on aurait pu penser, ni une dégradation, ni une source d'angoisse majeure, tant elle semblait intégrée comme une étape sinon normale du moins attendue et nécessairement temporaire dans le cadre d'une carrière de toutes façons extra-ordinaire[627]. La rupture est au contraire ici totale, jusqu'à l'absurde : linguistique, juridique, temporelle, météorologique, géographique, sociale… Elle provoque, par sa brutalité et l'impréparation de l'accusé, l'émergence immédiate d'un sentiment de rejet complet qui ne se démentira plus jamais, et qui hypothéquera toute la valeur des procédures en ce qui concerne la prise de conscience et dès lors l'éventuelle réhabilitation de l'accusé.

b. Les graves insuffisances de la confirmation des charges

La procédure de Confirmation des charges[628] est menée par une Chambre préliminaire, en l'occurrence la Chambre préliminaire I, composée de trois juges issus de la Section préliminaire[629], qui ont eu à connaître des mandats d'arrêt contre Germain Katanga et son co-accusé Mathieu Ngudjolo, respectivement émis les 2 et 6 juillet 2007, et qui a mené, comme nous l'avons rappelé, la première comparution de Germain Katanga le 22 octobre 2007. Les Chambres préliminaires ont la responsabilité de l'ensemble des procédures de la première comparution jusqu'au début du procès[630].

Le début de l'audience de confirmation des charges de Germain Katanga était prévu pour le 28 février 2008, soit plus de quatre mois après le transfert de Germain

627 Le centre pénitentiaire de Makala, où s'entassent plus de six mille personnes, est pourtant décrit par Christophe Chatelôt comme « un lieu maudit (…) l'antichambre de l'enfer (…) là où croupissent les damnés de la RDC, petits ou grands criminels, auteurs de petits larcins jamais jugés ni inculpés mais oubliés là par le système, tout comme des prisonniers politiques, victimes de l'arbitraire du régime de Joseph Kabila », bien qu'un pavillon, le « 1 », y soit réservé aux militaires et politiques tombés en disgrâce, et régulièrement pillé par les autres emprisonnés. (*Le monde,* 29 novembre 2012, page 24).

628 À propos de la confirmation des charges, qui n'existait pas au sein des tribunaux *ad hoc* et qui ne fut proposée comme étape procédurale, pour la première fois, qu'en mars 1998, lors des dernières étapes de la négociation du Statut de Rome, voir, pour une présentation générale et néanmoins critique Schabas, W., *The International Criminal Court : A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pages 732 à 744 ; ainsi que Triffterer, O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers notes, article by article*, Baden Baden, Beck-Hart-Nomos, 2008, pages 1171 à 1181. Pour une évaluation de la première confirmation des charges, qui concerna l'affaire Lubanga, voir de Beco, G., « The confirmation of Charges before the International Criminal Court : evaluation and first application », *International criminal law review*, volume 7, numéro 2, pages 469 à 481 ; ainsi que pour une évaluation plus récente, De Smedt, S., « A structural analysis of the Pre-trial Chamber in the fact-finding process of the ICC », *in* Stahn, C., Sluiter, G., *The emerging practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, pages à 405 à 440.

629 Il s'agissait de Akua Kuenyehia, juge-présidente, Anita Usacka et Sylvia Steiner.

630 Articles 57 à 61 du Statut de Rome et règles 121 à 128 du Règlement de procédure et de preuve.

Katanga à La Haye. Théoriquement, ce temps est nécessaire au choix d'un conseil pour l'accusé, l'étude du dossier de l'accusation et la préparation de la défense.
L'arrestation de Matthieu Ngudjolo le 6 février et sa comparution initiale le 11 février amènent cependant la Chambre préliminaire, le 10 mars 2008, après une audience unique le 12 février et sur demande du Procureur, à joindre les affaires Katanga et Ngudjolo[631]. L'audience de confirmation des charges est ainsi décalée au 21 mai 2008, puis à nouveau, sur demande de la défense, au 27 juin 2008. La Chambre d'appel confirme la jonction des affaires le 9 juin 2008[632]. Ce n'est pourtant que le 12 juin 2008 que l'accusation présente pour la première fois un document faisant de Germain Katanga et Matthieu Ngudjolo les co-auteurs de l'attaque de Bogoro.

L'audience de confirmation des charges débute effectivement le 27 juin 2008 et se prolongera jusqu'au 16 juillet 2008. Le 22 juillet, l'accusation et les représentants de victimes ont déposé leurs conclusions finales, ce que fera la défense le 28 juillet. Ironiquement, alors qu'il s'agit d'une des seules limitations temporelles imposées par le Règlement de la Cour[633], la Chambre préliminaire se montre incapable de rendre sa décision dans les soixante jours ayant suivi la conclusion des audiences de confirmation

631 Décision relative à la jonction des affaires concernant Germain Katanga et Matthieu Ngudjolo Chui (Chambre préliminaire I, ICC-01/04-01/07-257-tFRA, 10 mars 2008). Il est intéressant de noter que dans cette courte décision, de 12 pages, apparaît un différentiel de première importance entre les versions françaises et anglaises du Règlement de procédure et de preuve. La Chambre préliminaire invoque ainsi la règle 136 du règlement, qui en anglais affirme que « persons accused jointly shall be tried together… » tandis que la version française indique que « les accusés dont les charges ont été jointes sont jugés ensemble… » Ainsi, alors que la version anglaise peut être interprétée comme amenant la Chambre préliminaire, d'office ou du moins par règle et non exception, à joindre les affaires des individus accusés par le Procureur pour les mêmes faits, la version française implique elle sans le moindre doute que c'est seulement après la confirmation des charges que peut être décidée de la jonction d'une affaire, excluant *de facto* que la Chambre préliminaire intervienne à ce stade. Les versions anglaise et française étant de valeur égale, et la version anglaise étant interprétable dans le sens de la version française – l'inverse n'étant pas vrai – c'est bien cette dernière qui aurait dû à notre sens et en suivant les règles d'interprétation énoncées préalablement, prévaloir. La Chambre d'appel s'est prononcée sur cette question, ne répondant cependant qu'à l'argumentaire de la défense de Mathieu Ngudjolo s'appuyant sur la supposée violation du « principe de légalité » par la Chambre préliminaire et sur la contestation de la validité des règles d'interprétation de la Convention de Vienne en ce qui concerne le Statut de Rome, dans une décision lapidaire rendue le 9 juin 2008 et qui, il nous semble, ne répond pas au point que nous soulevons, ayant été rédigée en anglais par une Chambre exclusivement anglophone, en s'appuyant sur les versions anglaises des différents textes et de la traduction en anglais de la requête de la défense, sans aborder à un quelconque moment la question des deux versions existantes, laissant l'inconnue sur la conscience même de cette divergence (Arrêt relatif à l'appel interjeté contre la décision de jonction des affaires concernant Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui rendue le 10 mars 2008 par la Chambre préliminaire (Chambre d'appel, ICC-01/04-01/07-573-tFRA)).

632 Arrêt relatif à l'appel interjeté contre la décision de jonction des affaires concernant Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui rendue le 10 mars 2008 par la Chambre préliminaire (Chambre d'Appel, ICC-01/04-01/07-573-tFRA, 9 juin 2008).

633 Norme 53 : « La Chambre préliminaire rend sa décision par écrit en précisant ses conclusions pour chaque charge dans un délai de soixante jours à compter de la fin de l'audience de confirmation des charges. » Il en va de même pour le Règlement de procédure et de preuve, Règles 122 et 123.

des charges, et rend publique sa décision le 30 septembre 2008, tout en antidatant les signatures de la traduction française au 26 septembre 2008[634].

Précisons dès à présent la raison de l'utilisation du singulier pour « l'audience » de confirmation des charges, alors que le processus s'est déroulé pendant un mois. Nous suivons ainsi l'usage établi par la Chambre préliminaire afin de respecter formellement le Statut, respect formel qui n'en cache pas moins la réalité : alors que le Statut de Rome mentionne sans aucune ambigüité *une* audience de confirmation des charges, dans un singulier qui indique nécessairement l'unicité de l'événement[635] (et que l'on pourrait à la rigueur imaginer comme étant exceptionnellement extensible de façon limitée) s'est mis en place à la Cour pénale internationale un « processus de confirmation des charges » impliquant *de facto* systématiquement des dizaines d'audiences.

La confirmation des charges doit amener la Chambre préliminaire à déterminer non plus s'il existe des motifs raisonnables de croire que l'accusé ou les accusés ont commis les crimes que leur impute le Procureur, mais des « motifs substantiels de [le] croire »[636]. La mise en place de trois paliers d'évaluation de la crédibilité des incriminations et des éléments les appuyant peut étonner par sa subtilité, et interroger sur l'utilité de créer de tels différentiels, avec tout ce qu'ils peuvent impliquer en termes de ressources utilisées pour les définir, les distinguer, etc. Sur cet aspect, l'affaire Katanga n'a pas amené d'importantes évolutions jurisprudentielles, la Chambre préliminaire s'appuyant sur la décision de confirmation de charges de l'affaire Lubanga pour appliquer ses critères d'analyse des éléments de preuve ainsi que pour déterminer si elle devait la crédibilité de ces éléments et leur valeur un à un ou comme un tout[637]. Il est

634 Décision relative à la confirmation des charges (Chambre préliminaire I, 30 septembre 2008, ICC-04-01/07-717-tFRA-Corr). Les signatures de la version anglaise sont elles datées du 30 septembre, et ce alors que la décision a été prise en anglais. Il est possible que la version anglaise que nous possédons soit une version préalable à la modification de la date de signature, où que l'opération visant à « légaliser » la décision ait été le fait du zèle du Greffe ou des traducteurs.

635 Et qui est repris dans le Règlement de la Cour, qui précise bien en ce qui concerne par exemple *les* conférence*s* de mise en état lorsqu'il s'agit de traiter d'une phase du procès contenant divers événements.

636 Article 60-7 du Statut de Rome.

637 Décision relative à la confirmation des charges, page 24, paragraphes 65 et 66. Ce dernier élément est important en ce qu'il a dispensé la Cour d'évaluer individuellement la valeur probante des éléments de preuve admis, contrairement à ce que lui demandait la défense, et a ainsi pu s'appuyer sur des éléments individuels pour justifier son raisonnement dont la valeur probante plus ou moins limitée n'était pas évaluée, tout en n'effectuant *in fine* qu'une évaluation globale de ces éléments. Refusant de s'imposer un standard particulier, la Chambre, dans son paragraphe 70 (page 25), indique simplement qu'elle utilisera « avec prudence » les éléments de preuve dont « toute ou partie » ne contiendrait « que des preuves indirectes émanant de sources anonymes ou présentant des contradictions ». Cette forme d'évaluation qui donne une grande autonomie à la Chambre, d'autant plus que son évaluation de l'admissibilité et de la valeur probante des preuves peut être réévaluée par la Chambre de première instance, s'inscrit dans la droite ligne de l'article 69-4 du Statut et la règle 63-2 du Règlement de Procédure et de preuve régissant cette question et indiquant que la Chambre évalue librement les éléments de preuve à ces égards. Cette évaluation inclue la question de la fiabilité dans l'évaluation de l'admissibilité (page 28, paragraphe 78).

cependant d'ores et déjà notable de rappeler que, outre une temporalité dépassant la moyenne de nombreux procès en assises à l'échelle nationale, la décision de confirmation des charges s'est caractérisée par sa longueur : 243 pages, sans compter les annexes, ce qui dépasse certains jugements des TPI[638]. Nous verrons que les raisons de cette longueur sont loin d'être liées à l'Affaire en elle-même.

Les audiences de confirmation de charges ont paradoxalement, au regard de la faible durée de l'étape procédurale, peut-être été celles lors desquelles la progression de l'Affaire s'est trouvée le plus entravée par des questions de procédure, notamment liées aux questions d'expurgation des documents, d'admissibilité de nombreux éléments de preuve (selon leur forme d'obtention, la nature et la crédibilité de leur source, leur support, leur rapport direct ou « par analogie » aux événements et actes incriminés, leur caractère primaire ou secondaire, etc.)[639], mais aussi à la volonté exprimée par Germain Katanga, qui alléguait implicitement un sentiment dépressif lié à l'impossibilité pour sa famille de venir le visiter, de ne pas assister à une grande partie des procédures. Il nous expliquera avoir voulu imposer un rapport de force, qu'il remportera finalement, afin d'obtenir de revoir pour la première fois en quatre ans sa femme et ses enfants.

> « Je n'avais pas d'argent, je ne pouvais pas organiser les visites de ma famille. Il leur fallait des passeports qui sont fournis à Kinshasa, où ils étaient dans l'impossibilité de se déplacer faute de moyens. Mon papa qui devait assister ma femme, était entre temps devenu la cible de pillages suite à mon départ et avait perdu toutes les richesses et les animaux qui faisaient vivre ma famille. »

L'administration de la Cour ayant été pensée pour des personnalités aux ressources financières et aux appuis importants, Germain Katanga s'était retrouvé, faute de moyens, dans un isolement complet qui ne s'est guère démenti par la suite, le Greffe n'autorisant et ne finançant par la suite qu'une visite annuelle de sa femme et de ses enfants, qui constitueront comme nous l'avons dit ses seuls visiteurs à notre exception en plus de dix années de détention consécutives[640].

638 Dont 52 pages exclusivement liées à l'évaluation des éléments de preuve présentés par les parties et des critères à mettre en œuvre, évaluation et critères qui nous le rappelons ne valent que pour cette phase du procès.

639 Notamment en ce qui concerne un procès-verbal de Germain Katanga établi en RDC sans la présence d'un avocat, que la Chambre préliminaire considérera comme admissible en s'appuyant sur la jurisprudence de la CEDH faisant de l'absence d'un avocat aux stades préliminaires de la procédure un élément compatible avec le respect des exigences du procès équitable. Tout en se refusant, d'évidence, à appliquer ce critère aux procédures devant la Cour, la Chambre préliminaire a considéré, dans la droite ligne de la CEDH, qu'il appartenait aux États-membres du Statut de Rome de choisir leur système à cet égard, et qu'en somme cela n'affectait pas l'admissibilité de l'élément de preuve ainsi obtenu. Voir pages 28 à 35, paragraphes 79 à 99. Il est à noter que le procès verbal ayant été retiré du dossier de l'accusation, bien qu'utilisé par le représentant légal des victimes, le long développement de la Chambre préliminaire a certainement eu pour objectif principal de trancher cette question en droit dans une perspective de construction jurisprudentielle et de « court building », pour reprendre l'expression très souvent utilisée par les fonctionnaires de l'institution.

640 Germain Katanga nous a longuement détaillé, à notre demande, les conditions de vie au sein du centre de détention de la CPI. Loin d'être luxuriantes, elles semblent correspondre à un idéal de prison moderne occidental, à quelques détails près. « Le lieu où nous sommes [une salle d'environ

Bien que la Chambre préliminaire ait à plusieurs reprises nié explicitement que la phase de confirmation des charges soit un « mini-procès », il reste que celle-ci permet d'aborder de nombreuses questions qui ont par ailleurs occupé le procès. Il en va notamment, et outre les questions procédurales déjà abordées, de la question de la qualification du conflit en Ituri à l'époque des faits en tant que conflit international[641].

Mais le point central a bien entendu trait, à partir de l'étude des éléments de preuves et témoignages admis, à l'analyse des charges amenées par l'accusation et leur *confirmation* ou non. Partie centrale de la décision de confirmation des charges, elle consiste pour chacune des incriminations en une définition des éléments objectifs et subjectifs appelés à appuyer celles-ci, ou les contredire dans le cas des éléments de la défense, et une évaluation afin de déterminer si les éléments présentés sont suffisants pour donner « motif substantiel de croire » que les crimes dont sont accusés Germain Katanga et Matthieu Ngudjolo ont été commis dans le cadre spatio-temporel défini par les charges. Ce n'est qu'à la suite de cette première analyse que le raisonnement s'attaque à la responsabilité pénale des accusés, pour en interroger notamment la forme (auteur direct ou indirect, complice…). Il faut noter qu'en l'espèce la Chambre préliminaire, suivant l'accusation, confirma les charges sous le mode de responsabilité de co-auteurs indirects[642], c'est-à-dire ayant commis un crime par l'intermédiaire d'une autre personne, et cela sans que soit apparue nécessaire l'évaluation de la responsabilité de l'intermédiaire en question, ou même, plus questionnable, l'identité, la fonction voire plus vaguement au moins le rôle, notamment hiérarchique, de cet ou de ces

quarante mètres carrés, avec plusieurs distributeurs de boissons et de confiseries, quatre tables avec des paravents et un grand bureau pour un surveillant], nous ne sommes pas autorisés à y rester. C'est l'espace du TPIY, qui nous est prêté pour les visites. Il y a une liste d'ingrédients que nous pouvons acheter, ou alternativement des plateaux-repas… Les prix sont vraiment « cinq étoiles », alors que l'on donne à chaque détenu dix euros par semaine. Les cellules [ou nous avons été] font environ 8 m², avec un lit rétractable, un petit bureau avec un ordinateur qui ne permet que l'accès aux documents de la CPI, et une télévision avec des chaines néérlandaises et quelques chaînes satellite. Il y a deux salles communes, d'environ 30m². Une d'entre elles est un réfectoire, avec une petite cuisine, et dans l'autre, il y a une bibliothèque, mais il faut acheter ses propres livres. Il n'y avait quasiment rien jusqu'à l'arrivée de Laurent Gbagbo. Les trois quarts des livres lui appartiennent. On ne peut pas en commander. Les douches sont collectives, les toilettes individuelles. La cellule est ouverte du lundi au vendredi de 7h à 12h, puis de 13h à 17h et de 18h à 20h30. Nous sommes enfermés le reste du temps, en particulier la nuit. Le week-end, les horaires sont légèrement décalés, on est ouverts de 9h à 12h30, de 13h30 à 17h, et de 18h à 20h30. Il y a une grande salle de sport à laquelle on peut parfois accéder. Je jouais au tennis avec M. Taylor. Il m'a appris à jouer au tennis. Lubanga est maladroit. Il ne s'oblige pas à jouer. Jean-Pierre était bon joueur mais sa masse ne l'aide pas. Alors maintenant, on joue au foot ensemble, avec les gardes et parfois ceux du TPIY […]. Ici, j'ai perdu espoir quand j'ai été battu par les gardes parce que j'avais refusé de me déshabiller. C'était le 16 juillet 2008, jour de la dernière audience de confirmation des charges. Vers 20h, ils ont commencé une fouille collective. Je ne voulais pas enlever mon caleçon, ils m'ont tabassé. Les gardiens du TPIY sont venus dans le couloir, ils se sont défoulés sur moi. On a fait une pétition au greffier, mais là je me suis dit que j'étais plus vulnérable qu'en RDC. J'ai toujours cette peur. Il ya des comportements bizarres. Les gardiens ont toutes les possibilités, c'est leur royaume. »

641 Page 78, paragraphe 240.

642 Sur le fondement de l'article 25-3-A du Statut de Rome, comme nous le verrons. Page 224, non paraphée.

intermédiaires et les relations qu'ils pouvaient entretenir, de manière ascendante et descendante avec les accusés.

La Chambre s'est, pour retenir cette qualification, appuyée sur la « théorie de l'auteur derrière l'auteur, fondée sur les premiers travaux de Claus Roxin »[643] et que nous discuterons par la suite, ainsi que de son extension, la responsabilité du fait du contrôle sur l'organisation par laquelle le crime a été commis[644]. Cette analyse doit, pour être applicable, démontrer l'existence d'un appareil de pouvoir organisé et hiérarchique qui assure à la personne incriminée que ses ordres devant amener à la commission d'un crime à travers celle-ci soient exécutés avec une « quasi-certitude » par des individus interchangeables[645]. Comme nous l'avons vu, et alors qu'il est pour le moins douteux ne serait-ce que de rapprocher le FRPI de tels critères, la Chambre n'a pas hésité à retenir cet élément, par manque d'informations, de contextualisation et de connaissance à la fois géopolitique, historique et sociologique de la zone concernée. La Chambre de première instance, actant son incapacité à prouver que le FRPI présentait de telles caractéristiques, dut par conséquent abandonner ce mode de responsabilité au profit d'une forme de complicité résiduelle.

Dans sa décision de confirmation des charges, la Chambre préliminaire achevait son raisonnement en donnant, de manière abstraite, ses critères afin de définir la co-action, c'est-à-dire l'existence d'un plan commun et de contributions essentielles aboutissant aux éléments objectifs du crime, critères qui, ne s'appliquant pas à l'Affaire, comme la Chambre préliminaire elle-même l'a déterminé, ne seront pas ici traités, étant simplement présentés dans la décision dans une intention de construction jurisprudentielle *ex nihilo.* Elle s'est par ailleurs attachée à étudier les éléments subjectifs du crime, c'est-à-dire l'intention, sur lesquels nous reviendront plus en avant.

L'interprétation de la Chambre préliminaire à ce stade de la procédure est la suivante : Germain Katanga était commandant suprême du FRPI, qui était un groupe allié au FNI dont la branche armée était dirigé par Mathieu Ngudjolo[646]. Le FRPI était un groupe armé « hiérarchisé », structuré militairement, doté de camps qui coordonnaient leur actions et dont l'un d'entre eux au moins était dirigé par Germain Katanga, où il avait le pouvoir de juger et de punir[647], pouvoir qui était assuré par le fait que les

643 Page 179, paragraphe 496.

644 Là encore la Chambre préliminaire fait « œuvre de jurisprudence », traitant longuement des discussions théoriques autour de ces théories, s'interrogeant sur le degré plus ou moins moindre de culpabilité attribué par les juridictions nationales aux criminels condamnés à partir de fondements semblables… Sans que ces éléments ne semblent en rien venir intéresser la confirmation des charges proprement dite, la Chambre préliminaire en revenant par ailleurs finalement au Statut de Rome et à l'article 25-3-a pour justifier sa démarche et rejeter toute invocation à son encontre de sources similaires à celles qu'elle venait d'invoquer (pages 181 à 184, paragraphes 500 à 508).

645 Pages 186 à 188, paragraphes 508 à 518.

646 Pages 195 à 197, paragraphes 540 à 543.

647 Pages 197 et 198, paragraphe 543.

soldats étaient interchangeables, appliquant du fait d'un entraînement violent et des allégeances ethniques les ordres de façon presque automatique[648], le tout dans le cadre d'une large organisation, dotée d'au moins mille soldats[649] – dont de très nombreux enfants – et dont Germain Katanga assurait directement la « gestion »[650].

C'est dans cette configuration que Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo auraient élaboré un « plan commun » pour « effacer » Bogoro »[651] et sa population civile, principalement ciblée[652], avant de le mettre en œuvre en dirigeant leurs troupes pendant l'attaque et en fêtant sa réussite ensuite à Bogoro[653]. Il est intéressant de noter que l'interprétation de la Chambre est alors de considérer que le massacre n'a eu lieu non pas dans le « cours normal des événements », comme le retiendra la Chambre de première instance[654], mais intentionnellement, en connaissance de l'ensemble des caractéristiques et de la codification possible de leur organisation, des événements en eux-mêmes, et des crimes tels que définis par la Chambre préliminaire et que nous venons de mentionner[655]. Elle considère par ailleurs que les troupes engagées ne répondaient *qu'aux* ordres de Ngudjolo et Katanga, faisant d'eux des participants essentiels à la commission des crimes qui, par leur contrôle de leurs organisations, étaient les seuls à pouvoir en empêcher la commission[656]. Qui plus est, les deux miliciens auraient félicité leurs officiers pour la victoire et auraient tenté de dissimuler le nombre de civils tués, bien que déjà des témoignages disent le contraire[657]. Aucun de ces éléments ne sera retenu par la Chambre de première instance.

C'est donc au final à une accusation en trois temps que la Chambre préliminaire se livre, considérant que Germain Katanga et Matthieu Ngudjolo s'étaient rendus en tant que co-auteurs directs de l'utilisation d'enfants-soldats (crime de guerre) ; en tant que co-auteurs indirects ayant l'intention de commettre les crimes d'attaque contre les populations civiles, d'homicides intentionnels, de destructions de biens (crimes de

648 Pages 200 et 201, paragraphes 546 et 547

649 Page 200, paragraphe 545.

650 Page 201, paragraphe 547.

651 Page 203, paragraphe 548.

652 Pages 204 et 205, paragraphe 549.

653 Pages 210 à 212 Paragraphes 556 à 558.

654 Seuls le pillage, le viol et la mise en esclavage sexuel sont alors considérés comme relevant de cette qualification, page 205, paragraphe 550.

655 Y compris les crimes de viol et d'esclavage sexuel a propos desquels la Chambre n'a pourtant pas trouvé d'éléments suffisamment substantiels pour croire qu'ils avaient été commis, contrairement aux traitements inhumains et atteintes à la dignité humaine dont la Chambre considère qu'ils n'étaient pas présents à l'esprit des accusés (pages 214 à 219, paragraphes 562 à 572) La Chambre cherche à l'évidence par cette caractérisation à induire que les deux accusés savaient qu'ils commettaient des actes passibles de sanction par une instance comme la Cour pénale internationale et étaient pleinement conscients de leur infraction à l'ordre qu'elle venait de faire naître, ce que la codification extrême du langage de la Cour suffit à démanteler. C'est-à-dire que l'élément psychologique était rempli.

656 Pages 213 et 214, paragraphes 560 et 561.

657 Page 213, paragraphe 559.

guerre) ; et en tant que co-auteurs indirects *en connaissance de cause* de pillage (crime de guerre), de viol et d'esclavage sexuel (crime de guerre, à la majorité) ; et que, sachant que l'attaque se déroulait dans un contexte d'attaques systématiques *et* généralisées, ils étaient responsables en tant que co-auteurs indirects des crimes contre l'humanité de meurtre (ayant eu l'intention de les commettre), de viol et de réduction en esclavage (sachant qu'ils adviendraient dans le cours normal des événements)[658].

La décision de confirmation des charges, dont la vocation sinon purement du moins très largement jurisprudentielle (jusqu'à attenter au rôle qu'elle aurait dû jouer en l'espèce) doit interroger, fut considérée comme si difficile à comprendre que les avocats, dans un échange avec un journaliste présent à La Haye qui leur demandait, le lendemain de sa publication, de se faire expliquer certains de ses points essentiels, admirent leur incapacité à répondre dans un premier temps. Ils n'avaient pas, à ce stade, réussi à expliquer la décision à leurs clients. Comme le rappelle Carsten Stahn, moins de vingt pages du document concernaient les faits de l'Affaire[659]. La suite des procédures a par ailleurs montré un scepticisme généralisé, y compris au sein des juges de la Chambre de première instance, sur la pertinence du renvoi d'une telle affaire au sein de la Cour pénale internationale. Les propos tenus par ces derniers portaient d'évidence une critique implicite de la décision de la Chambre préliminaire qui, par manque d'informations ou d'exigence, l'un impliquant l'autre, accepta comme elle le fit dans une autre composition au moment de l'émission des mandats d'arrêt, de prolonger des procédures qui, une fois l'ensemble des éléments connus, ne semblèrent plus justifier d'avoir été menées au sein de la Cour. La question dès lors se pose du rôle et de la nécessité d'une étape procédurale dont l'existence fait débat et a été critiquée en dehors même de sa pertinence au regard des résultats des procès, en ce qu'elle a largement contribué à ralentir le temps judiciaire sans apporter de bénéfices tangibles au cours des procès, le « dossier » transmis par la Chambre préliminaire se résumant, comme nous l'a rappelé Bruno Cotte, à sa décision seule, et étant dès lors virtuellement inexistant[660]. Si le rôle de filtre a bien joué postérieurement dans d'autres affaires[661], les raisons alors invoquées tinrent à la vacuité du dossier de l'accusation plutôt qu'à une évaluation de la gravité des actes et responsabilité présumées afférentes, et dès lors à une contribution essentielle de l'instance dans sa forme actuelle.

Il faut par ailleurs préciser à titre subsidiaire que la confirmation des charges fut présentée par Germain Katanga comme ayant constitué non seulement la partie la plus pénible de son procès, mais selon lui la plus inutile. Ses propos permettent de

658 Pages 224 à 227, non paragraphées.

659 Stahn, C., « Justice delivered or justice denied ? The legacy of the Katanga Judgement », *Journal of International Criminal Justice*, Oxford University Press, 19 août 2014, page 24.

660 Contrairement à ce qui aurait pu être anticipé à la lecture du Statut de Rome où la Chambre préliminaire pouvait sembler jouer un rôle similaire à celui d'une Chambre d'instruction.

661 Voir par exemple Décision relative à la confirmation des Charges (Chambre préliminaire I, Affaire Mbarushimana, ICC-01/04-01/10-465-Red-tFRA, 16 décembre 2011).

comprendre comment la procédure fut détournée à ce que l'accusé pensait être son profit, avant de se retourner contre lui. Outre sa non-assistance à plusieurs audiences pour forcer ses retrouvailles avec la famille, il raconte que

> « les audiences de confirmation des charges furent les pires. J'avais demandé à mes avocats de ne pas *challenger* les preuves et les témoins parce que je savais qu'elles n'étaient pas bonnes. Je savais que les témoignages n'étaient pas véritables. Je connaissais les personnes en question, je savais ce qu'ils faisaient réellement dans la vie, je savais qu'ils mentaient. Si on laissait le Procureur avoir confiance, il allait s'enfoncer. »

Comme nous le verrons, cette stratégie était pertinente dans son contexte, c'est-à-dire dans un cadre où la possibilité d'une requalification des charges ne semblait envisageable qu'en début de procès au plus tard, permettant ainsi à la défense de laisser le Procureur s'enferrer avec un dossier trop fragile, avant d'en provoquer l'effondrement lorsque ni requalification, ni enquête supplémentaire n'étaient possibles. La requalification des charges, après le délibéré, sur décision de la Chambre de première instance, s'appuyant en grande partie sur le témoignage de Germain Katanga et de témoins de la défense, qui ne considéraient pas qu'une telle éventualité pourrait se présenter, l'a mise en échec.

c. La jonction des affaires Katanga et Ngudjolo : **necessitas non habet legem**

Rappelons finalement que c'est à cette étape, le 10 mars 2008, que fut décidée par la Chambre préliminaire la jonction des affaires de Germain Katanga et Matthieu Ngudjolo[662], sur initiative de la Chambre préliminaire après avis positif de l'accusation[663]. Le Procureur considérait que ses mandats d'arrêts, demandés ensemble mais délivrés séparément pour des raisons administratives, et l'ensemble de son dossier, n'avaient de sens que fusionnés. La Chambre préliminaire avait préalablement pris d'elle-même la décision d'interroger les parties sur l'opportunité d'une telle démarche, dans le cadre d'une audience datée du 12 février 2008. Le raisonnement amenant la Chambre préliminaire à avoir décidé de la jonction des deux affaires est cependant troublant, étant donné que le Statut de Rome, par son article 64-5, offre ce pouvoir aux Chambres de première instance, dans une rédaction sans ambiguïté en ce qui concerne l'exclusivité de ce pouvoir :

> « La Chambre de première instance peut, en le notifiant aux parties, ordonner la jonction ou la disjonction, selon les cas, des charges portées contre plusieurs accusés. »

662 Décision relative à la jonction des affaires concernant Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui (Chambre préliminaire I, ICC-01/04-01/07-257-tFRA, 10 mars 2008) ; confirmée par la Chambre d'appel (Arrêt relatif à l'appel interjeté contre la décision de jonction des affaires concernant Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui rendue le 10 mars 2008 par la Chambre préliminaire, ICC-01/04-01/07-573-tFRA) le 9 juin 2008.

663 Prosecution's Observations on the Joinder of the Case against Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo (Bureau du Procureur, ICC-01/04-01/07-195, 14 février 2008).

Il n'est nulle autre mention dans le Statut de Rome du pouvoir de jonction des charges, et *a fortiori* du fait que ce pouvoir pourrait correspondre à la Chambre préliminaire[664], et rien dans les rédactions préliminaires du Statut de Rome et les projets précédents ne permettrait d'aller en ce sens[665]. Comme le rappelle la Chambre préliminaire elle-même, toutes les mentions à la jonction et à la disjonction des charges apparaissent tant dans le Statut que dans ses règlements afférents au sein des chapitres intitulés « Le Procès ».
Pourtant, dans ses observations pré-citées, le Procureur affirme que

> « si la Chambre de première instance a le pouvoir de joindre ou disjoindre des affaires, la Chambre préliminaire, par extension, possède une telle autorité. »[666]

Aucune citation doctrinale, aucun raisonnement supplémentaire ne vient justifier une telle affirmation. Le Bureau du procureur se contente d'avancer : « Les raisons justifiant une présomption en faveur de la jonction au stade de la première instance (sic) existent également dans la phase préliminaire. Dans la situation présente, il y a un certain nombre de raisons qui justifient une jonction à ce stade précoce de la procédure. » Ces raisons sont, nous le devinons, d'espèce, et donc contextuelles, et concernent principalement l'économie du procès et l'efficacité des procédures en particulier en ce qui concerne leur célérité. Le paragraphe 14 indique ainsi :

> « L'accusation affirme que la jonction des affaires de KATANGA et NGUDJOLO ne provoquera pas de préjudice sérieux pour KATANGA. Jusqu'ici, KATANGA a été en détention pré-juridictionnelle pour moins de quatre mois, ce qui, selon la jurisprudence de cette Cour (sic) et des tribunaux *ad hoc*, n'est pas une période déraisonnable, etc. »

La jonction des affaires ne fit l'objet d'aucune opposition de la part de la défense de Germain Katanga, qui s'exprima au nom des deux accusés, le conseil de Mathieu Ngudjolo ayant été nommé alors que les consultations avaient déjà été closes[667]. La défense n'en rappela cependant pas moins que ni le Statut, ni les différents règlements afférents ne faisaient la moindre référence à une jonction des affaires par la Chambre préliminaire, interrogeant le pouvoir de cette dernière pour mener une telle procédure[668]. Craignant une extension trop importante des délais, la seule demande de la défense

664 Ainsi la règle 136 du Règlement de procédure et de preuve mentionne-t-elle également, exclusivement et sans ambiguïté, le rôle de la Chambre de première instance.

665 Voir Schabas, W., *The International Criminal Court : A commentary on the Rome Statute,* Oxford, Oxford University Press, 2010, pages 762 et 767. Le commentaire de Cassese est tout aussi dénué d'ambiguïté, voir Cassese, A., Gaeta, P., Jones, J., (dir.) *The Rome Statute of the International Criminal Court : A Commentary,* Oxford, Oxford University Press, 2002, pages 1270 et 1271.

666 *Ibid.,* page 5, paragraphe 11.

667 Ce dernier s'opposa lors des consultations orales à la jonction à ce stade, du simple fait qu'elle violait les dispositions du Statut. La Chambre préliminaire offrit un délai de huit jours au conseil pour déposer des observations écrites, qu'il ne fut en mesure de respecter pour les raisons circonstancielles décrites. Il est pour le moins questionnable qu'une décision d'une telle importance ait pu être prise sans que l'une des parties n'ait été consultée autrement qu'oralement.

668 Defence observations on the joinder of the cases against Germain KATANGA and Mathieu NGUDJOLO CHUI (Défense, ICC-01/04-01/07-203, 18 février 2008), page 2, paragraphe 3.

fut ainsi d'obtenir plus de moyens de la part du Greffe, dans une sorte de « compensation » explicitement formulée et pour le moins surprenante[669].

La Chambre préliminaire va s'appuyer non seulement sur le principe général d'interprétation du Statut de Rome prévu par l'article 21-3 de ce dernier, mais aussi sur les principes d'interprétation téléologiques de la Convention de Vienne sur le droit des traités, afin d'affirmer que la jonction des instances à la phase préliminaire est « conforme à l'objet et au but du Statut de Rome »[670], et, ne suscitant pas d'opposition ni de dommages manifestes pour les accusés, doit être menée à terme – la *présomption* de jonction afin de servir les intérêts de la justice le justifiant. La défense de Mathieu Ngudjolo seule interjeta appel contre une décision qui, si on peut comprendre son intérêt *de facto*, n'en demeure pas moins une construction purement prétorienne difficilement justifiable vue la clarté du Statut sur la question : les juges peuvent-ils, considérant que le Statut *dit mal le droit* et ne sert pas comme il le faudrait les objectifs qui sont les siens, parler à sa place, au prétexte qu'aucune partie ne s'y opposerait réellement, s'attribuant une capacité à *peupler des silences* qui sont pourtant béants et répétés ? La violation du principe de légalité fut invoquée par l'appel de Ngudjolo, ainsi qu'un rappel de *l'évidente inexistence* d'une telle capacité pour la Chambre préliminaire au sein du Statut de Rome[671]. La requête fut rejetée par la Chambre d'appel, au nom des principes d'interprétation susmentionnés de la Convention de Vienne, qui rendaient compatible « l'interprétation » – il faudrait dire la réécriture – de l'article 64-5 du Statut de Rome par la Chambre préliminaire avec l'objet du statut[672].

Pris dans leur ensemble, les éléments que nous venons de mentionner suscitent de sérieux doutes quant à l'intérêt d'une étape procédurale intermédiaire dont les modalités de contrôle exercées par le juge pourraient très bien être prises en charge au moment de l'émission des mandats d'arrêt, à partir de dossiers écrits. La possibilité, et l'intérêt, pour la défense, de ne pas contester la valeur de l'accusation à ce stade laisse en effet seuls les juges dans leur rôle de contrôle de l'admissibilité de l'affaire – rôle qui aurait donc pu être joué au préalable. L'inefficacité de ce contrôle dès lors que la défense décide de ne pas « jouer le jeu », faute de pouvoirs réels ou de volonté réelle de mettre en œuvre ces pouvoirs de la part de la Chambre, semble patente, et la protection des intérêts de l'accusé comme d'une institution face à des accusations bâclées ou insignifiantes ne semblent guère apparentes.

669 *Ibid.*, page 2, paragraphe 4.

670 Décision relative à la jonction des affaires concernant Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui (Chambre préliminaire I, ICC-01/04-01/07-257-tFRA, 10 mars 2008), page 8.

671 « En somme, l'appelant affirme que seule la Chambre de première instance a le pouvoir d'autoriser la jonction des instances concernant deux personnes ou plus, poursuivies pour les mêmes charges ou des charges connexes. L'article 64-5 du Statut et la règle 136 du Règlement ne disent pas autre chose. » Arrêt relatif à l'appel interjeté contre la décision de jonction des affaires concernant Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui, rendue le 10 mars 2008 par la Chambre préliminaire, (Chambre d'Appel, ICC-01/04-01/07-573-tFRA, 18 juin 2008), page 4, paragraphe 3.

672 *Ibid.*, page 6, paragraphe 8.

Il reste qu'il s'agit là d'une affaire particulière, où les insuffisances de l'accusation étaient immédiatement visibles pour la défense, où la question de la requalification était, visiblement et *a minima*, mal comprise par un certain nombre d'acteurs et où l'espoir d'un procès rapide était présent dans tous les esprits[673]. Ces multiples caractéristiques ne seront à l'évidence pas amenées à être présentes dans l'ensemble, ni même nous l'espérons dans la majorité des affaires présentées devant la Cour, interdisant tout jugement définitif sur la pertinence de cette phase procédurale à l'aune de cette seule affaire. Certains commentateurs n'ont cependant pas hésité à dénoncer des problèmes structurels révélés par cette affaire, qui aurait démontré que les Chambres préliminaires n'étaient ni en mesure de jouer un rôle de filtre procédural suffisamment important, ni de préparer le procès, deux fonctions que la plupart des commentaires doctrinaux lui attribuent généralement[674].

2. Le Procès et les débats au fond

Avant de présenter les principales étapes et les *événements* qui ont marqué les procédures, entendons brièvement la perception par Germain Katanga de celles-ci :

> « Avez-vous compris l'ensemble des procédures ?
> Non, les débats juridiques m'ennuyaient, j'avais envie de dormir. Mais en même temps, les vacances judiciaires étaient le pire des moments.
> Connaissiez vous quelque chose à la procédure, au droit en général ?
> – Non, rien.
> Pourquoi avoir assisté à l'ensemble du procès ?
> Ça valait la peine. Je devais aider mes avocats. Il y a des choses qui n'existaient pas, et qui étaient mentionnées sans cesse. Ils ne pouvaient pas savoir. Le fait d'avoir participé à l'audience m'a aidé à avoir une bonne compréhension du français, comme une pratique directe, ça m'a forcé à apprendre le français.
> Il y a beaucoup de termes juridiques que l'accusé ne peut pas diagnostiquer juridiquement, qu'il ne peut pas comprendre. D'une façon, on m'a laissé participer, mais c'était bien et pas bien. Il faut que le juge apprécie aussi la connaissance et la compréhension des procédures. Un accusé peut rester du début à la fin des procédures sans ne rien comprendre. Mais surtout, s'il veut expliquer quelque chose et que l'avocat ne sait pas l'expliquer, il ne peut pas le faire, il n'a pas à intervenir. Je sentais que comme ce n'était pas un droit, c'était impoli de le faire. Je voulais tenter de corriger beaucoup de choses, d'expliquer. »

673 Il faut noter par ailleurs que, comme dans l'ensemble des procédures de confirmation des charges, la Chambre s'est assurée de la nécessité de maintenir en détention l'accusé. La procédure était d'évidence purement formelle – aucune libération n'ayant eu lieu depuis le début de la Cour, certainement pour une question de *perception morale.* Voir Jugement, page 20, paragraphe 19.

674 Voir Stahn, C., « Justice delivered or justice denied ? The legacy of the Katanga Judgement », *Journal of International Criminal Justice*, Oxford University Press, 19 août 2014, pages 24 et 25.

a. Le préalable défaillant : les conférences de mise en état

Une fois la décision de confirmation des charges prise, la Chambre de première instance est immédiatement formée par la Présidence, et convoque une conférence de mise en état[675] censée définir la date du début du procès. Cette « conférence », généralement tenue à huis clos et regroupant *de facto* de nombreuses audiences, ne fait normalement appel qu'à titre exceptionnel aux différentes parties[676], afin de clarifier tel ou tel point, bien que la réalité se soit chargée, comme pour l'ensemble des autres étapes procédurales de la Cour, d'en faire un moment où les échanges sont quasi permanents. Il fallut en l'occurrence treize mois entre la décision de confirmation des charges et la première audience du procès à proprement parler, la Chambre de première instance ne pouvant que noter l'absence d'analyse des différents éléments de l'enquête apportés par le Bureau du Procureur au stade préliminaire, alors que ladite enquête devait être « pratiquement terminée » à ce stade[677] et qu'il s'agissait là du rôle principal de la Chambre préliminaire. La première conférence de mise en état se tint ainsi, publiquement, les 27 et 28 novembre 2008, soit plus d'un mois après la constitution de la Chambre de première instance. Vingt-quatre autres conférences suivirent[678], lors desquels, comme le note la Chambre dans son jugement, 201 ordonnances et décisions écrites et orales furent rendues.

Les conférences de mise en état ont pour objectif de s'assurer de la communication de l'ensemble des documents des différentes parties à la Chambre, et, dans la mesure du possible, entre les différentes parties, l'établissement des traductions et la mise en œuvre d'un calendrier des procédures, notamment en ce qui concerne les témoignages. Du traitement et de l'évaluation de la confidentialité des preuves à la communication par le Procureur des éléments à décharge, en passant par les négociations entre la Chambre et les parties sur le choix des témoignages et leur nombre total et l'évaluation du nombre d'audiences nécessaires, c'est l'ensemble des aspects organisationnels du procès qui sont étudiés, discutés et planifiés au cours de ces longues séances ne touchant jamais au fond. Les parties présentent des propositions, sous la forme de tableaux, référençant l'ensemble des témoignages et documents qu'ils souhaitent présenter en audience, ainsi que leurs principales caractéristiques. L'objectif est ainsi d'éviter toute confusion, d'offrir une visibilité suffisante à l'ensemble des acteurs afin qu'ils puissent définir leurs stratégies et s'organiser en conséquence et de gagner du temps au moment du procès lui-même. C'est ainsi que la Chambre de première

675 Règle 132 du Règlement de procédure et de preuve : « Aussitôt après sa constitution, la Chambre de première instance tient une conférence de mise en état pour fixer la date du procès. Elle peut, d'office ou à la demande du Procureur ou de la défense, repousser cette date… ».

676 Alinéa 2 de la Règle 132 du Règlement de procédure et de preuve.

677 Voir Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative à la confirmation des charges rendue par la Chambre préliminaire I le 16 décembre 2011 (Chambre d'Appel, Affaire Mbarushimana, ICC-01/04-01/10-514-tFra, 30 mai 2012) : « Comme elle [la Chambre d'appel] l'a indiqué précédemment, l'enquête devrait être pratiquement terminée au stade de la confirmation des charges », page 20, paragraphe 44.

678 Jugement, page 20, paragraphe 18.

instance réussit à négocier une importante réduction du nombre de témoins que souhaitaient présenter tant la défense que l'accusation, en fixant une limite maximale pour chaque partie et en pointant les redondances que telle ou telle déposition pourrait susciter. L'accord entre les différentes parties est toujours privilégié par la Chambre, qui intervient afin de s'assurer de la diligence à venir des procédures et le respect des droits de l'accusé si les divergences se maintiennent, *a priori* exceptionnellement. Il est à noter que l'admissibilité des preuves peut, dès ce stade, faire l'objet d'un accord entre les différentes parties qui *tranche* dès lors la question et rend inutile son étude postérieure au cours du procès.

Faute d'instruction préalable, la structure des procédures de la Cour rend inévitable une étape dont la pratique a pourtant montré la relative inefficacité, retardant après la phase de confirmation des charges le début du procès lui-même[679]. Ainsi, par exemple, le Bureau du Procureur commença dans l'affaire Katanga par présenter un tableau de 1 165 pages reprenant à la fois les faits, les charges et les éléments appuyant ces charges et qu'il comptait présenter à la Cour[680]. Il fallut l'intervention de la Chambre, sur demande de la défense, pour imposer une refonte complète de la démarche du Bureau du Procureur. Malgré cela, les différentes requêtes, audiences, ordonnances et décisions prises à cet égard furent l'une des principales raisons du report de la date du début de procès.
Il est à noter que si les conférences de mise en état ne sont pas prévues par le Statut de Rome et ne sont présentées qu'à titre de possibilité au sein de ses différents règlements, elles n'en sont pas moins devenues une procédure utilisée systématiquement dans le cadre des affaires que la CPI a à connaître.

b. Les débats au fond et la difficile appropriation d'une réalité éloignée

Les débats au fond s'ouvrirent le 24 novembre 2009, soit quasiment un an jour pour jour après la première conférence de mise en état, par la présentation des moyens de preuve de l'accusation, qui s'acheva *officiellement* un peu moins de deux ans plus tard, le 11 novembre 2011. Il faut cependant noter que des moyens de preuve furent encore présentés jusqu'au 7 février 2012, tandis que la visite judiciaire à Bogoro intervint les 18 et 19 janvier 2012. Les conclusions finales prirent fin le 23 mai 2012, ouvrant ainsi la période de délibéré. Pendant les débats au fond, la Chambre siégea, en moyenne et en comptant les vacances judiciaires, un peu moins de deux jours par semaine[681].

679 Voir à cet égard notamment, et pour une présentation comparative des conférences de mise en état au sein des différentes juridictions pénales internationales, Hama, K., *Le statut et les fonctions du juge pénal international*, Paris, l'Harmattan, 2014, pages 215 à 217.

680 Décision reportant la date d'ouverture des débats au fond (règle 132-1 du Règlement de procédure et de preuve) (Chambre de première instance II, ICC-01/04-01/07-1442, 31 août 2009), page 3, paragraphe 2.

681 Voir *supra,* I, Chapitre III, A. « Les données de l'Affaire », page 324.

Le Procès à proprement parler s'est ouvert sur la présentation des témoins, au nombre de 54, dont 25 bénéficièrent de mesures de protection[682]. Ces interrogatoires, sévères mais sans dérapages, provoquèrent des confrontations sérieuses entre le Bureau du Procureur et la défense qui poussèrent la Chambre à devoir intervenir à plusieurs reprises. Il faut noter que Germain Katanga, contrairement à Mathieu Ngudjolo Chui, fit le choix de témoigner, et que ce témoignage, pourtant largement maîtrisé, permit très certainement la requalification des charges qui étaient portées contre lui, et *in fine* sa condamnation. Nulle présomption n'étant censée peser sur les accusés qui refusent de témoigner – nulle obligation de témoigner contre soi-même n'étant tolérée[683] – le choix de Germain Katanga présentait un certain risque. La possibilité d'une requalification des charges, qui plus est enclenchée par la Chambre de première instance, n'était cependant présente à l'esprit d'aucun des acteurs du procès, et il est plus que probable que la défense de Germain Katanga aurait, dans le cas contraire, fait un autre choix.

Trois *événements* marquèrent le Procès : l'exception en irrecevabilité et la demande de suspension indéfinie de la procédure déposée, déposées successivement par la défense de Germain Katanga, ainsi que la disjonction des affaires, le 21 novembre 2012, et la requalification subséquente des charges portées contre Germain Katanga par la Chambre de première instance.

c. L'exception en irrecevabilité et la demande de suspension des procédures

Nous avons déjà brièvement mentionné l'exception en irrecevabilité portée par la défense[684] et son rejet par la Chambre de première instance[685], puis par la Chambre d'appel. Notons que ces procédures furent menées de façon relativement légère, le rejet par la Chambre de première instance étant ainsi énoncé dans le cadre d'une décision orale puis seulement dans un second temps développée dans le cadre d'un exposé des motifs de 39 pages[686]. L'État congolais fut représenté à ce stade, l'exception en irrece-

682 24 furent cités par le Procureur, 28 par les deux équipes de défense et deux par la Chambre. Deux victimes seulement vinrent témoigner, citées par leurs représentants légaux. Voir Jugement, page 21, paragraphe 21.

683 Article 55-1-a du Statut de Rome en ce qui concerne l'enquête et article 67-1-g pour le procès : « Lors de l'examen des charges portées contre lui, l'accusé a droità ce que sa cause soit entendue publiquement, compte tenu des dispositions du présent Statut, équitablement et de façon impartiale. Il a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes : (…) ne pas être forcé de témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable et garder le silence sans que ce silence soit pris en considération pour déterminer sa culpabilité ou son innocence. ».

684 En date du 10 février 2009, non-archivée, sa référence est : ICC-01/04-01/07-891-Conf-exp-tFra.

685 Motifs de la décision orale relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire (article 19 du Statut) (Chambre de première instance, ICC-01/04-01/07-1213, 16 juin 2009), document rendu public quatre jours après la décision orale rendue en séance publique. Notons qu'à ce moment-là, c'est le juge Hans-Peter Kaul qui siège de façon temporaire à la place qui sera par la suite prise par Christine Van den Wyngaert.

686 Dont 5 pages relatives à l'historique de la procédure sur cette seule question.

vabilité concernant en effet les procédures menées à l'échelle nationale contre Germain Katanga.

La décision de rejet prise par la Chambre de première instance n'en intervint pas moins seulement cinq mois après le dépôt de la demande par la défense sur le fondement de l'article 19-2-a du Statut de Rome. Il est une nouvelle fois intéressant de noter qu'il fallut près d'un mois à la Chambre pour simplement définir la procédure à suivre en la matière[687].

i. L'exception en irrecevabilité

Comme nous l'avons indiqué, l'exception en irrecevabilité concerna l'interprétation de la volonté et de la capacité de l'État à poursuivre à l'échelle nationale les crimes concernés. La stratégie de la défense était d'indiquer que la RDC avait *de facto* la volonté et la capacité de juger Germain Katanga, fût-ce pour des actes ne recouvrant pas exactement ceux pour lesquels il avait été transféré à La Haye. Ce faisant, la défense de Germain Katanga tenta sans succès de remettre en cause l'interprétation du Statut établie dans le cadre de l'Affaire Lubanga imposant que les procédures concernent les mêmes actes[688]. Ainsi, les débats se concentrèrent sur l'interprétation des articles 17-1 et 20-3 du Statut de Rome, ainsi que sur les faits relatifs à l'existence d'une enquête ou non des autorités congolaises relative à l'attaque de Bogoro. Notons que la Chambre de première instance considéra qu'il existait une « considération implicite » au sein du Statut de Rome, qui faisait que tout État ne souhaitant pas juger un accusé parce qu'il préférait qu'il soit jugé à une échelle supérieure pouvait être considéré comme *manquant de la volonté de poursuivre*[689]. Non contente de permettre de lutter contre des stratégies d'évitement des États, cette disposition leur laisserait le choix positif de poursuivre ou de laisser poursuivre, et en quelque sorte d'imposer ce choix à la Cour, quand bien même ils seraient en capacité de poursuivre eux-mêmes. Notons que cette interprétation laisse la porte ouverte à des stratégies politiques de délégitimation des accusés par les États concernés, mais aussi de *cherry picking* qui leurs permettraient d'instrumentaliser l'action de la Cour[690].

687 Ce qui fut fait le 5 mars 2009, dans le cadre de sa Décision arrêtant la procédure à suivre au titre de l'article 19 du Statut (règle 58 du Règlement de procédure et de preuve) (ICC-01/04-01/07-943-Conf).

688 Motifs de la décision orale relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire (article 19 du Statut) (Chambre de première instance, ICC-01/04-01/07-1213, 16 juin 2009), pages 8 à 10, paragraphes 12 à 16.

689 *Ibid.,* page 32, paragraphe 77.

690 La Chambre d'appel confirma la décision de première instance suite à un raisonnement pour le moins spécieux et contradictoire : dans le cas où l'interprétation proposée par la défense était retenue, « il s'ensuivrait une situation où, malgré l'inaction d'un État, une affaire serait irrecevable devant la Cour, à moins que cet État n'ait pas la volonté ou soit dans l'incapacité d'ouvrir une enquête. La Cour se trouverait dans l'impossibilité d'exercer sa compétence pour connaître d'une affaire tant que l'État aurait théoriquement la volonté et la capacité de mener une enquête et d'engager des poursuites, même s'il n'a aucunement intention de le faire. En conséquence, il se peut qu'un nombre élevé d'affaires ne fasse pas l'objet de poursuites, ni devant les juridictions nationales, ni devant la Cour pénale internationale. L'impunité continuerait de régner et des milliers de victimes se verraient priver de justice » (Arrêt relatif à l'appel interjeté par Germain Katanga contre la décision rendue

Ironiquement au regard de la disjonction des affaires[691], les débats se concentrèrent principalement sur le « caractère tardif » de la demande de la défense[692], annoncée au cours d'une des conférences de mise en état et déposée suite à la confirmation des charges. Nous n'entrerons pas dans les débats léonins concernant la signification que revêt l'expression « ouverture du procès » utilisée dans le Statut de Rome, puisque la Chambre finit par mettre en œuvre une interprétation dialogique, permettant d'en adapter le « sens » selon le contexte et donc les besoins. La Chambre de première instance considéra qu'en temps normal, la demande aurait du être considérée comme irrecevable de ce fait, tout en acceptant de l'étudier au fond du fait des ambiguïtés des textes et de l'imprévisibilité qui en découlait[693]. Le principe retenu fut donc que les exceptions d'irrecevabilité ne peuvent être déposées sur quelque fondement que ce soit que jusqu'à ce que la confirmation des charges ait été actée ; et qu'ensuite ces mêmes exceptions ne peuvent être déposées qu'au titre du principe de *non bis ibidem*, sans autre contrôle jusqu'à la constitution de la Chambre de première instance, et sur autorisation de cette dernière, dans le cadre de « circonstances exceptionnelles », par la suite[694].

Sauf circonstance exceptionnelle, l'exception d'irrecevabilité ne peut par ailleurs être soulevée qu'une seule fois[695]. Il s'agissait donc pour la défense d'un acte important qui ne fut pourtant pas calibré comme tel, visiblement mené dans l'empressement. Il faut cependant noter que nombre des arguments avancés, qui constituent un réquisitoire de l'idée même de la Cour pénale internationale et qui pouvaient paraître absurdes à l'époque, prennent une nouvelle dimension une fois qu'un regard rétrospectif est posé sur l'affaire : ainsi les autorités congolaises sont-elles définies au sein de cette demande comme les « juges naturels » de Germain Katanga, les procédures à la CPI pouvant atteindre à son droit à avoir une vie familiale normale, empêcher une récolte

oralement par la Chambre de première instance II le 12 juin 2009 concernant la recevabilité de l'affaire, Chambre d'appel, ICC-01/04-01/07/1497-tFRA, 25 septembre 2009, pages 31 et 32, paragraphe 79). Outre le caractère emphatique du propos et l'absence de prise en compte, pourtant essentielle sur un tel sujet, de l'imprescriptibilité des procédures devant la Cour, il est intéressant de noter que la Chambre d'appel considère qu'un État pourrait avoir la volonté et la capacité de mener une enquête et des poursuites « sans avoir l'intention de le faire ».

691 Mais, cette fois, en cohérence parfaite avec les textes, et plus largement les travaux préparatoires. Voir notamment Rapport du comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, Volume I (Travaux du Comité préparatoire en mars-avril et août 1996) (Assemblée générale de l'ONU, A/51/22), pages 57 et 58, paragraphe 249.

692 Motifs de la décision orale relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire (article 19 du Statut) (Chambre de première instance, ICC-01/04-01/07-1213, 16 juin 2009), pages 6 et 7 et 14 à 26 paragraphes 8 à 10 et 29 à 58. L'article 19 du Statut encadre de façon bien plus précise la possibilité de soulever une exception d'irrecevabilité que ne l'est la possibilité de requalifier les charges, ce qui n'a pas empêché un important conflit interprétatif relatif à ce que recouvrait l'expression « l'ouverture du procès », tranché par la Chambre et n'ayant pas fait l'objet d'une analyse sur le fond par la Chambre d'appel, qui considéra qu'il s'agissait là d'une *obiter dictum* sans incidence sur la décision étudiée.

693 *Ibid.,* page 26, paragraphes 56 à 58.

694 *Ibid.,* page 23, paragraphe 49.

695 Article 16-4 du Statut de Rome.

des preuves et des témoignages juste et suffisante, durer trop longtemps et marquer une trop grande « distance linguistique et culturelle » avec l'accusé pour être effectif[696]. S'il n'y avait aucune chance que les juges accueillent ces moyens[697], la Chambre considérant que ces éléments ne pouvaient être pris en compte dans une analyse de la recevabilité de l'affaire mais dans celle de la violation des droits de l'accusé, il faut admettre que le diagnostic s'avéra non seulement à certains égards pertinent dans l'absolu, mais fut validé par la perception généralisée *a posteriori* sur l'Affaire de ses différents acteurs.

ii. La demande de suspension des audiences

Cette demande fut suivie – quinze jours après la décision de la Chambre de première instance, et avant donc que la Chambre d'appel ait pu se prononcer sur la question – d'une demande en suspension indéfinie des procédures, elle aussi émise par la défense[698]. Justifiée par le fait que l'arrestation et la détention de Germain Katanga en RDC auraient été « illégales », du fait de la violation de la plupart de ses droits fondamentaux, elle découpait cette dernière détention en trois phases : la première correspondrait entre le 26 février 2005 et novembre 2005, date à laquelle Germain Katanga devient le principal suspect du Bureau du Procureur ; la seconde entre novembre 2005 et l'émission d'un mandat d'arrêt, le 2 juillet 2007 ; et la troisième, entre cette date et le transfert de Germain Katanga à La Haye, le 18 octobre 2007. Selon la défense, dès novembre 2005, l'arrestation de Germain Katanga était liée à l'action de la CPI, son illégalité entachant *de facto* l'ensemble des procédures contre Germain Katanga devant la Cour. L'illégalité était selon la défense double, vis-à-vis du droit interne et du droit international.

Inscrite dans une démarche visant sans le moindre doute à libérer par tout moyen Germain Katanga à court terme, certainement inspirée par la réussite apparente des équipes de défense de Thomas Lubanga, cette deuxième initiative n'eut pas plus de succès que la première, malgré les questions fondamentales qu'elle souleva. Il est en effet certain que l'ensemble des organes de la Cour étaient au courant des conditions de détention de Germain Katanga dès le 2 juillet 2007, et ne firent rien pour les faire évoluer. Il est par ailleurs plus que probable que Germain Katanga ait été, dès le premier jour, arrêté *dans la perspective* d'un transfert à La Haye qui permettrait à Joseph Kabila d'alléger la pression internationale qui pesait sur lui. Reste une interrogation : peut-on pour autant rendre responsable la Cour de la situation d'un individu sur lequel elle n'avait pas directement prise ?

696 Motifs de la décision orale relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire (article 19 du Statut) (Chambre de première instance, ICC-01/04-01/07-1213, 16 juin 2009), page 34, paragraphe 83.

697 L'appel à ce sujet fut rejeté pour les mêmes raisons, à savoir que la violation de ces droits ne pouvait être examinée dans le cadre d'une requête pour irrecevabilité. Voir Arrêt relatif à l'appel interjeté par Germain Katanga contre la décision rendue oralement par la Chambre de première instance II le 12 juin 2009 concernant la recevabilité de l'affaire (Chambre d'appel, ICC-01/04-01/07/1497-tFRA, 25 septembre 2009), pages 45 et 46, paragraphe 113.

698 Public redacted version of the defence motion for a declaration on unlawful detention and stay of the proceedings (Défense de Germain Katanga, ICC-01/04-01/07-1258-Conf-Exp, 2 juillet 2009)

S'appuyant sur l'article 19 du Statut ainsi que sur la règle 122-2 du Règlement, la Chambre considéra que la demande intervenait trop tard dans la procédure, et la désestima[699]. Sa décision fut confirmée par la Chambre d'appel le 12 juillet 2010, principalement au titre de la célérité des procédures et incidemment sur les conséquences qu'une suspension pourrait avoir sur le droit de Mathieu Ngudjolo à être jugé sans retard excessif[700]. Là encore, gardons à l'esprit cette exigence qui sera appliquée de façon asymétrique dès lors que la Chambre de première instance aura elle-même intérêt à ne pas la respecter. Deux juges vinrent marquer leur désapprobation de la décision de la Chambre d'appel par le truchement d'une opinion dissidente extrêmement ferme[701], indiquant qu'ils auraient renvoyé la question devant la Chambre de première instance afin de lui imposer de répondre au fond à la requête de la défense de Germain Katanga. Ils considérèrent, suivant ainsi la défense, que la Chambre de première instance avait imposé rétroactivement un délai de dépôt de la requête en suspension ; que ces délais n'avaient aucune base légale, et que l'utilisation de son pouvoir discrétionnaire sur cette question afin de définir quelle serait la meilleure solution pour s'assurer du respect des droits de l'accusé, en vertu de l'article 64-2 du Statut de Rome, l'avait été tout autant. La décision de la Chambre d'appel fut ainsi prise à la majorité d'une voix.

iii. Le déroulé des audiences

En dehors de ces *événements*, il n'y eut pas d'incident significatif ni de fait notable pendant la phase du procès. Les règles de celui-ci avaient été clairement établies dans le cadre d'un document d'instructions énoncées par le juge-président Bruno Cotte[702]. Ainsi le Procureur présenta-t-il tout d'abord sa vision de l'Affaire, puis les défenses de Germain Katanga et de Mathieu Ngudjolo les siennes. Les témoins furent interrogés dans le même ordre, avec des limites horaires fixées à l'avance (120 heures pour les témoins de l'accusation, 60 % de ce temps pour les contre-interrogatoires de la défense, qui pouvaient être suivis d'une nouvelle interrogation par l'accusation, avant

699 Version publique expurgée de la « Décision relative à la requête de la défense de Germain Katanga en illégalité de la détention et en suspension de la procédure » du 20 novembre 2009 (Chambre de première instance, ICC-01/04-01/07/1666-Red, 3 décembre 2009). La Chambre de première instance considéra que cette demande aurait dû intervenir dans la phase préliminaire du procès, ce que contestèrent vivement les deux juges « dissidents » de la Chambre d'appel, avançant qu'une telle affirmation n'avait « pas la moindre base légale ».

700 Arrêt relatif à l'appel interjeté par Germain Katanga contre la décision rendue le 20 novembre 2009 par la Chambre de première instance II intitulée « Décision relative à la requête de la défense de Germain Katanga en illégalité de la détention et en suspension de la procédure » (Chambre d'appel, ICC-01/04-01/07-2259-tFRA)

701 Dissenting opinion of Judge Erkki Kourula and judge Ekaterina Trendafilova (Chambre d'appel, annexe à l'Arrêt relatif à l'appel interjeté par Germain Katanga contre la décision rendue le 20 novembre 2009 par la Chambre de première instance II intitulée « Décision relative à la requête de la défense de Germain Katanga en illégalité de la détention et en suspension de la procédure », ICC-01/04-01/07-2297, 28 juillet 2010).

702 Directions for the conduct of the proceedings and testimony in accordance with rule 140 (Présidence de la Chambre de première instance II, ICC-01/04-01/07-1665, 20 novembre 2009).

que la défense ait éventuellement, si elle le souhaitait, le dernier mot[703]). Les rappels à l'ordre furent nombreux, notamment vis-à-vis de l'accusation par la Chambre, et de la défense par l'accusation, les représentants du Bureau du Procureur posant trop souvent des questions tortueuses, la défense se voyant plus souvent reprocher de poser des questions non-neutres. Des témoins furent récusés ou considérés comme « offensifs », d'autres furent réinterrogés, certains encore ne vinrent pas. Il faut noter que plusieurs d'entre eux témoignèrent pendant des durées supérieures au mois, ce qui est un facteur explicatif supplémentaire de la durée des procédures et peut sembler à bien des égards incompréhensible. Bruno Cotte insista beaucoup pendant nos entretiens sur la nécessité de traiter avec précaution des individus ayant vécu de nombreux traumatismes, mais aussi sur les nombreux aléas qui provoquèrent des retards divers : difficultés à transporter les témoins, période d'adaptation nécessaire à une civilisation différente, nécessité de ne pas les brusquer, etc.

Un nombre anormalement haut de témoins convoqués par l'accusation fut cependant considéré comme non fiable, y compris parmi ceux qui étaient appelés à devenir des « témoins clefs ». La Chambre de première instance revint sur les cas les plus importants dans le Jugement. Parmi les 17 qui furent mentionnés par la Chambre, c'est-à-dire ceux qui lui permirent de former son jugement ou auraient pu l'influencer substantiellement, 13 témoins furent considérés comme globalement crédibles ou partiellement crédibles, dont 7 seulement « globalement crédibles ». Seuls deux témoins cités par l'accusation furent considérés comme globalement crédibles, et aucun d'entre eux ne donna d'indication sur le rôle de Katanga dans l'attaque de Bogoro ni n'a été considéré comme un témoin clef de l'accusation[704]. Au contraire, les quatre témoignages non-crédibles retenus par la Chambre avaient tous été cités par l'accusation[705], tandis que quatre furent considérés comme « partiellement crédibles », leurs dépositions

703 Les représentants légaux des victimes pouvaient eux interroger les témoins après le Procureur, mais seulement après autorisation de la Chambre. L'ordre était inversé pour les témoins de la défense, la défense ayant cependant toujours droit au dernier mot.

704 « P-353 » (pages 132 à 136 du Jugement, paragraphes 328 à 339), qui avait moins de 18 ans au moment des faits, permit vraisemblablement d'établir aux yeux de la Chambre le caractère ethnique de l'attaque, ainsi que les souffrances qui furent infligées aux civils. Elle fut sauvée parce qu'elle affirma ne pas être Hema, avant cependant d'être réduite en esclavage sexuel (page 133). Bien que son témoignage fut émaillé de contradictions et d'erreurs contextuelles, et qu'elle fut décrite comme un « témoin vulnérable », la Chambre décida de retenir son témoignage en ce qu'il lui apparut comme « simple et sincère » (sic). Quant à « P-317 » (pages 130 à 132 du Jugement, paragraphes 320 à 327), une enquêtrice de la MONUC arrivée sur le terrain un mois après les faits, elle fut certes considérée comme crédible, mais les éléments qu'elle avança devaient être corroborés par d'autres éléments pour être retenus. Avançons simplement qu'elle ne resta qu'une heure à Bogoro, dont trente minutes avec le « commandant Dark » qui eut tout loisir de « l'informer » et « d'orienter » son point de vue, et qui affirma que Germain Katanga était son « supérieur hiérarchique », ce qui, en avril 2003, était probable. Sur ce témoignage, la Chambre se permit les considérations suivantes, qui fonctionnent en miroir et disent beaucoup de l'ethnocentrisme des juges – mais aussi et peut-être surtout de l'institution dans son ensemble – soudainement confrontés à quelqu'un qui maîtrisait leurs codes, leur langue et leur condition sociale, et dès lors valorisé en conséquence : « propos cohérents », « exprimés avec autorité », « beaucoup de maîtrise et d'aisance », « sérieux et compétence »… Personne ne jugea utile de convoquer le « commandant Dark » afin de lui demander de vérifier ce témoignage.

705 Dont l'un était supposément l'un de ses « témoins clefs », P219. P-250, P-279 et P-280, qui étaient censés offrir des éléments essentiels, furent eux aussi rejetés dans leur intégralité.

étant exclusivement relatives au déroulement de l'attaque de Bogoro[706]. Quatre témoins de la défense furent eux considérés comme crédibles[707], un étant « partiellement crédible »[708], ainsi qu'un témoin appelé par les représentants des victimes[709]. Tous les autres témoignages furent considérés comme, au mieux et pour seulement quelques-uns, partiellement crédibles, les autres voyant leurs déclarations rejetées dans leur ensemble. Ainsi le second témoin clef de l'accusation, « P-28 », demi-frère de Katanga et membre de son escorte personnelle, contredit sur des éléments importants par un autre témoignage considéré comme crédible[710] et à divers degrés par quatre autres témoignages, fut seulement considéré comme « partiellement crédible », sa parole « ne pouvant suffire, à elle seule, lorsqu'elle porte sur des points essentiels engageant la responsabilité pénale de l'accusé »[711], et cela notamment du fait de mensonges sur des éléments basiques comme son âge[712], de nombreuses contradictions et l'influence présumée d'un intermédiaire qui lui aurait demandé de modifier son récit[713].

Rappelons qu'à ces témoignages il faut ajouter celui de Germain Katanga. Les débats portèrent aussi sur les preuves documentaires, notamment des lettres adressées à divers responsables du FRPI et affublant Germain Katanga de titres divers et variés, éléments qui furent principalement utilisés par la Chambre de première instance pour

706 « P-12 », « P-132 », « P-161 » et « P-287 », dont les témoignages furent tous émaillés de mensonges avérés ou de contradictions diverses, parfois sur des points aussi intimes que la mort d'un de leurs enfants (P-287).

707 « D02-350 » apporta des éléments relatifs à la planification de l'attaque, qui intervint selon lui à Béni, et favorables à Katanga, affirmant qu'Aguru avait dirigé les opérations (Jugement, pages 157 à 161, paragraphes 413 à 426). « D02-228 » témoigna lui sur le rôle de l'EMOI et de Kinshasa, affirma que l'attaque de Bogoro fut organisée à Béni d'où furent fournis les moyens de l'attaque, et insista sur le rôle des notables et chefs coutumiers dans la validation et la mise en œuvre de l'attaque. Il affirma par ailleurs qu'il lui avait été dit que Katanga n'avait pas participé à l'attaque, (Jugement, pages 146 à 152, paragraphe 377 à 396). « D02-176 », membre de l'UPC à Bogoro et considéré par fiable par le Bureau du Procureur, raconta l'attaque telle qu'il l'avait vécue, et notamment cet élément important : l'UPC donna l'ordre aux civils de se réfugier au sein du camp militaire, où de nombreux bébés et enfants se trouvaient ainsi au moment de l'attaque, et furent en conséquence pris pour cible. Le témoin prétendit n'avoir entendu parler de Katanga qu'en mai 2003, ce que la Chambre ne crut pas (Jugement, pages 143 à 146 paragraphes 364 à 376). Quant à « D03-88 », un dirigeant des Lendu-Nord appelé à témoigner par la défense de Mathieu Ngudjolo mais ayant eu des contacts réguliers avec le Bureau du Procureur, il affirma que la décision d'attaquer Bogoro fut prise fin 2002 à Béni en présence de Katanga (pages 140 à 143 paragraphes 353 à 363). Il faut noter qu'il n'assista pas aux réunions lors desquelles cette décision aurait été prise, bien qu'étant dans la ville, et qu'il ne reçut ainsi cette information que par ouï-dire.

708 « D02-236 », qui participa à la création du FRPI et ne rencontra Katanga qu'en août 2003, ce qui fut considéré comme crédible par la Cour.

709 « V-2 », présente à Bogoro au moment de l'attaque, tint cependant de nombreux propos fondés sur des rumeurs rapportées et partiellement erronées auxquelles la Chambre donna une « faible valeur probante » et qui attribuaient à Katanga un rôle dans la préparation de l'attaque. Son témoignage ne fut ainsi retenu qu'en ce qu'il concernait la description de l'attaque, lors de laquelle son enfant fut tué à la machette alors qu'elle se trouvait en fuite (Jugement, pages 136 à 139, paragraphes 340 à 352).

710 « P-219 ».

711 Jugement, pages 69 et 70, paragraphe 147.

712 Ainsi que sa date d'arrivée à Aveba, intervenue au mieux en février 2003.

713 Jugement, pages 56 à 70, paragraphes 114 à 147.

déterminer le rôle de Germain Katanga au sein de sa communauté et son niveau de responsabilité militaire, et ainsi déterminer qu'il pouvait être considéré comme principal responsable du FRPI en mars 2003[714].
À la lueur des éléments retenus par la Chambre dans son Jugement, il ne fait aucun doute que ce furent les éléments amenés par la défense qui permirent *in fine* à la Cour de construire le raisonnement qui l'amènerait à condamner Germain Katanga pour complicité résiduelle, tandis que les témoignages de l'accusation et des représentants légaux des victimes n'eurent qu'un impact modeste à cet égard. Ce constat, pour troublant qu'il puisse être, n'entacherait en rien *per se* la décision de la Chambre, s'il ne s'était accompagné d'une requalification des charges pour le moins contestée.

Les conclusions finales des parties, d'abord à l'oral, puis déposées par écrit, achevèrent les débats au fond le 3 juillet 2012, après que les derniers moyens de preuve eussent été présentés le 7 février 2012, et la Chambre de première instance se retira pour le délibéré.

d. La disjonction des affaires et la requalification des charges

Près de six mois après s'être retirée pour délibérer, la Chambre de première instance convoquait les différentes parties et rendait une décision de disjonction des affaires, le 21 novembre 2012[715]. Interrogés sur le temps pris pour rendre une telle décision, les juges invoquèrent le secret des délibérations. Il n'en reste pas moins probable que, vacances judiciaires *obligeant*, les juges se soient retirés après la présentation des conclusions finales sans les étudier, et qu'il ait fallu attendre septembre pour que les premiers débats laissent apparaître des divergences qui, déjà palpables, apparaîtront très rapidement irréconciliables. Il faut alors pour les deux juges de la Majorité, préparer la décision de disjonction des charges, après avoir étudié sa faisabilité, tout en laissant le temps à Christine Van den Wyngaert de préparer son opinion dissidente. Au regard de la complexité et de la nouveauté de la décision, ainsi que des délais que nous avons eu à connaître tout au long de cette affaire, et supposant que ces initiatives aient été prises à partir de fin août ou début septembre, c'est finalement dans un temps relativement court que la décision est prise. Ce qui ne justifie ni n'explique que rien n'ait été entrepris avant, voire pendant les vacances judiciaires, alors que la liberté de

714 La preuve documentaire ne fit pas l'objet d'un traitement séparé au sein du Jugement et fut principalement utilisée dans le raisonnement de la Chambre afin de déterminer la responsabilité hiérarchique et dès lors pénale de l'accusé (Jugement, pages 503 à 559, paragraphes 1235 à 1365). Les conditions d'acceptation des preuves documentaires furent rappelées dans leurs grandes lignes au sein du Jugement, pages 48 et 49, paragraphes 91 à 93, et avaient été initialement détaillées au sein des instructions pages 37 à 41, paragraphes 95 à 111 de Directions for the conduct of the proceedings and testimony in accordance with rule 140 (Présidence de la Chambre de première instance II, ICC-01/04-01/07-1665, 20 novembre 2009).

715 Décision relative à la mise en œuvre de la norme 55 du Règlement de la Cour prononçant la disjonction des charges portées contre l'accusé (Chambre de Première instance II, ICC-01/04 -01/07-3319, 21 novembre 2012). La décision de « non-culpabilité » suivant la disjonction des charges de Mathieu Ngudjolo intervint, comme annoncé, quelques jours plus tard, le 18 décembre 2012.

deux personnes emprisonnées depuis plusieurs années pour des charges qui étaient sur le point d'être déconsidérées ou très largement remaniées était en jeu.

La décision de disjonction des charges de MM. Ngudjolo et Katanga et la postérieure requalification des charges de Germain Katanga ont été de très loin les plus polémiques du procès, et peut-être les seules à avoir obtenu une modeste visibilité, non pas au sein de médias restés complètement désintéressés, mais au moins de la communauté universitaire gravitant au sein de la Cour pénale internationale[716]. La polémique se concentra principalement sur la temporalité de la décision. Il faut en effet savoir que l'interprétation jusqu'alors la plus commune en ce qui concernait la possibilité de requalifier les charges était que cet événement procédural ne pouvait avoir lieu, dans cette ampleur, à un tel stade de la procédure[717].

i. Les fondements de la procédure de requalification des charges

La question de la disjonction des charges est traitée par la norme 55 du Règlement de la Cour, adopté comme nous l'avons vu par les juges. Cette norme cite elle-même l'article 74 du Statut de Rome, qui ne prévoit cependant pas procéduralement l'hypothèse d'une requalification des charges en dehors du jugement final. La seule énonciation relative à cette question au sein de cet article conclut que la décision de la Chambre sur la culpabilité de l'accusé

> « ne peut aller au-delà des faits et circonstances décrits dans les charges et les modifications apportées à celles-ci. »

La norme 55, subordonnée donc au Statut, est elle intitulée sans ambiguïtés :

> « Pouvoir de la Chambre de première instance de modifier la qualification juridique des faits ». En trois alinéas, elle présente les conditions entourant un tel acte. Selon le règlement, la Chambre peut, dans son jugement, modifier la qualification juridique des faits afin de les faire concorder avec les incriminations correspondantes du Statut ainsi qu'avec les modes de responsabilité appropriés, mais elle ne peut pour cela dépasser les faits et circonstances décrits dans les charges[718]. Cette requalification peut intervenir « à un moment quelconque du procès », à condition qu'un temps suffisant soit donné aux différentes parties pour qu'elles puissent apporter leurs observations et demander toute mesure, y

716 Voir notamment Jon Heller, K., « « A stick to hit the accused with » : the legal recharacterization of facts under regulation 55 » in Stahn, C. (dir), *The Law and Practice of the International Criminal Court : A Critical Account of Challenges and Achievements*, Oxford, Oxford University Press, 2014 (à venir) ; SaCouto, S., Cleary Thompson, K., « Regulation 55 and the rights of the accused at the International Criminal Court », *War Crimes Research Office*, 2013 (rapport, 57 pages) ; Stahn, C., « Justice delivered or justice denied ? The legacy of the Katanga Judgement », *Journal of International Criminal Justice*, Oxford University Press, 19 août 2014, pages 21 à 24.

717 La question restait relativement peu traitée, malgré l'utilisation à titre secondaire de cette norme dans les affaires Lubanga, Bemba et Ruto. Voir notamment l'étude de référence sur la question jusqu'à la décision de la Chambre, Stahn, C., « Modification of the legal characterization of facts in the ICC system : a portrayal of regulation 55 », *Criminal Law Forum*, volume 16, 2005 pages 1 à 31.

718 Norme 55-1 du Règlement de la Cour.

compris l'interrogation de témoins et de nouveaux éléments de preuve qui lui sembleraient nécessaires. »[719]

La décision de la Majorité ne semble dès lors, dans un premier temps, pas contestable au regard des seuls textes, à moins de considérer le délibéré comme n'étant déjà plus une étape du procès. Il faut cependant tout d'abord rappeler que cette norme du Règlement, comme toutes les autres, est subordonnée au respect du Statut de Rome. Régulation interne de la CPI adoptée par les juges eux-mêmes, la valeur relative des dispositions du Règlement doit toujours être étudiée au regard notamment des dispositions du Statut protégeant les droits de l'accusé, mais aussi plus largement de tout article qui pourrait venir contredire, et dès lors annihiler, son invocabilité. La norme 55 ne faisant elle-même référence qu'à l'article 74, qui n'est rien d'autre que l'article régulant les conditions d'énonciation du Jugement, toute contestation fondée correctement au titre d'un autre article du Statut aurait théoriquement d'importantes chances d'aboutir. De conception prétorienne, le Règlement, dont la capacité à accueillir des dispositions déliées de tout article du Statut de Rome régissant explicitement ces questions a fait l'objet de nombreuses contestations[720], ne peut en tout cas servir à lui seul de fondement à une décision d'une telle nature qu'en ce qu'il ne se voit pas opposer de texte supérieur.

ii. L'application à l'espèce de la norme 55

Étudions maintenant la question en l'espèce. La raison principale qui pousse la Chambre à une rupture avec le cours normal des procédures à l'étape des délibérés semble simple, au-delà des argumentaires juridiques que nous traiterons plus en avant : après cinq ans de procédures, il n'y avait d'autre possibilité que d'admettre que l'*on* s'était trompé de personne. MM. Katanga et Ngudjolo n'étaient pas tant « simba » et « chui », le lion et le léopard, qu'un chasseur d'okapis et un infirmier ayant participé à un conflit dont les tenants et aboutissants les dépassaient de loin et qui avait transformé leur existence comme celle de l'ensemble des membres de la région à l'encontre de leur propre gré. Ils n'étaient pas tant des seigneurs de guerre avides de sang assis sur un tas de diamants et d'or, mais plutôt des petits miliciens insérés dans un tissu social imprégné d'une violence dont ils n'étaient pas à l'origine, et attachés à une communauté qui se pensait en danger. Leurs organisations n'étaient pas les deux piliers d'un même projet à dimension ethnique[721]. Ils n'avaient pas participé, ni encore moins pla-

719 Alinéas 2 et 3 de la Norme 55 du Règlement de la Cour.

720 Voir notamment Gideon Boas, J-L., Bischoff, N., Reid, B., Don Taylor, B., *International Criminal Law practitioner library, volume 3 : International Criminal Procedure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, chapitre 2, section 2.2.3, pages 41 à 44.

721 Ce qui fut défendu par le Procureur, qui pensait que le FRPI était la branche armée du FNI. Voir à cet égard Bueno, O., « Ngudjolo and Katanga : their role in the DRC conflict and the need for broader accountability », *International Justice Monitor*, 4 mars 2011 : « Although the FNI and the FRPI collaborated in the context of the attack on Bogoro, the relationship between the two groups is complex and not always friendly. The militias represented two distinct, although closely related, groups, the Ngiti and the Lendu (with the Ngiti usually described as a subgroup of the Lendu). Some describe the FRPI as serving as the political wing of the FNI before asserting its independence in

nifié, l'attaque de Bogoro. Ils n'y avaient même pas été. Mais ils avaient participé à la guerre de l'Ituri, volontairement, et l'institution qui les avait arrachés à leur terre aurait difficilement supporté les conséquences d'un abrupt verdict ordonnant que tous deux soient innocentés. Rappelons que dans ses conclusions finales, le Procureur continuait à affirmer que Katanga était le chef de toutes les milices du Walendu Bindi depuis fin septembre 2002, et qu'il avait remplacé l'ensemble des autorités civiles pour devenir le chef suprême fin 2002 de la région[722]. Lorsque Mathieu Ngudjolo fut acquitté et déclaré « non-coupable », la Chambre n'en tint pas moins à préciser, comme craintive de sa propre décision :

> « Déclarer qu'un accusé n'est pas coupable ne veut pas nécessairement dire que la Chambre constate son innocence. »[723]

La logique qui faisait qu'*ils ne pouvaient pas être là sans raison* semblait par là même contaminer les juges, comme incrédules à eux mêmes, et incapables d'accepter tout à fait le résultat de tant d'années de procédures, de peur de voir se dérober sous leur pieds cette croyance qu'ils avaient si longuement et difficilement nourrie, afin de lui laisser une seconde chance malgré l'évidence. Tandis que le dossier contre Mathieu Ngudjolo ne laissait d'autre choix que l'acquittement – même circonstancié – Germain Katanga, lui, avait affirmé aux autorités congolaises avoir participé à une attaque de Bogoro, bien qu'on ait oublié de lui demander laquelle. Sa stratégie de défense et son témoignage avaient ouvert quelques brèches, tandis que Ngudjolo, bien plus proche de la rupture, ne s'était nullement découvert. Il y avait donc une possibilité *d'obtenir une condamnation*, et par là-même de tenter d'inscrire un certain nombre d'avancées jurisprudentielles au sein de l'histoire de l'institution.

Venons en maintenant au droit. La décision de disjoindre les affaires et de requalifier les charges portées contre Germain Katanga – requalification qui ne fut entérinée qu'au moment du Jugement – a été durement critiquée du fait de son caractère tardif, de son ampleur et du dilemme dans lequel elle plaçait l'accusé et ses équipes de défense : tenter d'obtenir des délais suffisamment longs – au point de provoquer un *simili de* nouveau procès – pour pouvoir « reconstruire » sa défense, défense dont la stratégie se voyait brutalement remise en cause par cette transformation des charges, ou prendre le risque de procédures plus limitées afin d'achever enfin une estance à La Haye qui s'était par trop prolongée, quitte à se voir imposer une peine symbolique – la

2003. However, the International Crisis Group distinguished the two that same year by emphasizing the FNI's links with Uganda as opposed to the FRPI's increasing links with the RCD-ML and the government of the DRC. It is clear, however, that over the course of time that alliance frayed. »

722 Paragraphe 132. Le tout, sans être au courant de la fondation du FRPI qui était intervenue entre temps (paragraphe 138), ce qui laisse songeur. Il aurait dirigé au moment de l'attaque de Bogoro pas moins de 2400 hommes (paragraphe 141). S'il est vrai que M. Katanga avait été nommé à ces postes par un féticheur, Kakado, ceux-ci n'avaient de pouvoir que symbolique, en tant que conseillers spirituels (paragraphe 200).

723 Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (Chambre de première instance II, Affaire Ngudjolo, ICC-01/04-02/12-3, 18 décembre 2012) page 19, paragraphe 36.

décision de disjonction à ce stade impliquant *a priori* la volonté de la Majorité de la Chambre de faire condamner l'accusé[724].

L'une des problématiques principales de la temporalité de la décision eut trait au témoignage de Germain Katanga : la décision de l'accusé de témoigner *à la fin des procédures* comme l'y autorisait le Statut, décision qui donna les éléments suffisants à la Chambre pour requalifier les charges et *in fine* le faire condamner, avait-elle été prise en conscience ? N'y avait-il pas là une forme d'instrumentalisation ? Avait-il véritablement témoigné de façon volontaire, dès lors que les textes ne contemplaient qu'il ne le fasse qu'à la fin des procédures, une fois « certain » des charges à partir desquelles il serait jugé ? Ne s'était-il pas auto-incriminé malgré lui ?[725] La temporalité de la décision impliquait par ailleurs une question subsidiaire : la possibilité pour les Chambres de requalifier les faits à tout moment, sans limites autres que celles imposées par les faits eux-mêmes, ne rendrait-elle pas virtuellement impossible toute défense coopérative au sein de la Cour pénale internationale pour tout accusé ayant été lié de près ou de (très) loin aux événements incriminés ? Dit autrement, est-il possible pour un accusé, toujours susceptible d'être condamné pour complicité résiduelle, de tenter d'expliquer son rôle *réel* dans les événements qui l'ont amené à être jugé et de donner sa version des faits, dès lors que son témoignage est susceptible de l'incriminer au titre de charges secondaires *relatives à ce crime ?*

La requalification des charges envisagée portait en effet sur le mode de responsabilité, le faisant passer de celui d'auteur indirect à celui de « complice par tout autre moyen », c'est-à-dire du mode de responsabilité envisagé par l'article 25-3-a du Statut à celui envisagé par l'article 25-3-d[726]. Ainsi Germain Katanga s'était-il défendu tout au long du procès d'avoir élaboré un plan commun, et il se trouvait maintenant condamnable sur le fondement d'une complicité de participation à un

724 La défense tenta de trouver un compromis entre ces deux voies, sans que la Chambre ne lui laisse véritablement le temps de conduire de véritables enquêtes, et sans que la défense ne se batte excessivement dans cette direction.

725 La Chambre tenta de répondre à cette objection, de façon purement formelle et quelques peu sophistique à notre sens, dans le cadre de son jugement, pages 635 et 636, paragraphes 1529 à 1531. Bien qu'admettant que « dans ses conclusions orales, la défense (…) a reconnu que Germain Katanga avait apporté sa contribution à la réalisation de l'attaque » (Jugement, page 694, paragraphe 1670), et qu'il s'agissait là d'un élément essentiel pour déterminer sa responsabilité, la Chambre n'en tira aucune conséquence à cet égard. Ce ne fut pas la seule question à laquelle la Chambre, qui avait renvoyé au Jugement, ne répondit pas plus en 2012 qu'en 2014. Voir notamment à propos de l'impartialité (page 638, paragraphe 1535) et au droit à ne pas être jugé sans retard excessif (pages 671 et 672, paragraphes 1589 à 1591)

726 Décision relative à la mise en œuvre de la norme 55 du Règlement de la Cour prononçant la disjonction des charges portées contre l'accusé (Chambre de Première instance II, ICC-01/04 -01/07-3319, 21 novembre 2012), page 7, paragraphe 7. Seul le crime d'utilisation d'enfants de soldats de moins de 15 ans en vue de les faire participer activement à des hostilités, entant que crime de guerre, ne fut pas requalifié.

événement auquel il était extérieur tant dans la préparation que dans la commission directe[727].

La juge Christine Van den Wyngaert édicta à cette occasion sa première opinion dissidente de l'affaire[728], considérant que la décision violait les articles 64-2, 67-1-a, b, c et i du Statut de Rome ainsi que la norme 55(1) du Règlement de la Cour[729]. Elle rappela notamment que la Chambre avait fait le choix d'une procédure fondée principalement sur le principe du contradictoire, par lequel les stratégies de défense étaient nécessairement « indexées » sur les charges portées par l'accusation, et que les enquêtes, argumentaires et contre-interrogatoires des équipes de défense n'avaient en conséquence d'autre but que de contester la valeur des accusations portées par le Procureur, et non de proposer un récit alternatif susceptible de convaincre les juges[730]. Mme. Van den Wyngaert signalait déjà, dans une argumentation qu'elle reprendrait dans son opinion dissidente au Jugement, que la requalification des charges à ce stade rendait virtuellement impossible que les procédures n'entraînent pas des délais excessifs sans atteinte aux droits de l'accusé à assurer correctement sa défense[731]. Dès lors, la décision ne pouvait selon elle que « causer un préjudice irréparable à l'accusé »[732]. La juge considérait ainsi que la Chambre aurait dû rendre sa décision au titre de l'article 74 du Statut, c'est-à-dire le jugement, à ce moment même.

La décision de disjonction des affaires qui emportait l'activation de la norme 55 du Règlement n'en fut pas moins confirmée par la Chambre d'appel[733], qui considéra qu'elle ne pouvait, à ce stade, juger de l'atteinte aux droits de l'accusé qu'elle aurait provoqué, malgré une jurisprudence indiquant qu'*a priori* une violation du droit à être jugé sans retard excessif serait inévitable[734]. *In fine* cette question ne fut jamais étudiée, le retrait des appels interdisant toute révision juridictionnelle de la question, malgré la « préoccupation » exprimée par la Chambre quant au retard pris par la Chambre de première instance, préoccupation qui pouvait suggérer des possibilités importantes de réussite des recours en appel du Jugement[735].

727 Il pourrait être avancé qu'en théorie il s'agit là d'un renversement de la logique même de l'accusation : de faire commettre par un intermédiaire (co-auteur indirect) à complice (être celui qui commet ou aide à commettre au nom de), l'un et l'autre modes de responsabilité semblent parfaitement antithétiques.

728 Rattachée à la décision.

729 Décision relative à la mise en œuvre de la norme 55 du Règlement de la Cour prononçant la disjonction des charges portées contre l'accusé (Chambre de Première instance II, ICC-01/04 -01/07-3319, 21 novembre 2012), page 28 de l'opinion dissidente (annexe), paragraphe 58.

730 *Ibid.*, page 28 de l'opinion dissidente (annexe), paragraphe 56.

731 *Ibid.,* page 26 de l'opinon dissidente (annexe), paragraphe 52.

732 *Ibid.*, page 26 de l'opinion dissidente (annexe), paragraphe 53

733 Arrêt relatif à l'appel interjeté par Germain Katanga contre la décision rendue par la Chambre de première instance II le 21 novembre 2012 intitulée « Décision relative à la mise en œuvre de la norme 55 du Règlement de la Cour et prononçant la disjonction des charges portées contre les accusés, (Chambre d'appel, ICC-01/04-01-07-3363-tFRA, 25 juin 2013).

734 *Ibid.,* pages 40 et 41, paragraphes 97 à 99.

735 La Chambre d'appel tient à signaler qu'elle trouve préoccupant que la Décision attaquée ait été rendue près de six mois après le début des délibérations de la Chambre de première instance. *Ibid.,* page 41,

La Chambre d'appel appuya notamment son argumentation sur la nécessité de respecter les objectifs énoncés par le préambule du Statut de Rome, en particulier celui de la lutte contre l'impunité, ce qui interroge sur les limites d'un argument potentiellement extensible à l'infini[736]. Elle argua par ailleurs que le *droit formel* à ne pas témoigner contre soi-même avait été respecté[737]. Cette décision fit l'objet d'une opinion dissidente importante en ce qu'elle mentionnait que la CEDH avait rejeté l'hypothèse selon laquelle de la commission de crimes à titre principal (en tant qu'auteur), à la commission de crimes en tant que complice, il n'y avait qu'une affaire de degrés. Les implications sont évidentes en l'espèce, et l'opinion dissidente l'eût-elle emporté, la condamnation de Germain Katanga sur les fondements envisagés aurait été impossible. L'opinion dissidente exprimait par ailleurs ses inquiétudes sur les effets qu'une telle décision pourrait avoir sur les attitudes coopératives des accusés dans les procès à venir[738]. Plus important encore, le juge Cuno Tarfusser, auteur de l'opinion dissidente, avançait que la décision envisageant la requalification des charges n'étant pas assez motivé, l'appel lui-même ne pouvait l'être, le rejet par la Chambre d'appel de la requête de l'accusé faute pour la Chambre de pouvoir se prononcer devenant *de facto* inévitable, et rendant la procédure vaine[739]. Ce qui fut le cas en l'espèce. Les parties au procès disposèrent d'un mois pour transmettre leurs remarques quant au nouveau mode de responsabilité envisagé par la Chambre. La défense obtint plusieurs délais, notamment pour effectuer de nouveaux actes d'enquête en Ituri, et la Chambre remit sa décision en délibéré, prolongeant, comme prévu par la défense et par Christine Van den Wyngaert, de plus d'un an les procédures.

3. Jugement, sentence et fin des procédures

> « Qu'avez vous pensé du Jugement ? L'avez vous lu en entier ?
> Je l'ai lu en entier. Je regrette qu'un juge que je tenais beaucoup en estime puisse me décevoir et décevoir le reste du monde comme ça. On dirait que le juge qui a rédigé la décision n'est pas celui qui a mené les procédures, et qu'il a fait ce qu'on lui demandait de faire. Il y a des références auxquelles je ne comprends rien, et des faits qui n'ont jamais existé. Des témoins discrédités *chez Ngudjolo* mais pas chez nous. Beaucoup de raisonnements que je n'ai pas compris.

paragraphe 99.

736 *Ibid.,* page 11, paragraphe 22.

737 *Ibid.,* page 28, paragraphe 62. La Chambre évita de se prononcer sur un certain nombre d'autres éléments ayant des implications potentielles pour les droits de la défense mais aussi la possibilité d'étendre de manière potentiellement infinie les possibilités de condamnation sur des fondements résiduels, notamment en ce qui concerne la possibilité pour la Chambre de première instance de requalifier des faits secondaires à l'affaire, et non seulement des faits essentiels et matériels (voir *ibid.*, page 23, paragraphe 50). Il en alla de même sur l'équité générale des procédures (page 38, paragraphe 90), la décision de requalifier les charges n'ayant pas été formellement prise à ce stade des procédures, mais étant seulement « envisagée » par la Chambre de première instance, ses effets ne pouvant être jugés par avance.

738 *Ibid.*, pages 52 et 53, paragraphes 17 et 18.

739 *Ibid.,* page 55, paragraphe 24.

> Avez vous lu l'opinion dissidente ?
> Oui, elle mérite le respect, elle [Christine Van den Wyngaert] veut que les juristes qui étudient ne refassent pas les mêmes erreurs.
> On voyait les différences entre les juges à la façon dont ils réagissaient. Diarra compatissant avec des témoins, « je suis avec toi, je te soutiens », ça n'avait aucun sens, c'était gênant. Les trois juges, ce n'est pas important. Cotte et Wyngaert travaillaient, Diarra dormait. Ca se voyait, Cotte a du demander que le caméraman ne puisse pas la filmer. On devait taper sur sa chaise quand le greffe disait « l'audience est levée ». Elle posait des questions… à partir de là, la « majorité », ça n'était pas important, on savait que Cotte déciderait.
> Vous êtes resté sans réaction lors de la lecture du Jugement. Pourquoi ? Pouvez vous me décrire ce que vous avez ressenti ?
> Je le savais déjà. J'avais dit à mes avocats que je serai condamné de 15 à 20 ans dès la disjonction des charges. Ils ne voulaient pas me croire, vous pouvez leur demander. Dès la disjonction, j'ai été abattu. Pas furieux non, pas angoissé. Contre qui aurai-je pu être furieux ? Le métier de l'armée c'est comme ça. C'est la fatalité.
> J'étais un peu satisfait des douze ans. Psychologiquement, je me dis que je vais faire les douze ans. Vous me parlez de ma libération l'an prochain, les avocats me parlent de ma libération l'an prochain, mais moi je suis prêt à faire mes douze ans. Je ne pense à rien d'autre. Je ne veux aucun espoir. »

a. Le Jugement ou l'impossible conciliation entre droit et réalité

Le « résumé du jugement » fut lu en audience le 7 mars 2014 en présence de l'accusé par le Président de la Chambre de première instance Bruno Cotte. La présentation dura plus d'une heure et se déroula devant le regard impassible de l'accusé, y compris après que le verdict est tombé. La Chambre confirmait la requalification des charges sur le fondement qu'elle avait envisagé et requalifiait, à l'unanimité, le contexte dans lequel s'étaient déroulés les faits, considérant qu'il s'agissait d'un conflit armé non-international[740]. Germain Katanga fut donc condamné sur le fondement de l'article 25-3-d du Statut de Rome. À l'unanimité, la Chambre l'acquitta de la commission, sur le fondement de l'article 25-3-a, du crime de guerre d'utilisation d'enfants soldats[741], ainsi que sur le fondement de l'article 25-3-d, de viols et réduction en esclavage sexuels en tant que crimes de guerre *et* crimes contre l'humanité[742]. À la majorité, M. Katanga fut déclaré coupable de complicité, au sens de l'article 25-3-d, de meurtre, en tant que crime contre l'humanité[743] ; de meurtre[744], attaque contre une population civile en tant que telle[745], destruction de biens de l'ennemi[746] et pillages[747] en tant que crimes de guerre[748].

740 Sur ce dernier point, à l'unanimité.
741 Article 8-2-e-vii du Statut de Rome.
742 Articles 8-2-e-vi et 7-1-G du Statut de Rome.
743 Article 7-1-a du Statut de Rome.
744 Article 8-2-c-i du Statut de Rome.
745 Article 8-2-e-i du Statut de Rome.
746 Article 8-2-e-xii du Statut de Rome
747 Article 8-2-e-v du Statut de Rome.
748 Pour une évaluation détaillée des différentes modes de responsabilité et leur « complémentarité », voir Schabas, W., *The International Criminal Court : A commentary on the Rome Statute,* Oxford,

i. La complicité par tout autre moyen

Revenons donc sur ce nouveau mode de responsabilité qui ne fut évoqué pour la première fois qu'au mois de novembre 2012. L'article 25-3-d prévoit qu'une personne est responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si

> « elle contribue de tout autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert. »

Nous avons qualifié à plusieurs reprises ce mode de responsabilité de « résiduel » : ce terme a en effet été notamment utilisé par la Chambre préliminaire dans les affaires Lubanga et Mbarushimana pour définir cette forme de complicité et en inférer que, pour qu'elle soit retenue, la gravité des crimes devait être conséquemment plus importante ou le degré de conscience de ces crimes plus élevé. La doctrine s'est elle aussi emparée de cette désignation, qui correspond à une forme de responsabilité pensée *a priori* pour désigner toutes celles qui n'entreraient pas dans les autres cas de figure envisagés par les rédacteurs du Statut de Rome[749], et dont l'indéfinition a amené certains commentateurs à réclamer son abolition, ou a défaut, sa réécriture[750].

La contribution prévue par l'article 25-3-d doit être intentionnelle et, selon les cas :

> i) Viser à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe, si cette activité ou ce dessein comporte l'exécution d'un crime relevant de la compétence de la cour ; ou
>
> ii) Être faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime

Oxford University Press, 2010, pages 421 à 441 ; Cassese, A., *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pages 161 à 208 à (et plus particulièrement pages 198 et 199 en ce qui concerne l'article 25-3-d) ; Triffterer, O. (dir), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers notes, article by article*, Baden Baden, Beck-Hart-Nomos, 2008, pages 743 à 770 ; Cassese, A., Gaeta, P., Jones, J., *The Rome Statute of the International Criminal Court : A Commentary,* Oxford, Oxford University Press, 2002, pages 767 à 822 et dans une moindre mesure 1085 à 1100 ; Werle, G., « Individual responsability in article 25 ICC Statute », *Journal of International Criminal Justice*, volume 5, 2007, pages 953 à 975 ; sur leurs premières application, Olasolo, H., « Developments in the Distinction Between Principal and Accessorial Liability in Light of the First Case Law of the International Criminal Court », pages 339 à 359 *in* Stahn, C., Sluiter, G., *The emerging practice of the International Criminal Court*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009.

749 Décision relative à la confirmation des charges (Chambre préliminaire I, Affaire Mbarushimana, ICC-01/04-01/10, 16 décembre 2011), pages 132, paragraphe 278 : « La Chambre rappelle également que l'article 25-3-d prévoit une forme résiduelle de responsabilité du complice ». Décision relative à la confirmation des charges (Chambre Préliminaire I, Affaire Lubanga, ICC-01/04-01/06-803, 29 janvier 2007), page 96, paragraphe 337 ; Cassese, A., *International Crimina Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, page 198 et 199. Le degré de conscience plus élevé est requis par la décision dans l'affaire Lubanga, et de gravité dans l'affaire Mbarushimana.

750 Voir Ohlin, J., « Joint criminal confusion », *New Criminal Law Review : an international and interdisciplinary journal*, volume 12, numéro 3, 2009, pages 406 à 419.

La rédaction du Statut de Rome sur ce mode de responsabilité est ambiguë à bien des égards, peut-être volontairement. Tout d'abord, le Statut ne précise pas si le groupe de personnes « agissant de concert » est un critère s'appliquant « à la commission ou tentative de commission de crime » ou plus généralement aux actes du groupe dans leur ensemble – ce qui reviendrait à un raisonnement tautologique *mais utile*, et permettrait d'envisager la condamnation de personnes pour complicité de commission de crimes commis involontairement. Par ailleurs, il n'est pas précisé si l'intentionnalité de la contribution est relative au crime, ou s'adresse *à elle-même*, dans le seul but d'exonérer les actions parfaitement involontaires, y compris vis-à-vis d'un projet perçu comme légitime. Les précisions dans les alinéas i) et ii) semblent indiquer que la première interprétation doit être retenue. Dès lors, l'alinéa ii) interroge : cette contribution peut elle être faite « intentionnellement », « en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime », sans que pour autant l'on ait connaissance du lien existant entre l'acte, le groupe et le crime ?

Soulignons dès à présent, en modulant cette affirmation au regard des réponses qui ont été apportées à ces questions[751], l'extension potentiellement illimitée ou presque du mode de responsabilité retenu, et la grande liberté laissée aux juges par les ambigüités de la rédaction pour interpréter plus ou moins librement les conditions énoncées par le Statut. Par exemple, en ce qui concerne la criminogénéité du dessein du groupe, le Jugement, et l'opinion dissidente, de l'affaire Katanga ont tranché dans un sens pour le moins paradoxal : tout en admettant la nécessité d'un dessein criminel, la Chambre indique que ce dessein peut n'être qu'un moyen, ou ne pas recouvrir entièrement les objectifs du groupe criminel ; et ne « doit pas nécessairement viser la perpétration d'un crime relevant de la compétence de la Cour », ce qui pourrait être interprété comme élargissant le spectre d'évaluation de la criminalité des actes – en tant que point d'entrée du raisonnement juridique – au-delà des critères du Statut de Rome. Plus troublant, la Chambre étend l'incriminabilité fondée sur ce mode de responsabilité à la participation aux activités du groupe dans la mesure où le participant sait « que le crime adviendra dans le cours normal des événements »[752], et cela même si sa contribution ne vise pas à alimenter cette dimension criminelle, ni pourrait être

751 Les chambres préliminaires, d'instance et d'appel, ont successivement tenté de délimiter les enjeux de cette forme de responsabilité en apportant des réponses consécutives plus ou moins exigeantes. Voir notamment Décision sur la confirmation des charges (Chambre préliminaire I, affaire Katanga, ICC-01/04-01/07-717-tFRA-Corr, 30 septembre 2008), pages 172 à 176, paragraphes 480 à 486 ; Décision sur la confirmation des charges (Chambre préliminaire I, Affaire Lubanga, ICC-01/04-01/06-803, 2 février 2007), pages 93 à 96 paragraphes 322 à 341 ; Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (Chambre de Première instance I, Affaire Lubanga, ICC-01/04-01/06-2842-tFRA, 14 mars 2012), page 428, paragraphe 994 ; Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative à la confirmation des charges rendue par la Chambre préliminaire I le 16 décembre 2011 (Chambre d'Appel, Affaire Mbarushimana, ICC-01/04-01/10-514-tFra, 30 mai 2012) pages 24 à 33, paragraphes 51 à 69, mais aussi les decisions de confirmation des charges concernant les affaires Banda et Jerbo, Ruto, Kenyatta et les mandats d'arrêt contre Omar El Beshir et Kadhafi, cités par la Chambre dans son Jugement, page 567, paragraphe 3171.

752 Jugement, page 675, paragraphe 1627

considérée par ailleurs criminelle en soit. Dans l'un des points de divergence les plus importants entre la Majorité et l'opinion dissidente, la Chambre considère ainsi que les contributions de l'accusé n'ont pas à être effectuées *dans le but* de concourir à l'intention criminelle du groupe[753]. Plus encore, la Chambre considère que l'accusé n'a pas à partager l'intention du groupe de commettre le crime[754].

L'article 25-3-d laisse ainsi une grande marge de manœuvre qui éloigne cependant la Cour de son rôle de véridiction. Il n'est pas nécessaire de rappeler à ce stade que la Chambre ne tenta pas d'indiquer, ne serait-ce qu'à titre informatif, qui avait planifié et commis les crimes dont Germain Katanga s'était rendu complice, ni qui lui avait fourni les moyens de cette complicité. Elle n'avança, de la même façon, pas le moindre élément factuel permettant d'affirmer que les crimes n'auraient pas été commis, ou dans une bien moindre mesure, si M. Katanga n'y avait été impliqué, malgré la nécessité affirmée de démontrer, « crime par crime » que la contribution de Germain Katanga avait été « significative »[755] : en effet la Chambre considéra qu'il n'était nullement nécessaire que la commission de ces crimes ait été conditionnée par l'action de l'accusé, ni même ait pu en dépendre, pour démontrer la culpabilité[756].

ii. La théorie du contrôle sur l'organisation

Qui plus est, la Chambre a condamné Germain Katanga sur le fondement de l'alinéa ii de l'article 25-3-d, c'est-à-dire en quelques sortes par la plus résiduelle des formes résiduelles de complicité, qui n'implique même pas une intention positive d'aider à la commission des crimes, mais qui est néanmoins punissable au même titre, et avec la même lourdeur potentielle, que tous les autres modes de responsabilité[757]. Comme la décision de confirmation des charges, les auteurs du Jugement se sont dans un premier temps appuyés sur la théorie doctrinale du contrôle sur l'organisation et de « l'auteur derrière l'auteur » de Claus Roxin[758], pour rejeter la responsabilité de Germain Katanga. Cette théorie a été utilisée dans les trois jugements qu'a connus la Cour jusqu'à aujourd'hui, et a fait l'objet dans les trois cas d'opinions dissidentes traitant de la

753 Cette divergence amènera la juge Christine Van den Wyngaert a émettre une opinion similaire dans la décision de confirmation des charges de Laurent Gbagbo. Voir Opinion dissidente de la juge Christine Van den Wyngaert (Chambre préliminaire II, ICC-02/11-01/11-656-Anx, 18 juillet 2014), pages 6 à 8, paragraphes 8 à 10.

754 Jugement, page 680, paragraphe 1638.

755 Jugement, page 677, paragraphe 1632.

756 Jugement, page 678, paragraphe 1633. Cette proposition rompt avec la Chambre préliminaire dans sa décision de confirmation des charges (ainsi qu'avec une partie de la doctrine, voir Dörmann, K., *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court : Sources and Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, page 40). Dans sa page 103, paragraphe 296, celle-ci affirmait clairement : « La Chambre va également dans le sens du TPIY lorsqu'il conclut que « la conduite de l'accusé doit constituer une cause majeure de la mort de la victime. »

757 La Chambre le rappelle dans le Jugement, page 569, paragraphe 1387, récusant ainsi ce qu'elle considère être une opinion non fondée, notamment par Adrian Fulford et Christine Van den Vyngaert sans pour autant la discuter.

758 Jugement, page 576, paragraphe 1404

question[759]. Nous n'entrerons pas dans les détails d'une proposition doctrinale étrangement adoptée de façon systématique par la Cour[760], sous l'impulsion des Chambres préliminaires, alors qu'elle jouit d'une influence internationale pour le moins réduite, que son applicabilité reste largement contestée et qu'elle s'est révélée être moins contraignante que celle de l'entreprise criminelle commune[761]. Rappelons cependant que la Chambre considère qu'elle permet de différencier l'auteur ou co-auteur indirect et le complice, ce dernier n'ayant, contrairement au premier, pas de « contrôle sur le crime », c'est-à-dire n'étant pas capable de décider si le crime sera ou non commis[762].

Cette interprétation, d'apparence anodine, permet en fait à la Chambre de légitimer la condamnation de Germain Katanga *alors même qu'il n'était pas un élément décisif* dans la commission des crimes, comme nous le verrons par la suite. Si elle peut sembler utile au premier abord, elle reste d'application potentiellement contestable en ce qui concerne le droit international pénal, et en particulier la CPI : le Statut de Rome a-t-il été rédigé pour faire condamner des complices à des crimes dont la contribution n'a pas été essentielle à la commission de ceux-ci – possibilité qui serait ouverte si l'on retenait une telle définition de la complicité ?

iii. Les constatations factuelles

Nous ne reviendrons pas de façon exhaustive sur les différentes constatations factuelles de la Majorité[763], en partie déjà étudiées, et qui ont amené à conclure à la

759 L'abandon de la doctrine de l'entreprise criminelle commune très largement utilisé dans les TPI, et tout aussi voire plus contestée que celle de la théorie de l'auteur derrière l'auteur, suscite de nombreux débats. Voir à cet égard Manacorda, S., Meloni, C., « Indirect perpetration vs Joint criminal entreprise : concurring approaches in practice of International Criminal law ? », *Journal of international criminal justice,* volume 9, numéro 1, 2011, pages 159 à 178.

760 Théorie dont l'application à l'espèce suscite de nombreuses interprétations pour le moins légères, par exemple en ce qui concerne la possibilité de se rendre complice par commission indirecte d'une personne non-pénalement responsable, non pas dans le sens descendant (façon par exemple d'obtenir les condamnations relatives aux enfants soldats) mais aussi ascendant (Jugement, page 574, paragraphe 1398.

761 Juriste en droit pénal jouissant d'une très grande considération en Allemagne, ses travaux ont été très peu traduits, et à notre connaissance pas du tout en Français. Pour des études résumant les enjeux entourant cette théorie dans le cadre du droit international pénal, voir Jain, N., « The control theory of perpetration in International Criminal Law », *Chicaco journal of international law,* volume 12, numéro 1, pages 158 à 200 (qui affirme qu'il n'existe guère d'ouvrages en langue anglais expliquant cette théorie) ; Ohlin, J., van Sliedregt, E., Weigend, T., « Assessing the Control-theory », *Leiden Journal of International Law*, volume 26, numéro 3, pages 725 à 746 ; et plus particulièrement, en ce qui concernait l'interprétation de la décision de confirmation des charges dans l'affaire Katanga Weigend, T., « Perpetration through an organization : the unexpected career of a German legal concept », *Journal of International criminal justice*, 2009, volume 1, 2011, pages 91 à 111. Accessoirement, et à titre d'anecdote, Claus Roxin est l'auteur d'un article sur l'auto-incrimination involontaire en droit pénal qui n'a pas été cité par la Chambre pour des raisons concevables, ses perspectives n'allant pas tout à fait dans le sens retenu par celle-ci.

762 Jugement, page 573, paragraphe 1396.

763 Présentées par la Chambre, contre toute évidence, comme étant énoncées « dans le cadre d'un récit largement similaire » à celui des charges initiales (Jugement, page 614, paragraphe 1479).

responsabilité pénale de M. Katanga sur le fondement d'une « complicité par tout autre moyen ».
Notons cependant que c'est parce qu'il a « facilité la réception d'armes et de munitions »[764] à Aveba, distribution qui eut lieu par la suite dans d'autres villages (Olongba et Kagaba) que cette condamnation lui a finalement été imposée. La défense avait admis ces distributions d'armes, et un document cité par la Chambre semble indiquer qu'elle avait été décidée à Béni, sans que rien ne porte à croire que M. Katanga en ait été ni l'auteur, ni l'une des sources. Ce document définissait très précisément qui seraient les destinataires des armes et quelles quantités devraient être livrées[765]. Cependant, la Chambre considéra qu'une fois sur le terrain, Germain Katanga joua un rôle essentiel dans l'application de ces directives[766]. Cet élément est important, étant donné que, tout en attribuant une position d'autorité importante à l'accusé, la Chambre conclut qu'il ne dirigeait au moment de l'attaque que 60 hommes[767], et qu'elle n'était pas en mesure « au-delà de tout doute raisonnable » de lui attribuer un « pouvoir hiérarchique effectif » sur les commandants et combattants du Walendu Bindi.[768]

Il nous faut revenir sur un certain nombre d'éléments supplémentaires dont l'interprétation spécieuse permis à la Chambre de faire correspondre les faits avec la théorie qu'elle souhaitait voir appliquer. Ainsi, en ce qui concerne l'attaque de Bogoro, la Chambre considéra que, dans ce qui nous semble être un sophisme,

> « la manière dont Bogoro a été attaqué et le fait que les civils hema, alors qu'ils ne prenaient pas part aux combats, ont été pourchassés et tués confirme bien l'existence d'un dessein commun de nature criminelle à l'encontre de la population du village. »[769]

Ainsi, en suivant le raisonnement de la Chambre, il suffirait qu'un acte ait été commis pour qu'il implique la *volonté préalable de le commettre*, c'est-à-dire la préméditation, sous une forme d'ailleurs élaborée, puisqu'impliquant une véritable organisation. Nous avons vu comment les caractéristiques de l'attaque de Bogoro laissaient dubitatifs quant au caractère planifié et organisé des violences commises contre les civils.

Surtout, pour la Chambre, il « importe peu que la planification, en tant que telle, de l'attaque de Bogoro ait impliqué des acteurs locaux et régionaux »[770], l'intention des Ngiti, qui leur était propre, étant de commettre des violences contre les civils de

764 Jugement, page 522, paragraphe 572.
765 Jugement, page 523, paragraphe 1281.
766 Jugement, page 526, paragraphe 1291.
767 Jugement, page 533, paragraphe 1306.
768 Jugement, page 546 et pages 557 et 558, paragraphes 1334 et 1359 à 1363
769 Jugement, page 690, paragraphe 1657. Elle « corroborera » son raisonnement en considérant, sans éléments probants, que le « comportement habituellement adopté tant antérieurement que postérieurement par les Ngiti confirme bien qu'ils entendaient commettre ces crimes » (*ibid.*, paragraphe 1658).
770 Jugement, page 693, paragraphe 1665

Bogoro. L'euphémisme du terme « implication », qui recouvre une réalité extrêmement large (l'élaboration, la préparation, la mise en œuvre partielle, la fourniture de moyens pour cette mise en œuvre et l'encadrement de l'attaque) n'est pas ici seul en cause. Il apparaît en effet évident que, bien au-delà d'une simple question d'ampleur, l'attaque n'aurait pu être commise sans l'implication de ces « acteurs régionaux », dont l'absence d'intervention aurait par ailleurs rendu impossible la condamnation pour complicité de Germain Katanga, puisqu'elles furent celles qui lui fournirent les moyens et les raisons de cette complicité, en en faisant leurs intermédiaires.
La Chambre n'en insista pas moins lourdement sur la dimension locale du conflit et l'organisation supposée de l'attaque de Bogoro à une échelle purement locale, sans ne pouvoir s'appuyer à cet égard sur le moindre élément de preuve[771]. Elle alla pour cela jusqu'à mentionner un « plan commun local » qui aurait abouti à l'attaque de Bogoro, se refusant à l'étudier au regard des éléments prouvant une implication de Kinshasa, afin de trouver dans cette initiative locale – qui n'aurait eu donc d'autre but que de commettre des violences contre les civils – une « superposition parfaite » avec le résultat de l'attaque, et dès lors en tirer la preuve que cette dernière avait eu avant tout et principalement une assise locale[772]. Pourtant, dès l'étude de la recevabilité de l'affaire, la Chambre préliminaire avait considéré

> « qu'il existe des motifs raisonnables de croire que l'attaque lancée conjointement par le FNI et le FRPI contre le village de Bogoro le 24 février 2003 ou vers cette date ne visait pas particulièrement la population civile de Bogoro ou des civils ne participant pas aux hostilités. »[773]

Outre les éléments déjà présentés, rappelons que Kabila s'était réuni à Dar es Salaam le 9 février 2003 avec de nombreuse milices, dont le FNI mais aussi une milice Hema (PUSIC), afin de « chasser l'UPC de l'Ituri » et mettre en œuvre une stratégie commune, et que des directives en découlant avaient été données le 11[774]. Comme nous l'avons vu, tout indique par ailleurs que le FRPI n'aurait pu être créé ni subsister sans l'appui des pouvoirs régionaux (rappelons que sa création datait de quelques semaines avant l'attaque de Bogoro)[775]. Hypothèse soutenue par la défense, *a minima* probable

771 Voir par exemple Jugement, page 695, paragraphe 1671.

772 Jugement, page 696, paragraphe 1672. La multiplicatio

773 Décision concernant les éléments de preuve et les renseignements fournis par l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Germain Katanga (Chambre préliminaire I, ICC-04/04-01/07-4-tFRA, 6 juillet 2007), page 17, paragraphe 40.

774 Voir Jugement, page 156, paragraphe 409 et page 192 paragraphe 509, qui ne mentionne pas les détails de cette réunion pourtant longuement invoquée par le témoin D02-236, considéré sur ces points comme crédible par la Chambre.

775 Voir en sus de tous les éléments déjà mentionnés, Bueno, O., « Ngudjolo and Katanga : their role in the DRC conflict and the need for broader accountability », *International Justice Monitor*, 4 mars 2011 : « According to reports from local NGOs, the FRPI as an armed group could not have existed without the logistic and military support of the RCD-ML. This support took the form of the training of FRPI Ngiti militia at the RCD-ML training center at Nyaleke in North Kivu. In this context, both human rights activists and intellectuals in the Hema community assign particularly significant responsibility to Mbusa Nyamwisi. They express concern that Nyamwisi has not been called to account for his role, but has rather been promoted to the rank of current minister for decentralization. »

et largement étayée au long du procès, et dont l'évaluation de la crédibilité par la Chambre aurait pu suffire à éviter la condamnation, le fait que l'attaque de Bogoro eut pour objectif principal voire unique de servir les intérêts géopolitiques du chef de l'État congolais ne fut opportunément pas envisagé comme *narration alternative* par la Chambre, malgré l'accumulation d'éléments recensés par cette dernière dans sa décision elle-même en faveur de cette version, accumulation contrastant avec la pauvreté des éléments allant dans la direction qu'elle finit par choisir.
De façon plus générale, la multiplication au sein du Jugement d'allégations non prouvées lors des procédures, ni appuyées par des éléments de preuve présentés comme étant admis « au-delà de tout doute raisonnable » par la Chambre est éloquente[776]. Loin d'être secondaire, cette succession de suppositions présentées plus ou moins affirmativement permet rhétoriquement à la Chambre, *in fine*, de conclure contre toute évidence *in concreto* à la « contribution particulièrement pertinente (sic) » de Germain Katanga aux crimes, qui les aurait ainsi « influé (sic) de manière importante » tant en ce qui concerne leur « survenance » que la « manière » dont ils ont été commis[777]. Prenons un dernier exemple, quant à la connaissance par M. Katanga de l'intention du groupe ayant attaqué Bogoro de commettre chacun des crimes pour lesquels il fut condamné, critère essentiel afin de s'assurer de sa culpabilité, comme nous l'avons vu. La Chambre conclut, avec tout aussi peu d'éléments que dans les cas précédents, qu'il savait depuis décembre 2002 que ces crimes seraient commis. Pour affirmer cela, la Chambre se fonde ainsi simplement sur le fait que les attaques précédentes (et la Chambre ne s'appuie à cet égard, comme élément prouvé au-delà de tout doute raisonnable, que sur la connaissance par Germain Katanga d'une seule attaque intervenue sept mois auparavant, bataille dont M. Katanga avait dit lors de son témoignage tout l'effroi qu'elle avait suscité en lui, et dont on suppose donc qu'elle revêtait à ses yeux un caractère exceptionnel, du moins non banal[778]) menées par les Ngiti dans la région avaient eu des conséquences similaires, et que dès lors M. Katanga ne pouvait que savoir que l'attaque de Bogoro se déroulerait de la façon dont elle s'est déroulée[779]. Qu'il puisse apparaître contestable de considérer qu'un seul précédent, intervenu sept mois auparavant, que la Chambre invoque pour affirmer qu'il s'agissait là de la manière dont étaient menées les guerres en Ituri, puisse suffire à attribuer au-delà de tout doute raisonnable une certitude à M. Katanga quant au déroulé des événements, n'est à aucun moment envisagé dans la rédaction du Jugement.

La Chambre, en se livrant à un exercice de constatations factuelles et d'évaluation des principaux éléments de preuve particulièrement exhaustif en ouverture de son Jugement, avait en quelque sorte d'elle-même offert à ses détracteurs les outils de sa propre critique, s'exposant nécessairement alors même que la fragilité de sa décision

776 Voir outre les paragraphes déjà cités, les paragraphes 1676, 1677 et leur aboutissement paragraphe 1679

777 Jugement, page 699, paragraphe 1679.

778 Il s'agit de la bataille de Nyakunde, à laquelle M. Katanga affirme ne pas avoir participé.

779 Jugement, pages 701 et 702, paragraphes 1689 et 1690.

semble par trop évidente. Sans même entrer sur la contestation des éléments factuels qui ont été retenus, son interprétation et la « codification juridique » qu'elle a menée afin d'intégrer ceux-ci à son raisonnement semble en effet systématiquement orientée afin de convenir à la théorie qu'elle aurait adopté au préalable, sans que le raisonnement n'apparaisse la plupart du temps convaincant. Le seul commentaire universitaire publié en 2014 sur cette affaire avance :

> « le traitement des preuves et des aspects procéduraux de l'affaire est l'un des aspects les plus troublants de la décision. »[780]

L'ensemble des éléments dirigés *vers une condamnation* depuis le début des procédures et surtout depuis la requalification des charges, ainsi condensés, laissent apparaître au contraire par leur accumulation la dimension des insuffisances et incohérences qui avaient surgi tout au long du procès, sous une forme pour le moins frappante, tant elles sont exposées avec minutie et dans leurs plus importants détails. C'est probablement ce qui explique la virulence des premières réactions, et au-delà même, le profond scepticisme qui accompagna les premiers commentaires universitaires relatifs au jugement, quand bien même leur analyse de celui-ci n'était fondée qu'en droit.
L'opinion dissidente de la juge Van den Wyngaert, dont nous avons à plusieurs reprises souligné la virulence rare, a contribué à cet état de fait, s'attaquant particulièrement à l'interprétation des faits et leur codification juridique avec une systématicité telle qu'elle a en quelque sorte *forcé* la Majorité a produire une opinion concordante à leur propre jugement. Fait unique dans l'histoire de la jurisprudence pénale internationale, cette initiative pourrait bien être révélatrice du degré de trouble dans lequel se tenaient les juges de la majorité, sentant les fondements de leur propre décision vaciller.

Plus étonnant, la Majorité ne semblait ainsi pas avoir tiré toutes les conclusions de ses propres constatations, notamment en ce qui concerne les méthodes du Bureau du Procureur, dont la faiblesse du dossier pourrait être résumée par la mention, au sein du Jugement, du fait que l'une des pièces maîtresses de l'accusation, de l'aveu même de celle-ci, consistait en une lettre relative à l'approvisionnement de savons de la communauté du Walendu-Bindi[781]. Commençant la décision par une critique importante du Bureau du Procureur qui l'avait rendue prisonnière d'un dossier quasiment inexistant, la Majorité, qui répéta par la voix de Bruno Cotte ses critiques au cours de nos entretiens tout en les excusant quasi systématiquement[782], semblait ignorer la virtualité de nombreuses des difficultés alléguées par le Bureau du Procureur tout au long du procès, virtualité que nous avions pu constater lorsque nous travaillions dans cette institution. Informé de ces faux-semblants par téléphone, le juge président marqua une réelle surprise qui nous surprit à notre tour. L'absence d'information des juges

780 Stahn, C., « Justice delivered or justice denied ? The legacy of the Katanga Judgement », *Journal of International Criminal Justice*, Oxford University Press, 19 août 2014, page 19.

781 Jugement, page 239, paragraphe 611.

782 « L'une des difficultés majeurs que rencontre la CPI, c'est l'absence d'éléments de preuve. Le Procureur a peut-être fait trop confiance aux témoins. Mais la CPI doit à chaque fois s'immerger dans une nouvelle structure, une nouvelle configuration… »

sur les réalités des modalités d'exercice du mandat du Procureur, criante, avait ainsi pu influencer leur décision, et, comblée, aurait pu amener la Chambre à moins de complaisance, et peut-être même à une décision différente. Il n'en fut rien, par excès de confiance mutuelle ou pour d'autres raisons, et très certainement en partie du fait du sentiment d'appartenance commune à un même projet et de la croyance en la sincérité nécessaire réciproque qui en habite les différents acteurs.

Le Jugement laisse *in fine* une interrogation en suspens, liée au fait que l'affaire n'aurait certainement pas été recevable eut-elle été présentée sous sa forme finale à la Chambre préliminaire, comme l'admirent l'ensemble des acteurs avec lesquels nous nous sommes entretenus. Une simple et pourtant terrible question, suffisant à résumer le malaise qui découle de l'ensemble des procédures, et de la tentative pour le moins maladroite de les rattraper au dernier moment : peut-on condamner un homme que l'on n'aurait pas du juger ?

b. La sentence, une opportunité manquée

La question de la peine reste encore aujourd'hui l'une des principales sources de controverse au sein du droit international pénal[783]. Seul l'emprisonnement, c'est-à-dire le *moyen d'exécution*, semble faire l'unanimité comme forme applicative[784], et encore ses modalités restent-elles variables et en partie indéterminées : outre la durée – au cœur de la problématique pénale –, la nature et les conditions de cet emprisonnement, le lieu de son exécution, les remises de peine possibles et bien d'autres enjeux viennent régulièrement susciter d'importantes controverses qui n'ont pas encore été définitivement tranchées.

Plus généralement, de l'échelle des peines au pourquoi de celles-ci en passant par leur rôle *attribué* et leur effectivité, le droit international pénal semble, plus de vingt ans après son renouveau, incapable de se doter d'une doctrine constante, pourtant essentielle pour donner un sens à son action. Ainsi les critères de ce qui est le point culminant du processus pénal semblent varier d'un juge à l'autre, d'une Chambre à l'autre,

783 Voir à ce sujet Schabas, W., *The International Criminal Court : A commentary on the Rome Statute,* Oxford, Oxford University Press, 2010, pages 891 à 908 ; Triffterer, O. (dir), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers notes, article by article*, Baden Baden, Beck-Hart-Nomos, 2008 pages 1433 à 1437 ; Cassese, A., Gaeta, P., Jones, J., *The Rome Statute of the International Criminal Court : A Commentary,* Oxford, Oxford University Press, 2002, pages 1497 à 1534 ; Henham, R., « Some issues for sentencing in the International Criminal Court », *International and comparative law quarterly*, volume 52, numéro 1, 2003, pages 81 à 114 ; Pickard, D., « Proposed sentencing guidelines for the International Criminal Court », *Loyola of Los Angeles international and comparative law review,* volume 20, 1997, pages 123 à 164 (offrant une étude comparative des principaux systèmes judiciaires sur la question des violences de masse) ; D'Ascoli, S., *Sentencing in International Criminal Law : the UN adhoc Tribunals and future perspectives for the ICC*, Oxford, Hart, 2011.

784 Ce qui fut à l'origine de polémiques importantes entre le Rwanda et le TPIR, l'État africain exigeant de juger un certain nombre d'accusés parce que le TPIR était dans l'incapacité d'appliquer la peine de mort.

d'un tribunal à l'autre[785], sans que jamais une unification réelle ait pu jusqu'ici s'imposer, au point que certains y voient un facteur de délégitimation du droit international pénal dans son ensemble[786].

i. La peine au sein du Système de Rome

La question touche évidemment aux débats philosophiques sur le sens même de la justice et le droit de punir sur lesquels nous ne reviendrons pas ici[787]. Mais les débats autour de la peine elle-même agissent de façon partiellement autonome, comme en témoignent les nombreux développements juridiques partiellement décorrélés des écoles de pensée philosophiques que nous avons brièvement citées[788]. Selon les différentes théories qui s'opposent et qui ont influencé divers droits et pratiques pénales nationales, la peine peut *incarner* et donner corps de façon plus ou moins directe au rôle rétributif, restauratif, dissuasif ou préventif, rédempteur, exemplifiant ou réformateur de la justice, et ce le plus souvent de façon mêlée. Quant à la question de ses modalités, elle fait elle-même de façon autonome l'objet de développements si divers qu'aucune tentative d'unification n'a jamais abouti jusqu'ici. Afflictives, infamantes, correctrices, réhabilitatives… les fonctions *attribuées* à la peine influent sur ses modalités et vice-versa, sans qu'aucune assertion définitive ne puisse s'imposer à ce sujet[789].

La confusion et l'incapacité à trouver une approche commune, sinon unanimement acceptée du moins faisant consensus, au sein du droit international pénal, n'en reste pas moins particulièrement marquante. Elle aurait pu être réglée au sein du *Système de Rome*, comme une partie de la doctrine l'attendait. C'est, au contraire, des contradictions plus importantes encore qu'au sein des tribunaux *ad hoc* qui se sont révélées dans les deux seules affaires ayant jusqu'ici abouti à un verdict. Ainsi, en réaction au premier jugement de première instance de la Cour, dans l'affaire Thomas Lubanga, le Procureur avait requis une peine de trente ans d'emprisonnement pour la commission « d'un seul » crime contre l'humanité. Cette demande fut très durement critiquée en ce que, eût-elle été accueillie, elle aurait mis fin à toute possibilité d'échelonnement des peines au sein du Système de Rome. Il était en effet largement

785 Ainsi, en 2007 moins de 2 % des accusés au TPIY avaient été condamnés à une peine à perpétuité, contre 37 % à Arusha. Voir Hamon, M., Gaynor, F., « Ordinary sentences for extraordinary crimes », *Journal of international criminal justice*, volume 5, numéro 3, 2007, pages 683 à 712, page 684.

786 Voir au sujet des tribunaux *ad hoc*, l'étude documentée et fortement critique de Noam Wiener, issue d'un rapport interne pour les Nations Unies « Theories of criminal law in the sentencing decisions of the International Criminal Tribunals », 24 juillet 2013 (disponible sur le lien http://ssrn.com/abstract=2297803).

787 Pour une théorisation de la peine en droit international pénal d'un point de vue philosophie, voir par exemple Henham, R., « The philosophical foundations of International sentencing », *Journal of International Criminal Justice*, volume 1, numéro 1, 2003, pages 64 à 85.

788 Voir note 17.

789 Rappelons, simplement, et sans même entrer dans les nombreuses variantes d'exécution existantes, que l'emprisonnement sur de longues périodes, utilisé comme méthode punitive de référence, reste une invention occidentale historiquement récente, et que de nombreuses sociétés, pour certaines insérées au sein du Système de Rome, s'appuient largement sur des modalités alternatives de régulation sociale qui ne sont pas reconnues internationalement.

attendu que l'affaire Lubanga, par sa dimension relativement mineure et l'exclusivité de l'incrimination qui avait amené à sa condamnation, constituerait une exception dans l'histoire de la CPI, et que les accusés suivant seraient condamnés sur des fondements beaucoup plus lourds. Dès lors, l'imposition de la peine la plus grave prévue « dans des conditions normales » par le Statut de Rome à l'espèce aurait interdit toute proportionnalité dans les condamnations à venir, imposant *de facto* des condamnations aux peines maximales pour l'ensemble des autres accusés coupables de la commission de crimes en tant qu'auteurs. Les multi-incriminations, parfois concernant les mêmes actes et les mêmes crimes[790], étant la norme en droit international pénal, et pouvant parfois atteindre plusieurs dizaines de chefs d'accusation par affaire, il n'aurait pas été envisageable d'agir autrement.
Les juges, dans une décision comprenant une opinion dissidente portant sur des questions accessoires, édictèrent finalement une peine de 14 ans de réclusion[791]. La condamnation imposée à Thomas Lubanga, malgré les différentes clarifications qu'elle apporta, notamment au regard du régime de la peine et des textes directeurs de celle-ci, n'en fut pas moins critiquée, celle-ci apparaissant, comme ce sera le cas dans l'affaire Katanga, sinon arbitraire du moins inexpliquée, et pour certains, « incompréhensible »[792].

Il convient tout d'abord, pour comprendre les raisons de ces difficultés et avant de traiter de l'espèce, de revenir sur les textes encadrant la question de la peine au sein du *Système de Rome*. Les modalités relatives à la peine sont principalement détaillées au sein du Statut de Rome dans son Chapitre VII, intitulé « Les Peines »[793] et regroupant quatre articles concernant les peines applicables[794], la fixation de la peine[795], le fond au profit des victimes[796] et la non-interférence entre ces dispositions et le droit pénal interne des États ayant ratifié le traité[797]. Courtes et techniques, ces dispositions ne donnent aucun indice sur le *sens* que doit avoir la peine, tout comme le Préambule ne mentionne à aucun moment cette question, si ce n'est pour relier la lutte contre l'impunité à la « prévention de nouveaux crimes ».
Les modalités d'application de ces dispositions du Statut sont précisées par la règle 145[798] du Règlement de procédure et de preuve, qui indique que la peine doit être

790 Mais qualifiés à la fois de crime contre l'humanité et crime de guerre

791 Décision relative à la peine, rendue en application de l'article 76 (Chambre de première instance I, Affaire Lubanga, ICC-01/04-01/06-2901-Fra, 10 juillet 2012), page 43, paragraphe 107.

792 Scalia, D., « Le sens de la peine dans la première condamnation par la Cour pénale internationale », *Etudes internationales*, volume 45, numéro 1, 2014, pages 67 à 83. Voir aussi l'étude critique, rejoignant en certains points nos reproches sur l'insuffisance compréhension de la situation en Ituri, de Amann, D., « International decisions : Prosecutor v. Lubanga », *University of Georgia School of Law Research Papers Series,* numéro 2013-23, juillet 2013, pages 809 à 817.

793 Auquel il faut rajouter l'article 76 fixant les modalités procédurales du prononcé de la peine.

794 Article 77.

795 Article 78.

796 Article 79.

797 Article 80.

798 Ainsi qu'à titre subsidiaire les règles 146, relative aux amendes, et 147 et 148, relatives aux modalités de confiscations des fonds de l'accusé.

proportionnée au degré de « culpabilité » de l'accusé ; prendre en compte les facteurs aggravants et atténuants qui pourraient s'imposer ainsi que l'importance des dommages causés aux victimes, le degré de participation, d'intention de l'accusé ; la nature des moyens mis en œuvre pour commettre le crime et le contexte, l'âge et du parcours de l'accusé. Mal rédigé – des répétitions s'y font jour –, reprenant des dispositions du Statut sans y apporter beaucoup d'éléments complémentaires utiles[799], cette règle ne donne par ailleurs aucune indication sur la finalité de la peine, se contentant de donner des critères vagues et somme toute classiques dont l'applicabilité reste à démontrer.

Le point le plus important et distinctif du Statut de Rome sur la question de la peine avance que la Cour est en mesure d'imposer une peine pour chaque crime commis, cette peine devant cependant être unifiée dans le jugement dans une peine correspondant *a minima* à la peine « unique » la plus élevée. La « peine finale » regroupe ainsi, dans le cadre de multi-incriminations, l'ensemble des déclarations de culpabilité, dont le cumul n'est prévu que dans la limite des trente ans de prison, et dans des cas exceptionnels, de la perpétuité[800]. Les amendes ne peuvent par ailleurs que se surajouter aux peines prononcées, et non être infligées de façon autonome.

La confusion des peines – terme utilisé pour décrire l'agglomération de différentes peines en une seule – constitue un véritable enjeu face auquel la réponse du Statut de Rome peut sembler insatisfaisante. La question touche en effet à celle de l'échelle des peines, et son sens, en droit international pénal. Dès lors que les peines ne sont pas cumulatives comme dans un certain nombre de systèmes de droit nationaux, et que la jonction des peines réduit assez drastiquement le delta par lequel les individus se trouvent condamnés, la peine acquiert une dimension « réaliste » dès son énonciation, qui correspond parfaitement au temps maximal pendant lequel le condamné sera privé de sa liberté. Dans le même temps, une véritable incompréhension ne peut que se faire jour entre la perception publique que la Cour donne des accusés qu'elle condamne – coupables des « crimes les plus graves » attentant à l'humanité toute entière, etc. – et des condamnations qui, nécessité physiologique oblige, ne peuvent dépasser la perpétuité. Alors que les systèmes pénaux utilisant le cumul des peines, pouvant ainsi atteindre plusieurs milliers d'années, ont préservé la dimension symbolique vouant le condamné à l'infamie – quand bien même au final ceux-ci puissent *de facto* espérer tout de même une libération de leur vivant –, les rédacteurs du Statut de Rome, en imposant l'énonciation d'une peine unique, se sont privés d'un puissant argument discursif. Ce faisant, ils ont pris le risque de susciter une incompréhension qui a déjà accompagné le développement du

799 L'article 78-1 indique ainsi que la Cour doit prendre en compte « de considérations telles que la gravité du crime et la situation personnelle de l'accusé ». La règle 145 se contente ainsi de détailler quels éléments de cette situation personnelle doivent être pris en compte, alors que la plupart relèvent du bon sens, plutôt que la manière de les prendre en compte ou leur importance relative.

800 Article 78-3.

droit international pénal et son enserrement dans les standards les plus élevés des droits de l'homme contemporains : comment accepter que l'échelle des peines soit indexée sur celle des criminels de droit commun, et que certaines personnes responsables de crimes si importants puissent *in fine* être condamnés à des peines inférieures à celles qu'un système judiciaire national leur aurait imposé pour des actes équivalents n'ayant pas de « dimension politique » ?[801]

La question de la peine est et sera traitée à la CPI, dans la plupart des cas, par des audiences et une décision séparée à celle du jugement[802]. Cela pose entre autres – et outre la question des délais, encore ici étendus par une étape procédurale supplémentaire dont la nécessité peut être interrogée – la question de la norme d'administration de la preuve applicable à cette phase procédurale, notamment en ce qui concerne les circonstances aggravantes et atténuantes. Suivant ainsi la sentence Lubanga, la Chambre de première instance II a considéré que seules les circonstances aggravantes devaient être prouvées « au-delà de tout doute raisonnable », les circonstances atténuantes devant l'être elles « sur la base de l'hypothèse la plus probable »[803].

ii. La peine dans l'affaire Katanga

En ce qui concerne l'affaire Katanga, sur demande de la défense et en application de l'article 71-2 du Statut de Rome, des audiences furent tenues suite au jugement afin que les parties présentent leur argumentation et leurs recommandations sur la peine à appliquer à la Chambre[804]. Notons qu'une ordonnance fut édictée par la Chambre afin de régler ces procédures, et que la convocation de témoins fut une nouvelle fois envisagée, avant d'être finalement menée par visio-conférence[805]. Au cours de cette phase, le Jugement n'avait pas été intégralement traduit en anglais, et l'opinion

801 Voir la comparaison entre les sentences en droit pénal américain et en droit international pénal par Ohlin, J., « Towards a unique theory of international criminal sentencing », *in* Sluiter, G., Vasiliev, S., *International Law Procedure : towards a coherent body of law*, Folkestone, Cameron May, 2009, pages 373 à 404, mais surtout l'étude plus complète, et orientée vers une posture répressive, sur les sentences du TPIY, Hamon, M., Gaynor, F., « Ordinary sentences for extraordinary crimes », *Journal of international criminal justice*, volume 5, numéro 3, 2007, pages 683 à 712 et la très complète étude de Beresford, S., « Unschakling the paper tiger – the sentencing practices of the ad hoc international criminal tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda », *International criminal law review,* volume 1, 2001, pages 33 à 90. Voir aussi, de façon beaucoup plus concise, Drumbl, M., Gallant, K., « Sentencing policies and practices in the International criminal Tribunals », *Federal sentencing reporters,* volume 15, numéro 2, 2002, pages 140 à 144.

802 L'article 76-2 du Statut de Rome prévoit en effet que la Chambre peut décider de tenir une audience relative à la peine, soit d'office, soit à la demande de la défense ou du Bureau du Procureur. Il est peu probable qu'en dehors des procédures de « plaider coupable », aucune des parties au jugement ne fasse usage de ce droit qui s'applique théoriquement « avant la fin du procès », mais que la pratique, s'appuyant sur une lecture utilement pointilliste du Statut, a déplacé à après le prononcé du jugement.

803 Décision relative à la peine, rendue en application de l'article 76 (Chambre de première instance I, Affaire Lubanga, ICC-01/04-01/06-2901-Fra, 10 juillet 2012), page 14, pages 14 et 15 paragraphes 32 à 34.

804 Décision relative à la peine (article 76 du Statut) (Chambre de première instance, 23 mai 2014, ICC-01/04-01/07-3484), pages 4 et 5, paragraphe 2.

805 *Ibid.,* page 14, paragraphe 23.

dissidente ne l'avait pas été en français. Des traductions partielles durent être ordonnées afin d'accélérer les procédures, et une extension des délais et des limites de pages relatives aux observations de la défense dut être accordée.

La décision[806] fut rendue publique le 23 mai 2014[807], sur les fondements de l'article 76, 77 et 78[808] du Statut de Rome et de la règle 145 du Règlement de procédure et de preuve[809]. Germain Katanga fut condamné à douze ans d'emprisonnement[810]. Seule fut déduite de la peine la période passée sous le contrôle direct de la Cour, c'est-à-dire selon la Chambre, du 18 septembre 2007 jusqu'à la date de la sentence[811]. Aucune amende ne fut imposée du fait de la situation pécuniaire de Germain Katanga[812]. La demande de la défense, qui souhaitait que soit intégrée à la peine la période d'emprisonnement à Kinshasa, dont tout indique qu'elle était liée à l'intervention à venir de la Cour, fut rejetée[813], tout comme l'ensemble des circonstances aggravantes que le Procureur avait souhaité voir retenues, et la plupart des circonstances atténuantes invoquées par la défense. Seules deux furent retenues, l'une concernant le jeune âge de l'accusé au moment des faits[814], l'autre, le « soutien actif que Germain Katanga a apporté au processus de désarmement et de démobilisation des enfants soldats mis en œuvre en Ituri »[815].

Les peines imposées « séparément » à Germain Katanga se décomposaient en trois peines de douze années d'emprisonnement pour complicité de meurtres en tant que crimes de guerre et crimes contre l'humanité et l'attaque contre la population civile en tant que crime de guerre ; et deux peines de dix ans d'emprisonnement pour complicité de crimes de guerre de destruction des biens et de pillages[816]. Cette quotité

806 D'une longueur de 71 pages, similaire à celle de l'affaire Lubanga.

807 Décision relative à la peine (article 76 du Statut) (Chambre de première instance, 23 mai 2014, ICC-01/04-01/07-3484).

808 Respectivement intitulés « Prononcé de la peine, peines applicables et fixation de la peine ».

809 Intitulé « Fixation de la peine », au sein du chapitre « Les peines ».

810 Décision relative à la peine (article 76 du Statut) (Chambre de première instance, 23 mai 2014, ICC-01/04-01/07-3484), pages 69 et 70, paragraphe 170.

811 Décision relative à la peine (article 76 du Statut) (Chambre de première instance, 23 mai 2014, ICC-01/04-01/07-3484), page 70, paragraphe 170 (sic, deux paragraphes successifs étant numérotés 170).

812 Décision relative à la peine (article 76 du Statut) (Chambre de première instance, 23 mai 2014, ICC-01/04-01/07-3484), page 70, paragraphe 169.

813 Décision relative à la peine (article 76 du Statut) (Chambre de première instance, 23 mai 2014, ICC-01/04-01/07-3484), pages 62 à 70 paragraphes 142 à 168. Le motif principal retenu à cet égard fut que la Chambre ne disposait pas d'éléments lui permettant de déterminer que cette période de détention était liée à l'attaque du 23 février 2003 spécifiquement, en ce qui nous semble une interprétation particulièrement restrictive du Statut qui renvoie à « toute autre période passée en détention à raison d'un comportement lié au crime ».

814 Circonstance atténuante à laquelle la Chambre accorda « un poids très relatif ».

815 Décision relative à la peine (article 76 du Statut) (Chambre de première instance, 23 mai 2014, ICC-01/04-01/07-3484), page 60, paragraphe 144.

816 Décision relative à la peine (article 76 du Statut) (Chambre de première instance, 23 mai 2014, ICC-01/04-01/07-3484), page 61, paragraphe 146.

fut notamment influencée par le fait que, outre les circonstances aggravantes et atténuantes, la contribution de Germain Katanga avait été continue sur de nombreux mois, que les crimes étaient particulièrement graves, et qu'à l'inverse rien n'avait permis de déterminer que Germain Katanga était présent sur les lieux du crime ni qu'il avait joué un rôle particulier au sein du dessein criminel ayant abouti à la commission de ces crimes[817].

La décision sur la peine permit d'établir le rôle particulièrement coopératif et non belliqueux de Germain Katanga auprès des autorités internationales dans les semaines qui suivirent l'attaque de Bogoro, y compris avec l'appui de Hema[818], au point où plusieurs témoins convoqués par le Procureur affirmèrent que l'insécurité dans la région avait augmenté après son départ, dans des déclarations notamment corroborées par un rapport de la MONUC[819]. Il fut ainsi le premier à se faire démobiliser dans le cadre des opérations mises en œuvre par la MONUC, dans le but d'envoyer un « message fort » aux autres commandants[820]. « Bonne » personne, « respecté par sa communauté » selon un autre témoin du Procureur, M. Katanga apparaissait ainsi au cours des audiences sous un jour extrêmement positif, loin des caricatures relatives à un seigneur de guerre mû par la violence ou l'appât du gain. Pourtant, et en s'appuyant exclusivement pour cela sur un rapport de la MONUC mentionnant des incidents concernant le FRPI fin 2003 (et sans que jamais le nom de Germain Katanga ne soit mentionné) la Chambre considéra que ces éléments ne suffisaient pas à établir « sur la base de l'hypothèse la plus probable » que Germain Katanga avait tenté de promouvoir activement le processus de paix[821]. À l'inverse, la Chambre revint sur les « conséquences de long-terme » dont avait souffert le village du fait de ces attaques, et sur le fait que la collaboration de M. Katanga avec des éléments Hema et les différentes procédures de réconciliation qui furent mises en place n'étaient pas de nature ethnique – ce qui selon nous, et à rebours de l'interprétation de la Chambre, ne fait que confirmer que la question ethnique ne jouait qu'un rôle secondaire pendant le conflit[822]. Ainsi, le chef de Bogoro, convoqué par l'accusation, affirma qu'au moment de sa déclaration, la collaboration entre Hema et Lendu était « réelle et bien vivante », dans ce qui nous semble être un énoncé *a minima* contradictoire avec les conclusions de la Chambre. Elle réaffirma, sans aucun élément appuyant cette vision des

817 Décision relative à la peine (article 76 du Statut) (Chambre de première instance, 23 mai 2014, ICC-01/04-01/07-3484), page 60, paragraphe 143.

818 Décision relative à la peine (article 76 du Statut) (Chambre de première instance, 23 mai 2014, ICC-01/04-01/07-3484), page 47, paragraphe 110.

819 *Ibid.*

820 Décision relative à la peine (article 76 du Statut) (Chambre de première instance, 23 mai 2014, ICC-01/04-01/07-3484), pages 48 et 49, paragraphes 111 et 112.

821 Décision relative à la peine (article 76 du Statut) (Chambre de première instance, 23 mai 2014, ICC-01/04-01/07-3484), pages 49 et 50, paragraphe 114.

822 Décision relative à la peine (article 76 du Statut) (Chambre de première instance, 23 mai 2014, ICC-01/04-01/07-3484), page 46, paragraphe 108.

choses, que l'attaque de Bogoro avait été l'un des faits marquants de la guerre en Ituri[823], et ne retint pas les expressions répétées de « sympathie » de la part de M. Katanga vis-à-vis des victimes du conflit et de l'attaque de Bogoro en particulier, considérant que seule la « formulation de remords sincères », et que l'on imagine donc explicitement centrés sur la responsabilité individuelle de l'accusé, pouvait être retenu à titre de circonstance atténuante[824]. Ce dernier élément s'inscrivait ainsi parfaitement dans la perspective « rédemptrice » adoptée par la Chambre tout au long du procès, sans que l'on soit certain qu'elle corresponde tout à fait aux objectifs et conditions imposées par le Statut de Rome.

Contrairement au Jugement, qui déroulait son raisonnement dans une énonciation extrêmement complexe mais sans grandes ruptures – la condamnation apparaissant *in fine*, quel que soit le crédit qu'on lui accorde par ailleurs, logiquement reliée au cheminement intellectuel de la Chambre –, la décision sur la peine se démarque par la brutalité de la rupture entre le raisonnement suivi et la décision sur la quotité de la peine, qui intervient sans que n'apparaisse un lien logique entre les éléments avancés et la décision prise. Aucune explication ne permet ainsi de comprendre *pourquoi* les constatations faites par la Chambre ont abouti à ladite peine. Pour reprendre un mot de Bruno Latour qui semble parfaitement s'appliquer à notre affaire,

> « après avoir multiplié les preuves de modestie et de distance, les juges se saisissent brusquement, avec la plus grande arrogance, des foudres de la souveraineté : ils tranchent. »[825]

L'explication du choix de la peine est peut-être plus prosaïque qu'on l'espérerait, et exclusivement liée aux circonstances de l'espèce. Les juges, en décidant d'une peine de 12 ans d'emprisonnement, sont parfaitement conscients du fait qu'un régime de libération anticipée existe à la Cour et peut s'appliquer dès que les deux tiers de la peine ont été purgés[826]. En l'occurrence, cela revient à offrir à Germain Katanga la possibilité de demander une libération anticipée dès 2015. Conscient de la fragilité de la condamnation et du peu d'importance de l'accusé comme de l'affaire concernée, il semblerait qu'un compromis ait été recherché, une fois la condamnation acquise, afin d'imposer une peine symbolique, ne permettant pas une libération immédiate mais ne prolongeant pas excessivement la durée de détention de Germain Katanga – et évitant

823 Décision relative à la peine (article 76 du Statut) (Chambre de première instance, 23 mai 2014, ICC-01/04-01/07-3484), page 60, paragraphe 143.

824 Décision relative à la peine (article 76 du Statut) (Chambre de première instance, 23 mai 2014, ICC-01/04-01/07-3484), pagepage 51, paragraphe 117.

825 *La Fabrique du droit,* Paris, La découverte, 2002, page 235.

826 Au titre de l'article 110-3 du Statut de Rome. Voir à cet égard Lambert Abdelgawad, E. « L'emprisonnement des personnes condamnées par les juridictions pénales internationales, les conditions relatives à l'aménagement des peines », *Revue de science criminelle*, volume 1, 2003, pages 162 à 171.

notamment les négociations relatives à son transfert dans un pays tiers pour l'exécution du reste de sa peine. L'opinion dissidente de Christine Van den Wyngaert, se déployant sur trois pages seulement, n'eut dès lors pour seul objectif que de marquer son désaccord sur la non-prise en compte de la durée de la détention de M. Katanga en RDC, en sus de rappeler l'impossibilité pour la juge d'approuver la sentence, étant donné son désaccord fondamental sur le Jugement dans son ensemble[827].

c. L'abrupte fin des procédures

Alors que tout semblait indiquer que la résolution finale de l'affaire Katanga prendrait encore plusieurs années – l'appel de la condamnation de Thomas Lubanga n'ayant toujours pas connu de résolution, deux ans après les décisions de première instance – Germain Katanga[828] et le Procureur[829] retirèrent respectivement leurs notifications d'appel du Jugement, le même jour, le 25 juin 2014. Ainsi, par deux documents de respectivement deux et une page, l'affaire Katanga devenait-elle la première à devenir définitive devant la CPI.

Cette décision fut d'autant plus surprenante qu'elle ne correspond en rien à une pratique courante du droit international pénal. Par exemple, le TPIY n'avait pas connu le moindre retrait volontaire des appels d'une décision de première instance. De fait, moins du tiers des décisions du TPIY n'ont pas été portées en appel, et de ce tiers, la moitié des retraits fut liée à la mort des accusés, tandis que l'autre correspondait à des procédures de plaider coupable.

La vigueur des opinions dissidentes à la disjonction des affaires et au Jugement, la dureté des premières réactions du monde universitaire – quoi que pour beaucoup non formalisées – les désaccords majeurs sur les questions de fait et les nombreuses questions de droit tranchées pour la première fois par la Chambre de première instance II donnaient l'impression qu'un appel était non seulement nécessaire pour l'affaire en soi, mais plus largement pour trancher des questions touchant à des enjeux fondamentaux de la Cour pénale internationale. Cela pouvait paraître d'autant plus surprenant qu'aucune mention explicite d'un accord n'accompagnait le retrait successif des appels, laissant dans le flou à la fois sur les raisons de l'initiative et ses origines. Ce fut en fait « lourde fatigue » que Germain Katanga ressentait et le soulagement relatif que constituait pour lui l'existence d'un horizon fixe quant à sa libération qui provoquèrent cette fin inattendue.

827 Dissenting opinion of Judge Christine Van den Wyngaert (ICC-01/04-01/07-3484-AnxI, 23 mai 2014, 3 pages).

828 Notification du retrait par Germain Katanga de son appel contre le Jugement rendu en application de l'article 74 par la Chambre de première instance II (Défense de Germain Katanga, ICC-01/04-01/07-3497-AnxA, 25 juin 2014).

829 Notification of discontinuance of the Prosecution's Appeal against the Article 74 Judgement of Conviction of Trial Chamber II dated 7 march 2014 in relation to Germain Katanga (Bureau du Procureur, ICC-01/04-01/07-3498, 25 juin 2014).

La décision des retraits fut ainsi prise par l'équipe de défense, sur demande expresse de Germain Katanga. David Hooper nous raconte :

> « Nous étions convaincus d'avoir un « bon appel », c'est certain, sur de nombreuses questions, mais notamment sur la norme 55, et nous nous donnions, ou plutôt je nous donnais, 49 % de chances de succès, peut être un chouilla moins. Mais tout ceci correspondait à un tir à l'aveugle. Le vrai problème était : pouvons-nous nous assurer que la Chambre d'appel ne durcirait pas la peine, si on lui en donnait l'opportunité ? Fondamentalement, je pense que la peine de 12 ans était la peine correcte[830], mais je ne fais pas confiance à la Chambre d'appel sur cette question. Plutôt le contraire ! Et avec un prisonnier qui a été « dedans » depuis 10 ans, la priorité est d'avoir un chiffre définitif, non une espérance quant au chiffre. J'ai donc approché la responsable des appels au Bureau du Procureur – Helen Brady – et lui ait suggéré un retrait mutuel. Ils étaient surpris que je face cela et n'avaient pas envisagé cette possibilité. Ils l'ont « ruminée » pendant deux semaines, mais sont revenus vers nous et nous ont dit « oui » – après tout, ils risquaient de perdre l'appel, alors qu'un accord permet de sécuriser une condamnation.
>
> C'était un choix évident pour Germain Katanga après ça – il peut être libéré l'année prochaine si on obtient la libération anticipée. Mais décevant pour nous avocats et de nombreux universitaires ! »

Suite à ces négociations, les notifications de retrait furent donc déposées le 25 juin 2014, celle de Germain Katanga étant la première à être rendue publique, sous la forme d'un document contenant tout d'abord une déclaration de son avocat, puis des précisions de l'accusé lui même. Très formelle, la première partie, rédigée à la troisième personne, confirmait que le condamné avait été pleinement informé des conséquences de son acte, et précisait que le retrait impliquait le refus de faire appel de la décision sur la peine. Acceptant au nom du condamné « le jugement de la Cour et ses conclusions relatives à son rôle et à sa conduite », il rappelait que le condamné était emprisonné depuis 2005 et qu'il était « conscient de l'anxiété expérimentée à la fois par sa famille et par lui-même en raison de cette situation ». Les précisions ajoutées par Germain Katanga à la suite de ce texte rédigé sur papier libre reprenaient ces éléments, ajoutant que le condamné exprimait « ses sincères regrets à tous ceux qui ont souffert en raison de [sa] conduite, y compris les victimes de Bogoro ».

Bruno Cotte, qui avait toutes les raisons de se satisfaire de cette fin, nous dit en conclusion de nos entretiens que l'expression de ce regret – calibrée dans la perspective des audiences sur la libération anticipée – montrait qu'il y avait eu, dans le Jugement et surtout la décision de la peine,

> « quelque chose qui avait peut être échappé aux divers commentateurs qui s'étaient précipités pour critiquer le Jugement ». Le juge français n'en

830 Relativement aux conclusions atteintes par la Chambre dans son jugement.

> accueillait pas moins sans difficultés l'idée qu'un certain nombre de points auraient « mérité d'être étudiés en appel ».

Christine Van den Wyngaert, de façon plus étonnante à la fois que révélatrice, jugea elle aussi ce retrait raisonnable, exprimant d'importants doutes quant à la capacité de la Chambre d'appel à renverser le Jugement malgré les évidentes lacunes des deux décisions de la Chambre, et cela du fait de questions politiques liées à la composition de la dite Chambre, mais aussi de préservation de l'institution. Les représentants des victimes exprimèrent eux leurs regrets quant à une fin abrupte qui les privait d'un certain nombre d'opportunités de renforcement de la condamnation, notamment en ce qui concernait les violences sexuelles. Quant à l'accusation, dans sa notification de retrait composée d'une page et de trois paragraphes, elle ne fit que prendre note de la décision de Germain Katanga et de ses différentes déclarations, avant d'annoncer le retrait de son appel. Presque aucune organisation non-gouvernementale ne publia de réaction, tandis qu'un seul média français, par le biais de son site internet, reprit l'information[831]. La dépêche, reprenant le déroulé de l'affaire, décrivait Germain Katanga comme un « seigneur de guerre, surnommé [sic] Simba (le lion) pour sa férocité ».
Ainsi s'achevait la deuxième affaire portée devant la Cour pénale internationale, et la première à atteindre une conclusion définitive de ses procédures[832].

831 Lefigaro.fr, reprenant une dépêche AFP : « Katanga accepte sa condamnation par la CPI », 25 juin 2014. En dehors des sites spécialisés en droit international, seul le Huffington Post reprit l'information en langue anglaise – reprennant la version anglaise de la dépêche AFP – malgré la diffusion d'un communiqué de presse de la CPI tant en anglais qu'en français.

832 Seule la question des réparations attribuables aux victimes, phase « post-procédurale », reste à trancher, sans qu'il soit certain qu'elle n'atteigne une quelconque conclusion heureuse.

Les conclusions : de l'évaluation d'un échec originel

L'affaire Katanga nous révèle, au-delà de la destinée d'un homme et de ses interactions avec un droit en construction, les limites d'une entreprise censée fonder un nouvel ordre juridique mondial, voire un nouvel ordre tout court. Dès son premier cycle complet, la Cour pénale internationale a montré de très graves insuffisances qui interrogent sur leur nature consubstantielle. Du pouvoir trop discrétionnaire attribué au Procureur – qui, nous l'avons vu, aurait pu être tolérable dans le cadre, *impossible à cette échelle*, d'un ordre adossé à un pouvoir politique – à l'excessive extension de l'emprise du droit international pénal menée à des fins instrumentales, en passant par l'incapacité de la Cour à assurer le respect des droits fondamentaux des accusés ou à donner une réelle publicité à ses débats, de nombreux enjeux en suspens ont été brusquement révélés par une affaire dont, pour reprendre les termes du juge-président Bruno Cotte, « on n'est pas sûrs qu'il eût fallu qu'elle soit jugée à la Cour pénale internationale ».
Ces mots venant de la personne qui a condamné Germain Katanga résument à eux seuls, par la qualité de leur énonciateur, la dimension proprement kafkaïenne que cette affaire, et par extension l'institution qui a accepté de la juger, ont prises.

Il serait facile de réduire l'affaire Katanga à un accident de parcours dont la CPI aurait tenté de réduire les conséquences. Elle apparaît plus certainement comme une rupture fondamentale d'une promesse que nous n'avons pas encore définie, et qui est selon nous au *fondement* de l'institution. Il peut être accepté – sinon acceptable – que la Cour pénale internationale agisse comme un outil de pouvoirs au service d'un ordre. Il peut être toléré – sinon tolérable – qu'elle le fasse, non pas de façon ponctuelle, du fait d'une mauvaise orientation liée à quelques personnes – comme l'immense majorité de nos interlocuteurs le croient encore – mais *parce qu'elle-même*, c'est-à-dire de façon consubstantielle et donc appelée à être permanente.
Dit autrement, on pourrait comprendre – sinon partager – que la Cour se satisfasse d'être une création hobbesienne, dont l'objectif serait de servir avant tout les intérêts des États, comme nous tenterons de le montrer par la suite. Mais alors une seule limite, indépassable, devrait s'imposer, limite que Hobbes lui-même avait conçue : la Cour ne pourra jamais être *autorisée* – nous préciserons le sens de ce terme – à attenter positivement aux intérêts des populations, et en particulier à l'un de ses membres. Son mode d'institution, en tant qu'instance à qui les représentants de la souveraineté ont délégué *leur droit de punir*, l'empêche de prendre pour objet un membre de la société, n'étant ni représentant d'une souveraineté ayant adhéré au Statut de Rome, ni ne cherchant à l'être.

Or Germain Katanga se trouve justement à la limite de ce monde, et dès lors de la rupture. Il faut envisager que le malaise que peut susciter l'affaire que nous venons de présenter tienne non pas tant à l'injustice en tant que telle qu'aurait subie l'individu concerné, mais surtout à sa *proximité de statut* avec ce que nous sommes ou nous

pourrions devenir, c'est-à-dire des individualités *extérieures* au pouvoir étatique. La Cour pénale internationale, en s'attaquant à Germain Katanga, homme ayant pris les armes sur demande afin de se défendre d'un État, rompt la promesse qui constituait la seule limitation du pouvoir de la Cour, à la fois que sa condition.

La lisière à laquelle nous amène la Cour pénale internationale nous incite à interroger plus fondamentalement la nature de la Cour. Cette lisière agit en effet non pas tant en ce qui concerne Germain Katanga lui-même, dont nous avons vu qu'il s'agissait en quelque sorte d'un « cas-limite », qu'en rapport à la possibilité d'une dissolution immédiate du *croire* à la CPI, sans rémission possible, et dès lors de la survie de l'institution. La *croyance*, au fondement de tout contrat social, ne se dissout pas de façon si abrupte, sur un cas si ponctuel, à moins qu'il n'obtienne une visibilité majeure, parce que la rupture des engagements ne vaut que si elle est perçue. Or tout a été fait pour que la *visibilité* soit en l'occurrence inexistante.

L'enjeu est fondamental, et nous avons en effet utilisé un peu auparavant le terme *révélé* peut-être à tort. En effet, la plongée dans les arcanes de la Cour et son quotidien judiciaire a quelque chose de proprement fascinant, en même temps que terrifiant, non seulement par ce que l'on y découvre, mais aussi parce ce que ce séjour se fait dans le silence et la *solitude* la plus complète. Pour éminents que soient les juristes qui ont décidé de dédier leur vie au droit international pénal et à son commentaire, rare est leur influence dans la société et démesuré est le rôle de contrepoids qu'on souhaiterait leur faire adopter afin de corriger les erreurs d'une instance contestée, sans parler d'un bien hypothétique rôle de relais permettant de limiter, par contrôle social, les excès d'une institution laissée à la dérive. La *découverte* la plus importante de notre étude de l'affaire Katanga se réduit ainsi à son élément le plus évident : le destin d'un homme, dix ans durant, s'est joué dans le silence et la solitude la plus complète d'un monde auquel il était entièrement extérieur. *Sa* vérité a été établie lors d'un procès où nul regard extérieur ne joua le rôle de contrepoids qu'exigent tous les processus pénaux, tant pour servir l'accusé que le sens même des procédures enclenchées.
Cette absence – celle du regard de l'Autre – est d'autant plus significative qu'au fur et à mesure que se déroulait notre *plongée* est apparu un saisissant renversement de la pitié[833]. Invoquant à tous poumons le sort des victimes dont elle devrait se préoccuper,

833 Les conséquences peuvent être intolérables pour l'ordre lui-même, bien qu'en l'espèce il ne semble guère exister d'inquiétudes : suscitant la pitié pour celui qui est censé être désigné, *mis à l'index*, comme bourreau, cette contestation de pouvoir dire le droit, et donc dire le bien, met en danger l'ordre et la construction que le jugement était censée réaffirmer. Comme le rappelait la Chambre d'appel dans son arrêt concernant l'annulation des procédures dans l'affaire Baragwyza, afin de justifier une décision prise dans un contexte autrement plus radical : « Le Tribunal, institution dont le but premier est de veiller à ce que justice soit faite, ne doit pas entériner de telles violations. Permettre que l'Appelant soit jugé sur la base des charges dont il a été tardivement accusé serait travestir la justice. Rien moins que l'intégrité du Tribunal est en jeu en l'espèce. Que le public en vienne à perdre confiance dans ce Tribunal en tant qu'institution garante des droits de l'homme de tout individu – y compris ceux qui sont accusés de crimes inimaginables – serait une des conséquences les plus graves de permettre que le procès de l'Appelant ait lieu malgré de telles atteintes a ses droits. Si difficile qu'il

la Cour nous a amené – nous, simple spectateur *sympathique* et *adhérant* aux différents dogmes de l'institution –, de par ses défaillances, compromissions et *jeux* systématiques avec la question de la véridiction, à ce qu'au contraire nous nous préoccupions, comme les rares autres commentateurs de l'affaire, avant tout du sort de celui qui aurait dû apparaître comme le bourreau, et le fut peut-être même un jour. L'invocation des idéaux régulateurs humanistes s'est ainsi retournée contre l'institution, poussant à fonder une critique de celle-ci sur ces fondements qu'elle prétend tant incarner.

Voilà donc qu'apparaît, au sein de cette solitude, la question la plus troublante, et qui lui est nécessairement liée : quelle importance cela a-t-il ? Sachant l'inexistence de l'intérêt public, mais aussi des élites, pour de telles procédures, généralement satisfaits du simple exercice de puissance symbolique incarné par le *trajet* à La Haye, notre propre perspective sur un procès qui n'a pas attiré la moindre curiosité au sein même de l'Ituri, semble destinée à être ignorée de tous. Le pouvoir continuera sans troubles à s'exercer en silence, et seuls, *individuellement*, quelques rares « experts » verront leur croyance affectée.

L'invisibilité de la CPI apparaît alors comme non seulement une défaillance, mais, partiellement choisie, comme potentiellement un des rouages d'une entreprise qui parle au nom de l'humanité et agit en-deçà de ses regards. L'emplacement même de la Cour dans la banlieue d'une petite ville de province des Pays-Bas – fût-elle « capitale du droit », comme elle se dénomme pompeusement – ne relève-t-il pas une stratégie qui, sous les habits du traitement dépassionné de ces questions, les refroidit et les éloigne jusqu'à les installer dans une distance telle qu'elle puisse favoriser l'oubli, et la préservation de la pureté discursive de l'institution[834] ?

La question, tant elle apparaît radicale dans la rupture qu'elle propose dans le regard porté sur une institution restée pour beaucoup idéelle, est très certainement inaudible, peut-être intolérable. Il reste que, ce que cette affaire a démontré est bien que la visibilité de l'action judiciaire, ou plutôt son invisibilité, dans un contexte de construction d'un droit, semble être la meilleure méthode visant à en cacher les béantes insuffisances. Dans la minoration discursive des conséquences de ce qui ne cesse d'être présenté comme une petite affaire – comme si l'importance d'un procès

soit à d'aucuns d'accepter cette conclusion, c'est le rôle propre d'une justice indépendante que de mettre fin à ces poursuites pour qu'il n'en résulte pas d'autre injustice. » (Chambre d'appel, TPIR, Arrêt Baragwyza, ICTR-97-19-AR72, 3 novembre 1999, page 62, pararaphe 112).

834 Le refus des juges de la Cour de déporter leur siège à Nairobi pour mener le procès des élites kenyanes au sein du pays, refus acquis à une voix près, témoigne peut-être d'une scission des vues à cet égard, mais aussi de la prédominance, dans l'appareil de pouvoir, d'une volonté de rester à l'écart du regard trop immédiat des populations concernées par ses propres actions. C'est ainsi le Président de la Cour qui, suivant l'avis du Procureur, fit basculer le vote en faveur du maintien de la Cour à La Haye, condamnant d'avance les procédures à ne pas avoir leur ampleur espérée, ou plutôt prenant acte de l'impossibilité de mener à bien des procédures – impossibilité qui se vérifia peu après – et cherchant ainsi à réduire l'impact de cet échec en mettant à distance les regards des principaux concernés.

pénal engageant la vie toute entière d'un homme pouvait voir ses enjeux réduits –, dans cette étape transitoire qui fait de ses premiers accusés une chair sur laquelle expérimenter ; n'y a-t-il pas déjà une insupportable dérive pour une instance aux « ambitions morales » si hautes ? Et les années passantes ne sont-elles pas déjà trop nombreuses pour justifier une telle démarche ?

Face à ces interrogations qui, énoncées sans contextualisation, *ne pourraient qu'être rejetées*, il nous faut revenir sur les discours qui légitiment l'institution, et tenter de démontrer en quoi l'affaire Katanga n'avait au final rien de l'erreur ponctuelle et tout du *révélateur formel* de la nature d'un outil au service d'un ordre, reproduisant cinq siècles après Valladolid, et dans le même aveuglement partagé, les mêmes erreurs d'un même groupe géographiquement, culturellement, et socialement homogène, qui croit encore pouvoir définir les limites de l'humanité chez l'Autre tout en s'assurant que jamais cette définition – pour juste *in abstracto* qu'elle puisse être – ne puisse être retournée contre lui. Voilà, au-delà de la violence et de l'arbitraire, finalement consubstantiels à toute instauration de droit, la plus importante révélation que pourrait nous apporter l'étude de l'affaire Katanga.

PARTIE II

LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE ET LE CONTRAT SOCIAL GLOBAL

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, à une force capable d'étreindre, contraindre, atteindre des réalités infinies ? Comment une matière 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.

Les mots portés *au nom du souverain* par un juge, un procureur ou un greffier sont ainsi 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 ne seront droits qu'en tant que premier acte d'un travail sur la matière.

Il n'y a dès lors 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 systématicité 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 contamination, 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[835]. Les jurés, les familles et plus largement les spectateurs se chargeront de

835 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

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. Après avoir décortiqué cette alchimie dans le cadre d'une étude d'un procès de la Cour pénale internationale, il nous appartient d'en déconstruire le discours surplombant, celui qui, aujourd'hui, constitue avec ses maigres appuis juridiques, le seul actif de la Cour (Introduction). Car, si en s'avançant sur la question des fondements du *droit* sur lequel il a autorité, le Procureur de la Cour pénale internationale ne porte pas à proprement parler de parole juridique, il n'en engage pas moins la *métafiction* qui est censée offrir la légitimité à l'institution qui est la sienne pour dire le droit. Invoquer les fondements, c'est invoquer le rapport originel à la violence, celui par qui la Cour est autorisée à agir, par lequel la Cour *peut* agir, et par là même le projet qu'elle peut porter. C'est à partir de ce postulat que nous évaluerons le rapport qu'entretient la philosophie hobbesienne avec une institution qui en semble si éloignée (Chapitre 1) avant de chercher à comprendre comment cette mise en perspective peut nous aider à *repenser* la Cour, soit en la transfigurant, soit en l'abandonnant (Chapitre 2).

religieuses, scénarios et rites destinés à faire vivre la vie ». *(Sur la question dogmatique en occident,* Paris, Fayard, 1999, page 17).

Introduction

« La Cour pénale internationale
institue un nouveau contrat social à l'échelle globale. »

La citation est extraite d'une intervention du premier Procureur de la Cour pénale internationale (CPI), Luis Moreno Ocampo, à l'école de droit de la *New York University*, en juillet 2010[836]. Sa déclaration est en apparente rupture avec la philosophie qui inspirait l'action de la Cour jusqu'alors. Elle est l'énonciation performative d'une ambition, d'un projet politique qui par sa simple formulation, existe déjà et cherche à se concrétiser. Elle marque un tournant. L'institution vient alors d'émettre pour la première fois de sa courte histoire un mandat d'arrêt, pour des charges de

836 Cette proposition a depuis été énoncée à de nombreuses reprises, notamment dans un entretien au *Guardian :* « We need global governance without global government […] the first 21st century institution is the ICC […] it is like a confederation, a global social contract that we are ensuring it is enforced ». Elle a été élaborée par nos soins dans le cadre de la preparation du discours de remise de prix à Baltasar Garzon à Sciences Po Paris en mai 2010, au départ sur inspiration du modèle rousseauiste. (http://guardian.co.uk/commentisfree/video/2010/sep/06/luis-moreno-ocampo-international-criminal-court).

génocide, contre un souverain, chef d'État en exercice, le Soudanais Omar El-Béchir[837]. Une décision qui suscite de nombreuses contestations de la part des diplomates, mais aussi des ONG. Une décision qui, comme les mots du Procureur, intervient alors même que l'institution est théoriquement la plus faible et sa parole la moins audible.

L'assertion n'a rien de rhétorique. Elle cherche à bouleverser la façon de penser la Cour, d'en comprendre les agissements, les limites et les paradoxes apparents. Poser l'existence d'un contrat social global fondé par la Cour pénale internationale, c'est en faire un organe politique, l'inscrire dans l'histoire de la souveraineté, lui donner éventuellement des prétentions à cet égard. C'est, dans ce contexte, interroger aussi la possibilité de considérer une norme juridique comme génératrice d'une communauté politique, et non résultat de cette mise en communauté : il est en effet évident que, loin des rêves cosmopolitiques, la mondialisation n'a jusqu'ici pas créé le moindre espace politique unifié dont la Cour serait le parangon. Depuis plusieurs décennies, les institutions se multiplient sans harmonisation de leurs activités, avec des rayons d'action plus ou moins étendus. Les plus fonctionnelles sont celles qui répondent le plus directement aux intérêts des puissants, tandis que la plupart ont des marges de manœuvre limitées, pour ne pas dire nulles, afin de réduire les asymétries crées par la mondialisation. Ainsi en va-t-il pour la Cour internationale de justice, qui requiert à défaut d'une adhésion unilatérale et aveugle l'accord des deux parties au contentieux, qui ne peuvent qu'être des États, pour pouvoir émettre des jugements « contraignants », eux-mêmes exécutés selon le bon vouloir des États en question. Nulle ne semble en mesure de porter dans son projet le principe d'une nouvelle communauté, ni encore moins être en mesure de la générer, en s'adressant directement à elle et dès lors en la créant comme objet et sujet de son discours. Au point que bien des voix contestent encore le bien-fondé d'un tel archipel d'organisations internationales et réclament le retour à un ordre purement souverain, ou à sa dissolution.

Le Procureur de la CPI, en s'inscrivant dans une démarche contractualiste, place la Cour dans une autre dimension. Loin des perspectives conventionnelles des organisations westphaliennes, la démarche hobbesienne qu'il adopte marque son adhésion à l'horizon révolutionnaire théorisé par le philosophe anglais au XVII^e^ siècle, cette fois à une échelle supérieure : la fin de l'anarchie et du rapport de forces au profit d'un système de droit venant se substituer à la violence comme mode de règlement des conflits. L'originalité de la proposition du Procureur est de vouloir transposer cette pacification à l'échelle interétatique, en utilisant son mandat pénal, qui ne peut par nature que s'adresser aux individus. Autrement dit, la Cour, en pénalisant les individus responsables de crimes de masse, créerait les conditions d'une pacification par le droit des relations entre souverains, comme l'État le fit auparavant pour les relations entre individus. Une parfaite homothétie qui est en rupture complète avec la logique des

837 Le 12 juillet 2010, deuxième mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir (Chambre préliminaire I, Affaire Omar Al Bashir, ICC-02/05-01/09-95-tFRA) suite au renvoi du 3 février 2010 de la Chambre d'appel.

relations internationales, où, comme dans l'état précontractuel hobbesien, le pouvoir discrétionnaire et l'opportunité politique dominent la logique juridique et systémique. Une proposition qui permet par ailleurs de comprendre la raison des tensions permanentes entre les États – qui ont institué la Cour mais qui sont pris en étau entre leur désir de préserver leur pouvoir discrétionnaire et celui d'assurer leur survie[838] – et la Cour pénale internationale, instituée pour assouvir ce dernier désir mais ne pouvant pour cela n'agir qu'en s'attaquant au premier. Une proposition, finalement, qui vise à répondre avant l'heure à l'angoisse que d'aucuns pressentent sans ne pouvoir la mettre en paroles, alors que celle-ci a certainement *déjà été tranchée*, pour reprendre le mot de Heidegger, et envahi le monde dans le silence de ce qui n'a pas encore été nommé. Celle de l'effondrement de notre fiction dominante.

A. Aux origines d'une proposition : fondements théoriques et théorie des fondements de la Cour pénale internationale

Comprendre comment une telle ambition a été formulée, ainsi que ses implications politiques, exige de revenir sur les fondements présupposés de l'institution. 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 kantiens 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 cofondateurs, 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 le contrôle de 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[839].

838 Menacée par leur incapacité à assurer la survivance du contrat social, c'est-à-dire à protéger la sécurité de leurs populations, devenues au fil des siècles de plus en plus vulnérables aux violences de masse auxquelles s'attaque la CPI.

839 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 *a minima* à une rationalité instrumentale, et plus largement à penser 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,

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 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. 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^e^ siècle, il s'agissait de faire un pas supplémentaire, bien qu'apparemment contrôlé, avec l'instauration d'une institution partiellement autonome dans son fonctionnement, plutôt que dans son fondement. Ce mode d'institution laisse une inconnue majeure : malgré les importantes limites, la Cour pénale internationale pourrait échapper aux mains de ses maîtres[840] – et s'imposer sur les corps de la souveraineté.

B. La filiation cosmopolitique

Il est impossible d'appréhender tout à fait la Cour pénale internationale et les raisons des controverses qui ont entouré son action sans comprendre à quel point elle est le résultat d'une construction fictionnelle dont l'ambition est de compléter celle qui domine aujourd'hui l'organisation du monde. Loin d'être une création *ex nihilo*, l'institution s'inscrit dans une évolution pluriséculaire dont elle constitue un aboutissement inattendu. Dénaturée par l'école réaliste, la théorie hobbesienne offre le fondement conceptuel – c'est-à-dire le substrat du récit – le plus cohérent pour expliquer la création de la Cour pénale internationale et le rôle qu'elle ambitionne de jouer. Associer la Cour à la réflexion engagée dans le *Léviathan* et, dans une mesure différente, à la pensée politique spinoziste, ouvre des perspectives déterminantes pour penser la nature et les ambitions d'une institution qui peut être pensée dans le cadre du processus de formation d'un « contrat social réel à l'échelle globale », dont la clef de voûte transitoire serait une instance pénale supra-étatique, permanente et universelle, et qui maintiendrait les États comme acteurs politiques dominants, tout en leur retirant une partie de leur capacité à faire récit.

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. »

840 À titre d'exemple, il est intéressant de noter que les clauses les plus restrictives du Statut de Rome permettant d'assurer le contrôle des États sur la Cour, telle la suspension des procédures sur décision du Conseil de sécurité de l'ONU, ne sont pas utilisées et semblent, sauf retournement spectaculaire, condamnées à terme.

Ce n'est pourtant pas en ce sens qu'a été perçue la naissance de l'institution[841]. Il est vrai que la filiation qu'entretient la Cour pénale internationale, comme ses nombreuses institutions sœurs, avec la philosophie kantienne, et plus largement cosmopolitique, peut sembler d'entrée évidente.

Cette filiation est légitime, bien que les discours en dérivant, ignorant la dimension maîtresse de l'État dans la pensée kantienne et voyant dans la Cour un dépassement de celui-ci, le soient beaucoup moins. *Vers la paix perpétuelle*[842] est ainsi un ouvrage fondateur qui a servi d'appui au développement de la société civile mondiale. L'universalisme cosmopolitique reste structurant pour les ONG et une grande part la « société civile internationale », dont l'action et la pensée s'inscrivent à l'échelle du monde et de l'idée d'*humanité* dont elles seraient les premiers serviteurs. Il est d'autant plus naturel d'y amalgamer la Cour que ces instances ont été motrices dans la création de cette dernière. Le tribunal de La Haye pose d'ailleurs la question de la criminalisation de la guerre, fondamentale dans l'*idéologie* cosmopolitique, et dont on perçoit en filigrane les conséquences théoriques, un nouvel ordre où les nations, maintenues dans leur existence, se plieraient au droit plutôt qu'à la violence. L'assimilation de la Cour au cosmopolitisme est de plus confortable pour tous les acteurs concernés par l'institution, les uns étant convaincus, à raison, de l'innocuité d'un tel référentiel, tant il est artificiellement utopique, les autres se satisfaisant du pouvoir symbolique qu'il leur offre. Faute d'une assise cosmopolitique réelle[843], devant s'appuyer sur la simple bonne volonté des États et sa puissance symbolique, la CPI elle-même n'a le plus souvent d'autre recours que d'appeler à la morale pour pousser ses membres à agir. L'impuissance nourrit ses proclamations qui associent les *crimes contre l'humanité* à l'impératif catégorique et reprennent le mot kantien qui fait que la violation du droit en un seul

841 Ce qui doit peut-être à un certain reflux de la pensée philosophique contemporaine sur les questions *pratiques* entourant la question de la souveraineté et son rapport à la violence, de plus en plus rarement interrogées dans leurs fondements *en rapport à leur réalisation*, c'est-à-dire appuyés sur les récents développements juridiques et politiques de cette notion. Outre Derrida qui consacra au dépassement de l'État ses dernières propositions philosophiques, et Habermas dont les propositions suivent un chemin qui n'est pas le nôtre, Foucault avait, dans la fin de sa vie, émis le souhait de faire du « droit de la guerre ». Mais son dernier chantier majeur est resté à l'état de friche, chez lui comme ailleurs, au profit de nombreuses exégèses sur les notions de guerre juste et d'éthique des conflits armés, le plus souvent appuyées sur les corpus juridiques préexistants et n'ayant d'autre but que de légitimer l'ordre existant, plutôt que de l'interroger. Rares sont au final les réflexions reliant cette question à l'émergence d'un « droit mondial » et aux bouleversements touchant actuellement la forme étatique. Certains juristes éminents, tels Antoine Garapon, Serge Sur mais aussi et surtout Mireille Delmas-Marty ont partiellement comblé ces absences, en formulant un certain nombre d'inquiétudes nécessaires. Mais, à l'exception de quelques travaux et de nombreux essais, le champ philosophique français semble avoir déserté les questionnements fondamentaux qui touchent aux évolutions actuelles de la souveraineté. Cette inertie s'est doublée, dans les champs académiques anglo-saxons, d'une *monopolisation* de la notion de contractualisme par les écoles néo-rawlsiennes, qui se sont concentrées sur les droits économiques et sociaux et ont dès lors laissé l'école *réaliste* transposer seule la théorie hobbesienne aux relations internationales, de façon instrumentale et partiale, arasant les plus fertiles leçons qui auraient pu en être tirés.

842 Kant, E. *Vers la paix perpétuelle*, Paris, GF, 1991, trad. J.-F. Poirier et F. Proust.

843 C'est-à-dire d'une citoyenneté mondiale, ou a tout le moins d'un véritable mouvement populaire (institutionnalisé ou non) agissant en sa faveur et appuyant directement son action.

lieu de la terre est partout ressentie[844]. Il s'agit en quelque sorte, faute de pouvoir immédiat, d'y substituer à chaque fois que nécessaire un magistère de la parole sacrée, et reconnue comme telle, condamnant pour hérésie ceux qui ne s'y plieraient pas[845]. L'inefficacité toute relative de cette forme d'action dans la première phase de l'existence de la Cour aurait tenu, pour ses défenseurs, plus aux erreurs d'interprétation de cette partition classique par ses principaux acteurs qu'à la fragilité de la méthode.

Il reste qu'au-delà de cet horizon discursif commun, penser que la Cour aurait été réellement instituée pour servir un projet cosmopolitique et *a fortiori* kantien n'a guère de sens, et n'a d'autre visée que de rendre tolérable aux yeux de tous la création d'une instance qui, annoncée sans fards, n'aurait pas revêtu suffisamment d'attrait pour compenser ses peines annoncées, notamment pour les principaux intéressés au projet, détenteurs du pouvoir en exercice et en devenir.

La fiction cosmopolitique proposée comme support discursif de la Cour pénale internationale n'est, de fait, pas opérante, et vrille tant qu'elle ne pourrait, si elle était effectivement portée comme fondement effectif, que provoquer l'effondrement immédiat de l'institution censée l'incarner et la transcoder dans le réel. Il y a à cela des raisons liées tant aux contradictions qu'impliquerait nécessairement un tel amalgame qu'à la faible capacité fictionnelle et institutionalisante des théories cosmopolitiques. L'utilisation de la philosophie kantienne pour *penser* – et non défendre, ou donner un fondement idéologique à – la CPI, impossible sans susciter de multiples incohérences, se confronte ainsi à ce qui nous semble être une double problématique irrésoluble.
La philosophie kantienne se trouve non seulement fondamentalement éloignée de l'esprit de la Cour pénale internationale pour des raisons que nous allons exposer, mais

844 La jurisprudence montre d'ailleurs la prégnance particulière de ces références dans le cas du TPIY, qui avait d'autant plus besoin de légitimations qu'il fut institué après le début du conflit qu'il devait traiter, agissant sans le soutien d'une grande partie des populations concernées, et sur des territoires, avec l'appui des *imperium* américain et onusien, contrôlés par des États rejetant sa légitimité.

845 Les parallèles entre le mode d'institution et d'action de la CPI et de l'Église, autre pouvoir spirituel sans moyens d'action immédiats suite à la chute de l'Empire romain, présentent beaucoup de points d'accroche qui mériteraient d'être approfondis, notamment si l'on tient compte des racines continentales de la Cour et des bouleversements qui touchent actuellement à la notion de souveraineté, qui renvoient à certaines périodes du Moyen Âge. La question du rapport au Chef, et au pouvoir de légitimation, est à cet égard riche en potentialités. Il faut rappeler que le pape s'arroge, à partir de 1075 et du *Dictatus Papae* de Grégoire VII (affirmation 12, qui sera rapidement mise en œuvre lors de son affrontement avec Henri IV et sa pénitence à Canossa en 1077), un pouvoir qui perdurera en théorie jusqu'à la fin du XIV^{e} siècle, la capacité de déposer les rois et les empereurs, ainsi que de délier les populations de leur serments de fidélité contre les souverains « injustes ». Grégoire VII théorise alors la supériorité de l'*auctoritas* sur la *potestas,* la première s'imposant sur le matérialisme de la seconde par le droit déjà, et son plus puissant outil d'alors, l'excommunication. Notons à titre d'anecdote que le pape Jean Paul II se félicita avec effusion de la création de la Cour, tout en n'y voyant qu'un « premier pas ». Voir à propos du rôle fondateur de la scolastique et du pouvoir de l'Église dans la fondation de l'idée d'État, l'ouvrage déjà cité d'Alain Boureau : Boureau, A., *La religion de l'État, La construction de la République étatique dans le discours théologique de l'Occident médiéval (1250-1350), la raison scolastique I,* Paris, Les belles lettres, 2008.

aussi *méthodologiquement*. Kant annonçait l'évanouissement des conflits armés non du fait d'une régulation pénale, mais plutôt commerciale qui, loin de faire disparaître les nations, les maintiendrait dans le cadre d'une stimulation et d'une interdépendance permanente, les poussant à s'ouvrir, dans une théodicée proche de la théorie de l'adoucissement des mœurs par le commerce, et ne répondant à aucune des angoisses de notre temps[846]. Il serait bien entendu possible de penser l'action de la Cour dans cette perspective, en envisageant une gouvernance mondiale appuyée à la fois sur l'OMC et la CPI[847], cette dernière étant chargée de définir strictement les cadres dans lesquels une intervention armée serait possible, et s'appuyant sur la première pour s'imposer aux États. Seules, elles sont impuissantes et contestées idéologiquement. Le commerce gagne à disposer d'une autorité pénale chargée de stabiliser son horizon d'action, et l'autorité pénale, en particulier lorsqu'elle ne dispose d'aucun relais d'application immédiat de ses décisions, est d'autant plus efficace qu'elle dispose de leviers économiques pour compléter son action. Inscrites dans un tissu institutionnel qui ferait naître une ère post-onusienne – toutes deux ont été créées en dehors de l'ONU –, la CPI et l'OMC pourraient amorcer un nouvel ordre mondial correspondant aux aspirations libérales, avec toutes les implications critiques que cela implique. Mais qui se satisferait aujourd'hui d'une telle perspective, qui ne répond à aucune des objections fondamentales qui menacent l'ordre dominant, et alors que tous perçoivent ses échecs déjà indépassables ?

Ce n'est de fait pas cette perspective adoptée par les penseurs cosmopolitiques de la CPI, ni celle, de toute façon, de Kant, qui limitait son cosmopolitisme *effectif* à un droit d'hospitalité. Un tel regard induirait de fait une vision du monde post-étatique où il n'y aurait plus d'extérieur, un universalisme exclusif qui n'est pas sans dangers, comme l'a montré Mireille Delmas-Marty[848].

846 Carl Schmitt dénoncera à juste titre ce lieu commun de la philosophie libérale, initiée par Montesquieu et prolongé par à peu près tous les penseurs libéraux jusqu'à Benjamin Constant et au-delà (des économistes comme Joseph Schumpeter le reprendront avant d'être contredits par des études empiriques plus récentes), en en faisant au contraire un facteur de guerre – les sanctions économiques et embargos correspondant du reste à des actes de guerre au sens plein.

847 Bien que la CIJ serait en l'occurrence plus pertinente.

848 Danger qui fonde une approche critique par l'auteur de la notion du contrat social mondial *en tant que* concept cosmopolitique, dans sa conclusion de la série *La refondation des pouvoirs* (volume III, *Les formes imaginantes du* droit, Paris, Seuil, 2007) : « L'équilibre risque d'être rompu car l'extension vers un contrat mondial pourrait avoir pour effet de dissocier le désir et la peur : le désir fonde le contrat sur une logique d'inclusion que rien n'empêche d'élargir, précisément si le désir existe, jusqu'à l'échelle du monde ; en revanche la peur repose sur une logique d'exclusion de l'ennemi dont la transposition semble impossible car le contrat mondial sera nécessairement un contrat total, qui inclut tous les acteurs et n'en exclut a priori aucun. En ces temps de terrorisme international, l'ennemi se trouve donc dans la communauté, et non au dehors, identifié dès lors à chacun d'entre nous. Du contrat mondial total, on glisserait aisément vers un totalitarisme généralisé dont on perçoit déjà quelques signes avant-coureurs. » Le paradoxe tient en effet à ce que *définir* l'humanisme – condition de sa traduction en pensée politique – c'est déjà le délimiter, lui donner des bornes, et dès lors, nécessairement, exclure. Bien que les *risques* soient fortement réduits par le champ d'application de la CPI, Derrida avait lui aussi affirmé l'importance de ménager des espaces en dehors de toute politique, y compris cosmopolitique. Ces espaces ont toujours existé. Christopher Hill et son disciple

Dès lors, la question des fondements ne peut être considérée, comme nous l'avons compris, comme ayant seulement des implications d'ordre théorique : penser que la Cour pénale internationale aurait pour volonté première d'unir les peuples et de créer une communauté universelle protégée par des droits communs, agissant à ces fins sans contraintes partout où elle en aurait compétence reviendrait à la condamner à un ciel des idées improbable et à se condamner à ne pas pouvoir comprendre l'action qu'a menée l'institution depuis sa création et qu'elle continuera à mener jusqu'à sa disparition. Cette impossibilité de penser la Cour la transformerait en un objet sidérant parce que d'apparence évident, forçant une adhésion ou une contestation nécessairement sans fondements, donc radicales et aveugles. Une foi ou une contre-foi que la Cour est, de toute façon, loin d'incarner.

Alors que l'action des différents sociétaires des relations internationales, y compris ses principales organisations internationales, s'est progressivement éloignée de ce référentiel idéologique, l'argumentaire cosmopolitique s'est par ailleurs montré particulièrement fragile à l'heure de justifier l'action de la CPI, renforçant par ses points aveugles les attaques à l'encontre d'une institution considérée comme « politique ». Si bien la Cour, et surtout ses principaux défenseurs, se revendiquèrent d'un tel horizon, il demeure que la proclamation d'une « communauté humaine », pour bien intentionnée qu'elle soit, ne suffit pas, dans les conditions d'énonciation actuelles – élitaires, technocratiques et occidentalement ethnocentrées – à la faire exister. Postulat remontant aux Lumières, l'hypothèse que l'appartenance à une même espèce amènerait à l'existence d'une rationalité universalisable et de valeurs communes reste des siècles plus tard régulièrement contestée[849], tout comme l'affirmation kantienne qui ferait de la marche vers la paix un mouvement objectif de l'humanité. Parallèlement à cet échec d'autotélie discursive, les écrits du philosophe allemand ne permettent pas d'expliquer la création d'institutions comme la Cour pénale internationale, qui invoque certes la communauté humaine, mais créé un niveau d'association particulièrement original entre États et individus, qui ne correspond à aucune construction théorique proposée par le penseur ni par l'école cosmopolitique. Pis, comme un ultime pied de nez suffisant à signaler l'impossibilité du rapprochement, la théorie kantienne entre en contradiction directe avec l'idée même d'une Cour pénale internationale chargée de juger les principaux responsables de violences de masse, c'est-à-dire principalement des agents de la souveraineté. Comme Hobbes fut influencé par la Guerre de Trente

Marcus Rediker ont montré par exemple que la piraterie connu une explosion après la restauration de la monarchie anglaise en 1660 et l'exil subséquent de nombreux dissidents. Cet *anté-terrorisme* déterritorialisé et international, lorsqu'il fut criminalisé à l'échelle internationale, devint peut-être le premier *crime contre l'humanité* au sens premier, c'est-à-dire pré-juridique du terme. Il permit, selon ces mêmes historiens, la constitution de sociétés infraétatiques bien plus démocratiques et égalitaires que leurs vis-à-vis européens.

849 C'est très certainement ce qui explique que Kant ait préféré appeler à un *droit des gens* au sens de droit interétatique qu'à un véritable droit cosmopolitique, limité comme nous l'avons vu à l'hospitalité, et qu'il ait plutôt insisté sur l'importance de la nature des régimes étatiques que sur les modalités de constitution d'institutions supra-souveraines, comme le montre l'article 2 définitif de son *Projet de paix perpétuelle.*

ans[850], Kant vit sa réflexion marquée par la Révolution française, contre laquelle il construisit toute une partie de sa *Doctrine du droit*, qui pourrait aujourd'hui servir d'implacable argumentaire contre le principe même de la CPI[851]. Non seulement Kant ne tolère pas juridiquement qu'un souverain puisse être détrôné, mais il considère que dans le cas où, pour une raison ou une autre, celui-ci chuterait, il « ne [pourrait] être poursuivi pour sa gestion passée des affaires, mais encore moins [pourrait]-il être puni, si, revenu à la condition d'un citoyen, il [préférait] son repos et celui de l'État à la tentative audacieuse de s'exiler hors de celui-ci, pour, se posant en prétendant, entreprendre l'aventure de sa conquête[852] ». Détail peut-être, mais culminant le système de pensée de Kant, et en contradiction trop visible avec l'idée de la CPI pour pouvoir être ignoré. Dans cette *Doctrine du droit*, trop souvent éclipsée par *Vers la paix perpétuelle*, Kant réfute d'ailleurs, ultime coup du sort, dont nous mesurerons l'importance plus en avant, l'existence d'un droit[853] de résistance au despotisme et l'hypothèse de la création d'une instance qui pourrait en juger les excès, et dont le principe ressemble en tous points à celui de la CPI : « Pour être habilité à résister, il faudrait disposer d'une loi publique qui permette cette résistance du peuple, c'est-à-dire que la législation suprême contienne en elle une détermination en vertu de laquelle elle ne serait pas suprême[854] et le peuple, en tant que sujet, serait, en un seul et même jugement, transformé en souverain de celui auquel il est assujetti – ce qui est contradictoire et dont la contradiction saute aux yeux dès que se trouve posée la question de savoir qui devrait jouer le rôle du juge dans ce conflit entre le peuple et le souverain ?[855] ».

Disons le autrement. Quand bien même le monde deviendrait cosmopolite, l'idée même d'une Cour permettant de juger les souverains, ou plutôt *le souverain restant,* – principe de la CPI – serait inenvisageable depuis une perspective kantienne. Kant ira même jusqu'à défendre relativement à cette hypothèse celle impliquant le meurtre du souverain, qui ne pourrait être que le résultat d'un mouvement passionnel, plutôt que son exécution, ce qui nous intéresse au plus haut point puisque l'auteur le justifie en affirmant que la déchéance *pénale* du monarque reviendrait à déchoir la possibilité d'existence même de l'autorité[856]. Toute instance qui prévoirait cette éventualité

850 Hobbes considère l'époque allant de 1640 à 1660 non seulement comme un moment important, mais comme l'une « plus hautes » périodes de l'histoire, tout en considérant que le monde, et en particulier l'Angleterre, ont alors connu « toutes les folies, toutes les injustices » existantes. Ajoutons qu'il est plus que probable que Hobbes, qui a longuement vécu à Paris, ait été aussi très largement marqué par la Fronde qui a lieu pendant la rédaction du *Léviathan,* puis, dans une moindre mesure, le plus important de son œuvre ayant déjà été rédigé, par la centralisation initiée sous le régime de Louis XIV.

851 Kant déconnecte la justice pénale de l'autoconservation et de tout utilitarisme afférent, ce qui nous, le verrons, entre en contradiction fondamentale avec le principe même de création de la Cour.

852 *Métaphysique des mœurs*, *Doctrine du Droit*, II, paragraphe 49, page 140.

853 Au sens non seulement normatif mais aussi factuel et moral.

854 C'est-à-dire ne puisse faire un usage considéré de sa puissance, ce qui correspond exactement à la CPI.

855 *Métaphysique des mœurs*, Doctrine du Droit, II, paragraphe 49, page 138.

856 On notera l'ironie du fait que la seule mention par Kant d'un « crime inexpiable », qui pourrait être rapprochée des crimes poursuivis par la CPI, concerne justement l'exécution d'un souverain.

et qui *a fortiori* pourrait punir le souverain pour les actes commis en cette qualité est proprement inenvisageable.
Difficile au vu de ces éléments d'associer la CPI à la pensée cosmopolito-kantienne, si ce n'est comme une vague inspiration, et ce d'autant plus que le raisonnement kantien que nous venons d'exposer n'émerge pas subitement dans sa pensée, comme une excroissance qu'il suffirait d'exciper pour mieux se rassurer sur la pertinence de la référence. L'adoption de cette perspective dans le cadre pénal amènerait de toute façon à des contradictions fondamentales qui dépassent les simples problèmes d'application pratique[857]. Comment punir un « crime contre l'humanité » par une justice humaine, étant donné que la monstruosité même de l'acte, voire de la personne, le situe en dehors du genre humain ? C'est cette insuffisance qui amènera Hannah Arendt à affirmer *logiquement* que les crimes de masse ne sont ni punissables ni pardonnables[858], touchant là involontairement aux limites, non pas de l'humanité ou de la politique, mais de cette pensée pourtant si évidente d'apparence. À moins d'adhérer à cette perspective, ce qui reviendrait à nier la *possibilité d'existence* de l'institution, il apparaît donc nécessaire de repenser la façon que nous avons de dire la Cour.

Il reste à s'interroger sur les raisons de cette confusion qui rapproche si régulièrement deux perspectives si antithétiques d'un point de vue philosophique et structurant que la philosophie kantienne et la Cour pénale internationale, et à comprendre à quel point cet impossible amalgame fragilise toute perspective cosmopolitique sur la CPI. L'émergence des débats sur le dilemme entre paix et justice[859], qui ont pris une importance disproportionnée lors de la conférence de révision du Statut de Rome à Kampala en 2010, a montré les limites d'une fondation cosmopolite « plus large », ne s'appuyant pas systématiquement sur la pensée kantienne, mais sur des postulats moraux plus généraux, c'est-à-dire la croyance en des valeurs propres à l'essence humaine et universellement partagées. Le conflit de valeurs induit par cette fondation théorique[860] amène la Cour à être contestée dans sa permanence, alors que ces fondements auraient

857 Problèmes non pas tant liés à la justification morale d'une telle justice ou à son fondement d'exercice en tant que critère de jugement qu'à sa mise en place procédurale et à ses conditions d'institutionnalisation.

858 « Tout ce que nous savons, c'est que nous ne pouvons ni punir, ni pardonner ces crimes et que, par conséquent ils transcendent le domaine des affaires humaines et le potentiel du pouvoir humain qu'ils détruisent tous les deux radicalement partout où ils font leur apparition », *La condition de l'homme moderne,* Paris, Calmann Levy, page 307.

859 Nombreux sont, surtout au sein de la diplomatie, qui considèrent que la mise en place de processus judiciaire et de mises en accusation pour crimes contre l'humanité comme préjudiciable aux négociations de paix et à la stabilisation de situations.

860 La philosophie des Lumières peut être perçue comme une tentative de libération de l'homme des tutelles hobbesiennes et spinozistes : l'homme a atteint le point de maturité suffisant pour ne plus être en minorité. Il peut s'émanciper dans l'individualisme, avec sa conscience comme seul maître. Or cette conscience, dépendante d'un certain nombre de postulats qui restent contestés, est loin d'être universalisable rationnellement sans s'enferrer dans des apories théoriques, voire politiques comme nous l'avons vu en ce qui concerne le droit de résistance, majeures. Voir à cet égard l'étude menée par Jean-François Kervégan (dir.), *Raison pratique et normativité chez Kant. Droit, politique et cosmopolitique*, Paris, ENS Éditions, 2010.

justement dû lui permettre d'agir partout, tout le temps. Le paradoxe d'une institution censée incarner une morale universelle et qui ne cesse d'être contestée par ses membres eux-mêmes pour son action n'est que la déclinaison naturelle de cette insuffisance initiale, celle de l'inexistence de valeurs universelles d'une « communauté » dont la Cour serait issue. En tranchant moralement la question de sa légitimité, en la fondant sur un postulat, la Cour a en fait tenté, avant même de s'être imposée, de s'adjoindre une idéologie qui l'aiderait dans son processus de légitimation et de domination formelle. Trop puissante, trop entendue, et surtout masquant sa nature véritable, celle-ci s'est retournée contre elle, l'exposant dans un premier temps à l'entreprise de démolition de l'école réaliste des relations internationales, trop heureuse de trouver dans ces ambitions infondées un angle d'attaque sans pareil contre une institution qui menaçait par ailleurs la toute puissance de la fiction étatique, dont elle ne perçoit pas les limites.

Dans un second temps, et une fois instituée, la Cour a par ailleurs prêté le flanc aux critiques cosmopolitiques les plus fondamentalistes, insatisfaites non plus de ses principes, mais de son action qu'elles pensaient *dérivée* de ceux-ci et qui, ne pouvant que composer avec la réalité des rapports de force, ne cessait d'entacher la pureté de cette utopie qu'elle était censée servir. L'impossibilité d'une fin instrumentale telle qu'imposée par cette philosophie s'est rapidement révélée, en somme, incompatible avec la forme d'institution de la CPI, et *l'intervention* libyenne de 2011, qui a fait de la Cour le légitimant d'une intervention armée, a fini d'en achever l'efficacité. Il a fallu prendre un virage progressif dont le discours du Procureur que nous avons mis en exergue dans notre introduction n'est qu'un exemple parmi d'autres. Contentons-nous de rappeler qu'avant cette formalisation d'une pensée contractualiste au service des États, *élément de langage* dont nous fûmes le responsable, l'énonciation la plus récurrente dans les interventions publiques de Luis Moreno Ocampo était la suivante : « l'idéal de la Cour serait de ne jamais avoir à traiter une seule affaire ». Surprenant tous ses interlocuteurs, elle avait pour seul objectif de révéler ce fait : la simple existence de la Cour, et les craintes d'une intervention de celle-ci, devraient suffire à susciter la prise de conscience par les États de leurs excès et provoquer une autorégulation *interne*, par le biais d'inhibition de la pratique de leur pouvoir et de procédures nationales qui, régime de la complémentarité oblige, éviteraient un conflit potentiel entre la Cour et la forme qu'elle était censée protéger. Si leur diagnostic sur les raisons qui amenaient à leur contestation était juste (c'est-à-dire que leurs excès de leur pouvoir provoquaient un surcroît de contestation), voilà que cette solution permettait à la fois aux États de préserver leur pouvoir, et à la Cour son monopole supérieur et surplombant sur une métafiction, quasi sacrale, créée pour préserver la fiction inférieure, inaltérée et donc d'autant plus admirée parce que jamais confrontée au réel. Plus encore, car comme nous le verrons la Cour a principalement pour objectif de s'attaquer aux aspirants au pouvoir, c'est-à-dire aux rebelles, plutôt qu'aux détenteurs d'un pouvoir excessif, l'absence de saisines de la Cour impliquerait que l'ordre soit parfaitement préservé au sein des édifices étatiques internes, satisfaisant ainsi à la raison d'institution de la Cour.

Rejeter le cosmopolitisme, non idéologiquement mais comme pensée fondatrice d'une institution qui n'a fait que l'instrumentaliser vient donc comme naturellement dans notre recherche. Cela n'induit pas pour autant d'adopter la perspective radicalement inverse, historiciste ou superficiellement positiviste qui s'est développée ces derniers temps, et qui se rapproche à bien des égards des instances les plus *aveuglément* critiques de l'institution. Pour certains théoriciens, et pour prendre la vision la plus extrême d'un large nuancier, la Cour serait née d'un pur concours de circonstances. Contingente, fruit d'une volonté toujours rétractable, elle serait amenée à disparaître sitôt que les intérêts des acteurs l'ayant instituée s'en dissocieraient. Dès lors, la recherche d'un fondement, d'un récit de la Cour ne serait *systématiquement* qu'une tentative idéologique, voire intéressée, de légitimation d'un projet qui ne fait que répondre, au pire aux intérêts des puissants du moment, au mieux des sociétés. Cette « pensée » prétend s'inspirer de certains courants positivistes[861] et particulièrement d'Émile Durkheim, pour qui « le droit et les mœurs n'expriment que les changements sociaux déjà fixés et consolidés[862] », mais aussi d'Hans Kelsen, qui donnait au droit international la suivante « norme fondamentale » : « les États doivent se conduire comme ils ont accoutumé de se conduire »[863]. Le sociologue fait de l'édifice juridique une construction fonctionnelle mais somme toute absolument contingente dans sa forme comme dans son émergence. Il ne faudrait pas, en conséquence, en étudier les finalités, mais seulement sa *fonction*, nécessairement temporaire, née de la demande d'une société préconstituée et en aucun cas à son origine.

Annihilant toute tentative de construction téléologique, cette proposition n'est évidemment pas adoptable par la Cour. Attribuant un rôle de simple résultat, et non d'acteur, au droit pénal, elle faillit à dire le réel sans entrer trop régulièrement en conflit avec celui-ci, la Cour, permanente, ayant jusqu'ici largement résisté aux « retournements » de l'Histoire qui auraient dans cette perspective dû entraîner sa dissolution. Le discours, le rôle performatif de la fiction, sont par ailleurs disqualifiés à tort alors même qu'ils constituent le cœur et la délimitation de tout projet politique, inexistant sans celui-ci. Surtout, cette proposition ne permet pas de comprendre l'articulation entre les différents niveaux de souveraineté (États, organisations interétatiques, opinion mondiale, etc.) qui sont les problématiques centrales de la Cour, c'est-à-dire d'expliquer comment la *fiction juridique* qu'est la Cour se serait formée à partir de cette fiction politique. Alors que son cœur politique – un

861 Voir à cet égard l'article de Jean-Louis Halpérin, « L'histoire du droit est elle compatible avec les théories positivistes ? », *The Roots of International Law / Les fondements du droit pénal international*, qui revient sur le rapport des écoles positivistes par rapport à ce qui est encore aujourd'hui parfois présenté comme le *droit* international (dans une tradition qui remonte à Grotius jusqu'à Hart (du moins jusqu'à une certaine *étape* du droit international, vraisemblablement dépassée aujourd'hui) et Austin, en passant par Pufendorf, l'italique questionnant la nature même de *droit* de cette matière, malgré l'importance que lui donna Hans Kelsen.

862 Durkheim, É., *Introduction à la sociologie de la famille*, section 2, 8e paragraphe.

863 Kelsen, H., *Théorie générale du droit et de l'État,* Paris, LGDJ, 1997, trad. Faure, V., Laroche, B., page 415.

Procureur indépendant inamovible disposant d'un mandat non renouvelable de neuf ans – lui offre une autonomie d'action très forte[864], cette approche historiciste achoppe à expliquer justement ce qui fait la spécificité de la Cour. *Aveuglée* et satisfaite de l'être, nous la rejetons donc frontalement.

C. La nécessité d'une pensée contractualiste

La réfutation de ces hypothèses successives n'a pas pour ambition de se satisfaire à elle-même. Il nous semble apparent que les insuffisances de ces différentes propositions de récit, bien que peu décrites en ces termes, ont eu des conséquences aiguës et *réelles* sur l'institution, troublant sa perception, l'handicapant dans ses actions. C'est pour cela que, face à son incapacité à imposer un récit essentialiste légitimant son institution, bien qu'y adhérant, Luis Moreno Ocampo, Procureur de la Cour, a constitué dans la deuxième phase de son mandat un réseau d'experts et d'universitaires afin de réfléchir à un cadre théorique justifiant et expliquant plus solidement son action. Intéressante initiative d'une institution désincarnée qui ambitionne explicitement de se penser elle-même, tout autant qu'à se légitimer. Il s'agissait pour lui, par un changement de perspective, d'apporter des éléments de réponse à l'aporie qui semblait se dessiner quant au rôle que jouait la CPI dans les affaires du monde. Les régressions qui ont suivi le 11 septembre 2001 ont été un révélateur radical de la fragilité de la justice internationale, au moment même où on croyait cette nouvelle forme irréversible et propre à incarner la « marche de l'Histoire », dans un dépassement de la fiction étatique à vocation universaliste qui n'avait d'équivalent que dans de rares constructions religieuses. De l'inscription de la fin de l'impunité sur son fronton, le siècle s'est pourtant brusquement défait par un réinvestissement du champ de la puissance par les États, décomplexés, jusqu'à ce que soit crainte la fin des États de droit et le retour de la guerre de tous contre tous à toutes les échelles. L'ampleur du mouvement historique, la férocité de cette lutte pour la survie de cette forme dominante, menée par sa plus puissante incarnation, les États-Unis, et l'ébranlement de la croyance dans les différents fondements du système international qu'il a suscité ne doit pas être minorée, surtout de par la façon dont il a été vécu *de l'intérieur* par ces oracles brutalement renvoyés aux marges de l'Histoire, d'autant plus que la recomposition qui a eu lieu aurait pu prendre un tout autre sens – et les tribunaux nationaux comme internationaux devenir les fers

864 Simplement interétatique, l'institution dépasse cette condition par le biais de son Procureur, lui-même organe autonome, inamovible et dont la gestion du Bureau ne peut faire l'objet d'une quelconque censure. Contrôleur en chef du comportement des chefs d'État et des principaux représentants des États, il est la clef de cette éventuelle « société des nations » qu'est censée créer la CPI, et qui ne peut exister qu'en vertu de son indépendance. Éloigné des limites invraisemblables imposées à l'ONU, et notamment à la CIJ, la CPI peut par son intermédiaire contrôler le contrat passé entre ses membres par traité, et dès lors faire vivre leur mise en communauté.

de lance d'une réponse coordonnée et non guerrière aux attentats qui auraient consacré la transition fictionnelle que tous croyaient irréversible[865].
Alors que le concept d'humanité a montré toute la variabilité de ses acceptions, et sa fragilité conséquente[866], il était temps, si ce n'est urgent existentiellement, pour le Procureur de revenir aux sources pour proposer une autre lecture de l'Histoire de la Cour, éloignée des insuffisances de la pensée des Lumières et résistant à la tentation réductionniste. Réécrire un récit, permettant d'expliquer, de justifier et de faire adhérer à l'action par nature versatile de la Cour, adaptée à une réalité où elle ne jouerait pas le rôle immédiatement sacral qui lui était promis, était devenu primordial. De ce travail est née la proposition que nous lui avons faite dire, initiée comme un travail de propagande, progressivement épurée depuis jusqu'à trouver sa forme actuelle comme une lecture philosophique, à notre sens bien plus efficace pour penser véritablement, et objectivement, la véritable nature de l'institution.

Le contractualisme fait de la norme le sujet de l'adhésion, le ciment d'une société qui va se constituer à partir de ces règles, et non l'inverse. La norme devient donc le dépositaire de sa propre légitimité, sans pour autant s'autofonder. Nous avons donc décidé de partir du contractualisme, et en particulier de Thomas Hobbes, pour non seulement comprendre les fondements réels de la CPI et interroger la légitimité de son action, mais surtout à partir de ce cas, mettre enfin en discours les étranges évolutions de la notion de souveraineté, et expliquer *véritablement* le pourquoi du surgissement de telles institutions dans une société humaine où l'État, de plus en plus, a peine à jouer son rôle régulateur et à maintenir son pouvoir, c'est-à-dire son rôle de fiction dominante.

865 Ce qui fut envisagé, du moins *rhétoriquement*, par la première administration Bush dans les mois qui suivirent les attentats du 11 septembre 2011. Cette solution avait pour avantage d'énoncer l'ambition qui fut par la suite masquée par la rhétorique endeuillée de la violence et de la vengeance, mais qui restait commune à l'usage de la force militaire et du droit, c'est-à-dire de la force répressive : rétablir l'ordre.

866 Mot valise, sésame précieux, incantation incomprise, porte de sortie lorsqu'aucun cadre sociétal ou conceptuel ne permettent plus d'encadrer l'action, l'*humanité* est une évidence indéfinie. Et avant tout un « nous ». Dire l'humanité, c'est s'en arroger la définition, pour ne pas dire l'essence. Parler d'humanité, avant même de parler « au nom de l'humanité », c'est ouvrir une prétention dont on sent déjà poindre l'irréversibilité, celle d'un autre, d'un dehors. Définir l'humanité, c'est la borner, et dès lors en nier l'infinité, cette infinité même que l'on prétend incarner – incarnation elle-même déjà suspecte par essence, déjà aporétique. Que l'humanité et surtout sa variante, *l'humanisme*, soient avant tout datés de la Renaissance, c'est-à-dire de l'éclosion d'une « civilisation européenne » alimentée par sa confrontation victorieuse avec les *barbares* d'autres plateaux continentaux, n'est ni sans hasard ni sans signification.

Chapitre 1

De Hobbes à la justice internationale

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[867], c'est-à-dire agir là où le contrat social s'est effondré. La Cour n'a pas d'autre but qud d'intervenir là où, du fait de violences trop importantes, la société menace de n'être plus. Nous reviendrons tout d'abord sur le lien entre la fiction de contrat social et les violences de masse (A), avant de tenter de comprendre en quoi la théorie hobbesienne peut être utilisée pour comprendre aujourd'hui les relations internationales (B), et plus particulièrement la Cour pénale internationale (C). Nous étudierons finalement la transposabilité de la théorie hobbesienne à différentes échelles et l'intérêt de cet exercice pour comprendre le fonctionnement de la CPI (D).

867 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 *Genocide : a sociological perspective*, New York, SAGE Publications, 1993.

A. La notion de contrat social et les violences de masse

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[868], 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 exécutants, réduits à un minimum, étant isolés[869], 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[870], 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 permettrait 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,

868 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. Voire sur les Einsatzgruppen l'ouvrage de Christopher R. Browning Browning, C. *Des hommes ordinaires,* Paris, Texto, 2005, et sur le rapport des populations allemandes à la violence génocidaire, Kershaw, I., *L'opinion allemande sous le nazisme*, Paris, CNRS éditions, 2002.

869 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.

870 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*, Paris, Seuil, 2014.

froide, systématique et dominée par la parole bureaucratisée. 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[871]. L'on *sait* toujours, dans une plus ou moins grande mesure ; savoir qui vaut acquiescement 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[872]. » 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[873]. Loin d'être soudain, le génocide

871 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 *déresponsabiliser* – 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.

872 Ian Kershaw (*L'opinion allemande sous le nazisme*, Paris, CNRS éditions, 2002, page 19). 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.

873 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

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 extermination, soit par mise en minorité[874] – 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[875].

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 naitra 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[876]. 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,

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.

874 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 chapitre II, article 9 du *Traité politique*.

875 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.

876 Ce serait le cas allemand jusqu'en 1945.

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 *traîtrise*, *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, 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 pléonasme, 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[877]. 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 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.

877 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.

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[878]. Ainsi la Cour pénale internationale ne semble-t-elle pas avoir à agir dans ces circonstances, ou seulement en substitution d'un État récalcitrant.
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 tout contestée voire tout simplement niée par toute une partie de la population[879].

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[880], imposant alors d'avoir recours à la

878 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 première de la création de la CPI, qui comme nous le verrons vise à « combler » cette faille.

879 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.

880 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

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.

2. Le rapport paradoxal à la souveraineté

L'action de la Cour pénale internationale vise à combler ces failles en introduisant un tiers objectif[881] 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, ou contrôlent encore les rouages de ces contrats sociaux, et ne peuvent pas, dès lors, être jugés par les représentants de ceux-ci[882]. 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[883], où les responsabilités peuvent être exigées quel que soit le contexte et le temps passé[884]. 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 se maintiendraient coûte que coûte au pouvoir, 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

un bouc émissaire transitoire.

881 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.

882 Le jugement impliquant nécessairement la réintégration, fut-elle symbolique suite à une condamnation à mort.

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

884 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.

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[885] ? 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 l'impératif catégorique et systématique de la lutte contre l'impunité que la Cour est, selon *l'idéologie* cosmopolitique, censée incarner[886]. Cette ambition, faite d'une capacité au compromis et défendue par Mireille Delmas-Marty[887], 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[888]. Loin de rechercher la création d'un sentiment humain universel, qui passerait par une action incontestable par chacun, la Cour cherche systématiquement l'approbation

885 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.

886 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.

887 Voir, entre de nombreux autres développements sur la question, la conclusion de ses Cours au Collège de France, le 2 avril 2007 : « 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. »

888 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.

d'entités fictionnelles et de représentants 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 destinées. 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.

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 – 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[889], 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. Il serait facile à cet instant de la réflexion de dénoncer l'hypocrite fable que véhiculerait cette institution, outil de domination au service d'un empire drapé des habits de l'universalisme. C'est là l'une des stratégies préférées de ses adversaires.

Il est cependant possible d'affiner l'analyse. Loin d'être une simple extension des puissances occidentales, la Cour a su s'autonomiser par un certain nombre de détours, jusqu'à trouver, une fois son action enclenchée, une constance faisant système, certes dans un sens inespéré, et rompant avec les pratiques diplomatiques habituelles. C'est sur cela, et non pas sur des compromissions inévitables et finalement peu surprenantes, que doivent se concentrer notre étonnement et nos inquiétudes. Comment une création d'États, dénuée d'autre contrôle social véritable que celui que lui portent ces derniers, n'ayant pu émerger que parce qu'elle devait les servir – sinon exclusivement, du moins nécessairement – a-t-elle réussi à leur échapper régulièrement au point de se jouer d'eux, ne serait-ce que dans des cas considérés comme marginaux ? Alors que sa saisine dans la situation du Darfour constituait la réponse de la « communauté internationale » à une « émotion mondiale » largement manipulée et répondant à des intérêts géopolitiques précis[890], la CPI a su, une fois en charge du dossier, maintenir, et même renforcer son action dans le pays, malgré les réticences toujours plus fortes des grandes puissances. Saisie par le Conseil de sécurité, elle n'hésitera pas à renvoyer les membres de ce dernier à leur inaction, allant jusqu'à leur demander de suspendre d'eux-mêmes ses procédures – pour mieux les mettre face à leur incohérence. Les États-Unis ayant, entre le moment de la saisine de la Cour et l'émission de ses mandats d'arrêt, trouvé auprès du Président soudanais un fidèle collaborateur dans leur « guerre contre le terrorisme », ils n'avaient jamais cherché à lui permettre d'agir *véritablement*, tandis que l'effet médiatique d'une indignation justifiée mais aux relents identitaires s'était estompé. Mais la Cour refusa de se récuser. La tentation d'écrire l'histoire avant les historiens et d'imposer leur récit se retourna de fait pour la première fois contre les

889 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.

890 Ce qui ne doit en rien dissimuler l'ampleur des crimes commis. C'est par ailleurs une des erreurs d'analyse les plus souvent commises vis-à-vis de la Cour, qui amène à en rejeter l'action positive du fait de son renoncement, temporaire par essence, ou son suivisme par rapport aux puissances occidentales.

grandes puissances au Soudan, la CPI ne cessant à aucun moment ses activités dans le pays malgré l'évolution soudaine de leurs priorités.
Instrumentalisée, elle a su renverser la situation pour devenir une source autonome d'énonciation fictionnelle, jusqu'à mettre dans l'embarras ceux qui se gaussaient d'un simple outil supplémentaire au service de leur pouvoir. Certes impuissante, elle n'en a pas moins largement isolé les autorités soudanaises, dont les dirigeants peinent à être reçus et dont les relations économiques et diplomatiques avec une grande partie du monde sont largement affectées. Au contraire des chancelleries, la CPI ne peut avoir la mémoire sélective, et se dresse depuis sa saisine comme un spectre hantant leur inaction, malgré les tentatives du Procureur pour atténuer la confrontation. Contrairement à ce qui est souvent affirmé, elle a beaucoup moins à perdre dans ses poursuites contre Khartoum que les États qui l'ont saisie, dont la duplicité et la facticité d'un récit moraliste purement intéressé est tout d'un coup rendue visible.

La Cour, malgré ses immenses précautions et compromissions, introduit ainsi dans les marges une nouvelle donne particulièrement perturbante pour un monde qui se régit depuis des siècles selon un même système d'énonciation et des pratiques discrétionnaires concomitantes. Le nouveau récit s'appuie sur deux dogmes : la systématicité et l'obligation de cohérence, visant à rendre impossible tout marchandage et retour en arrière là où « l'irréparable » a été commis – le terme lui-même est marquant tant il était étranger aux relations internationales, voire au politique, habitués à définir le juste. En créant de la permanence là où tout n'était qu'opportunité et cas particuliers, la Cour cherche à s'immuniser progressivement de toute tentative de manipulation, et s'imposer comme un nouvel oracle dont l'autorité dépend de la performativité de sa parole. Certes, une grande partie de l'action de l'institution reste largement discrétionnaire. Mais une fois les procédures judiciaires enclenchées, c'est à une fatalité tragique que s'exposent des États qui, tels les Dieux grecs, s'en croyaient jusqu'ici pourvoyeurs exclusifs et dès lors prémunis. C'est un constat pour le moins ironique au premier abord qui peut être dressé : créée par les souverains afin de servir leur volonté, notamment celle de policer le comportement de leurs « éléments déviants », l'institution, en s'y pliant avec une étonnante bonne volonté, pourrait répondre de mieux en mieux à son rôle, aux dépens… de ses premiers promoteurs. Reste à établir les raisons, et la portée, d'une émergence qui a subi de nombreux contrecoups, notamment en Libye. Et cela passe par un retour plusieurs siècles en arrière.

B. Sur l'interprétation hobbesienne de l'école réaliste des relations internationales

1. La notion de contrat social chez Hobbes

Le point de départ est bien connu. 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 hommes, égaux par nature dès lors qu'ils peuvent s'entre-tuer[891] 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[892], ce qui entraîne, comme dans les relations internationales, des conflits réguliers concernant l'appropriation des ressources disponibles et par nature limitées[893]. 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[894] ». Cela créé 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^e^ 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 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

891 Les différences de force physique ou d'intellect se compensent, et le plus faible utilisera la ruse pour se défaire du plus fort. Cf. *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. »

892 « Cette égalité des aptitudes engendre l'égalité dans l'espérance que nous avons de parvenir à nos fins », *Léviathan*, chapitre XIII, page 222.

893 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 », *Léviathan*, chapitre XXIV, page 384.

894 *Léviathan*, chapitre XIV, page 231.

la simple promesse que se font mutuellement les parties prenantes[895]. 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.

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 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[896]. 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

895 Spinoza propose la même interprétation dans l'article 14 du chapitre III de son *Traité politique*. 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.

896 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.

actions de la même manière[897]. » 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[898].

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 publique – pour le Statut de Rome, les massacres en Yougoslavie et au Rwanda jouèrent un rôle non-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[899]. 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

897 *Léviathan*, chapitre XVII, page 288. 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.

898 *Léviathan*, chapitre XVII, page 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. »

899 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 ».

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[900] – 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 explicité 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 la fois de garder la paix et la sécurité de ses concitoyens sans devenir oppressant au point de menacer la survie du contrat social[901]. 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 systématicité 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 le Procureur a 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[902]. La CPI répond à ce schème : elle n'est que

900 C'est en quelque sorte une « autorisation absolue ».

901 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. 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.

902 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.

la détentrice ponctuelle de son *jus utendi*[903], principe inscrit dans son texte fondateur sous le 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[904]. 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 de naître d'un processus où le souverain a créé une instance qui le surplombe. 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'ordonnancement 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[905]. 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[906]. Cette disposition justifiera de fait longtemps le pouvoir discrétionnaire de l'État et l'immunité de ses agents[907].

903 Détention qui ne commence que lorsque le souverain transforme ce droit d'usage en abus, *jus abutendi*.

904 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.

905 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.

906 *Léviathan*, chapitre XVIII, page 292 : « 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. »

907 Il faudra attendre en France la fin du XIX[e] siècle pour qu'émerge enfin une justice administrative que pouvaient saisir les sujets.

3. Déconstruction de l'interprétation réaliste de la pensée hobbesienne

Ce détour par la théorie hobbesienne est nécessaire pour initier la *déconstruction*, de la philosophie hobbesienne, préalable à la *reconstitution* du triptyque violence-justice-souveraineté que la notion de contrat social global fait émerger[908].

La comparaison de l'état de nature et des relations internationales par Hobbes a en effet inspiré la théorie réaliste des relations internationales, qui revendique systématiquement la parenté de sa vision avec celle de l'auteur anglais[909]. Or cette école, qui domine encore aujourd'hui l'étude des relations internationales, s'appuie sur une vision tronquée, pour ne pas dire volontairement déformée, de la philosophie de l'auteur anglais. Ce biais, qui a popularisé une lecture erronée, voire contradictoire, du *Léviathan*[910], explique les réticences à l'heure d'utiliser la pensée hobbesienne pour comprendre les récentes transformations de notre souveraineté.

Les réalistes partent en apparence du même constat que Hobbes : un monde où les acteurs principaux sont les puissances souveraines est la plus évidente incarnation de ce à quoi peut ressembler un état de nature. Ils postulent en conséquence que le dit état de nature est aujourd'hui ce qui caractérise fondamentalement les relations internationales. Ce constat initialement semblable cache, comme en ce qui concerne la théorie kantienne et les fondements de la justice internationale, de nombreuses divergences trop souvent ignorées. Les réalistes classiques, dont l'inspirateur principal est Hans Morgenthau[911], dissocient la situation intérieure de l'État de son action extérieure (cette dernière primant toujours). Cette première rupture a des conséquences majeures. Hobbes précise en effet que la précarité dans laquelle se trouvent les hommes à l'état de nature est due à la prégnance de trois caractéristiques internes aux êtres humains, de trois passions qui ne sont pas contrôlées : la rivalité, la méfiance et la vanité, qui sont à l'origine de toute action extérieure des hommes et conditionne leurs relations. Si la question se pose, dans le cadre d'une transposition, de savoir si les États peuvent avoir des « sentiments » similaires qui influenceraient leur action[912], et

908 Tentative qui rend inévitable de faire un « enfant dans le dos » à Hobbes, pour reprendre le mot de Deleuze, tout en respectant à la lettre sa philosophie et la rigueur de son raisonnement – paradoxe apparent, et apparent seulement, visant à pousser jusqu'aux limites de sa pensée pour la transformer – et dès lors la dépasser.

909 Michael Walzer, Edward Carr ou encore Charles Beitz le citent explicitement comme source principale de leurs travaux. Il se trouve ainsi le plus souvent à la source de pratiques de « domestic analogies » qui détournent le plus souvent sa pensée. Voir Malcolm, N., *Aspects of Hobbes*, Oxford, Oxford University Press, 2002

910 Malgré d'importantes études, dont celle de Noël Malcolm, pointant leurs nombreuses erreurs et établissant une lecture rigoureuse des propositions hobbesiennes.

911 On trouvera notamment l'exposition des principes fondamentaux de la théorie réaliste des relations internationales au sein de l'ouvrage *Politics Among Nations*, New York, A.A. Knopf, 1948.

912 Serait-ce alors les acteurs de la souveraineté, qu'ils soient monarques, parlementaires, etc., qui contamineraient l'État de leurs sentiments ou l'agglomération des sentiments des sujets ?

plus largement s'il est pertinent de prendre en compte des postulats naturalistes dans notre réflexion, une contradiction fondamentale en découle dans tous les cas : dans la perspective hobbesienne, le souverain, dans la conduite des affaires internes comme externes, se doit[913] de prendre en compte l'opinion de ses sujets et l'influence de ses actes sur ces derniers, même dans un régime monarchique. En effet, selon Hobbes, la puissance du souverain dépend de la puissance, et donc du bien-être, de ses sujets, fait qui doit amener le souverain, en théorie comme en pratique, à prendre en compte comment ses décisions influenceront cette donnée. Cet élément est essentiel pour comprendre pourquoi la CPI a été instaurée, mais aussi plus largement pourquoi le Léviathan est loin d'être le monstre totalitaire auquel on a trop souvent voulu le réduire. Il n'est ainsi pas envisageable, contrairement à ce que proposent les auteurs réalistes, de délier l'avenir de l'État et l'élaboration de sa politique étrangère des désirs et besoins de ses sujets, et ce, quelle que soit la forme institutionnelle de la puissance souveraine. Cette différence d'interprétation essentielle est de nature à éloigner la théorie réaliste des postulats hobbesiens, et l'amène à formuler des propositions incompatibles avec ces derniers. L'équilibre des puissances[914], tant comme solution que comme état de fait stabilisé, comme la théorie de l'*hégémon*[915], ne sont ainsi pas compatibles avec la perspective hobbesienne, alors qu'ils constituent les principales propositions des réalistes afin d'assurer la stabilité mondiale : tout monopole ou oligopole de la violence, ainsi que toute paix, sont illusoires et éphémères dans un état de nature selon Hobbes, qui rejette cette proposition comme caractéristique d'une pensée archaïque.

Plus essentiellement encore, la théorie hobbesienne ne s'accommode pas de l'état de nature : contrairement à la théorie réaliste qui voit dans l'anarchie interétatique un fondamental historique résistant au mouvement, Hobbes montre bien que l'état de nature est un moment qui doit être dépassé et qui le sera par le simple jeu de la confrontation d'intérêts égoïstes. Les réalistes, notamment Kenneth Waltz, restent au contraire dans l'illusion des premiers pas de l'état de nature, considérant qu'un système d'équilibre de puissances, ce qui dans le vocabulaire hobbesien revient à un jeu d'alliances, pourra amener la stabilité tant espérée.

Un dernier point, conséquence des précédents, oppose finalement Hobbes à la théorie réaliste, et invalide de fait leur interprétation de l'auteur anglais : les personnes civiles sont reconnues par Hobbes comme autant d'acteurs du jeu politique ayant une

913 Non pas comme principe mais comme règle de fait, car condition de survie du pouvoir souverain, dès lors généralement appliquée car étant de l'intérêt de ce dernier.

914 Les auteurs réalistes considèrent que l'état d'anarchie amène progressivement à la formation de pôles autour d'États puissants (voire super ou hyperpuissants) qui finit, ou devrait finir, par stabiliser les relations internationales et entraîner une véritable différenciation de nature entre les États. Une théorie qui entre en contradiction avec la vision hobbesienne, selon laquelle l'équilibre entre les individus (par nature et non par principe égaux entre eux) est non pas un objectif mais une donnée de l'état de nature qui est justement la cause de son instabilité permanente.

915 Selon laquelle un État fini par accumuler tant de puissance qu'il devient régulateur de fait de cet état de nature.

véritable importance, alors que les réalistes refusent d'attribuer la moindre attention aux acteurs non-étatiques, ce qui est d'ailleurs l'un des paramètres de distinction les plus importants avec d'autres écoles de pensée des relations internationales. Cet élément est plus important qu'il n'en a l'air : car c'est bien la constitution d'une société civile, c'est-à-dire d'une proto-société et d'une opinion, qui a forcé les acteurs étatiques à prendre progressivement en compte, non plus seulement l'opinion de leurs populations, mais bien une méta-opinion, mal organisée, difficilement définissable et incarnée dans des organisations peu représentatives, et pourtant de plus en plus prégnantes, qui serait celle d'une communauté mondiale, ou du moins d'une représentation des sociétés *en dehors de l'État.*

4. La transposabilité de la théorie hobbesienne

Ces éléments précisés, revenons à la proposition hobbesienne et à son intérêt pour comprendre les fondements de la justice internationale. 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[e] 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[916]. 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[917]. 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 transposé à l'échelle individuelle. La concordance historique se double d'un parallélisme génétique pour le moins signifiant.

916 *Léviathan*, chapitre XXX, page 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 chapitre XX, « De l'autorité paternelle », page 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. »

917 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.

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 interindividuelle 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[918], 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)[919]. Toute entité ayant une autorité[920] 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[921]. Les acteurs auxquels fait référence 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

918 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 (*De Cive*, Chapitre V, paragraphe 9, page 214).

919 *Léviathan*, chapitre XVI, page 270 : « 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.

920 « Authority », traduit en français selon les versions par « pouvoir » ou « autorité ».

921 « 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 » (*Léviathan*, chapitre XVI, page 274).

une perspective hobbesienne, comme une procuration offerte par le peuple[922] 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[923].

Ces obstacles formels levé, 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.[924] Dit autrement, si les critères « procéduraux » semblent tout à 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.

5. 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

922 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.

923 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.

924 *Léviathan*, 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. » 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 envisagions. 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 Cox, R H., *Locke on war and peace*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1960 et Strauss, L., *Droit Naturel et Histoire*, Paris, Plon, 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 ?

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[925]. » Bien entendu, la faculté de juger (ou *puissance ultime de juger*, telle que définie par Hobbes) fait *a priori* partie de ces droits essentiels[926], qui correspondent aujourd'hui aux fonctions régaliennes de l'État et à ses attributions inaliénables[927]. 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[928], 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[929]. 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[930]. Il n'est donc

925 *Léviathan*, chapitre xxx, page 495. Voir aussi chapitre xviii, page 301 : « Un royaume divisé en lui même ne peut subsister ».

926 Il s'agit du huitième droit essentiel définit 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. »

927 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.

928 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.

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

930 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

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.[931] Ce qui ne revient pourtant pas à invalider la théorie du contrat social global.

C. 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 en fait un « cosmopolitisme des chefs » contractualiste 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.

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 différentes 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[e]

sur le monde. Alors que chez Hobbes le désir de sécurité est le moteur, A. Wendt fait du désir de reconnaissance le moteur de son processus devant amener à la formation d'un état supra-national.

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

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[932] ») 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[933] ainsi que la transposition du droit naturel à l'échelle des puissances souveraines trouvent leur extension dans les théories et pratiques qui régissent aujourd'hui les relations internationales[934]. 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[935] 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[936], bien qu'elle ait été codifiée par

932 « Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff » *in Verfassungrechtliche Aufsätze aus den Jahren*, Berlin, Duncker und Humblot, 1985, page 376, cité et traduit par Jean-François Kervegan dans *L'effectif et le rationnel : Hegel et l'esprit objectif*, Paris, Vrin, 2008, page 263. Cette assertion n'est pas isolée dans sa pensée. Voir aussi par exemple au sein de *La notion de politique* (Calmann-Lévy, Paris, 1972, trad. Freund, J., Steinhauer, M-L.) « L'ère de l'État est à son déclin (…) L'État est détrôné », pages 44 et 45.

933 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 » (*Léviathan*, chapitre XIII, page 227). 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 au chapitre XXX du *Léviathan*, page 518 : « […] 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. »

934 Nous utilisons ici ce terme par convention, bien que *interétatique* serait à privilégier.

935 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.

936 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.

la suite[937], et c'est de cette égalité que naît l'état de guerre[938]. De même, chaque État détient la pleine souveraineté sur son 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[939]. 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[940].

937 Yves-Charles Zarka propose une interprétation radicalement opposée dans *Hobbes et la pensée politique moderne*, page 132 : « 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.

938 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 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.

939 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.

940 Nous excluons ici volontairement les limites apparues à la fin du XIX[e] 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.

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[941], 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 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[942]. Plusieurs phénomènes dont Hobbes n'avait pas anticipé l'ampleur[943] – la fusion de l'État et de la nation au sens moderne du terme[944], le développement conséquent et toujours plus important des armées de masse, doublé[945] d'un renforcement de l'emprise et des moyens de destruction à disposition des États – ont cependant transformé dès la fin du

941 Nous renvoyons ici au chapitre précédent.

942 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.

943 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, etc.). Voir à ce sujet : *Genocide in the age of the nation state : The meaning of Genocide*, Londres, I.B Tauris, 2005.

944 Voir à cet égard et sur la séparation progressive du corps du roi et de celui de l'État : Carbasse, J-M., *La monarchie française du milieu du XVIe siècle à 1715, l'esprit des institutions*, Paris, Sedes, 2002 et Audier, S., *Les théories de la république*, Paris, La découverte, 2004.

945 Et certainement en grande partie provoqué par.

XVIII[e] siècle le rapport à l'espace et à la violence sur le continent européen[946]. 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 (…) »[947], 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[948] et

946 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 […]. » (Braudel, F., *L'identité de la France*, Tome I, Chapitre III, page 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 ?

947 *L'identité de la France*, tome 1, page 100.

948 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 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[e] siècle au début du XX[e] 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,* Paris, Payot, 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.

transformant un rapport 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[949]. La multiplication des failles dans les édifices souverains, et des conflits au XIX^e^ et au XX^e^ 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 périra[950]) sont venus remettre fondamentalement en cause la prééminence de 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[951]. Le diagnostic s'est aggravé à l'échelle mondiale au XX^e^ 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

949 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.

950 Largement reprise et liée sous cette forme à Hegel, notamment par les tribunaux internationaux (voir notamment le premier Rapport d'activité annuel du TPIY, document ONU A/49/342 du 29 août 1994, page 12), la citation est, ainsi présentée, inexacte tant sur le fond comme sur la forme. Hegel avait en fait cherché à récuser la vision kantienne de la justice qui déconnecte l'idée 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 » (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, in *Werke*, volume 7, Francfort, 1979, paragraphe 130, page 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 »).

951 Si Schmitt voit comme de nombreux autres penseurs dans le *Nomos de la terre* (notamment pages 142 et 143) comme une *civilisation* positive le fait que la guerre « intraeuropéenne » ait été transformée entre le XVI^e^ et le XIX^e^ 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.

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 XXe siècle, avec la séparation jusqu'alors préservée 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[952] 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 délégitiment 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 créé 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 XVIe siècle une apparence rétrospective de monde ordonné.

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[953]. Ayant expérimenté les 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

952 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 Drévillon 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 (*L'individu et la guerre, Du chevalier Bayard au Soldat inconnu,* Paris, Belin, 2013, page 14).

953 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 », dans la *Revue historique de droit français et étranger*, n° 77, 1999, pages 71 à 83.

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, délégation 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[954]. 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 velléités 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[955]. Les tentatives 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

954 Au risque, au final, de légitimer la contestation de leur toute-puissance et d'accélérer leur effondrement.

955 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, Raffenne, C., *La souveraineté marchandisée*, Paris, Armand Colin, 2012.

apparats embarrassants au pouvoir de fascination bien fragile, les chefs d'État peinent à maintenir leur pouvoir symbolique[956] 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 pensable, sinon désirable, et retrouverons-nous des fictions qui puissent faire récit et s'imposer à cet 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.

Au-delà de la situation réelle, ou plutôt couvrant la situation réelle, les obstacles théoriques qui s'opposent à une telle entreprise sont en apparence nombreux. Hobbes affirme que sans puissance civile ayant une capacité coercitive, il n'est nulle possibilité de justice, et que l'exercice de cette dernière ne peut être assumé que par la puissance civile en question, ce qui rend *a priori* impossible toute formation d'une cour de justice globale sans État mondial concomitant[957]. L'auteur anglais pose ici un double problème. Tout d'abord, il indique ce qui est l'un des principaux obstacles à la gouvernance transnationale telle qu'envisagée aujourd'hui, au sein d'un schéma westphalien,

956 Le film *Le pouvoir* de Patrick Rotman est symptomatique du décalage grandissant entre l'appareil souverain, qui garde son apparat 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

957 *Léviathan*, chapitre xiv, page 240 : « Si une convention est faite où aucune des parties ne s'exécute dans l'instant, mais où l'une et l'autre se font confiance, dans l'état de nature (qui est un état de guerre de tous contre tous), en cas de suspicion raisonnable cette convention est nulle. Mais, s'il a une puissance commune établie au-dessus des deux, dotée d'assez de droit et de force pour contraindre à l'exécution de la convention, alors celle-ci n'est pas nulle. » À défaut d'État mondial, il faudrait, pour toute institution judiciaire supranationale, une force armée à la puissance plus importante que le plus fort des États existants pour avoir une quelconque autorité effective et permanente. L'existence d'une puissance coercitive supérieure et neutre chargée de faire appliquer les conventions également entre toutes les parties concernées étant nécessaire pour que la notion de justice ait un sens, et que donc une institution judiciaire soit possible. Or comment justifier qu'une force armée soit soumise aux ordres d'une institution déliée de toute forme de souveraineté ?

c'est-à-dire en maintenant l'échelon des États souverains : les traités entre États s'appuient sur la confiance mutuelle et sur la crainte des conséquences qu'impliquerait le non-respect des dispositions établies par celui-ci. Ce mécanisme est très précisément celui qui correspond à l'état de nature, à savoir un monde régi par la crainte où alliances et conventions, toujours circonstancielles et fragiles, n'offrent aucune garantie de sécurité ni de permanence de celle-ci. Elles sont donc invalides par essence, leur existence dépendant de la volonté fluctuante des souverains chargés de les établir et de les maintenir. Le deuxième problème est celui de la possibilité d'exercer la justice en dehors de toute souveraineté politique.

Il est possible de répondre à la première objection en montrant que le Statut de Rome n'est pas un simple contrat entre deux acteurs (un traité bilatéral par exemple), mais un système ayant vocation à exister au sein des États[958] créant des obligations au cœur de leurs structures et non seulement extérieurement. Il s'appuie pour cela sur un traité multilatéral, formellement géré par une entité propre, une assemblée de représentants des membres des États-parties, et contrôlant une institution, la Cour pénale internationale, à l'action partiellement autonomisée[959]. Le Procureur en particulier est en effet, comme nous l'avons vu, un véritable acteur des relations internationales, à l'autonomie limitée mais réelle et potentiellement illimitée. Les dispositions qui avaient été mises en place afin d'en garantir l'impartialité en ont fait un acteur formellement délié de toute restriction proprement souveraine. L'autonomie de gestion totale dont il dispose au sein de l'institution est révélatrice de la spécificité de son statut au sein même de celle-ci. S'il se soumet encore régulièrement aux désidératas des États, c'est bien par opportunisme et dans l'objectif d'obtenir les moyens nécessaires à son action et non par une quelconque obligation statutaire – fait qui explique qu'il concentre les critiques. L'imprescriptibilité des crimes dont il a la charge lui donne une puissance politique majeure – l'autorisant à se compromettre temporairement et satisfaire ainsi les puissants, préservant son institution lorsque cela lui semble nécessaire, sans pour autant atteindre définitivement aux intérêts de la justice. Elle lui permet d'éviter des confrontations trop brutales qui menaceraient la conquête de son autorité et du pouvoir symbolique. Elle en fait une menace permanente – couvrant par sa simple existence l'action d'acteurs peu habitués à ce genre de contraintes et devant en permanence prendre en compte la *potentialité* d'action du Procureur dans leurs calculs.

958 C'est la question de la complémentarité mais surtout des obligations de transposition en droit interne déjà mentionnées qui, sur un fonctionnement similaire à l'Union Européenne, donnent une force et un ancrage nouveaux pour une institution formée à cette échelle et traitant du cœur de la souveraineté.

959 Hobbes ne prend par ailleurs pas en compte les effets de l'institutionnalisation (qui fait que rares, voire inexistantes, sont les organisations internationales qui disparaissent sans donner naissance à un successeur) et de façon générale des effets d'inertie nés de la création d'une organisation sociale – comme celle qui a donné naissance aux États – ce qui explique la lenteur des processus actuels. Un fait que l'auteur anglais ne pouvait prendre en compte à notre échelle, se contentant d'envisager l'hypothèse de traités et d'accords sans instance chargée de les appliquer ou de surveiller leur application – fût-elle dénuée de puissance immédiate, comme la CPI – pour des raisons historiques évidentes, l'État-nation n'étant alors qu'une idée naissante.

Quant à la deuxième objection, il doit tout d'abord être exclu que la situation actuelle de la Cour corresponde à un exercice de la justice en dehors de toute souveraineté politique[960]. Il serait théoriquement bien entendu possible, dans le prolongement de la philosophie cosmopolitique voire hobbesienne, d'envisager une Cour universelle reliée à un État mondial, qu'il soit unique ou dominant un échelon supplémentaire au-dessus des État-nations, eux-mêmes maintenus. Dans cette perspective, les relations entre États ne relèveraient plus d'un état de nature mais se verraient régulées par une instance supérieure (un Léviathan mondial) dominant les États comme l'État domine les individus, cette instance étant alors chargée de la définition de la notion de juste et d'injuste[961]. Proposition cosmopolitique, ce n'est clairement pas le choix qui a été effectué à l'heure d'instaurer la Cour pénale internationale, ni dans son idée ni dans son application. Malgré son apparente cohérence – elle se marierait parfaitement avec les processus de transposition envisagés par Hobbes lui-même – cette perspective est clairement incompatible sur le fond avec sa théorie, précisément car l'institution d'une puissance civile à la force supérieure à celle de ses institués serait alors nécessaire. Ce faisant, ladite puissance, dotée d'une souveraineté induite et de second degré[962] aurait la tentation de s'émanciper de la tutelle devenue toute théorique des États et, sinon de les envahir et de les dissoudre, d'imposer arbitrairement sa volonté à leurs citoyens, en dehors de toutes limites ou garde-fous[963]. La question reste cependant entière : la justice n'a pas d'existence abstraite, « en soi », et n'est concevable qu'en lien avec une société. À quelle société la Cour pénale internationale s'adresse-t-elle et de quelle société tire-t-elle sa légitimité à agir, si ce n'est la « communauté humaine » dont nous avons montré qu'elle n'avait ni existence réelle, ni prise sur la Cour ?

4. La Cour pénale internationale 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 Mairet affirme que le pouvoir judiciaire est

960 Bien que Michel Foucault ait cherché à théoriser l'affranchissement du droit de la souveraineté, il nous semble que cette entreprise soit restée inachevée.

961 Pour rester compatible avec la pensée hobbesienne, il faudrait donc, dans cette perspective, un État mondial maintenant l'échelon national. Ainsi, les propositions suivantes seraient théoriquement respectées : « là où il n'y a pas de propre, il n'y a pas d'injustice ; et là où il n'y a pas d'État, il n'y a pas de propriété, tout un chacun ayant un droit sur toutes choses. Par conséquent, là où il n'y a pas d'État, il n'y a rien qui soit injuste » *Léviathan*, chapitre XV, page 249. Voir aussi, page 250 : « … mais la validité des contrats ne commence qu'avec la constitution d'une puissance civile suffisante pour forcer les humains à respecter les conventions ».

962 Son existence ayant été accordée par des États, entités fictives par excellence, dont l'existence est elle-même dépendante d'un accord à l'échelon inférieur, entre individus.

963 Le risque étant, dans le cas inverse où il s'agirait de doter cet État d'une simple armée, que les États ayant une armée plus puissante que celle de l'institution se dérobent à ses décisions et rompent l'égalité nécessaire à toute justice.

le premier pilier de la société, en ce qu'il est son outil pour s'accomplir, c'est-à-dire éliminer la violence interindividuelle[964]. Spinoza et Hobbes ont montré comment le droit pénal, au contraire des autres droits, ne peut naître qu'en société[965]. 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 été créée 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 *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.

964 Voir *Le principe de souveraineté*, page 227 et suivantes.

965 Voir le *Traité politique*, chapitre III, paragraphe 19, qui fait écho au chapitre XXIV du *Léviathan*.

D. La souveraineté et l'individu

La fondation des institutions internationales ayant pour objectif la formation d'un « gouvernement mondial » a longtemps buté sur le difficile établissement d'une légitimité « hors sol », c'est-à-dire en dehors de tout ancrage souverain immédiat[966]. Comme nous l'avons vu, l'état de nature défini par Hobbes n'est pas un état fixe, contrairement à ce que soutiennent les réalistes : ce mouvement théorique – l'état de nature étant dans son essence appelé à être dépassé comme il l'a été lorsque la souveraineté de l'enfant s'est transmise à celle du père puis de l'État – se retrouve dans la réalité contemporaine, où toute une série d'éléments, principalement matérialisés au cours du XX^{e} siècle, ont amené les États à structurer leurs relations autour d'une série de règles et de principes similaires à ceux adoptés par les individus, afin de le dépasser. Il est donc *a priori* concluant d'associer la théorie politique, tant dans son descriptif d'un état (de nature) fixe que dans ses perspectives prescriptives, à l'évolution des formes de souveraineté à l'échelle interétatique.

1. Des objections à la transposition de la théorie hobbesienne au système international contemporain

Deux limites s'opposent cependant à la transposition de ces processus pour expliquer l'évolution des relations internationales contemporaines : tout d'abord, l'absence de description de la *transition* entre état de nature et état de droit dans l'œuvre des auteurs en question, en dehors de la distinction entre acquisition et institution présente tant chez Hobbes que chez Spinoza. Cette absence, compréhensible étant donné que le premier n'envisage l'état de nature que comme une fiction et considère la forme étatique comme la forme souveraine définitive, et donc *a priori* non susceptible de faire l'objet d'un dépassement, nous force à élaborer à notre tour une fiction nouvelle qui permette d'expliquer la période de transition dans laquelle les relations internationales seraient aujourd'hui immergées, et ainsi « peupler le monde qui nous habite ». La deuxième concerne la limite du processus de délégation de souveraineté : est-il appelé à continuer son développement par dépassement successifs d'échelons de gouvernance – ou a-t-il trouvé sa limite ?

a. 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

966 Les institutions internationales sont évidemment (multi)contrôlées par des entités souveraines, qui établissent cependant une médiation dans l'interaction entre les individus et ce qui apparaît souvent comme des entités technocratiques et opaques.

éloignés (famille, région, État, continent…)[967] l'exercice politique. Ainsi, plus l'unité de gouvernance 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[968]. 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[e] 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[969].

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[970]. Le contrat social[971] repose sur la théorie de l'autorisation (l'individu autorisant le 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

967 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.

968 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[e] siècle s'est accompagnée d'une bureaucratisation qui permit 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.

969 Au sens hobbesien d'autorité, ou capacité d'auctorialité.

970 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.

971 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.

niveaux de délégation[972]. 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 proto-politique et post-étatique le plus élaboré, à savoir le système de gouvernance mis en place à l'échelle européenne.

b. 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[973].

La CPI correspond à la première modalité, en l'espèce une conférence d'ambassadeurs classique, bien qu'enrichie de la participation de 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[974], 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

972 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.

973 Une perspective qui ne s'accorde donc pas avec l'école constructiviste et les propositions d'Alexander Wendt.

974 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.

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[975], 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 populations mais surtout en tant qu'entités propres, chargées de défendre leurs intérêts étatiques, qui ont permis la création effective de la CPI[976]. 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.

2. 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

975 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.

976 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.

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 attentant 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[977] : le droit de sanctionner les manquements à la règle – le droit 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[978] 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.

a. 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 deux versants d'une même réalité. 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

977 *Léviathan*, chapitre XXI, page 346 : « 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, 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. »

978 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.

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[979], le souverain 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[980]. 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[981]. 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 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 supraétatique. 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

979 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 terminologie aristotélicienne, et ne pourrait se prévaloir d'un quelconque droit sur ses concitoyens.

980 *Léviathan*, Chapitre XXVIII, page 464 : « 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 complétement qu'à l'état de nature et de guerre de chacun contre son voisin. » Voir aussi chez Spinoza, *Traité politique*, chapitre III, paragraphe 2.

981 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 rechercheraient-ils en acceptant de céder leur immunité contre une mesure qui servira principalement à protéger leur population d'eux-mêmes ?

de lien politique direct avec les individus[982], 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[983], qui choisissent eux-mêmes leur propre Procureur[984]. Il lui faudra en permanence jongler avec 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 se soit *pratiquement* interdit, en droit comme en faits – et l'exception Katanga ne tient qu'à ce que la Cour a prétendu ne pas déroger à sa propre règle –, 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 dans cette

982 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.

983 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.

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

distance se trouve le plus flagrant paradoxe de la théorie contractualiste, et de la Cour. Si la CPI, 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[985]. 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.

b. 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 ricochets 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[986]. 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

985 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.

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

par la violence l'extension *extérieure* du droit de punir[987] des souverains – restée sans le moindre contrepouvoir alors que des limites étaient progressivement imposées au droit de punir *intérieur*, dénommé, codifié le plus souvent au sein d'un domaine, le *droit pénal*, et par conséquence 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[988].

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

987 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.

988 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 extra-judiciaire 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.

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 *désautorisant* 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[989], 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 une guerre civile et non à une révolution[990]. 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[991], 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[992]. Portant dans sa propre mise en œuvre la négation du souve-

989 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.

990 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.

991 Celles-ci ayant déjà été expliquées précédemment.

992 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

rain, ne pouvant donc être criminalisée, elle est même terrorisme[993]. 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 de nature[994]. 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[995] 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

protéger et détruit, par conséquent, l'essence même du gouvernement. » *Léviathan*, chapitre xxi, page 348.

993 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, amorale 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).

994 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.

995 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[e] siècle, l'accroissement du pouvoir de destruction des États au XX[e] siècle les rend bien trop mortifères pour ne pas chercher à établir toute une série de limitations au Léviathan tout puissant.

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 leur autonomie[996]. 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[997]. 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 se soit traduite par la multiplication de massacres qui ont marqué le XX^e^ siècle. L'ensemble des évolutions ayant eu cours depuis l'énonciation de la théorie hobbesienne permettent aujourd'hui d'envisager de façon politiquement rationnelle – et applicable sur des temps extrêmement courts – la commission de violences de grande ampleur, annihilant la possibilité même

996 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 : Crignon, P.*, De l'incarnation à la représentation : l'ontologie politique de Thomas Hobbes*, Paris, Garnier, 2012.

997 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.

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 les États 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[998].
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[999], 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 fable 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, Bahrein[1000]) jusqu'à atteindre la

998 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 censéés 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.

999 « 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).

1000 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

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'intermédier, 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, comme ce fut le cas en Tunisie et en Égypte[1001]. L'aporie syrienne trouve là ses racines.

c. 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 bascule 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[1002]. 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

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.

1001 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.

1002 *Traité politique*, chapitre IV, paragraphe 4.

extrémités pour, une dernière fois, tenter de réinstaurer leur autorité. L'arbitraire[1003] 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 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 renversement. Si les pouvoirs les plus *modernes*, dont les démocraties, sont moins promptes 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[1004]. De nombreux activistes les suivront. Aujourd'hui, la guerre civile est le type de confrontation armée le plus répandu dans le monde[1005]. 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^e^ siècle cherchaient à construire autant d'espaces politiques exo-étatiques. La fin du XX^e^ siècle et le début du XXI^e^ se chargeront de montrer que le monopole étatique sur les relations internationales, qui restait considéré comme une évidence, défaillait depuis de nombreuses années sans que personne n'ait été en mesure de le voir ni de le penser.

1003 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.

1004 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.

1005 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.

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 ?

Chapitre 2

La CPI au cœur du contrat social

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

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

Toutes les tentatives précédant la Cour pénale internationale ont échoué à apporter une réponse systémique au problème que nous venons d'exposer. Les conventions touchant aux droits de l'homme, pour essentiel que soit leur rôle, restent des instruments fragiles, facilement dérogeables et trop incantatoires, rappelant à bien des égards les alliances et contre-alliances mises en œuvre par les individus dans l'état de

nature[1006]. Longtemps, la démocratisation puis la constitutionnalisation ont permis d'accroître des limites à la souveraineté plénipotentiaire et westphalienne, mais sans que l'état de droit ne progresse au niveau externe, limitant les développements du droit international public à des avancées non-contraignantes, et ne permettant pas d'éviter les crimes de masse de l'époque contemporaine[1007]. Ainsi, la charte de l'ONU elle-même, pourtant perçue comme un grand progrès, réaffirme le principe de primauté de la souveraineté des États et celui de non-ingérence, faisant de l'intervention l'exception, et pour des raisons d'ordre purement interétatiques. Pierre Hassner, dans *La Violence et la paix*, laissait entendre que l'équilibre des puissances était le pendant international de la limitation du Léviathan, avec les conséquences que l'on sait en ce qui concerne les conflits périphériques[1008]. C'est ce qui expliquerait le gel transitoire de toute véritable évolution de la gouvernance mondiale, non pas tant du fait de l'impossibilité de s'accorder sur un modèle commun, mais du fait de l'absence de nécessité de celui-ci. Cet état ne sera de toute façon plus retrouvé.

Dans cette quête effrénée d'ordre qui angoisse les différents acteurs des relations internationales, la CPI est apparue comme une solution acceptable, permettant de dépasser le Léviathan sans y substituer un nouveau, plus imposant encore, ni atteindre son souverain fondement, contournant ainsi les principales difficultés que nous avons évoquées[1009]. Cette évolution est permise par ce qui constitue la véritable novation du Système de Rome : la reconnaissance mutuelle d'un droit pénal universel, calqué sur le droit naturel hobbesien et ne tolérant aucune exception. C'est bien ce droit qui

1006 Leur universalisation, ou plutôt l'universalisation du contrôle de leur respect, reste encore largement illusoire, tant du fait d'obstacles d'ordre pratique (importance du contentieux, unification juridique, malgré la différence des régimes nationaux et les différences de formalisme, etc.) que culturels (différence d'appréciation de ce que sont les droits de l'homme et leurs importances respectives, priorités variant selon le niveau de développement, variabilité des références historiques et des sensibilités des opinions, etc.). Elles se voient une nouvelle fois barrer la route par l'absence d'une société mondiale que les incantations successives n'ont toujours pas réussi à faire vivre.

1007 De nombreux chercheurs ont tenté de montrer comment, comme cela a été le cas en France, du Roi Soleil à la V^e^ République et la fondation du conseil constitutionnel, un même mouvement de fond a amené à la limitation des pouvoirs du souverain aux échelles nationales sans que la société internationale moderne ne cède sur le principe de l'exclusivité des compétences sur un territoire donné. Pourquoi ne pas envisager ce même mouvement de fond au sein des relations internationales, les limitations de la souveraineté interne s'externalisant progressivement, amenant les États absolument souverains à accepter une régulation supraétatique ? Voir par exemple les ouvrages de Monique Chemillier-Gendreau, dont *Droit international et démocratie mondiale : Les Raisons d'un échec,* Paris, Textuel, 2002.

1008 Hassner, P., *La violence et la paix*, Paris, Seuil, 2000, tome I, page 62 : « Deux structures de puissances sont possibles à cet effet, à l'intérieur comme à l'extérieur : l'existence d'une autorité supérieure, exerçant des pouvoirs de sanction et d'arbitrage, ou celle d'un équilibre entre puissances comparables. Le système européen moderne reposait sur l'existence de la première condition à l'intérieur (l'autorité de l'État tempérée par l'équilibre des pouvoirs dans les États constitutionnels) et sur la seconde à l'extérieur : l'équilibre des puissances ».

1009 Parce qu'elle ne peut pas aller à l'encontre du bien des populations, ni structurellement agir à l'encontre de leurs intérêts vitaux, la CPI échappe à cela.

donnera naissance à une communauté, et non une hypothétique communauté préexistante qui aurait donné naissance à la Cour.

En s'attaquant aux acteurs de la souveraineté, ceux qui personnifient l'État, plutôt qu'aux États eux-mêmes, la CPI reprend à son compte la séparation entre les deux corps du souverain. Elle permet ainsi d'envisager un contrôle « doux » et limité de l'exercice de la souveraineté qui viendrait compenser l'évolution des systèmes politiques depuis la théorisation hobbesienne et empêcher les violations les plus exagérées, imprévisibles à l'époque de la rédaction du *Léviathan*, du droit 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 créé une situation intermédiaire dans les relations entre souverain et sujets : si un souverain ne garantit plus l'exécution des droits « naturels » de ses sujets[1010], 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[1011] », et donc d'essence politique et collective, est commis, ouvrant ainsi le droit à une reconnaissance « collective » des victimes, et par voie de conséquence au renversement, ou plutôt au *dessaisissement temporaire*, du souverain criminel[1012]. 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[1013].

1010 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.

1011 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.

1012 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).

1013 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

Elle permet par ailleurs de combler ce deuxième vide qu'est l'impossibilité de sanctionner autrement que par les représailles l'agresseur qui aurait commis des violences de masse en dehors de son contrat social, au sein d'un pays envahi.

En s'attaquant aux « plus responsables » des crimes commis, la CPI isole le mauvais « acteur » incarnant la souveraineté. 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 de la souveraineté 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[1014]. 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[1015]. Alors qu'elle se fonde

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

1014 Nous verrons par la suite par quels biais la CPI intervient et quels sont les mécanismes de contrôle existants.

1015 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

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[1016]. Elle propose une alternative au renversement illégitime et violent, alternative qui préserve les deux corps, l'un dans sa continuité, l'autre dans son intégrité physique : une logique de dessaisissement temporaire et limité, accompagné le cas échéant d'un renversement légitimé. La sécurité fondamentale des individus[1017], 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 inclues 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 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

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.

1016 Cela a une conséquence périphérique. En situant hors de l'espace politique certains actes de violence autrefois acceptés, en les faisant appeler « crimes les plus graves » (pour les placer dans le juridique), leur amnistie devient inenvisageable, l'amnistie étant justement un processus politique.

1017 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…

obligation[1018]. 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[1019]. C'est à ce titre que se révèle être particulièrement importante la notion de *subsidiarité*, affirmée dès l'article 1er du Statut de Rome, la Cour n'intervenant qu'en dernier recours, après que l'État a fait montre de son incapacité ou de son absence de volonté à traiter les crimes commis par l'acteur de la souveraineté. Cela permet de résoudre les éventuelles contradictions concernant le principe de souveraineté au niveau fondamental, en faisant de la CPI un acteur de dernier recours[1020]. Les importantes limitations du Statut de Rome, qui ne peut traiter que des crimes de guerre, crimes contre l'humanité et crimes de génocide, contribuent à leur tour, du moins dans cette première phase, à légitimer la Cour et ses prérogatives et à réduire les risques de partialité ou d'interventionnisme exagéré.[1021]

B. La novation dans la mondialisation

La *valeur interne* de la Cour pénale internationale s'évalue dans un cadre idéologique précis, faisant de l'ordre et de la préservation de la vie, coûte que coûte, le fondement de la société. Dans cette perspective, l'introduction d'un lien direct avec les

1018 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.

1019 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.

1020 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.

1021 Un argumentaire non hobbesien et similaire en tous points permet d'expliquer la légitimité d'une action limitée de la CPI. Richard Posner prétend que le développement des instances juridiques, comme la Cour européenne des droits de l'homme ou la CJCE, est dû au fait que le *legalism*, que l'on pourrait traduire en utilisant le néologisme « juridicisme », est la meilleure solution pour résoudre les conflits entre des communautés ne partageant que partiellement un passé et des traditions communes tout en se reconnaissant dans le projet de société dans lequel elles se sont volontairement insérées : plus l'entité dans laquelle ils ont accepté de se 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).

individus, qui ne pouvait être envisageable que par le droit de punir, est une première bienvenue pour une institution non-étatique permanente et universelle. Cette spécificité est déterminante pour valider la légitimité, au regard des attentes formulées par une certaine opinion, de l'institution. Nous l'avons dit, la Cour pénale internationale ne peut être considérée comme le support d'un contrat social global seulement dans la mesure où elle a *in fine* pour objectif de servir les individus et non les souverains. Ainsi, dès lors qu'il a été déterminé que le contrat social est établi par les acteurs de la souveraineté en représentation des individus restés détenteurs de la souveraineté, il est de première importance que ce contrat social soit établi, si ce n'est exclusivement, du moins tout autant en faveur des populations et individus que de leurs représentants eux-mêmes, sans qu'il ne soit à aucun moment envisageable que la Cour puisse agir « négativement », c'est-à-dire à l'encontre des intérêts immédiats des populations. C'est-à-dire que la Cour ne peut exister que parce qu'elle ne peut pas prendre pour cible les populations, et là peut-être aussi pourquoi l'affaire Katanga peut susciter un tel malaise, comme si celui-ci était tombé dans une *trappe* qui n'aurait jamais du *l'attraper*. La décision d'autoriser la CPI à exercer des attributions essentielles de la souveraineté individuelle, dont nous avons vu qu'« elle » n'avait pas été effectivement transférée dans son *essence* aux États mais seulement dans sa potentielle mise en œuvre, ne peut se faire à l'attention exclusive de la puissance souveraine représentante et de ses intérêts, fussent-ils indirectement ceux de ses sujets, au risque de voir l'autorité des premiers immédiatement remise en cause par les seconds. Ainsi, tout rebelle qui prétendrait représenter d'une meilleure façon les intérêts des populations que le chef d'État en exercice ne pourrait se voir disqualifier par l'institution que s'il commettait des actes suffisamment graves pour menacer la sécurité dans son ensemble des populations, se disqualifiant de fait lui-même de son propre combat. Cela pourrait sembler suffire, si cette impossibilité théorique ne masquait pas le puissant effet de la fiction dominante imposée par la Cour, imposant une perspective vitaliste, dans le sens le plus simplement charnel du terme, à la politique, et rendant théoriquement impossible la remise en cause de pouvoirs qui ont eu le *privilège* d'imposer leur fiction par le sang et de le maintenir par l'effet de sidération alors provoqué, ainsi que par les structures de pouvoir chargées de l'alimenter depuis. Cette objection, pour inaudible qu'elle soit à l'heure où nos sociétés se sont éloignées de leurs origines sacrificielles et ont fait de la mort un interdit, n'est contestable qu'à la condition de considérer que nos modèles politiques actuels offrent des bénéfices suffisamment importants pour compenser une inamovibilité obtenue *de facto* par la combinaison de l'ensemble de ces facteurs.

Une fois ce premier préalable accepté, l'efficacité de la CPI à cet égard ne peut qu'être louée. Le modèle institutionnel de la Cour pénale internationale est un élément essentiel participant de la *capacité* positive de cette dernière à établir une société mondiale – allant au-delà d'un cosmopolitisme des chefs[1022]. Il est, comparativement

1022 Cette notion est importante et rapproche le Système de Rome d'un Dharma qui serait appliqué au souverain. Concept hindou ne respectant pas les distinctions disciplinaires occidentales, le Dharma est au fondement des équilibres et d'un ordre universel, et inspire des obligations plus ou moins

à celui des institutions internationales déjà existantes, novateur à de nombreux égards. Comme d'autres, il permet l'établissement d'une entité supraétatique, imposant des standards universels sur un domaine relevant des compétences régaliennes, avec un Tribunal chargé de mettre en application ces principes, cela sans pour autant envisager un quelconque transfert permanent de souveraineté. À l'image de l'OMC, la Cour pénale internationale lie ainsi un fonctionnement intergouvernemental à une institution permanente et autonome ayant autorité sur ses États membres[1023], tout en dépassant le simple cadre étatique. Elle va cependant bien au-delà de l'Organisation mondiale du commerce en n'utilisant les puissances souveraines que comme des autorisants intermédiaires et exécutants de ses décisions : ceux-ci ne sont pas les *objets* de son action, ce qui constitue une novation radicale dans la mondialisation[1024]. Au contraire des institutions intergouvernementales, la Cour pénale internationale ne prend pour objet l'État mais l'individu. Cet élément est à différencier de celui exposé précédemment : ainsi, la CPI ne veille pas seulement aux *intérêts* des individus – ils sont l'objet direct ou indirect de son action – mais son *action* elle-même se concentre exclusivement sur les individus.

Cette novation est valable tant en ce qui concerne la finalité de ses actions que son interaction avec les accusés, victimes, témoins, etc. La CPI entretient certes des liens permanents, et essentiels, avec les structures étatiques. Cependant ces relations, que nous qualifions d'intermédiaires, n'ont pas pour objectif direct de participer à l'organisation des relations internationales[1025], mais d'être des outils visant à réaliser les finalités propres à la Cour. Elles sont donc *primordialement* intermédiaires. Cette

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

1023 L'OMC dispose d'un Organe de Règlements des Conflits, qui agit en tant qu'organe de justice de l'institution, et dispose des conflits commerciaux entre États. Ses décisions ont une effectivité importante, découlant de l'interdépendance créée entre les différents membres de l'organisation et des mesures de sanctions dont dispose l'organisation.

1024 Certes, la jurisprudence de la Cour internationale de justice touche marginalement à certains cas individuels n'agissant pas en tant que membres ou extension du corps étatique (notamment à travers les cas de non-respect de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires), mais ces cas sont non seulement rares, mais aussi contestés et en général dénués d'exécution de la part des États membres, l'applicabilité des décisions de la CIJ – organe interétatique s'il en est, dans le cadre de procédures judiciaires individuelles – restant discuté. Ils doivent par ailleurs être formellement menés par les États dont ces individus sont des citoyens. La bataille juridique entre les États-Unis et la CIJ qui culmina avec l'arrêt Medellin de la Cour suprême américaine en offre un exemple assez parlant.

1025 Au contraire de l'ensemble des organisations internationales créées jusqu'alors, bien que l'utilisation de la justice comme outil pour la résolution de conflits et la stabilité internationale soit l'un des objectifs secondaires de la Cour.

particularité, qui découle des précédentes, fait que la Cour pénale internationale répond, nouvellement et pour la première fois depuis la création de la forme étatique, à la définition du « commonwealth » de Hobbes, à savoir une personne juridique créée dans l'objectif de protéger la vie des individus, qui lui cèdent directement ou indirectement, partie ou totalité de leurs droits naturels dans cet objectif. C'est dans cette mesure qu'on comprend que la conception du Traité de Rome ait été fortement accompagnée par les ONG, censément représentantes des « citoyens du monde[1026] », et saluée comme leur plus grande victoire. C'est aussi dans cette mesure qu'apparaît la force novatrice de la Cour et son potentiel impact sur l'ordre westphalien, jusqu'ici institutionnellement limité à la forme étatique. Elle est un début de réponse à ses insuffisances, une volonté de prise en compte du peuple, qui restera inadaptée au système tant qu'il ne se sera pas lui-même démocratisé, au sens le plus absolu du terme, c'est-à-dire sous une forme impérative. Car le postulat de la Cour ne peut qu'être le suivant : que les chefs d'État, les acteurs de la souveraineté, lui ayant cédé leurs droits naturels dans l'objectif de protéger leur vies en tant qu'individus, soient eux-mêmes les garants parfaits de la préservation de la vie des individus qui les ont institués. L'ambition folle de l'institution, qui cherche à fusionner les perspectives hobbesiennes et cosmopolitiques, apparaît immédiatement à cette énonciation, ainsi que son caractère utopique, nécessairement dangereux puisque constituant une *utopie des pouvoirs* bien plus que des populations.

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

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

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

L'intérêt des chefs d'État et plus largement de tout représentant de la souveraineté est, au-delà des motifs déjà exposés en ce qui concerne la préservation sur le

1026 Mais, et c'est là le paradoxe, en ce qu'elles se doivent d'être les représentantes tant des individus parties aux contrats sociaux nationaux… que des autres.

long terme de l'entité étatique[1027], double, et permet d'expliquer pourquoi ils ont, en tant qu'individus, accepté une telle institution. En instituant la CPI, les souverains se protègent d'eux-mêmes et renforcent leur pouvoir vis-à-vis d'abus commis par leur propre population : grâce à la Cour pénale internationale, ils disposent d'un référentiel externe leur permettant de juger leur action, et ainsi de délégitimer toute tentative de renversement de leur pouvoir qui ne serait pas prévalidée par une décision ou jurisprudence de la Cour[1028] ou qui chercherait à disséminer la terreur dans la population pour mieux déstabiliser le chef. D'une façon paradoxale, la Cour restreint l'espace politique justifiant la contestation en établissant des critères de rupture si élevés qu'ils ont pour résultat principal de légitimer la plupart des pouvoirs existants. Comme le montre Spinoza, l'institution de l'état civil exige que soit faite une constitution fragilisant le souverain dans le cas où celui-ci attenterait au bonheur du peuple[1029]. Or moins la multitude fait peur, moins le pouvoir aura peur, et moins il cherchera à faire peur lui-même. Instance répressive contre les acteurs de la souveraineté, la Cour devient jauge indirecte de la légitimité des contestataires et stabilisante du contrat social. Touchant seulement aux « crimes les plus graves », c'est-à-dire ceux étant susceptibles de provoquer la résiliation collective du contrat social interindividuel, la CPI peut devenir un mètre étalon auquel se référer. Le souverain, tant qu'il se maintient à l'intérieur des limites instituées par le Statut de Rome, et Hobbes comme Spinoza postulent qu'il se doit de le faire pour préserver sa position, renforce grâce à la Cour son action et le fondement de son pouvoir, évitant les risques de décomposition « injustifiées » et délégitimant tout appel allant en ce sens – quelles que soient ses autres dérives[1030].

Le deuxième intérêt pour le souverain est la conséquence du premier. Les souverains trouvent par le biais de la formation du contrat social global une formalisation des limites du droit naturel à ne pas dépasser pour maintenir la légitimité de leur pouvoir, et ce faisant s'imposent un autocontrôle qui leur bénéficie incidemment. Non seulement parce que s'empêcher d'attenter fondamentalement à ses sujets et de transformer le *jus utendi* en *jus abutendi* permet d'éviter leur propre excès, mais parce que

1027 Intérêt qu'ils ne peuvent d'évidence que partager, tant du moins que la forme étatique trouve son intérêt dans leur préservation.

1028 Ou n'en respecterait pas le cadre établi – c'est-à-dire une limitation sévère des moyens de violence utilisables.

1029 *Traité politique,* chapitre V, paragraphe 7.

1030 Cette utilisation de la Cour est d'autant plus facile que les compromis qu'elle est susceptible de faire peuvent l'amener à ignorer un certain nombre de faits d'importance relative et pouvant tomber sous sa juridiction – c'est-à-dire justifier une remise en cause du contrat social national –, comme c'est le cas en Ouganda ou en RDC. L'utilisation par Joseph Kabila de l'institution est à ce titre encore plus exemplaire que celle de Yoweri Museveni, celui-ci utilisant l'arrestation de Thomas Lubanga, Germain Katanga et Matthieu Ngudjolo et le mandat d'arrêt contre Bosco Ntaganda non seulement à son profit en termes de politique intérieure, mais pour « laver son image » vis-à-vis de l'extérieur. La stratégie de diabolisation du M23 portera ainsi ses fruits pour détourner l'attention des nombreuses fraudes et entorses au processus électoral menées quelques mois auparavant, fin 2011. Le M23 lui-même jouera à son tour le jeu en abjurant de toute pratique atteignant une « masse critique » suffisante pour attirer l'attention de la CPI et ainsi prétendre à une virginité politique pour le moins douteuse mais discursivement potentiellement porteuse – surtout après le transfert à la Haye de Ntaganda.

la Cour leur permet une sur-légitimation de leurs actions répressives contre les mouvements qui atteignent à sa souveraineté par le sang, justifiant d'un emploi « équilibré » de la force à leur encontre. Au risque, en cas d'excès dans l'utilisation de cet outil, de provoquer le processus décrit par Walter Benjamin : « La violence que le droit actuel cherche à ôter aux individus dans tous les domaines de l'action apparaît menaçante, et même vaincue, éveille la sympathie des foules contre le droit[1031]. » La Cour pénale internationale permet ainsi au gouvernant, dans les limites évoquées par Benjamin, de trouver un équilibre qui fonde *a posteriori* la légitimité de son droit de punir[1032], et lui permet de ne pas inciter involontairement à la désobéissance ou à la transgression de son autorité[1033]. On peut dès lors comprendre pourquoi les acteurs de la souveraineté, notamment les entités démocratisées dont la marge de manœuvre a été affaiblie par des dispositions autolimitatives internes, ont accepté de céder une partie de leurs droits essentiels à la CPI en envisageant les avantages suscités. Alors que l'ère westphalienne est née de la consécration de la primauté du politique sur toutes les autres sphères, sa préservation passe paradoxalement par l'institution d'un ordre juridique suprapolitique, c'est-à-dire par sa limitation[1034].

Le fait que la Cour pénale internationale ne puisse exister que parce qu'elle ne peut en aucun cas attenter directement aux intérêts des populations ne vient en rien nier la fonction instrumentale de la CPI dans la sauvegarde de la forme étatique, et *a fortiori* des acteurs dominants de cet ordre. La judiciarisation de l'espace politique a ainsi été paradoxalement impulsée par les souverains eux-mêmes, dans un mouvement qui n'a rien de ponctuel. Michel Foucault avait notamment montré comment le droit occidental s'est développé depuis le haut Moyen Âge en tant que « droit de commande royal »[1035], mouvement dont la constitutionnalisation serait le dernier avatar. Mort

1031 Ce processus constituant une judiciarisation de l'espace politique peut être problématique par la délégitimation des mouvements de contestation, notamment violents, qu'il peut entraîner. Cette question pose *a minima* celle de la nécessaire extension du domaine d'action de la justice pénale internationale à d'autres crimes, afin de limiter définitivement la nécessité d'interventions violentes, ou politiques, dans le renversement des acteurs de la souveraineté, et dans le même temps éviter des effets de bord justifiant au nom de l'« ordre juridique » le maintien au pouvoir de despotes ou tyrans « doux ».

1032 Yves-Charles Zarka considère ainsi qu'il n'est nulle légitimation possible *a priori* du droit pénal, et que celui-ci ne peut survivre que par le bon maniement de l'art du gouvernement par le souverain et la recherche permanente d'un point d'équilibre.

1033 Cette mécanique est par ailleurs tout à fait valable, voire d'autant plus valable, dans les cas des contrats sociaux formés par assujettissement, comme le montrent l'instrumentalisation de la CPI par les puissances occidentales en Libye ou au Mali pour légitimer leur action et se dédouaner de tout excès, qui, parce qu'ils étaient scrutés par la CPI, ne sont en théorie que marginaux, contrairement aux exactions de leurs ennemis, restés en dehors et dès lors immédiatement suspects. Une moralisation du champ de la guerre équivalant à la moralisation de l'espace politique qui tient sa source dans l'absence d'autonomie de l'institution, mais aussi de son utilisation par les puissances occidentales pour imposer leur ordre à des territoires et des groupuscules récalcitrants.

1034 Dans la continuité du mouvement mis en place à l'échelle nationale avec les processus de constitutionnalisation et de judiciarisation toujours accrus de domaines autrefois réservés au politique.

1035 Cours du 14 juillet 1976, *in Il faut défendre la société, Cours au Collège de France*, Paris, Seuil Gallimard, 1976, page 24.

trop tôt pour observer l'explosion du droit international, sa réflexion explique, justifie, appuie l'impression que la CPI n'est qu'une extension supplémentaire de ce droit de commande, elle aussi au service du souverain. La Cour s'inscrit dans la continuité d'un retournement qui a fait de l'élaboration juridique un outil au service non plus de l'accroissement du pouvoir royal, mais de la limitation de ses prérogatives, sans que le but ultime du processus, la préservation de la centralité et de la suprématie des instances souveraines, n'en soit affecté. Parce qu'elle est chargée de protéger les populations, mais parce qu'elle est le fruit de la volonté – et qu'elle est mise sous contrôle – de leurs représentants, la Cour pénale internationale va donc chercher en permanence un équilibre entre ces deux pôles[1036]. L'objectif affiché, accroître la sécurité des populations, n'est ainsi qu'un outil parmi d'autres au service de la préservation du représentant souverain, si nécessaire, et à un niveau supérieur (et par conséquent prioritaire) de la forme souveraine, c'est-à-dire l'État, prêt à sacrifier ceux en qui il s'incarne pour survivre et maintenir sa suprématie.

2. Transformer la violence pour l'éloigner du politique

Walter Benjamin décrit le processus par lequel le droit capte la violence individuelle, l'interdit et la délégitime, non pas pour lutter contre la violence, car l'acceptation du droit ne se fait que grâce à sa capacité à faire violence, mais pour préserver son monopole[1037]. Ce processus d'auto-institution rogne progressivement l'espace de « liberté d'exercice » de la violence au sein de nos sociétés, différenciant la violence légale, seule légitime au sein du système où elle s'exprime, de la violence naturelle. La CPI représenterait alors l'aboutissement d'un processus qui a progressivement délégitimé toute forme de violence politique, jusqu'à atteindre le souverain, et figer l'ordre du monde dans une immuabilité formelle. Telle une créature échappant à ses lointains créateurs, l'État finit ainsi par dévorer sa propre incarnation afin d'assurer sa survie[1038]. Dès que les chefs d'État et leurs affidés dépassent des limites qui remettent en cause le contrat social par lequel la forme étatique a émergé, ceux-ci sont mis au rebut. La voracité de la forme étatique apparaît alors comme un calque parfait de celle des hommes au sein de l'état de nature : son autonomisation est d'autant plus naturelle que les siècles ont consacré son extension et la création de tout un appareil, une technostructure, aux intérêts propres et toujours plus déliés de la chapelle politique qui les dirige.

1036 Il faudrait que la théorie rousseauiste, appelant à la désintermédiation du politique s'applique dans le réel pour que cette problématique soit évacuée – mais alors le projet de la Cour perdrait son sens. C'est bien parce que nous sommes dans un « monde hobbesien » que celle-ci a été rendue nécessaire.

1037 « L'intérêt du droit à monopoliser la violence en ôtant l'usage de celle-ci à la personne individuelle ne s'explique pas par l'intention de sauvegarder les fins légales, mais par celle de protéger le droit lui-même grâce à cette violence » (Benjamin, W., *Critique de la violence*, Paris, Payot, 2012, page 63).

1038 La CPI incarnerait ainsi un pouvoir disciplinaire qui a échappé à ses maîtres pour s'appliquer à eux-mêmes, une surveillance généralisée que les souverains avaient mis en place et à laquelle ils se croyaient immunes jusqu'à ce que la mondialisation leur fasse faire société et dès lors les amène à se laisser envahir par leur propre dispositif, créant un équilibre de fait, la voracité du système créant sa propre autorégulation.

L'État a fini par redouter la grande violence, la violence massive, en ce qu'elle menace la création d'un nouveau droit, d'une nouvelle emprise, et donc d'une contestation de son monopole. Loin de l'abolir, il va l'internaliser, la monopoliser pour la rendre latente et discontinue, d'aucuns diront symbolique, invisible.

Jean Bodin avait déjà montré, quatre siècles plus tôt, comment l'État est « cause de soi »[1039]. L'existence d'une incarnation de la souveraineté n'a de sens qu'en ce qu'elle œuvre à la création de la république, d'une société commune matérialisée en État. Le souverain est déjà le jouet de l'État, quand il pense agir pour lui-même et en toute souveraineté. « L'État, c'est moi » n'indique pas le contrôle absolu du Roi sur l'État, mais plutôt l'inverse : le corps du Roi se voit dévorer par l'État qu'il incarne. L'étymologie même de l'incarnation – dans la chair –, ce mot si politique, indique ce processus de prise de possession du corps individuel par la structure souveraine. Dès les premières théorisations de la souveraineté, sont affirmées non pas la primauté de la personne souveraine, mais de la forme souveraine, de la préservation de l'État sur tout autre objectif[1040]. Rien d'étonnant à ce que les constructions juridiques n'aient pour autre objectif que d'atteindre un optimum offrant à la forme souveraine les chances maximales de subsistance dans la perspective hobbesienne, et que seules des instances *minimales* comme peut l'être la Cour pénale internationale réussissent à émerger dans la mondialisation. Cet optimum peut certes correspondre aux intérêts du plus grand nombre, c'est d'ailleurs une nécessité selon Hobbes et Spinoza, d'autant plus que le peuple accroît sa capacité à se faire entendre. Il n'en reste pas moins que l'intermédiation, toujours plus dense du fait de la bureaucratisation, de la captation du pouvoir par des groupements d'intérêts privés, etc., éloigne l'action de l'État du *Commonwealth* pour créer des logiques autocentrées, particulièrement visibles dans un domaine régalien comme la diplomatie qui échappe très largement au contrôle démocratique et reste le plus souvent une prérogative exclusive et discrétionnaire de l'exécutif. La CPI se voit elle-même affectée par ces logiques, incapable de trouver un équilibre qui préserve tout à fait sa légitimité auprès des populations – malgré son respect *a priori* scrupuleux de leurs intérêts – comme d'une partie des souverains. La monopolisation de la violence atteint par sa profondeur et sa distance un tel degré d'emprise et d'impossibilitation du politique qu'elle met en danger le système dans son ensemble.

1039 Substituant par là même à l'absolutisme divin, qui est encore chez Spinoza et dans la continuité de la pensée scolastique le seul à être cause de soi (voir par exemple Bodin, J., *Correspondance, Lettre 58 à Schuller*, Paris, Garnier-Flammarion, 2010, page 318), un absolu humain.

1040 Il pourrait être objecté que l'État, parce qu'il serait simple outil au service du bien commun, n'est qu'une interface neutre entre le politique et le peuple. Cette vision théorique ne résiste pas à l'analyse des États modernes et de leurs différents *corps*, qui sont autant de chapelles défendant leurs intérêts particuliers et la préservation du pouvoir de leurs agents. C'est là une des sources principales du désenchantement vis-à-vis du politique contemporain et des limites de nos modèles institutionnels actuels. Georges Burdeau a longuement analysé cette question et la contamination qu'elle entraîne vis-à-vis d'autres sphères, notamment celle des partis.

3. Les nouvelles violences d'un nouvel ordre

Nous l'avons dit en nous centrant sur le droit de punir, la recherche d'un équilibre entre les intérêts de la souveraineté et ceux de ses constituants concerne à l'évidence et en premier lieu le domaine de la violence. Cette tension permanente explique la multiplication des dispositifs visant à institutionnaliser les rapports de violence et à les sceller aux dépens des fluctuations politiques, prenant seulement en compte l'évolution des structures souveraines. L'instauration de la CPI s'est ainsi faite dans un contexte d'innovations juridiques qui touchent à toutes les dimensions du « droit de/à la violence ». L'apparition et la formalisation juridique de la notion de Responsabilité de protéger (R2P), adoptée comme principe normatif par le Conseil de sécurité en 2006[1041], marque notamment une rupture potentielle dans l'évolution du droit à la guerre. En s'offrant la possibilité d'intervenir contre la volonté des États concernés, pour des faits concernant leurs « affaires internes », et notamment la protection de leur population, le Conseil de sécurité introduit une évolution majeure, qui sera mobilisée pour la première fois comme légitimement supplétif dans le cadre de la résolution 1970 prise sous couvert du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies et concernant la Libye[1042]. De gendarme des relations internationales, le Conseil devient responsable des relations entre souverains et populations et de leur non-dérive. Ainsi la résolution 1674 crée-t-elle les prémisses normatives d'un espace politique mondialisé et unifié qui vient remettre en cause l'ensemble des conceptions jusque-là dominantes en ce qui concerne la notion même de guerre, du moins en Occident. La justice internationale en général, et la justice pénale internationale en particulier se transforment immédiatement en ses extensions juridiques naturelles[1043], dans le droit fil d'une lutte pluriséculaire qui n'a cessé de faire évoluer ses moyens d'action.

La responsabilité de protéger ouvre en effet le droit international à un champ des conflits armés nouveau qui n'est pas celui de la guerre, mais celui de l'intervention. Alors que la notion de guerre induit celle de réciprocité de légitimités[1044], la notion d'intervention amène à considérer une asymétrie, non pas tant dans les forces en jeu que dans leur légitimité à s'opposer au pouvoir politique contesté[1045]. Si la guerre avait

1041 Résolution 1674 du 28 avril 2006 adoptée à l'unanimité par le Conseil de sécurité de l'ONU (S/RES/1674).

1042 Il faut simplement nuancer en précisant que le dispositif normatif soutenant la R2P est bien plus incantatoire que producteur d'effets et d'obligations réelles.

1043 C'est ce qui explique la violence avec laquelle a été reçue l'intervention occidentale en Libye par la Chine et la Russie, et leur refus absolu de rééditer l'expérience en Syrie.

1044 Deux égaux décident de mettre mutuellement en jeu leur vie, ou celle de leur sujet.

1045 C. Schmitt craignait que cette évolution, et notamment sa mise en relation avec la justice pénale, provoque une guerre civile mondiale (*Weltbürgerkrieg*). L'asymétrie impériale provoquée par la transposition du droit pénal dans la sphère internationale résulterait en la création d'une politique intérieure mondiale (*Weltinnenpolitik*) et la transformation des guerres en de prétendues opérations de police. « La paix précède, le droit, mais la paix par le droit est impérialiste », et légitimerait la guerre contre la guerre. Cette réflexion rejoint paradoxalement, eu égard à leurs conceptions diamétralement opposées, les craintes exprimées par Mireille Delmas-Marty sur la notion de contrat social global,

justement pour but de définir ce qui était juste[1046], et dès lors de régler un conflit politique, le vocable de l'intervention nie la dimension politique du conflit, pour le ramener à une vision purement sécuritaire. Alors que la notion de souveraineté westphalienne implique d'accepter le fait qu'il n'y a pas de norme éternelle, naturelle, universelle, la notion de responsabilité de protéger bat en brèche cette hypothèse, au profit d'un projet post-souverain encore en chantier. Prétendant qu'il y a déjà un ordre mondial, à défaut d'universel, incontestable, la R2P comme elle est si familièrement nommée, fixe les modalités de régulation de celui-ci – et dépolitise à l'échelle internationale l'utilisation de la violence, c'est-à-dire de la guerre, dans des cas spécifiques, c'est-à-dire maîtrisés par les souverains, pour en faire une action de police. Dans le même temps et de façon contradictoire, elle réaffirme la violence comme déterminant du juste, puisqu'elle fait de la guerre, menée par les grandes puissances, le principe d'ordonnancement de ce nouvel espace politique, ce que la CPI cherchait à éviter.

Si nous traitons de cette question, c'est bien que la Responsabilité de protéger, sous les habits de la protection des droits humains, accompagne un mouvement bien plus large d'instrumentalisation de ces notions, et en particulier de celle d'*humanité*, au profit d'un renouveau de la toute-puissance étatique. Ce mouvement amène à s'interroger sur l'intentionnalité de ce dispositif, d'autant que sa mise en œuvre depuis sa création a été pour le moins équivoque. Dès lors que l'on se situe au sein d'un espace politique unifié, il n'y a plus d'ennemis mais au mieux des criminels, au pire des terroristes. L'ennemi est en dehors du contrat social, un barbare ; le criminel est lui intégré, un déviant. Ce dernier relève de la justice de l'espace politique concerné, le premier du droit de la guerre et de ses différentes conventions protectrices. Or l'administration américaine, comme la France un peu plus tard au Mali et progressivement l'ensemble des puissances étatiques, va tenter d'échapper aux contraintes de l'une et de l'autre. En créant la notion de *unlafwul ennemy combatant*, reprise, comme nous l'avons vu,

ainsi que les considérations sur les *cas-limite d'humanité* de Judith Butler. Or le dessein incarné par la CPI, loin d'être une éventuelle source de *Weltbürgerkrieg*, prend acte de son existence pour tenter d'en limiter les conséquences. Ainsi le terrorisme international, la prégnance de la vision huttingtonnienne du clash des civilisations dans une partie des sphères dirigeantes et les guerres livrées au nom de la « pax americana » semblent montrer que cet espace mondial commun existe déjà, *nolens volens*, géopolitiquement (et bien sûr économiquement, voire culturellement) et qu'il se trouve en attente de régulation : la création d'institutions comme la CPI, envisagées dans la perspective contractualiste, ne viendrait créer cette perception déjà omniprésente mais simplement tenter de modérer l'exceptionnalisme qu'elle provoque, voire le retourner. En effet, le contrat social global proposé par la CPI respecte l'approche hobbesienne, qui considère que la peur entre les différents éléments appelés à former un contrat social (à une quelconque échelle) est « intracommunautaire » : la raison de la formation du contrat social pour Hobbes n'est pas la crainte d'un ennemi extérieur à une communauté en formation, mais bien que ces mêmes éléments appelés à former le socle du contrat social s'entredétruisent. Le cosmopolitisme des chefs du Système de Rome s'inscrit sans la moindre contestation possible dans cette logique, invalidant *a priori* les inquiétudes théoriques qui auraient pu émerger.

1046 Walter Benjamin, dans sa *Critique de la violence* montre comment la violence, fondatrice et arbitraire, se voit progressivement substituée par une violence administrante, chargée de préserver les acquis arbitraires de la première. Machiavel et Bodin, fondateurs de notre ordre politique, firent du juste un effet de la force, qu'elle soit légale ou violente

par François Hollande au nom de la France , l'administration Bush va joindre les deux notions afin d'exclure des intégrants légitimes de la société et pouvoir les tuer sans les juger ni avoir à déclarer la guerre. Ce vocable permet ainsi d'établir des dispositifs à application variable, purement liés aux intérêts des dominants, et de détourner des dispositifs à visée humanitaire en purs outils de puissance. L'utilisation de plus en plus intensive des drones dans des pays avec lesquels une paix est supposée régner n'est que l'étape suivante, et logique, de ce mouvement de fond[1047]. Dans la droite ligne de l'époque, elle confond les échelles jusqu'à amener à l'assassinat de citoyens du propre pays commanditaire. Loin d'un pluralisme ordonné ou d'une nouvelle ère des droits humains.

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

La justice pénale internationale et le dépassement de la souveraineté par le droit humanitaire avancent d'un même pas. Censée établir un contrat social global sans souverain, la Cour est rattrapée par ce mouvement de fond. Le mélange des dispositifs est risqué, autant que leur instrumentalisation dangereuse. Le Conseil de sécurité s'érige avec la responsabilité de protéger de façon explicite en souverain politique *de dernier ressort* de l'espace mondial, et s'appuie sur toute une série d'instances, à commencer par la CPI, pour légitimer cette domination[1048]. Le fait même que trois de ses

1047 À cet égard et concernant les conséquences de cette déterritorialisation de la guerre, C. Schmitt apporte un éclairage intéressant et prémonitoire qui permet notamment de comprendre pourquoi la CIA et non l'armée américaine utilisent ces outils d'une « politique pénale mondiale » : « Si les armes sont d'une disparité marquée, le concept de guerre réciproque pensée sur le même plan devient caduc. Pour qu'il y ait guerre des deux côtés il faut une certaine chance, un minimum de possibilité de vaincre. Si cela cesse d'être le cas, l'adversaire n'est plus que l'objet d'une mesure de contrainte. L'antagonisme des parties en lutte s'accroît alors d'autant. Celui qui a le dessous va déplacer la distinction entre la force et le droit dans les sphères du *bellum instetinum.* Celui qui a le dessus tient sa supériorité militaire pour une preuve de sa *justa causa* et déclare son ennemi criminel, parce qu'on ne parvient plus à réaliser le concept de *justus hostis*. La discrimination de l'ennemi comme criminel et l'appel simultané à la *jsuta causa* vont de pair avec l'accroissement des moyens d'anéantissement (nous, moi, dirions plutôt du différentiel des moyens) et la délocalisation du théâtre de guerre. L'accroissement des moyens techniques de destruction ouvre brusquement l'abîme d'une discrimination juridique et morale tout aussi destructrice (…) En transformant de nos jours la guerre en une opération de police contre des trublions, des criminels et des agents nuisibles, il faut bien aussi amplifier la justification des méthodes de ce *police bombing.* On se voit ainsi contraint de pousser la discrimination de l'adversaire jusqu'à des proportions abyssales. » (Schmitt, C., *Le nomos de la terre,* Paris, PUF, 2001, trad. L. Deroche-Gurcel, page 318).

1048 Cette évolution n'est pas récente et son implication la plus problématique concerne la capacité auto-attribuée du Conseil, organe d'un ordre interétatique, à imposer des sanctions à des individus sans qu'aucun droit de la défense ni possibilité de révisions de ces peines ne soit prévus. Seuls des organes étatiques ou créés par des États peuvent être entendus par le Conseil. L'institution de sanctions contre des acteurs non-étatiques (contre l'UNITA en 1993) puis contre des individus trouve son commencement entre la fin de la guerre froide et le 11 septembre 2011, s'appliquant en 1998 pour la première fois contre des membres de l'UNITA, puis contre des dirigeants Talibans et d'Al Qaeda, notamment Oussama Ben Laden en 1999 suite à plusieurs attentats commis contre des ambassades américaines. L'arrêt Kady de 2008 de la CJUE a, du fait de la violation de ces droits, mis un frein à

membres permanents, dont les États-Unis, ne fassent pas partie du Statut de Rome et que l'institution se réserve le droit de suspendre une quelconque procédure se justifie ainsi : le Conseil cherchant à muer en un *super*-Léviathan, il ne peut être que l'objet, et non le sujet du contrat social – il en est naturellement exclu, comme le montrent les résolutions autorisant une *intervention* armée sous bannière de l'ONU et qui imposent systématiquement que les nationaux des pays membres de ce directoire se voient accorder une immunité pénale internationale.
Cette perspective, inquiétante, propose un détournement du projet originel de la Cour pénale internationale, tout en restant compatible avec son fondement. Nous devinons ici une *surcouche* qui rend encore plus problématique l'existence de l'institution, au-delà de sa simple fonction de servante de l'ordre étatique : celle-ci peut, et c'est ce qui est arrivé jusqu'à aujourd'hui, s'asservir aux États les plus dominants de cet ordre, doublant la dimension conservatrice de l'institution d'une dimension oppressive[1049].
La proposition du Procureur concernant la couverture de l'intervention en Libye par l'émission de mandats d'arrêt contre les responsables kadhafistes est éclairante en ce qu'elle montre que l'institution elle-même a saisi les potentialités de ces rapprochements, sans pour autant réaliser l'ampleur des risques d'instrumentalisation qui y sont inhérents. La dépendance de Luis Moreno Ocampo aux renseignements fournis par les services secrets occidentaux pendant la crise libyenne, doublé d'un sentiment d'urgence, a favorisé une manipulation de la Cour qui l'amènera notamment à relayer, et dès lors crédibiliser, les rumeurs concernant la distribution de tonnes de viagra en vue d'une campagne de viols massive. L'information se révèlera fausse, comme le supposé bombardement des manifestants par des avions de chasse libyens, mais, crédibilisée par la Cour, aura contribué à enflammer l'opinion publique en faveur de l'opinion belliciste. D'un outil de paix, elle devient un instrument entre les mains des souverains utilisé au service de la guerre, qu'elle aide à qualifier de « juste ».

Ces détournements des ébauches d'état de droit interétatique sont d'autant plus dangereux qu'ils s'insèrent dans un mouvement de fragilisation de l'état de droit à l'échelle nationale au sein des puissances auxquelles s'asservit l'institution. Immédiatement sensible dans les relations internationales, l'angoisse sécuritaire suivant le 11 Septembre 2001 a contaminé dans le même mouvement les sociétés pour rompre les clivages idéologiques qui opposaient classiquement forces progressistes et conservatrices sur les questions pénales, c'est-à-dire sur la nature même de la fiction qui les unissait. La mise en place de la rétention de sûreté en Allemagne, c'est-à-dire de la détention sans jugement de personnes selon leur dangerosité, n'a pas suscité d'indignation manifeste. Elle consistait pourtant en la réactivation d'une loi hitlérienne, jamais appliquée pendant quarante ans et que le Tribunal constitutionnel de Karlsruhe s'interdira de censurer. En France sont mises en place toute une série de procédures

l'application de ces décisions par les États-membres de l'Union européenne en les soumettant à un contrôle judiciaire reposant sur les principes du droit interne à cet ordre.

1049 Mais n'y a-t-il pas là au final une tautologie, tout ordre impliquant l'existence de hiérarchies formalisées ou non, et un rapport de dominant à dominé censé exister au bénéfice de tous ?

d'exception, d'abord limitées aux terroristes, puis à l'ensemble des « aliénés » considérés comme perdus pour la société – incluant la facilitation des hospitalisations d'office et des dispositifs de surveillance massive et permanente, que les différents pouvoirs de gauche et de droite ne font que renforcer. Le droit n'est pas abandonné, il est au contraire plus mobilisé que jamais par les appareils étatiques dans ce qui apparaît comme la mise en place d'une stratégie globale visant à la fois l'ordre interne et externe. Les drones sont utilisés sur les terrains d'actions extérieures, avant de se voir progressivement déployés sur les territoires nationaux. Le « terroriste » fait office de cobaye pour des stratégies répressives d'exception qui se généralisent progressivement – comme en témoignent les procédures de surveillance de masse révélées par Edward Snowden. Entre 500 et 800 000 personnes se trouvent en 2014 catalogués comme terroristes par les États-Unis, et sujets à toutes sortes de contrôles et restrictions plus ou moins visibles. Or comme l'a montré Giorgio Agamben, l'état d'exception, quand bien même il ne toucherait qu'une petite minorité, porte en lui la rupture d'égalité des citoyens, et dès lors une dissociation sociétale qui s'attaque à la nature même des sujets en tant que sujets – cherchant à les rendre inaptes à la société et portant dès lors en elle les germes d'une violence et d'une confrontation à venir[1050].

Dans tous ces cas, la justice reste muette ou impuissante, jusqu'à se voir substituée dans le cas de la surveillance de masse par des instances secrètes n'ayant de Tribunal que le nom[1051]. Certes, nous l'avons vu, les révolutions arabes ont semblé montrer les limites de l'efficacité de ces méthodes, ainsi que le réveil de sociétés confrontées aux excès de pouvoirs devenus indigents. Mais les effets de cette émergence populaire ne se sont fait sentir que marginalement dans les États les plus développés dont les ressources bien plus importantes leurs permettent de réprimer et d'intégrer plus facilement ces contestations. Ne se sentant guère menacés par ces phénomènes, ils peuvent dès lors continuer à combiner stratégie de *free-rider* et durcissement de leur pouvoir de contrainte interne. L'exemple syrien, et le rapprochement progressif des puissances occidentales avec le régime de Bachar El-Assad après deux ans de conflit et la mort de plus de 200 000 personnes, dans le seul but de reprendre une coordination de leur lutte antiterroriste et sans égards aux engagements pris auprès de leurs populations, est à ce titre éloquent de la continuité de ces transformations entre les différentes échelles souveraines.

1050 Les conséquences peuvent être d'autant plus catastrophiques que le terrorisme moderne fait du soldat de base le plus dangereux des éléments de l'organisation « ennemie ». La négociation et l'accord global, ou l'immobilisation, des têtes pensantes n'a que peu ou pas d'effet. C'est ce qui explique la disproportion des moyens mis en œuvre par les États occidentaux dans leur lutte antiterroriste, fonctionnant sur des traques individuelles infinies et intenables sur le long terme, violant les dispositions constitutionnelles et internationales et provoquant une véritable aporie tant sur le plan légal que pratique.

1051 La Cour FISA, créée au lendemain du scandale de Watergate pour contrôler par voie d'exception la surveillance des services secrets étrangers sur le sol américain, a vu ses compétences s'étendre notamment par le *Patriot Act* jusqu'à prendre en charge l'ensemble de la surveillance électronique menée contre des étrangers, avec un taux d'acceptation des demandes de mandats de surveillance et de fouille atteignant 99,97 % (11 requêtes refusées sur 33900 en 33 ans). Ses décisions comme ses débats sont secrets et font l'objet d'une classification secret défense pendant trente ans, alors même que nombreux des dispositifs et actions dont elle a validé l'utilisation ont permis la collecte généralisée et non ciblée d'informations concernant des citoyens américains sur de longues périodes.

Elle permet en outre de créer une nouvelle menace interne : les *terroristes* qui partent lutter contre celui qui avait pourtant été désigné comme ennemi de l'humanité, pour renforcer l'emprise en interne, et justifier le revirement stratégique progressif.

Faut-il voir dans ces processus, et derrière des constructions juridiques savamment contrôlées et n'imposant de limites que dans les marges du système, le réveil nouveau du Léviathan, après plus d'un demi-siècle de réduction continue de ses prérogatives ? Profitant de la peur des populations, l'appareil étatique met en place son emprise de façon plus subtile qu'auparavant, mais tout aussi violente. Loin de chercher à établir de véritables mesures protectrices ou un État de droit, un directoire autoritaire à l'échelle mondiale est promu, capable de s'accorder et de réagir que quand ses intérêts les plus essentiels, et communs, sont en jeu. L'endormissement des opinions publiques, considérant la *démocratie* comme un fait existant et acquis, et la montée des populismes marginalisent de plus en plus les défenseurs des droits de l'homme, qui s'accrochent à la CPI et à quelques autres institutions internationales sans réussir à orienter leur action. L'appel par les gouvernants aux intérêts du peuple pour justifier ces évolutions se double d'un discours idéologique couvert d'une logique scientiste dont M. Foucault avait déjà démonté les ressorts il y a près de cinquante ans[1052]. Comme il l'avait prévu, « ce n'est pas en invoquant la souveraineté contre la discipline que l'on pourra limiter les effets mêmes du pouvoir disciplinaire »[1053], et c'est cinquante ans de constructions qui révèlent brusquement leurs failles. Le paradoxe est d'autant plus fort que, ayant cru avoir définitivement imposé son monopole fictionnel mondialement, jamais la forme étatique n'aura en retour été autant assiégée, fragilisée. Sa réaction à la multiplication des menaces est celle d'un pouvoir qui se sent au pied du mur, menacé, déstabilisé, ne sachant plus dissocier ses ennemis de ses amis.

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

1052 Sur la légitimation de l'extension des pouvoirs de contrôle sur la population par un discours scientiste, voir par exemple, Cours du 14 janvier 1976, *Il faut défendre la société, Cours aux collège de France,* Paris, Seuil Gallimard, page 35.

1053 *Ibid.*

Le phénomène est d'autant plus marqué que les nations occidentales n'ont à nouveau plus peur des États, ou du moins ont-elles encore plus peur du dehors de l'État, dont le surgissement est incarné par cet *ailleurs* géographique qui n'a jamais cessé d'alimenter la fantasmagorie de la barbarie. Le 11 septembre 2001 est en cela une rupture fictionnelle parce qu'il a servi de prétexte aux États, qui se croyaient acculés à une réduction de leurs prérogatives pour pouvoir survivre, à la substitution de l'inquiétude que leur pouvoir générait par une inquiétude encore plus grande, celle du chaos désétatisé dont ils font croire que les populations civiles seraient les premières cibles. Le discours sur la guerre de civilisation sert à faire craindre une lutte *informalisée* qui deviendrait, par là même, massive et populaire, faisant de l'ennemi non l'*hegemon* politique mais l'Autre, multitude menaçante qui porterait les conséquences du conflit au domicile de tout un chacun, faisant revenir la lutte à mort à l'échelle individuelle. Le discours alternatif est alors déroulé : seul l'État pourra juguler cette tentative de généralisation de la mort, en réduisant à néant, sans limites, celui qui refuserait de formaliser la lutte en restant extérieur aux États avant, dans un deuxième temps, une fois les *terroristes* et autres *ennemis de l'humanité* éradiqués ou réintégrés dans la fiction dominante, de s'attaquer, cette fois loyalement, aux États ennemis, dans une lutte que l'on promet distancée, au nombre de morts réduit. Les *maigres sacrifices* en termes de libertés et de sécurité demandés touche par touche, que l'on promet exclusivement centrés sur l'extérieur, suffiront à mettre en œuvre cette stratégie opportune. Qu'importe que la *violence de masse* n'ait jamais été que le fait exclusif des États, le discours prend et s'impose à tous. Les acteurs de la souveraineté dominants n'ont dès lors pas ou plus intérêt à se limiter sur le court-terme, du moins le croient-ils. Les cadres légaux sont immédiatement déconsidérés comme des limites « d'une autre ère », freinant inutilement leur lutte contre l'insécurité et en grande partie refondés – et le contrat social global qu'ils tentaient de promouvoir à l'échelle internationale, dans leur propre intérêt, apparaît soudainement comme superflu ou secondaire.

Cette substitution de courte-vue se fera à leur détriment. Mais d'un sentiment de trop plein d'État lié aux catastrophes des guerres mondiales et à la crainte permanente d'un dérapage pendant la guerre froide, ce retour à un anxieux besoin d'autorité constitue bien une immense victoire pour les États. En ciblant l'étranger, le barbare (ou, de plus en plus, l'ennemi intérieur, qui gagne d'ailleurs à être qualifié dans le même temps de barbare, cible dès lors de « lois d'exceptions », puisque, composante de la société malgré tout, il doit être nécessairement assujetti à un droit), l'État s'autorisait dans un premier temps à ne rien changer de sa propre *nature*, en contournant simplement l'ensemble des dispositifs constitutionnels et institutionnels mis en place pour limiter ses pouvoirs depuis le XIX[e] siècle, et qui sont censés protéger ses propres sujets[1054]. Les conséquences de cette contorsionn'en seront que plus graves.

1054 Ces contournements sont par ailleurs *naturels* à ces dispositifs que Judith Butler intègre à l'idée de gouvernementalité, paradoxalement à l'origine d'un retour de la « force brute » souveraine en une analyse qui rejoint la nôtre, l'ensemble de ces dispositifs étant des délégations équivalentes de pouvoir souverain cherchant à trouver de nouveaux équilibres qui malgré leur apparent fixisme (condition

Les mécanismes ayant amené à la violence sans limites du XXe siècle reprennent leur marche, sans qu'une reproduction à l'identique ne soit envisageable, tant les structures établies en réponse aux drames du siècle ont fini par marquer les discours, éloignant tout spectre d'un État *affichant* son omniprésence. L'heure est à l'invisibilité, et aux jeux du dire. Les juges résistent – fidèles à leur double mission – jusqu'à ce que la pression concomitante du pouvoir étatique et de l'opinion publique rende leur position intenable. La CEDH a beau condamner l'Allemagne pour un cas d'application de l'internement de sûreté, celle-ci va engager toute une série de recours lui permettant de gagner un temps estimable avant de devoir modifier, *a minima*, son droit, quitte à prendre le risque d'une seconde condamnation. La CPI est saisie ici et là, mais se voit dans la foulée retirer toute légitimité à agir là où on ne lui exige pas d'intervenir, c'est-à-dire autrement qu'en accompagnement d'une intervention armée ou de la civilisation d'un espace éloigné. Progressivement, la voilà effacée au sein de ce continuum qu'elle doit certes défendre, mais dont elle avait su jusqu'alors se distinguer. Pour paraphraser les juges européens, le risque de « *détruire la société sous prétexte de la défendre* » n'est plus pris en compte, ni à l'échelle nationale, ni à l'échelle internationale, et la Cour se trouve hantée par cet effondrement.
Le spectre des horreurs oubliées par des générations européennes qui n'ont pas connu la guerre, et la mémoire coloniale restant refoulée, le reste du monde redevient le terrain de jeu qu'il n'a jamais tout à fait cessé d'être, par le truchement de politiques néocoloniales que, nouveauté, reproduisent les émergents. Plus grave, prenant conscience des risques de leurs excès, les gouvernements instrumentalisent le droit afin d'en faire un outil de légitimation de ces nouvelles pratiques : la fiction maintenant se cache. Le nombre de juristes employés au Pentagone est ainsi évocateur : ils sont plus de 5 000, et peut-être 20 000, à tenter de déminer toutes les conséquences juridiques que pourrait affronter l'État américain dans le cadre de ses interventions armées, fait qui, ajouté au système procédural américain, rend illusoire tout vis-à-vis équitable avec un simple citoyen qui chercherait à le contrer[1055]. Mais puisque la procédure existe, comme existent en France des dizaines de commissions chargées de la protection des droits mais dénuées de pouvoir effectif, l'illusion reste présente et interdit tout procès en illégitimité de l'action de l'État. Le Léviathan, dans ce qu'on lui promet d'être sa dernière exhalation, est bien de retour, et sa nouvelle *conscience de soi* est son atout maître.

La question de l'effectivité et des modalités d'action de la Cour se pose à l'aune de ce retour paradoxal de l'État, phénomène incomplet à l'échelle mondiale et largement *auto-immunitaire*, pour reprendre le mot de J. Derrida, et qui risque d'emporter avec lui toutes les mesures et fictions transitoires qu'il avait commencé à faire naître

discursive de leur efficacité) peuvent être dédits, voire contredits à un quelconque moment, dès que l'existence ou la suprématie du pouvoir souverain serait mise en jeu selon le jugement de ce dernier.

1055 Harold Koh nous a indiqué lors d'un entretien que le chiffre était proche de 18 000, tandis que nos calculs à partir des différentes sources ouvertes, par addition, arrivaient à 5000 personnes travaillant dans des directions juridiques en tant que juristes ou avocats.

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

Le monde westphalien à l'heure de la mondialisation, malgré la délinéarisation de son discours[1056], ne peut tolérer le vide : où qu'il surgisse, il menace l'édifice dans son ensemble. Tout doit être État, et là où émergent des exceptions, celles-ci doivent pouvoir être contrôlées, niées ou invisibilisées. C'est le cas des paradis fiscaux, soigneusement préservés derrière une façade purement discursive et dont l'origine remonte à la construction du modèle politique britannique. C'est aussi le cas des États fantoches issus des décolonisations, et sciemment maintenus dans leur impuissance pour qu'ils restent des espaces sous contrôle direct des souverainetés occidentales, tout en justifiant régulièrement des interventions armées[1057].

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

1056 De la dévolution (des compétences) à l'intégration (à un ensemble régional) en passant par la décentralisation (des pouvoirs), la privatisation (des moyens de production), le transfert (de souveraineté) et bien d'autres encore, le vocabulaire de la souveraineté s'est enrichi ces dernières décennies d'une multiplicité de distinctions sémantiques formulées par l'État et passées dans le langage commun, désignant toutes un retrait contrôlé de ce dernier afin de préserver sa position de fiction monopolistique.

1057 La résurgence de la notion d'espace d'exception, dont la généalogie remonterait selon Carl Schmitt au XV[e] siècle – ce qui correspond au développement de l'idée d'État – ne fait que confirmer les transformations auxquelles fait face l'espace westphalien. On peut considérer que les traités de Cateau-Cambresis (1559), par ses clauses secrètes instaurant les *amity lines*, inaugure la notion d'espace d'exception : selon le texte, la guerre dans les empires n'implique pas la guerre entre les États détenteurs de l'empire. Il entérine la différenciation élaborée par Hannah Arendt entre Empire et impérialisme, qui permet d'expliquer l'émergence de l'État au XVI[e] siècle comme fondement de notre politique moderne malgré son caractère immédiatement impérial (cet impérialisme n'ayant cours qu'au dehors de « l'espace souverain » qui était alors l'Europe). L'Empire est unitaire et universaliste, c'est son sens et son ambition, et impose en son sein les mêmes règles, tandis que l'impérialisme différencie l'État de cette sphère d'exception qu'est son impérialisme – on le nommera plus tard colonialisme pour éviter les confusions – ce qui lui permet de rester État (une forme politique juridico-territorialement homogène et stable).

lequel elles risquent leur propre dissolution – et dont l'inhibition était censée être le rôle même de la Cour –, celle-ci se trouve dans une impasse qui menace sa viabilité.

C. Des conditions d'exercice de la CPI

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

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

1. Une nécessaire puissance ?

Il n'en est rien. Toute forme juridique nourrit *nécessairement* un rapport systématique ou postulé comme tel à la violence, fût-il indirect, sans quoi elle est factuellement inexistante. Il en va pour la CPI comme pour toute autre institution judiciaire. Pensons contre nous, pour peut-être dépasser *l'ennemi*. Que la survie de l'ordonnancement actuel du monde soit désirable ou non, et quel que soit le jugement sur les effets pervers d'une telle éventualité, la prochaine étape qui semble attendre la Cour si elle souhaite s'imposer durablement et configurer le monde étatisé plutôt que de l'accompagner dans une dérive qui ne pourrait que susciter sa perte, serait celle de l'obtention d'un pouvoir d'exécution suffisant, ou d'une exécution quasi systématique de ses

décisions pour assoir son autorité – et dépasser, ou du moins intégrer, les nombreuses contradictions que nous avons énoncées. C'est-à-dire passer d'acteur subsidiaire, chargée d'agir en complément des États, à instance d'engendrement, capable de créer du mouvement et d'imposer ses objectifs aux acteurs étatiques, leur permettant ainsi à terme de préserver leur propre être. La menace, en cas de retrait et d'acceptation de la situation actuelle, serait d'une instrumentalisation toujours plus grande de l'institution, par l'attribution de moyens qui la rendraient entièrement servile à l'ordre établi, non plus seulement formellement, mais dans ses rapports de force actuels, jusqu'à sa disparition.

Il faut pourtant admettre que la Cour pénale internationale porte en elle-même l'acceptation de cet état de fait, voire qu'elle a été construite pour y aboutir. Son rapport à la violence s'inscrit au sein des dispositifs « intrasouverains », invisibles si on pense l'État dans son simple formalisme international et non dans la multiplicité des forces qui le traversent, et qui sont autant de relais avec lesquels le pouvoir proprement politique doit de plus en plus composer. Nulle autorité judiciaire ne sera jamais entièrement effective sans bras armé chargé de l'exécution de ses décisions. C'est pourquoi Hobbes relie avec tant d'insistance la notion de justice à celle de souveraineté, paradigme qui a dominé la pensée politique moderne jusqu'à de récents développements. Ces derniers ont été particulièrement incarnés par la généralisation de juges « suprasouverains », les juges constitutionnels, puis supranationaux dans le cadre de processus d'intégration régionale. Ils posent la question de la systématicité et de l'essentialité de ce critère. Certes, le comité des droits de l'homme de l'ONU constate que seules 25 % de ses procédures finissent par provoquer des résultats concrets[1058]. Mais le résultat devient honorable si l'on prend en compte que l'institution n'est explicitement inclue dans aucun agencement juridique, sans pouvoir de contrainte ni intégration directe dans les systèmes juridiques nationaux. La Cour trouve autant de points d'appui.

C'est, après tout, ce qui a permis jusqu'ici à la CPI d'exister : ne pas s'appuyer sur une force armée propre, ni même sur une unité d'arrestations comme en disposaient les TPI, plus directement reliés à une puissance extérieure. Elle est pour l'instant une instance ressemblant au *monstrum* décrit par Pufendorf dans son pamphlet sous pseudonyme à propos du Saint Empire Germanique, *De statu Imperii Germanici*[1059]. Alors que l'État est la « cavalerie de la justice », pour reprendre une

1058 Ces chiffres connaissent une importante variation selon la qualification donnée à cette « incidence directe ». Une étude indépendante a été menée, établissant un taux moyen plus faible tout en montrant la variété des influences exercées sur les structures nationales, toutes n'étant pas quantifiables au même titre. Voir Piccone, T., « The contribution of the UN's special procedures to national level implementation of human rightsnorms », *The international journal of human rights*, volume 15, numéro 2, février 2011, pages 206 à 231.

1059 Pufendorf, S., *The present state of Germany,* Indianapolis, Liberty fund, 2007, trad. Seidler, M. Voir aussi la traduction française de François d'Alque, *L'estat de l'Empire d'Allemagne de Monzambae* (Amsterdam, Jean J. Schipper, 1669) : « Il ne reste plus maintenant autre chose à dire si ce n'est :

expression juridique allemande, la justice suprasouveraine est dénuée d'exécutants immédiats, mais n'y est pas moins entièrement reliée. La Cour n'a pas été dotée de tels attributs par « pragmatisme » : aucune des puissances souveraines majeures, peu inquiètes à court terme de la solidité de leurs contrats sociaux, n'en acceptait le principe, l'existence d'un Procureur indépendant à la capacité d'initiative ayant déjà provoqué de nombreux remous. Il est d'ailleurs probable que s'il avait été renoncé à cette indépendance, doter la CPI d'un bras exécutant aurait pu être envisagé, et ce à court terme. Les États se seraient assurés un contrôle plus ou moins absolu sur l'ensemble des procédures de la Cour, et la force ainsi créée aurait eu des caractéristiques très similaires aux forces de maintien de la paix de l'ONU, voire aurait pu se confondre avec ces dernières avec pour intermédiaire technique, exécutif, le Secrétariat général des Nations unies[1060].

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

Il faut en effet rappeler que le lien organique qui a été institué entre la Cour et les États joue dans les deux sens, et vise théoriquement à donner une automaticité d'exécution des décisions de la Cour par leur transmission directe aux bureaucraties modernes chargées de l'exécuter. Ainsi le modèle est-il celui d'un mandat d'arrêt émis par la Chambre préliminaire de la CPI à la demande de son Procureur, qui serait transmis à la direction concernée du ministère de la justice du pays où se trouverait le suspect, direction qui demanderait aux forces de l'ordre sous son autorité de l'exécuter, sans jamais d'intervention politique. Exigeant la séparation des pouvoirs, ce modèle, qui montre bien l'inscription de la Cour dans l'horizon de la philosophie politique libérale, lui donnerait toute son efficacité *si l'État de droit se généralisait*, et explique qu'aucun des officiels de l'institution ne considère souhaitable à court ou long-terme

que l'*Allemagne* est un corps irrégulier et confus, et qu'il faut bien peu que ce ne soit un Monstre en politique » page 310

1060 Ce qui est loin d'être l'horizon actuel, comme le montrent les collaborations de la MONUSCO avec Bosco Ntaganda dans le cadre de la mission Amani Léo, ou avec Ahmed Harun (considéré comme l'architecte du génocide darfouri, sous le coup d'un mandat d'arrêt contenant 51 chefs d'accusation pour crimes de guerre et contre l'humanité), transporté en hélicoptère par la MINUS en 2010.

l'attribution de moyens d'exécution propres de leurs décisions. Ceux-ci impliqueraient autant de conflits potentiels avec les États tout en trahissant l'échec de l'idéologie par laquelle ils avaient été créés. L'achèvement de l'édifice de la Cour et sa mise en œuvre la plus complète passeraient ainsi par une généralisation des structures étatiques dans leur modèle le plus libéral, quitte à ce que dans les derniers espaces non-étatisés, des États puissent intervenir ponctuellement pour y intercepter les éléments récalcitrants.

Le Conseil de sécurité est le premier des outils *extérieurs* à disposition de la Cour. La création du Conseil de sécurité de l'ONU en 1946, faisant explicitement référence au « droit naturel de légitime défense[1061] », peut être considérée comme un pas préliminaire dans la construction du contrat social global ici traité. La Charte des Nations unies donne naissance, pour la première fois de l'histoire, à une instance internationale permettant de légitimer, au cas par cas, les interventions armées, tout en rendant *de facto* illégales toutes celles qui n'auraient pas été approuvées par la dite instance[1062]. Lointain ancêtre de la R2P, le « chapitre VII » ouvrait la voie à une régulation du droit de la guerre, en la rendant illégale par nature, et légalisable par exception. Il reste que le Conseil de sécurité a depuis été largement contesté pour son caractère peu démocratique et peu représentatif. Certes, cette question n'aurait pas d'intérêt dans la perspective hobbesienne, pour laquelle la forme du gouvernement est accessoire, si elle ne s'accompagnait d'une contestation de plus en plus importante de son autorité. S'appuyant sur une charte approuvée par la quasi-totalité des États existants et posant les fondements d'un droit international public, l'ONU s'est dotée à sa création d'une sorte de gouvernement mondial, ou plutôt d'un directoire, qui l'empêchera de jouer son rôle jusqu'à la fin de la guerre froide, et dont les insuffisances font l'objet de régulières propositions de réformes sans succès. Faute d'un règlement incontesté, d'élections concernant tous l'ensemble des membres du CSNU qui permettraient de « sanctionner » les comportements de *free-riding* des membres actuellement permanents, ou encore de limitations du domaine de droit de veto, l'institution provoque un rejet de plus en plus accru qui remet en cause son autorité et son rôle de source de légitimation.

Le constat est d'autant plus problématique qu'à défaut de généralisation de l'état de droit, la Cour pénale internationale s'appuie principalement sur cette

1061 Article 51 de la Charte des Nations unies : « Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Les mesures prises par des Membres dans l'exercice de ce droit de légitime défense sont immédiatement portées à la connaissance du Conseil de sécurité et n'affectent en rien le pouvoir et le devoir qu'a le Conseil, en vertu de la présente Charte, d'agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales. »

1062 Article 2, alinéa 4 de la Charte des Nations unies : « Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations unies. »

structure pour répondre aux exigences de puissance du contrat social hobbesien. La CPI est reliée à l'ONU par un « Accord de relation[1063] », dont l'article 17 précise les relations avec le Conseil de Sécurité, et notamment les conditions dans lesquelles le Conseil peut entreprendre des actions afin de permettre l'exécution des décisions de la Cour. Dans les faits, le Conseil de sécurité est l'interface entre la Cour et les forces de maintien de la paix de l'ONU, théoriquement habilitables à l'emploi de la force pour exécuter les décisions de la CPI[1064]. La Cour possède donc, du moins en théorie, un accès indirect à une force d'exécution extérieure aux États. La médiation politique de cet accès fragilise la position d'impartialité et de systématicité que l'on serait en droit d'attendre d'une instance judiciaire[1065]. Contrairement aux systèmes nationaux de séparation des pouvoirs, dans lesquels l'exécutif ne fait que relayer les injonctions du pouvoir judiciaire sans être en mesure de les hiérarchiser, le système actuel permet ce tri, et ce d'autant plus qu'il ne fait l'objet *a posteriori* d'aucun contrôle démocratique, à l'échelle individuelle comme étatique. Dans les faits, et étant donnée l'absence de forces permanentes mises à disposition de l'ONU, la CPI ne peut s'appuyer que sur les attributions *ad hoc* de moyens d'action fournis par les État-membres du Conseil de sécurité, c'est-à-dire principalement sur les États-Unis, pour faire exécuter ses décisions là où les États tenteraient de s'interposer. Ce lien n'est pas antithétique avec la perspective hobbesienne : la CPI servant avant tout les intérêts des représentants des souverains ainsi que des États, elle doit certes prendre en compte les intérêts des populations, mais les États doivent à tout moment détenir les outils permettant de limiter l'action de la Cour – ou de s'en défaire. Les limites de ce lien organique n'en restent pas moins en l'état évidentes.

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

1063 http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/772FCCA6-FF70-4E56-9DF1-9F4FBF293527/277504/Pages_from_Negotiated_Draft_Relationship_Agreement.pdf (consulté le 14 juillet 2014).

1064 Le Conseil de sécurité peut saisir la Cour pénale internationale de toute affaire, et, afin de faire exécuter ses mandats d'arrêts, décider ou autoriser une intervention militaire visant à leur exécution. Le Conseil se porte en effet garant de l'exécution des décisions de la Cour une fois qu'elles ont été prises sur le fondement d'une saisine effectuée par l'organe exécutif de l'ONU.

1065 Il est cependant envisageable de considérer que ce filtre politique est nécessaire et ne fait que reproduire les schémas mis en place au niveau étatique, qui contrôlent de différentes manières les institutions judiciaires. Cette vision poserait cependant un problème qui nous amène à ne pas la défendre : dès lors que l'on accepte cette médiation comme seul recours de la CPI à la force, et que cette médiation ne constitue pas une formalité, c'est bien le Conseil de sécurité et non la CPI qui deviendrait l'acteur central du contrat social global dont il est actuellement question.

a. Le rattachement aux grandes puissances

Étudions donc sans préjugé les deux seules possibilités actuellement « effectivables » qui restent offertes pour attribuer à la CPI une force plus ou moins systématiquement mobilisable. Dernière superpuissance, les États-Unis possèdent une force de frappe suffisante leur permettant de se projeter sur l'ensemble de la planète afin de faire régner la « pax americana ». Si cette possibilité s'est vue amoindrie à la fois par le déclin de leur force brute et le détournement de ses principes d'action à des fins de pure puissance en Afghanistan et en Irak, elle n'en reste pas moins la source la plus réaliste pour doter la Cour pénale internationale d'une force exécutante extérieure et d'appoint sur le court-terme[1066]. La dépendance, formalisée ou non, systématique ou non, à cet État a à l'évidence de nombreux inconvénients, dont le principal est qu'elle revient à soumettre une justice censée être indépendante, impartiale et d'application universelle, aux désidératas d'une entité intéressée, pouvant être partie aux affaires jugées et particulièrement habile dans le détournement des principes juridiques internationaux. Deuxièmement, la non-adhésion des États-Unis, qui ont retiré leur signature du traité de Rome afin de ne pas avoir à en respecter les principes[1067], au Statut de Rome pose d'évidence problème : si elle est en apparence cohérente avec le modèle de contrat social et ne serait alors pas logiquement contestable à ce titre et quant à l'incapacité conséquente de l'institution à cibler les États-Uniens, elle accroît les risques de fluctuation quant à l'appui de la puissance à ce qui deviendrait alors son bras armé, laissant l'exécution de la justice esclave de l'évolution de la conjoncture politique américaine. La naturalité de ce rapprochement est par ailleurs artificielle : le contrat social ayant institué la Cour est le fait des souverains et non des États – accepter une sortie des États-Unis de la compétence de la Cour parce qu'ils en seraient le souverain – outre les problèmes évidents que cela pose – reviendrait à faire de tous les citoyens américains une extension de leur souverain. Enfin, il est évident que le fait que les États-Unis ne laisseront jamais poursuivre l'un de leurs nationaux par la Cour pénale internationale constituerait un grave problème, alors que les principales violations du droit international public depuis que la Cour a été créée, et les plus médiatisées, ont été pour beaucoup d'observateurs le fait des forces américaines et alliées tant sur les territoires afghans qu'irakiens.

Cette perspective, qui épouserait finalement celle de l'empire que nous avions rejetée, ne peut donc être considérée par la CPI autrement que comme compensatoire et transitoire, ne pouvant ni ne devant être officialisée. Elle correspond pourtant à la réalité actuelle, même si, dans les faits, des puissances moyennes comme la

1066 Évidemment, et comme l'a montré l'exemple libyen, ce bras armé n'est en rien exclusif, l'exclusivité pouvant même nuire à son effectivité en prêtant le flanc à des accusations beaucoup trop rapidement évidentes de subjectivité. La spécificité américaine tenant en toutes circonstances à ce que le pays peut être le seul à pouvoir déclencher une opération qui sera suivie par d'autres.

1067 La signature du Statut de Rome, sans même de ratification, amène théoriquement son lot d'obligations, notamment celle de se retenir d'agir d'une quelconque façon qui pourrait affaiblir les dispositions du traité.

France tentent de jouer un rôle plus important, sans pour autant disposer de réelles marges de manœuvre face à leur principal protecteur[1068]. L'extension du programme de récompenses américain concernant l'arrestation de criminels aux suspects accusés par la CPI est un bon exemple des potentialités de cette perspective, à la fois que de ses dangers. Systématique, et donc dénué de toute sélectivité[1069], pouvant atteindre des récompenses de 30 millions de dollars, il est un substitut à l'absence de puissance que la Cour, à la fois qu'une dangereuse incitation à la mise en place de mécanismes de mercenariat et une privatisation de la « police mondiale » difficilement contrôlables.

b. L'hybridation neutralisée avec le Conseil de sécurité

Les États-Unis, suivis en cela par un certain nombre de pays, avaient longuement insisté au sein des négociations de Rome pour que l'action de la CPI ne puisse être enclenchée que sur demande du Conseil de Sécurité. Sur le long terme, il est envisageable que le filtre du Conseil de sécurité, encore aujourd'hui lourd, se réduise, à mesure que la CPI fasse montre de sa *neutralité* et de sa capacité à participer à la résolution des conflits sans toucher trop directement ou brutalement aux intérêts des grandes puissances. Le Conseil deviendrait ainsi un simple organe de transmission et d'organisation des modalités d'exécution des décisions prises par la CPI, rôle pouvant être dévolu au Secrétariat général, les approuvant systématiquement sauf cas de force majeure – et offrant par ricochet une autonomie grandissante à l'institution qui pourrait alors enfin jouer pleinement son rôle. Ce mouvement devrait alors s'accompagner d'une modification profonde des conditions d'existence des forces de maintien de la paix de l'ONU, aujourd'hui peu mobiles et incapables d'opérations ciblées et limitées dans le temps[1070]. Cette perspective, sauf intermédiation du Secrétariat général, n'aurait cependant pas d'intérêt sans transformation du fonctionnement du Conseil, non pas par l'adoption d'une « charte », comme l'ont défendu plusieurs ministres des Affaires étrangères français, mais bien par une rénovation des conditions d'accession à celui-ci et à la condition de membres « permanents »[1071]. L'instauration d'une force mobilisable en permanence pourrait alors être envisagée. Avec l'exécutif comme médiateur entre la Cour et les forces répressives, et avec des procédures de validation similaires à celles ayant cours aux échelles nationales, cette nouvelle instance s'apparenterait non pas à une force militaire, mais policière, qui pourrait tout à fait coexister avec les forces nationales. L'espace politique unifié auquel la CPI donnerait naissance

1068 Ainsi, si la saisine de la CPI pour le Darfour a été portée par la France, elle répondait bien à une offensive médiatique et intellectuelle menée par les États-Unis et largement relayée par son administration.

1069 À l'exception attendue de tout ressortissant américain, ce qui montre la volonté des États-Unis de s'ériger en véritable souverain mondial, exempté de toute régulation extérieure de ses propres actions.

1070 A notamment été envisagée la création d'unités « commando », insérées au sein des forces de protection de la paix de l'ONU, capables d'opérations ponctuelles chargées de l'exécution au profit de la CPI. De même, la réactivation du comité d'état-major de l'ONU constitue une impérieuse nécessité.

1071 Cette perspective est réaliste sur le moyen terme, tant elle pourrait s'accompagner de la mise en place d'un certain nombre de « garde-fous » préservant les intérêts des anciens membres permanents et leur capacité à influencer l'instance.

appellerait naturellement à une force d'exécution dépendante des autorités judiciaires, et non politiques, comme c'est le cas pour les armées.

Bien que n'ayant pas de force armée propre, et ce n'est pas un état intangible[1072], la Cour dispose par ailleurs dès à présent d'outils non militaires lui permettant une exécution de ses décisions. Imparfaite, cette situation évolue favorablement pour l'institution : l'accroissement régulier des résolutions et saisines concernant la CPI lui donnent un rôle de plus en plus central dans la résolution des conflits récents, sans qu'elle y rencontre de véritable opposition. Son magistère moral, fragile et qu'elle se plaît à gâcher, lui donne une emprise naturelle sur de nombreuses composantes internes des États et des organisations internationales – qui la considèrent encore avec déférence. Reste que la systématicité fait pour l'instant défaut, et que la faible représentativité du Conseil de Sécurité – qui n'a pour l'instant pas véritablement atteint son autorité au sein du concert des nations mais qui décrédibilise la notion de légalité internationale auprès des populations – affecte en retour l'action de la Cour, tributaire de sa sélectivité – au point où l'on peut s'interroger sur la pertinence de maintenir cette possibilité de saisine dont l'essence « politique » déteint négativement sur la perception qu'on a de la Cour comme sur son action. Sans parler des nombreuses inquiétudes sur la difficulté qu'aura la Cour à ne pas dévier de la seule voie étroite qui lui permettrait de sortir de l'assujettissement et de donner naissance à une tentative d'ordonnancement légitime du monde plutôt que d'y être associée et rejetée comme n'étant que le fétiche moral d'un système d'oppression.

2. De la possibilité de l'impuissance

La question des forces armées mises à disposition de la CPI n'atteint que marginalement, et en théorie temporairement, les conditions de son action. La Cour peut certes être comprise comme un outil permettant de protéger les peuples à l'encontre des abus de leur souverain, ou de souverains étrangers, justifiant les situations dans lesquelles un conflit se ferait jour entre la volonté du souverain et celle des juges. Il n'en reste pas moins que l'essentiel de son action future, du moins selon la voie qui semble s'y être imposée, devra à sa saisine par les représentants des souverains eux-mêmes[1073]. La Cour pénale devrait ainsi être alternativement perçue comme un acteur d'« accompagnement » de processus politiques plus globaux visant au renversement ou à la modification radicale des conditions d'exercice de la puissance souveraine, voire à la stabilisation de celle-ci par la neutralisation d'éléments subversifs.

1072 Les évolutions récentes, notamment en RDC, vont vers une systématisation de l'appui des forces de l'ONU à la CPI.

1073 Article 14 du Statut de Rome : « Tout État-partie peut déférer au Procureur une situation dans laquelle un ou plusieurs des crimes relevant de la compétence de la Cour paraissent avoir été commis, et prier le Procureur d'enquêter sur cette situation en vue de déterminer si une ou plusieurs personnes identifiées devraient être accusées de ces crimes. »

a. La complémentarité comme cœur du Système de Rome

C'est ainsi que peut se comprendre l'action de la CPI depuis sa création. Sur les cinq premières situations qui ont débouché sur l'ouverture d'enquêtes par le Bureau du Procureur, trois ont été le fait de saisines par les puissances étatiques elles-mêmes, dans le cadre de deux objectifs différents : soit la mise en œuvre d'un processus d'introspection suite à une guerre civile ou un grave conflit armé, afin d'éviter leur reproduction (l'exemple le plus probant étant celui de la République Centrafricaine[1074]), soit une tentative de neutralisation et de délégitimation d'ennemis politiques des gouvernements en place (les situations en République démocratique du Congo et en Ouganda[1075] étant les plus significatives)[1076]. Dans l'une comme dans l'autre situation, le contrat social avait été préservé malgré les violences de masse, ce qui explique la spécificité de l'action de la Cour et sa saisine à partir de ce moyen.

La prééminence du « renvoi » volontaire par un État à la Cour pénale internationale de sa « situation » s'explique par l'importance du principe de complémentarité dans la formation de cette « justice sans puissance » que nous avons décrite précédemment sans la théoriser. Le Statut de Rome innove sur ce point par rapport à la théorie hobbesienne. Contrairement à la théorie du transfert de souveraineté qui veut que par extension du transfert de *propriété* le droit transféré soit définitivement et intégralement perdu par celui qui le transfère, le Statut de Rome prévoit un circuit parallèle, défini comme celui de la complémentarité : l'exercice du droit n'est transféré *que s'il* n'est pas exercé par l'État qui l'a transféré. À quel titre, et comment le juge-t-on ? La Cour en décide. Nous nous trouvons là dans une perspective qui allierait les pensées de Montaigne et de Hobbes dans leur principe de nécessaire conservation. Comme nous l'avons vu, la CPI agit en vue d'imposer à ses États membres cette conservation[1077] qu'ils se dénient.

Ainsi, par l'intervention de la Cour, l'État est maintenu dans son existence juridique et dans sa souveraineté, mais sa représentation peut se voir partiellement et temporairement substituée en cas de nécessité : il s'agit d'un transfert flexible et relatif et non rigide et absolu comme pensé par Hobbes. La souveraineté reste pleine et

1074 La RCA a renvoyé la situation au Bureau du Procureur de la CPI le 22 décembre 2004, lui demandant d'enquêter sur les crimes commis en 2002-2003. Le processus a été initié par le gouvernement, avant que la Cour de cassation, actant l'impossibilité pour les autorités judiciaires d'enquêter sur les crimes en question, ne confirme son dessaisissement au profit de la CPI. Les autorités du pays ont renouvelé leur saisine suite aux violences commises en 2013.

1075 L'activité du Bureau du Procureur se concentre sur l'ARS (LRA), Armée de Résistance du Seigneur, que nous avons décrit précédemment.

1076 Depuis, trois saisines se sont ajoutées, une par le biais du Conseil de Sécurité (Libye), une par renvoi du pays concerné (Mali) et une autre sur décision de la Cour elle-même, bien que négociée avec l'État concerné suite à une déclaration de compétence (Côte d'Ivoire).

1077 Sans aller jusqu'à faire sienne la citation de Bodin « il n'y a de richesses que d'hommes », il s'agit pour la Cour, comme nous l'avons vu, de protéger ses *sujets*, les acteurs de la souveraineté, en les empêchant de s'autodétruire, c'est-à-dire d'attenter trop excessivement à leur population.

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

b. Le choix de la Cour minimale

Réfléchir aux moyens attribués à la CPI consisterait donc principalement à envisager la création d'un système d'obligation incitatif ne passant pas par la puissance pure, principe qui se retrouve dans son texte fondateur. Au-delà de la simple adoption et ratification du traité, le Système de Rome exige des États membres une implémentation de ses dispositions dans le droit interne, ce qui est une donnée essentielle puisqu'elle ouvre la voie à une mise en application de la jurisprudence et du traité directement par les juges ou administrations nationales et, partant, à une intégration telle que l'application des décisions de la CPI puisse relever des systèmes judiciaires des puissances souveraines sans qu'aucune intervention du gouvernement ne soit requise, et donc sans qu'il puisse y faire opposition[1078].

Cette voie est de première importance puisqu'elle est applicable tant aux affaires ouvertes par la Cour, c'est alors le modèle de la *complémentarité* qui domine (la Cour n'agit qu'après avoir vérifié que les Cours nationales n'ont pas agi afin de faire respecter les normes énoncées dans le Traité de Rome et implémentées en droit interne), que dans le cas de crimes par essence extérieurs à la CPI (notamment au vu de leur ampleur), mais dont la poursuite est rendue possible en interne par les dispositions du Statut de Rome. Ce dernier cas ouvre d'ailleurs la porte à la *complémentarité positive*, ensemble de dispositifs prévus par le Statut de Rome envisageant une assistance du Système aux pays qui en feraient la demande pour des crimes qui ne sont pas de compétence immédiate de la Cour[1079].

1078 Évidemment, cette donnée n'est significative que dans le cadre d'États démocratiques où la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire est réelle, éloignant ainsi le risque d'un interventionnisme de la part des structures politiques. Elle offre cependant des perspectives intéressantes qui pourraient être développées, notamment en ce qui concerne la question préjudicielle déjà évoquée.

1079 Aujourd'hui encore, à commencer par la France, les grandes puissances font obstruction aux programmes de complémentarité positive qui permettraient à la Cour de renforcer la lutte contre l'impunité au niveau local, en complément de son action, et d'étendre ainsi son ombre. L'argument principalement utilisé, celui de l'impartialité du Bureau du Procureur qui devrait lui interdire de telles interactions, pourrait cependant être facilement détourné, par exemple par la mise en place d'un

Les trois situations mentionnées (RCA, Ouganda, RDC)montrent que la confrontation, même temporaire, entre la Cour et les acteurs de la souveraineté est loin d'être systématique : en ces cas particuliers, l'enclenchement de son action a toujours répondu à un désir des autorités qui par voie de conséquence sont supposées collaborer activement avec la Cour et exécuter de bonne grâce l'ensemble de ses décisions[1080].
La question qui reste est celle de la légitimation de l'action de la Cour dans l'entre-deux permanent où elle se trouvera placée. Le discours porté est le suivant : les saisines valant pour tout crime commis pendant la période concernée, la Cour obtient de fait la capacité de traiter des actes criminels commis par l'ensemble des parties concernées, y compris ceux des acteurs souverains[1081]. On pourrait penser que, les modalités d'action de la Cour ayant été conçues de façon à ce qu'elles ne lui permettent d'agir que si ses actions sont bénéfiques pour les populations[1082], cela interdirait *a priori* d'envisager toute conséquence négative à une sélectivité trop importante, si ce n'est de l'ordre de *l'impression*. C'est le cas, mais le cas seulement au sein du « système » créé par la Cour, faisant de la commission de crimes de guerre, crimes contre l'humanité et crimes de génocide, le seul référentiel permettant d'étudier la positivité d'une action. Or ce système est loin d'embrasser l'ensemble des enjeux politiques de la mondialisation. C'est pourquoi la perception de l'action de la Cour par la société civile, voire l'opinion mondiale, est aujourd'hui très fortement marquée, celle-ci n'étant pas liée aux effets de la Cour tels qu'évalués au regard de ses propres critères mais de façon plus générale, au sein d'un ordre dont il est su qu'elle n'est qu'un instrument. Sans même entrer dans une contestation de l'objectivité du choix *positif* des poursuites effectuées par la Cour et son Procureur – action qui n'est au final que peu évaluée de par la faiblesse de ses enjeux –, la première décennie d'existence de la Cour, par le goût particulièrement amer qu'elle a laissé, montre qu'une action *juste* au sein d'un ordre, respectant l'ensemble des normes intérieures à celui-ci, ne peut suffire lorsque cet ordre lui-même n'incarne pas un ensemble de valeurs représentatives des sociétés sur lesquels il agit, se contentant d'agir sur un socle minimal dont la détermination, la codification et

organe subsidiaire à l'Assemblée des États partie chargé de ces coopérations (article 112-4 du Statut de Rome).

1080 Il convient de mesurer cette assertion au vu des difficultés que connaissent les autorités locales à faire face au pouvoir de ces structures para-étatiques. Ainsi, deux des principaux accusés par la CPI, Joseph Kony et Bosco Ntaganda, restent en liberté des années après leur mise en accusation. Plus grave, ce dernier a été réintégré dans l'armée de la RDC et se trouve en contact permanent avec les forces onusiennes présentes sur place, sans jamais être inquiété.

1081 Bien que dans les faits, elle évite de le faire tant que celles-ci sont au pouvoir, cette situation l'empêchant dans la plupart des cas d'enquêter, et *a fortiori* de concrétiser les procédures, les suspects disposant, sauf dans les cas de démocraties avancées, de l'appareil étatique pour se protéger des poursuites.

1082 Cela est établi en partant du présupposé que la gravité des crimes concernés par l'action de la Cour, lorsqu'ils sont commis, disqualifient par avance le projet politique qui a amené à leur commission – et ne peuvent dès lors être relégitimés ni justifiés par ce dernier –, ce qui est contesté mais nous semble acquis. Placée dans le voile d'ignorance rawlsien, l'action de la Cour situation par situation pourrait être considérée comme systématiquement légitime. Mais le fait que la Cour invoque – et soit supposée instituer – une société à l'échelle interétatique, change la donne, le regard porté devant l'être à l'échelle globale.

surtout *l'essentialité* postulée sont géographiquement, culturellement et historiquement marqués.

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

Revenons avant de conclure sur le premier cas où la Cour, par le truchement de son Procureur, a décidé d'elle-même d'agir, en 2010, sur les violences post-électorales qui avaient émaillé le Kenya. Il s'agit là de la première fois où la CPI agit à l'encontre de l'intérêt immédiat du représentant souverain, tout en cherchant à s'assurer de la collaboration de l'État à des fins d'exécution de son mandat et non pas à s'appuyer sur une puissance extérieure. Le processus qui y a mené est pour le moins intéressant. Les violences concernées, qui ont fait plusieurs milliers de victimes dans la population civile, ont été financées par des hommes politiques de premier plan cherchant à instrumentaliser les divisions tribales du pays pour leur assurer, par leur truchement ainsi que celui de leurs affidés, un « bon traitement » post-électoral. Ces violences, chroniques depuis des décennies, atteignent en 2007 un tel degré qu'elles décrédibilisent l'ensemble de la classe politique, et l'appareil étatique lui-même, au regard de l'opinion kenyane elle-même. Une nouvelle Constitution est alors adoptée pour lutter contre l'impunité et mettre fin aux violences, ou du moins les réduire jusqu'à un point de tolérance satisfaisant tout le monde, sans ne rien changer à la nature du système politique national et ses différentes structures d'allégeance para-étatiques.

Le projet est voté et semble être sur la bonne voie. Pourtant, la cérémonie célébrant l'adoption du nouveau texte se déroule sous l'égide d'Omar El-Béchir, le président du Soudan accusé par la CPI, qui n'a théoriquement pas le droit de se déplacer dans le pays sans être immédiatement arrêté et transféré à La Haye[1083]. Maintenue secrète jusqu'à la dernière minute, l'invitation prend de court Kofi Annan, ancien secrétaire général de l'ONU et l'une des sommités politiques du continent, qui menace de suspendre sa participation à l'événement, aux côtés de nombreux dignitaires internationaux[1084]. Après cet accroc et les doutes toujours plus importants concernant la volonté réelle de l'élite politique de faire avancer le processus, une commission d'enquête sur les événements de 2007 est créée[1085]. Contestée en ce qu'elle apparaît comme une tentative d'éviter la saisine de la justice internationale, l'instance transmet cependant à l'ancien secrétaire général de l'ONU vingt noms de responsables de

1083 Voir « Kenya defends failure to arrest Sudan's president Omar al-Bashir in Nairobi », Nairobi, AP – The Guardian, 29 août 2010.

1084 Les critiques se multiplient à l'étranger, d'Amnesty international (« Kenya refuses to arrest Sudanese President Omar Al-Bashir », Amnesty International, Communiqué de presse, 27 août 2010) au Parlement Européen (Résolution P7_TA-PROV(2010)0315 « Kenya : failure to arrest President Omar al-Bashir of Sudan ») en passant par la plupart des ONG internationales, laissant le Kenya et l'Union Africaine isolés et provoquant un important débat national, notamment au sein de l'Assemblée nationale kenyane (voir *Hansard*, *Kenya National Assembly official record*, August 31st 2010, page 25).

1085 *The Commission of Inquiry on Post Election Violence* ou « Commission Waki » rend son rapport, de 529 pages, le 15 octobre 2008.

premier plan qui auraient organisé les violences. Sous scellés, cette liste sert de moyen de pression contre la communauté politique : soit des poursuites sont immédiatement engagées par le biais d'un tribunal spécial (mêlant deux juges du Commonwealth et un juge national), soit la liste est transmise un an plus tard à la CPI.

Les pressions ont un effet réel sur l'opinion publique, qui réclame des comptes aux responsables politiques. Le slogan « *Don't be vague, let's go to the Hague* » est scandé lors de nombreux événements[1086]. Malgré cela et après de multiples débats au Parlement, la situation stagne, ce qui amène le Procureur de la CPI, autorisé à enquêter par les juges de la Cour[1087], à briser les scellés. Il décide d'agir dans la foulée, sans cependant émettre des mandats d'arrêt : M. Moreno Ocampo négocie la comparution volontaire de six hauts responsables kenyans, dont le vice-Premier ministre, pour crimes contre l'humanité[1088]. Ceux-ci se présentent devant la Cour et s'engagent à collaborer avec elle, tout en tentant de retirer la signature au Statut de Rome de leur pays. Le Procureur propose alors, contre le maintien d'une procédure assez flexible pour les accusés, la « *three-pronged approach*[1089] » : les plus hauts responsables seront jugés à La Haye, un tribunal spécial sera mis en place pour la centaine de subordonnés qui ont mis en marche le plan élaboré par les premiers, tandis que la Commission vérité et réconciliation aura pour objectif de faire le travail historique nécessaire et de travailler à la réconciliation des populations. La proposition, novatrice et exemplaire[1090], n'est cependant pas accompagnée de mesures coercitives ou de menaces précises et ne se traduit pas en fait. Plutôt que de menacer d'émettre 1, 5 ou 500 mandats d'arrêt et de conditionner sa décision à l'ampleur des poursuites mises en place au niveau national, le Procureur, parce qu'il sait qu'il n'en aurait pas les moyens budgétaires, n'a d'autre choix que de restreindre son action. Loin de ses ambitions, il est incapable de lancer un large mouvement judiciaire qui aurait permis d'isoler les plus hauts dirigeants et de les forcer, sur pression de leurs propres subordonnés, à se rendre : enserré dans un système étatique, il n'a pour autant pas le moindre moyen pour l'influencer de l'intérieur. Sa proposition provoque l'émergence d'un débat inédit sur la question de l'impunité, dont les effets se font sentir paradoxalement lors des élections de mars 2013 : pour la première fois depuis des décennies, aucune violence grave n'est à signaler, ce qui constitue une immense victoire pour la CPI. Mais le duo élu est composé de deux accusés par la Cour pour crimes contre l'humanité, qui ont centré leur campagne sur leur lutte contre celle-ci et la récupération de la souveraineté du pays. Le Président nouvellement

1086 Voir à cet égard et de façon plus générale sur la question kényane le rapport : Lynch, G., Zgonec-Rozej, M., « The ICC intervention in Kenya », *Chatham House*, février 2013 (page 4).

1087 Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome (Chambre préliminaire II, ICC-01/09-19-Corr-tFRA, 31 mars 2010). La Chambre préliminaire avait auparavant demandé des « éclaircissements supplémentaires » au Procureur.

1088 Il dépose ses requêtes à cet égard auprès de la Chambre préliminaire II le 15 décembre 2010 en vertu de l'article 58 du Statut de Rome, qui sont accueillies le 8 mars 2011.

1089 Communiqué de presse ICC-OTP-20090930-PR456 du 30 septembre 2009 intitulé « Le Procureur plaide pour une stratégie orientée sur trois axes pour que justice soit faite au Kenya ».

1090 Elle s'inspire notamment de l'exemple de la Chambre spéciale bosniaque pour les crimes de guerre.

choisi s'engage certes à honorer les engagements internationaux du pays et à assister à son procès devant la Cour, suite à d'intenses pressions diplomatiques. Mais il profite de son arrivée au pouvoir pour mettre son appareil sécuritaire au profit de son avenir et entame une campagne de pressions sur les témoins qui, doublée des graves insuffisances de l'enquête du Bureau du Procureur, menace l'ensemble des procédures. Le soutien populaire aux procédures devant la Cour s'effondre en parallèle, lenteurs, langages abscons et distance des procédures lassant l'opinion.
Après le meurtre d'au moins sept personnes liées aux enquêtes, un proche des accusés est poursuivi à son tour par la Cour pour sa participation dans cette campagne, initiant pour la première fois une procédure de régulation interne du système, pouvant amener à une condamnation à sept ans de prison[1091]. La réussite des élections et la pacification du pays, doublées de la persistance d'un système politique que le Procureur pensait pouvoir et devoir faire évoluer, empêcheront vraisemblablement la société de maintenir une pression suffisante sur le souverain et ses affidés pour mener à terme les procédures. Mais il est possible, quelle que soit l'issue, de considérer que la Cour a accompli sa mission par le simple effet cathartique de son action et la pacification des processus électoraux qui peut lui être imputée dans une très large mesure. S'il est possible que le président kenyan échappe à un procès sur le court terme, celui-ci sentira pendant l'ensemble de son mandat, et bien au-delà, la pression de l'institution et de la communauté internationale pour ne pas rééditer ses violences. L'État aura quant à lui rapidement récupéré sa souveraineté, après un dessaisissement temporaire.
En l'espèc», si la Cour semble avoir participé à la préservation du contrat social national. Il est resté un problème de taille : contrairement à la perception par l'institution des structures politiques kenyanes, celles-ci reflétaient la réalité d'un pays resté en grande partie éloigné de la notion d'État telle que pensée par les puissances occidentales. Loin d'être un dysfonctionnement, la persistance des réalités tribales n'est peut-être que la seule façon de *faire tenir* l'existence d'une fiction politique exogène aux cultures locales. Que l'action de la Cour se soit doublée d'un *jugement* sur la mauvaise nature des institutions kenyanes, notamment parce que, *de facto*, celles-ci l'empêchaient d'agir sur un territoire contrôlé par des structures parallèles à la bureaucratie étatique, est révélateur, tout comme l'est son incapacité à faire naître des procédures locales qui feraient écho aux siennes, formellement en échec. La dissolution de son *imperium moral*, doublée d'une absence d'internalisation pérenne des impératifs qu'elle incarne, dans un pays où elle incarnait au départ simplement l'idée de la justice pour ne plus apparaître que comme une instance interventionniste du monde occidental, interroge sur sa capacité à maintenir longtemps l'illusion qui est à la source de son pouvoir.

S'il est encore loin d'être achevé, l'édifice mis en place par le Statut de Rome peut donc puiser dans trois modalités d'actions différentes : celle, coopérative, mise en

1091 Under seal *ex parte*, only available to the Prosecutor and the Registar, Warrant of Arrest for Walter Osapiri Barasa (Chambre préliminaire II, ICC-01/09-01/13-1-Red2, 2 août 2013). Quelques mois plus tard, la démarche se répète vis-à-vis de plusieurs proches de Jean-Pierre Bemba, dont des membres de son équipe de défense.

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

d. L'association à d'autres instances

La Cour pénale internationale est la seule institution en mesure de prétendre à un rôle constitutif dans la formation d'une *métafiction* dans la mondialisation, que nous avons décidé de nommer contrat social global. Cela ne préjuge en rien du rôle que pourraient jouer d'autres institutions déjà existantes dans leur appui potentiel à la CPI. Nous l'avons vu, il est notamment possible d'envisager celui de l'OMC comme acteur secondaire de ce contrat social global, non pas en ce qu'il en serait partie mais en ce qu'il serait mis au service de l'action de la Cour. L'OMC dispose de capacités d'exécution des décisions que prend sa section du contentieux, dans son rayon d'action, à savoir le commerce international. Il est tout à fait envisageable de relier cette capacité d'action à celle de la CPI, en incluant notamment des clauses d'exécution des décisions de la CPI aux accords négociés au sein de l'OMC. La dimension quasi universelle de l'organisation, et l'importance de ses accords pour les économies nationales, permettrait de concrétiser plus rapidement et de donner à ces clauses une effectivité accrue, on n'ose dire systématique, amenant sur le long terme l'ensemble des États à se plier aux décisions de la Cour – ou à se désengager à grands frais de l'une comme de l'autre institution. À défaut d'exécution « volontaire » de la part des acteurs de la souveraineté, ceux-ci seraient en effet soumis sur le moyen et long terme à une pression telle de la part de leur population, considérablement appauvrie par leur stratégie non coopérative, que leur position en deviendrait difficilement tenable. La combinaison des possibilités d'action de différentes organisations internationales, et notamment dans le domaine commercial, avec celles de la CPI est un horizon concret – de nombreuses négociations allant en ce sens sont en cours –, bien que les ajouts de clauses de ce type se soient pour l'instant davantage concrétisés au sein d'organisations régionales, qui participent par ailleurs inégalement à l'universalisation de la Cour pénale internationale.[1092]

1092 Ainsi l'Union Européenne est-elle un des principaux promoteurs de la CPI, voyant dans celle-ci l'extension de sa stratégie de « puissance par la norme », tandis que l'Union Africaine se montre toujours plus hostile. Il est ceci dit intéressant que le rejet de l'UA se concrétise par la tentative de construction d'une instance régionale équivalente – c'est-à-dire d'une intégration *a minima* discursive des *principes d'action* de la CPI.

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

De fait, le rapprochement entre ces perspectives pénales et commerciales est déjà en cours, par le biais d'un autre mouvement, la polarisation du monde autour d'ensembles régionaux – mouvement cherchant ainsi à être lui-même plus difficilement attaquable « dans son ensemble ». Les pôles régionaux actuellement en formation utilisent diversement les armes à leur disposition afin d'imposer leur domination. L'utilisation des normes juridiques comme outil d'influence par l'Union européenne a été largement décrite, et peut devenir en l'espèce un outil de premier ordre pour asseoir la légitimité et capacité d'action de la Cour pénale internationale. Ainsi, les accords de Cotonou, signés entre l'Union Européenne et les pays ACP (Afrique-Caraïbes-Pacifique) contiennent une « clause CPI » conditionnant l'effectivité des conditions douanières préférentielles à l'exécution des décisions de la Cour[1093]. Cette initiative a notamment entraîné le retrait du Soudan des accords en question, entraînant une perte de ressources non négligeable pour le pays et un isolement commercial que l'on imaginait difficilement tenable sur le long terme, mais qui n'a fait que raidir le régime : elle pourrait tout à fait être invoquée dans le cas kenyan. Les accords ACP concernent en effet 700 millions de personnes et 106 États, dont les 28 de l'Union Européenne, et établissent une série d'exemptions commerciales de premier ordre au profit des pays signataires. Cette solution pourrait être généralisée de façon à ce que l'ensemble des États membres de la Cour pénale intègrent des clauses similaires dans leurs accords commerciaux. Elle nécessite cependant une majorité favorable tant à ces accords commerciaux qu'aux principes postulés par la CPI, envisageable dans certaines régions du monde, l'Amérique latine notamment, mais pas dans d'autres – l'ASEAN tardera longtemps encore avant d'envisager la mise en place de telles clauses. Elle exige aussi un rapport de domination entre différentes régions du monde ou entre pays d'une même région suffisamment important pour que le conditionnement au respect des normes de la CPI puisse être invoqué sans crainte pour l'État offrant. La régionalisation, et la subséquente multipolarisation des relations internationales qu'elle entraînerait, reste par ailleurs un mouvement au destin incertain.

1093 Article 11, alinéas 6 et 7 (deuxième révision). http://ec.europa.eu/development/icenter/repository/second_revision_cotonou_agreement_20100311.pdf

Un rapprochement de la Cour internationale de justice (CIJ) et de la Cour pénale internationale constitue une autre potentialité[1094]. La première, instituée dans le cadre de l'ONU, est une Cour permanente chargée de trancher les litiges interétatiques et étant à ce titre en mesure de condamner les États. Elle se trouve soumise à de nombreuses restrictions statutaires[1095] et aux limites de toute organisation internationale s'adressant aux États en tant qu'unités abstraites tout en ne disposant d'aucun moyen d'action autonome (et dès lors entièrement dépendante de la volonté d'application des grandes puissances, au contraire de la CPI)[1096]. Elle n'en reste pas moins un outil de légitimation fort, appelé à se développer, et la principale source de jurisprudence en droit international. Considérée comme une sorte de Cour suprême du droit international public, en tout cas en termes jurisprudentiels, elle pourrait être la clef de voûte d'une hiérarchisation et d'une consolidation des instances judiciaires internationales. Si son action est rendue ineffective dès qu'elle atteint les intérêts des puissances les plus importantes, elle demeure un vecteur de légitimation/délégitimation important dans les relations internationales et est à ce titre utilisé comme outil d'influence dans de nombreux conflits considérés comme « périphériques[1097] ». Son apport pour les cours régionales et les tribunaux pénaux est notable. L'association de la CPI à la CIJ, cette dernière se trouvant chargée de juger et de condamner les États non coopératifs, et non plus seulement les acteurs de la souveraineté, permettrait de compléter les décisions de la CPI, en tant que légitimant implicite d'une action de police visant à appliquer les décisions de la CPI. La dépendance au Conseil de Sécurité de la CPI se trouverait ainsi réduite au profit d'une procédure judiciaire et non plus politique. Ce rapprochement devrait avoir naturellement lieu par le biais des politiques jurisprudentielles des institutions. La CIJ n'a d'ailleurs pas hésité à s'appuyer sur les arrêts des TPI pour fonder un certain nombre de ses décisions, voire en intégrer les principes[1098].

1094 De fait, la France défendit dès 1946 la création d'une Chambre criminelle au sein de la CIJ, chargée de juger à la fois les individus et les États coupables des crimes définis lors du procès de Nuremberg. Les détails du projet ainsi que les raisons qui firent qu'il fut abandonner sont détaillés dans l'article de Laurent Barcelo « Aux origines de la CPI : le projet français de Chambre criminelle internationale », publié aux PUF dans la revue *Guerres mondiales et conflits contemporains* en février 2006, page 103 à 109.

1095 Qui dépassent largement les limites imposées à la CPI, notamment en termes d'universalité, d'autonomie de saisine et d'acceptation sélective de sa compétence.

1096 Sans capacité d'auto-saisine, elle peut soit émettre des avis juridiques non-contraignants à la demande de l'un des États partie ou de l'Assemblée générale de l'ONU, soit émettre des décisions *a priori* contraignantes sur demande des deux parties concernées par le conflit en question. Des accords de juridiction obligatoire réciproques peuvent être conclus ou intégrés à des accords diplomatiques, permettant ainsi une systématisation de l'action de la Cour, mais ne se sont pas généralisés et sont dénonçables.

1097 Les deux dernières décisions les plus significatives ont concerné la légalité de la déclaration d'indépendance du Kosovo et celle concernant le mur israélien mordant sur les terres palestiniennes.

1098 L'unification de l'ordonnancement aurait un intérêt pour la CIJ aussi, qui a besoin d'accéder à des éléments de preuve dont disposent les tribunaux pénaux et que lui refusent les États. L'exemple du jugement de la responsabilité serbe dans le génocide commis en Bosnie-Herzégovine (décision du 26 février 2007) est à ce titre significatif.

Il ne s'agit pas de multiplier les exemples, bien que la question de la responsabilité environnementale, en ce qu'elle constitue une menace tout aussi directe et importante pour le fondement du contrat social, aurait pu être abordée, tout comme le rôle de l'OMS et de l'OIT, seules à même de remettre la préservation de la vie au sens large au cœur de cette nouvelle perspective. Comme indiqué, le traitement de la question pénale à l'échelle mondiale a indubitablement ouvert la voie à une extension progressive des domaines de régulation de la mondialisation. De façon générale, il paraît évident que la prochaine phase de celle-ci, si nouvelle phase il y avait, ne pourrait passer que par un rapprochement de l'ordonnancement judiciaire mondial – ou par son effondrement. La circulation de personnels entre ces institutions et les États favorise déjà une infusion qui pérennise leur existence, et il est peu d'exemples d'organisations internationales à vocation universelle qui aient été dissoutes[1099] ; la tendance reste à une expansion, lente mais sans retour en arrière une fois le premier pas effectué – comme pour les régulations institutionnelles à l'échelle nationale. De plus en plus, les instances judiciaires nationales, même aux États-Unis, citent et s'appuient sur les jurisprudences internationales, tout en évitant souvent de leur donner une valeur absolue. C'est ainsi non seulement une nouvelle structure horizontale que nous voyons naître, mais des interactions inédites entre les différents échelons verticaux qui vont dans le sens d'une intégration toujours plus importante. Il est évident que la CPI est vouée à s'insérer dans un tissu plus large d'institutions internationales qui lui serviront d'appui et lui permettront de renforcer sa capacité d'action autonome, jusqu'à ce qu'une solution permanente lui soit offerte, ou jusqu'à ce que ces mécanismes permettent la systématicité exécutoire si nécessaire à la formation définitive de son contrat social global. Il reste à clarifier son rôle, comme instance de dernier ressort, ainsi que de l'évolution potentielle de sa compétence vers d'autres crimes – par exemple environnementaux ou sanitaires. Doit-on envisager la création de tribunaux spécifiques, ne serait-ce qu'à des échelons inférieurs ou ayant compétence contre les États, que la CPI serait chargée de relayer ?

La commission du droit international de l'ONU pourrait jouer un rôle fondamental dans cette recherche de cohérence entre instances judiciaires. Sans penser, pour l'instant, la création d'une véritable Cour suprême, la combinaison de Cours commerciales, pénales et suprasouveraines indique la voie de la création d'un État de droit supra-souverain minimal qui dépasse définitivement le conflit de souverainetés né de la théorie hobbesienne. « La cité, la propriété des biens et la justice sont nées en même temps ». En instaurant une régulation juridique, pénale, sanitaire, commerciale ou encore environnementale, l'OMC, l'OMS (qui manque actuellement d'organe procédural), la future Organisation mondiale de l'environnement et la CPI, appuyées par la CIJ, annonceraient, dans le respect absolu des fondements hobbesiens, la formation d'une cité cosmopolitique, faisant se rejoindre des pôles opposés il y a peu. Il faudrait

1099 On compterait aujourd'hui plus de 250 organisations intergouvernementales selon l'Union des organisations internationales. Certains diront non sans raison que leur inertie et prudence « reconnues » sont justement la cause de leur survivance excessive.

pour cela que ces institutions se dotent d'instruments judiciaires offrant un accès aux individus, voire permettant de les poursuivre, soit dans le cadre d'une extension du Système de Rome, soit par la fusion de ce dernier au sein d'un ensemble plus large[1100]. Cette évolution pourrait s'accompagner d'une transformation majeure, pour ne pas dire ultime. Comme nous l'avons vu, la CPI innove en ce qu'elle est la première institution à vocation universelle prenant *pour objet et sujet* les individus. S'appuyant très largement sur la complémentarité, son action pourrait conséquemment être à terme reliée à celle des juges nationaux, notamment dans le cas de procès liés, avec l'instauration de questions préjudicielles auxquelles elle pourrait répondre. La fusion qui en découlerait n'est pour l'instant pas envisagée dans le Statut de Rome, mais elle fait partie d'un éventail d'instruments qui pourraient être mis à disposition de la Cour afin de concrétiser un dessein contractualiste bien plus large – dont l'ampleur et l'opportunité restent encore à établir.

1100 La création d'un Parquet européen, défendue notamment par Mireille Delmas-Marty et Robert Badinter et prévue par l'article 86 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE), permettrait d'entreprendre pour la première fois la fusion de ces niveaux d'action pénale au sein d'une structure régionale supraétatique – et ouvrirait la voie à la constitution d'instances similaires à d'autres échelles.

CONCLUSION

Comment naît un pouvoir ? Comment naît un droit ? C'est finalement à cette question, égale dans ses différentes formulations, que nous avons tenté d'apporter une réponse en nous appuyant aussi bien sur nos recherches que sur notre expérience de spectateur, acteur puis objet privilégiés d'une structure naissante et déjà pourtant, par le simple fait de sa création, théoriquement historique, la Cour pénale internationale, au cours des années 2000.

Nous en avons tiré un certain nombre de conclusions, mais surtout une grande distance qui sied peut-être au chercheur en ces périodes de formation. 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 naissance, le plus souvent du fait d'un mélange de hasards et d'incompréhensions. Longtemps instrument des différents *exercices de propagande* servant à écrire cette histoire – et ce travail lui-même s'inscrivait initialement dans cette perspective –, nous avons gagné à la suite d'une série d'événements la conviction des limites de l'entreprise à laquelle nous avions participé, et une distance qui, sans amener au *désabus*, permet il nous semble de saisir plus précisément la substance à laquelle nous nous sommes attaqués.

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-habiliter, 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 soit le seul à même de susciter 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[1101] –, 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[1102]. 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 – l'Afrique –, 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

1101 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.

1102 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* (*Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, Fayard, 1999, page 15), 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.

de l'humanité toute entière. *Puisque nous ne pouvons plus incarner le monde, nous nous muerons en son universel défenseur*.

Les filtres ethnique et racial, doublés d'une domination morale sans partage ni contestataires légitimes, ont permis à la Cour pénale internationale d'éviter la plupart des procès en médiocrité qui lui auraient été adressés, ses accusés eussent-ils été occidentaux.

C'est d'abord la méconnaissance de la situation de l'Afrique des Grands lacs par l'ensemble des acteurs ayant participé aux premières procédures de la CPI – mais aussi par le reste du monde – qui a permis à l'institution de survivre à sa première décade et à l'absurdité de son fonctionnement interne. Cette méconnaissance n'est pas neutre, elle est porteuse de préjugés, d'indifférence ou au contraire d'un paternalisme *in fine* tout aussi méprisant par rapport aux objets de la justice qui s'exerce. Autant d'outils pour la stratégie semi-consciente et très certainement indifférente du Procureur[1103].

Douze ans après la création de la Cour, seuls deux coupables congolais purgent des peines de prison difficilement acquises et largement contestées au sein même de la CPI. Trois autres responsables de médiocre rang ont été acquittés ou n'ont même pas vu leurs charges confirmées par les juges de la CPI. Un dernier est mort au combat, dans ces combats même que la Cour prétendait arrêter, après avoir librement comparu devant les juges de La Haye. Le TPIY avait, dans ses neufs premières années d'exercice et en partant d'un contexte géopolitique mais aussi doctrinaire et légal beaucoup plus délicat, achevé 25 procès, et détenait 46 personnes. Le TPIR avait quant à lui, dans la même temporalité, achevé 13 procès.[1104]

*

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

1103 Avec l'arrivée de Laurent Gbagbo à La Haye, son Bureau aura l'opportunité de montrer qu'il est fait *d'un bois différent*. Gageons au contraire que ce procès, comme celui concernant les autorités kenyanes, agira en révélateur des graves insuffisances de sa planification et de son action.

1104 Voir Schabas, W., « The International Criminal Court at ten », *Criminal Law Forum*, 2011, page 507.

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 la fiction 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 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 pensé 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.

Nous avons tenté de résister à la virtualisation des enjeux qu'implique l'énonciation des luttes que nous venons de présenter, en nous accrochant à une incarnation de celles-ci suffisamment proche de notre objet d'étude mais aussi des référents disciplinaires, sociaux et culturels qui structurent notre rapport au monde pour permettre de jouer un rôle de contrepoids. Codifié, *traduit* pour devenir artificiellement accessible, compréhensible, *jugeable* par un public occidental qui *in fine* se croit encore le décideur unilatéral des jeux de pouvoir se déroulant sous leurs yeux, Germain Katanga a été, et c'est tout à fait logique, rendu dans le même temps inaccessible à ce même public dans sa propre « vérité », c'est-à-dire en tant que corps humain, seule capable – étant donnée l'absence d'ancrage *politique* ou *souverain* de ce corps – d'énoncer un discours alternatif sur sa propre existence et les conditions d'émergence tant de ses actes que du

monde qui les a portés. Les résistances auxquelles nous avons fait face pour pouvoir le rencontrer ne se justifient pas autrement, alors que sa condamnation était définitive et sa « libération » prochaine.
Nos interactions avec lui *en tant que fiction* tout au long de ces recherches nous ont permis de refuser tous les « petits compromis » qui nous étaient suggérés à chaque étape de notre réflexion sur la Cour dans son ensemble. Notre certitude d'avoir affaire à un *corps réel*, impossible à deviner dans son ampleur, son *impureté* et sa *valeur* puisqu'il resta inatteignable jusqu'en septembre 2014, nous ont quant à elles forcé à demeurer inflexibles dans notre jugement d'une construction dont la grandeur théorique ne gagnait pas à être confrontée à la réalité de sa mise en œuvre. Notre parcours achevé, une question demeure : aurait-il fallu craindre l'empathie, et s'en protéger, face à un sujet de recherche qui a tué, certainement femmes et enfants, à l'aube de ses vingt ans ? Ou était-ce là la condition pour renverser notre regard et, un instant, interroger les vérités assénées par un dispositif de pouvoir sans adversaire discursif autre que des puissances encore plus imposantes, qui ne s'y opposent que parce qu'elles refusent tout empiètement sur leur propre fiction ? Aurait-il plutôt fallu prendre pour *témoin individuel* les « victimes », dont nous contestons qu'elles puissent être ainsi ontologiquement définies – et dont nous contestons avec encore plus de virulence que quiconque puisse porter leur *parole générale* de manière institutionnalisée, à plusieurs milliers de kilomètres, sur des questions de droit entièrement exogènes à leur culture –, victimes dont nous ne disposons d'aucun élément tangible permettant d'affirmer que leur existence a été influencée d'une quelconque manière par la Cour pénale internationale ? Aurait-il alors fallu se satisfaire du regard *supérieur* des énonciateurs de la fiction, auquel tout un chacun s'assimile *nécessairement* dès lors qu'il se contente d'approcher son sujet de recherche à partir des données émises par celui-ci, et dans son langage ? Nous considérons aujourd'hui que le *risque* n'en était pas un, alors même que notre propos a été énoncé dans les termes, et donc dans les conditions, imposés par le système de pouvoir que nous avions entrepris de déconstruire, c'est-à-dire le droit international pénal.

Difficile cependant de se satisfaire d'une approche simplement critique, alors que le diagnostic sur le « fléau » qui a donné naissance à la CPI, la possibilité d'existence de violences politiques de masse à une échelle intolérable et la nécessité de les éviter, ne semble guère contestable[1105]. Nécessairement, nous nous devons de poser la question, bien qu'elle ouvre théoriquement un champ qui ne pourrait être couvert dans l'espace que nous achevons ici : que nous proposent les alternatives politiques qui, ici et là, émergent sur les cendres d'édifices étatiques jamais enracinés ?

Avant tout, actons que l'on ne nous propose – mais un quelconque pouvoir a-t-il jamais agit autrement ? – que des dispositifs de sidération. Le constat s'applique aussi bien à la Cour pénale internationale, qui se sert de ces dispositifs de sidération

1105 Notons que déjà ici nous adhérons à une perspective qui pourrait ne pas être exempte de critique, et qui délégitime l'utilisation de violence, certes à des échelles « supérieures » dont nous avons vu cependant les difficultés qu'il y avait à les caractériser, à des fins de transformations politiques.

pour légitimer son action, que pour les objets de son pouvoir qui, ne pouvant s'appuyer sur des pouvoirs intermédiaires chargés de s'imposer immédiatement à leurs territoires, n'hésitent pas à donner en spectacle leur *barbarie* pour mieux soumettre leurs adversaires.
Les alternatives *extérieures* qui se présentent à nous ne peuvent dès lors qu'avoir le visage de l'invisible – notamment les structures rhizomatiques qui se multiplient – ou de l'insoutenable, puisque là est la condition de leur naissance, sans que puisse être devinée la réalité de l'ordre que feraient réellement naître une fois « instaurées »ces nouvelles fictions. Condamnés comme nous l'avons vu à la condition universelle, nous ne trouvons nulle part des fictions alternatives *en dehors de nous-mêmes*, faute de pouvoir penser celles qui se refusent à une telle condition, refusant dans le même mouvement d'être saisies par leur extérieur, dont nous sommes immanquablement. Nous voilà donc renvoyés à notre objet de recherche si malaimé, non pas cette fois par enthousiasme ou soumission, mais par *incapacité* à voir ailleurs. Analysons donc une dernière fois à la lumière de ce constat la valeur des avances que la Cour nous a faites. Se tient devant nous un instrument pénal qui a été l'un des principaux dommages collatéraux d'une décennie qui avait fait de la répression le cœur de ses priorités. Le paradoxe d'ouverture est aimable.

Il ne dit rien. Tout en étant soigneusement préservée et parfois soutenue *à toutes fins utiles*, la Cour a 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. Derrière la façade d'une *justice apparente* qui a trouvé ses limites et dès lors sa *déformation* par la constante primauté donnée aux 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 nous montrions prêt à ignorer 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 avait proposé la naissance d'une souveraineté juridictionnelle chargée de définir facticement, 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 généralisait par des formes plus discrètes, dans le silence de cet ordonnancement. Et voilà que nous l'avions accepté.

Regardant d'en haut, convaincus de notre immunité factuelle et de notre supériorité rationnelle, nous nous y étions même précipités. Voilà notre étude qui tient de par *l'effet* miroir qu'elle renvoie ; virulente et soudaine cure psychanalytique déniaisant notre rapport au politique. Tentons d'en mesurer les conséquences, une fois cet aveuglement révélé, et au-delà de l'individualisation fictionnelle que nous venons de mettre

en scène, en nous appuyant pour cela sur un dispositif de distanciation, une dernière fiction philosophique personnalisée, cette fois sous la forme d'un dialogue, afin de voir si nous pouvons tirer des conclusions qui aient forme de *jugement*.

*

Affligé par le résultat de nos recherches, *nous* nous préparons à dissoudre la fiction qui nous a tant occupés en lui retirant notre croyance. Mais celle-ci exige, dans le respect des formes procédurales, de pouvoir prendre la dernière la parole, pour plaider sa cause et éventuellement demander grâce. Déjà transparente et insignifiante, elle ne cèdera pas sans s'être défendue comme le Droit nous y oblige. Suspendons donc notre jugement un instant pour entendre une dernière fois son discours, et comprendre, sans artifices, ce qui nous y a fait adhérer jusqu'à le façonner :

« La Cour pénale internationale suggère un chemin, un compromis. De notre capacité à dépasser définitivement l'aporie hobbesienne concernant les protections des populations des entités souveraines dépendra la suite du processus, et peut-être même l'avenir de nos fictions souveraines. Le regard sous-jacent qu'il faut porter sur le monde pour comprendre cette exigence est simple, et correspond *in fine* à l'ensemble des diagnostics, y compris les plus critiques, qui ont été portés sur notre modernité politique. L'accumulation de puissance entre les mains des États – paradoxale, certes, tant ils se trouvent par ailleurs fragilisés – est telle que des mécanismes de responsabilisation et de répression qui échappent à leur contrôle sont devenus incontournables. Bien entendu, certaines voix *progressistes*, *humanistes*, bref, *sœurs*, ne voient dans ces mécanismes qu'insuffisances, effets délétères, *fatuité des projets*. Pourtant les résistances de nos ennemis communs, supporters d'une forme étatique désinhibée, continuent à se faire jour, montrant par leur existence même que ce combat que vous considérez comme insuffisant, dépassé voire achevé, est d'actualité. Loin d'être une complice objective de ces derniers, la CPI se propose, justement, d'être une tentative de la dernière chance, offrant une transition imparfaite mais sans dommages excessifs vers la première page d'un *ordre minimal* du monde fondé sur des principes énoncés en Europe il y a plusieurs siècles, pour un continent doté d'une certaine homogénéité culturelle et économique, mais qu'elle croit encore, à rebours de plusieurs décades, universalisables. S'appuyant sur des États enfin rendus vertueux par sa propre action pour mieux les renforcer, la Cour incarne avec les organisations régionales la seule alternative à l'effondrement brutal d'une forme souveraine qui nous est encore nécessaire, et qui sinon nous mènerait à l'émergence d'un monde dominé par la froideur financière, le fanatisme religieux et le droit des potentats locaux. La CPI refuse-t-elle l'existence d'espaces non-étatisés ? Moindre mal, comme peut le devenir l'État !

Il s'agit ainsi de trouver un point d'équilibre. Le discours d'ordre de la Cour porte en effet autant vis-à-vis de l'extérieur qu'envers la fiction étatique elle-même : il est illusoire d'espérer que les États ressurgissent sous leur forme *léviathique* passée. L'attrait nostalgique de la pureté originelle ne résiste pas à l'étude des raisons qui nous ont poussés à la quitter. Reprochez-vous à la Cour de chercher à préserver le monopole étatique sur le politique ? Elle pense plutôt lui faire découvrir ses limites dans l'attente d'un ailleurs. L'incessante conquête de l'universel par la forme étatique, d'abord armée, puis idéologique, et enfin désincarnée par le truchement des institutions de Bretton Woods et de l'ONU – qui toutes cherchent à en imposer le modèle partout sur la terre –, n'est plus. Les violences de masse, les crises à répétition et la déstructuration de sociétés entières ont créé un sentiment de défiance dont le cycle de violence auto-immunitaire que vous avez justement mentionné n'est qu'une conséquence. Plus probablement qu'à une victoire définitive, une tentative de résurgence *léviathique* amènerait à une dissolution massive des contrats sociaux et à l'émergence d'un monde où les États, épuisés par leur lutte expansionniste permanente, n'auraient plus la capacité de protéger leurs populations et l'idée même d'un *bien commun*. Voilà pourquoi la Cour est nécessaire, passeur entre deux apories, tentative de rendre tolérable demain l'intolérable d'aujourd'hui, encore un peu. Qu'elle soit dysfonctionnelle, qu'elle n'agisse *qu'en tant outil de maintien de l'ordre*, quitte à ne s'attaquer qu'à ses éléments les plus faibles, n'y change rien. »

Le diagnostic pourrait séduire, alors que la parole coule, sûre d'elle-même et de son universalité, s'élevant du chaos pour immédiatement sembler l'ordonner, et pourtant déjà comme à rebours, niant que l'idée même d'État ait souffert de bouleversements fondamentaux qui rendent illusoires son rétablissement, refusant une complicité évidente dans la prolongation d'une agonie sans lendemain. Répondons donc par un diagnostic s'appuyant sur nos mots, et voyons si la solution proposée ne serait pas un peu courte.

« La forme dont dépend votre existence s'effondre, et la Cour n'y pourra rien. Déjà, les grands conglomérats imposent leur loi, non plus dans les pays en développement, mais au cœur du système westphalien – remettant fondamentalement en cause l'idée même d'égalité formelle entre les individus, c'est-à-dire le premier fondement des contrats sociaux modernes. En Espagne, les casinos Adelson promettent la création du plus grand complexe de prostitution, jeux d'argent et corruption d'Europe contre la modification de dizaines de lois et des exemptions de taxes atteignant deux milliards d'euros. Les autorités, garantes théoriques de cet ordre, ce *conatus* que le projet cherche si joyeusement à subvertir, les ont quasiment toutes acceptées afin, pensaient-elles, de recouvrir un peu de moyens pour défendre leur souveraineté, avant que le milliardaire américain ne trouve en Grèce un territoire encore plus échancré[1106]. A l'autre extrême, en Afrique du Sud et au Brésil, la FIFA, l'une des seules organisations

1106 Voir pour la conclusion d'un feuilleton qui a duré plusieurs années et qui a connu un retentissement faramineux, impliquant les plus hautes autorités politiques espagnoles : Minder, R., Thomas, L., « Billionaire drops plan for casino in Spain », *New York Times*, 14 décembre 2013.

internationales véritablement *cosmopolites* et *universelles*, n'a pas hésité à exiger la privatisation des pans entiers du territoire, non pas économique, mais légale, imposant un ordre extraterritorial par autant de modifications législatives, financements de grands travaux, privatisation de corps de police et immunités pour ses agents, contre le seul usage de sa « marque »[1107]. Protecteur, l'État, disiez-vous ? Il nous semble plutôt voir émerger un nouveau féodalisme des ruines de l'idée même d'État providence, seule forme de domination politique socialement acceptable dans un régime *démocratique* dont vous partagez l'inspiration libérale, et que vos consœurs internationales déconstruisent sciemment au même rythme auquel vous promettez de le protéger[1108]. Mouvement lancinant que l'on pensait limité à d'anciennes colonies n'ayant jamais eu d'État, le morcellement des sociétés rampe, se généralise – et alimente par contrecoup un affaiblissement supplémentaire des formes souveraines. Les crises de la dette occidentale – trouvant largement leurs origines aux États-Unis, dans les « guerres contre le terrorisme » et l'explosion des crédits spéculatifs privés comme publics qui s'en est suivie — s'ajoutent à la privatisation des émergents, enfermés en conséquence dans un souverainisme de façade qui sert de piètre masque. L'Inde, comme les autres émergents, ne réussit à se projeter, non par choix, mais parce que ne disposant que de 800 diplomates de carrière, et que son émergence n'est que celle de son secteur privé. Elle se voit obligée de déployer toute son énergie dans le simple objectif de préserver son emprise territoriale et sociale.

Plus largement, les appareils sécuritaires, aux capacités démultipliées, sont toujours plus sollicités pour imposer un droit qui ne satisfait plus aux attentes des populations. L'accroissement continu de leurs coûts, économique comme politique, n'en rend le modèle que moins soutenable. Les petits États n'ont pas les moyens d'imposer l'ordre sur leur territoire, les grandes puissances les perdent en devant s'y substituer pour protéger le leur. Mali, Afghanistan, Centrafrique, voilà la véritable similarité. Seule la crainte du terrorisme, de cet étranger invisible, permet de rehausser le seuil de tolérance de *l'homme-masse* – l'expression est d'Ortega y Gasset[1109] – à l'accroissement de cette emprise sécuritaire, à la dissolution du sentiment d'altérité dans la perspective utilitariste qu'il n'est pas sans réclamer. Qu'importe que le terrorisme *réel* n'ait fait que décroître depuis trente ans. L'obsession sécuritaire prime encore et encore, accroissant les tensions avec les minorités, au sens premier, *intolérées* dans leurs revendications

1107 La plupart de ces dispositions, qui ont impliqué des modifications des cadres juridiques brésiliens civils, pénaux et constitutionnels, ont été regroupées au sein des 71 articles de la *Lei geral da Copa*, promulguée le 5 juin 2012 (Loi 12.663) et validée par le Tribunal suprême fédéral le 7 mai 2014, malgré les très fortes critiques émises par son Président à l'égard de la plupart de ses dispositions.

1108 À cet égard, Georges Burdeau énonce : « A vrai dire la féodalité ne cessera jamais car il est de son essence de renaître à chaque défaillance du Pouvoir étatique. L'homme cherchera toujours protection auprès du Pouvoir, et par delà une assistance immédiate, il lui demandera de garantir l'avenir qu'il souhaite (…) Ainsi ce n'est pas la violence des forts qui suscite ces pouvoirs concurrents au Pouvoir légal ; c'est l'initiative des faibles en quête de sécurité d'abord, d'espérance ensuite. En face des faibles qui réclament, les nantis s'organisent alors pour défendre leurs privilèges et, finalement, la société toute entière n'est plus qu'une juxtaposition de forteresses ou de camps retranchés d'où partent les assauts contre la citadelle étatique » (*L'État*, page 144).

1109 Ortega y Gasset, J., *La révolte des masses*, Paris, Les Belles Lettres, 2010, trad. L. Parrot.

comme dans leur présence même au nom de la défense de la tolérance – et ainsi poussées à la violence. Un nouveau cycle de désagrégation est lancé. Admettez-le. Vous prétendez convertir une forme en limitant ses dommages, vous ne faites qu'en déguiser la dégénérescence et prolonger les effets délétères. »

Voilà qu'à mesure que le flot s'accroît, la parole se durcit, comme retrouvant son assise après avoir légèrement vacillé. « Ne nions pas ce qui aurait pu nous rapprocher. Alors que le XXIe siècle, selon vos propres termes, a déjà connu un génocide resté sans réponse et que la Syrie montre la prégnance de comportements que l'on pensait d'un autre temps, l'acceptation d'un « sacrifice » réel de la souveraineté par certaines des élites dirigeantes les plus privilégiées et les plus protégées du monde, à commencer par l'états-unienne, aurait pu apparaître comme une urgence dont dépendrait la sécurité de populations entières, qui, à d'autres endroits de la planète, ne disposent pas des outils de contrôle internes leur permettant d'assurer la plus élémentaire protection vis-à-vis de leurs gouvernants. Nous vous l'accordons.
Mais il est devenu difficile de croire que vous incarnerez cette alternative. Voyez donc les comportements souverains des principales puissances, qui partout exigent l'application de leur justice et refusent que soit envisagée la moindre évaluation en retour. Voyez le comportement de la CPI elle-même, anticipant les désirs, se soumettant avant qu'on le lui demande. Que la préservation d'une forme étatique renouvelée, à laquelle participe la Cour, pourtant si longtemps combattue par les forces progressistes et responsable de tant de destructions, soit devenue par une ironie de l'histoire un dernier espoir face à la voracité d'un monde qui n'est pas prêt à s'en défaire, nous pourrions aussi l'accepter[1110]. Mais admettez-le : régulé, renforcé par des siècles d'ajustements progressifs et par des transferts croissants de souveraineté, l'État s'éviscère de lui-même devant nos yeux. Incarnation théorique à bien des égards idéelle face aux nombreuses ombres qui nous menacent, déchirant de lui-même cette structure fondamentale à partir de laquelle nous aurions pu penser le dépassement de l'idée moderne de souveraineté, il est une idée morte, et en prétendant la servir, vous ne faites que révéler votre propre morbidité. »

Voilà que la Cour, déjà s'éloignant, s'effaçant à ces mots, subitement réagit, dans un dernier sursaut. « Mais qu'espérez-vous donc ? L'intérêt des populations ne peut pas passer par les manœuvres de contournement actuellement mises en place, qui fragmentent les outils politiques et livrent les plus précaires à l'arbitraire du marché et d'une dérégulation mondiale. Aucune des fictions actuellement existantes n'a encore

1110 Derrida le percevait peu avant sa mort : « Je ne crois pas qu'une déconstruction, si elle veut être aussi conséquente que possible, doive s'opposer frontalement et unilatéralement à l'État. Dans de nombreux contextes à déterminer, l'État reste la meilleure protection contre des forces et des dangers multiples. Et il peut assurer la citoyenneté dont nous parlions. Les responsabilités à prendre quant à l'État sont donc chaque fois différentes selon les contextes, et il n'y a aucun relativisme à le reconnaître. Mais, à terme, ces transactions nécessaires ne doivent pas interrompre une déconstruction de la forme-État qui devrait, un jour, ne plus être le dernier mot du politique […]. » *Le concept du 11 septembre,* page 191.

la force ni les cadres permettant de prendre le relais – et de résister aux appétits des puissances privées. Ouvrez les vannes, et les fondamentalistes sans loi arriveront les premiers ! Admettons votre postulat, à savoir que la pensée de formes alternatives, que vous êtes incapable de saisir et de défendre, soit devenue nécessaire non pour réguler l'État, mais comme structures de résistance et de développement face aux éventuels bouleversements qui semblent nous attendre : c'est bien la fiction étatique qui encore aujourd'hui en protège l'incubation et les premières émergences. L'État ne peut plus constituer sa propre finalité, nous sommes d'accord. Vous citez Gérard Mairet, traducteur de la pensée hobbesienne, qui va jusqu'à assurer que la forme étatique est achevée, et vous nous demandez de l'entendre à tous les sens du terme : elle serait morte en se finissant. Soit. N'en faudra-t-il pas moins la préserver le temps que la transition soit consommée, sans les blancs-seings d'antan ?

Le XX^e^ siècle a montré les effets catastrophiques d'une souveraineté débridée. Il ne s'agit donc pas, vous l'avez compris, de se muer en défenseur unilatéral de l'État, comme le préconisait Carl Schmitt, et c'est bien le rôle de la CPI comme des mouvements politiques et citoyens que vous défendez que d'empêcher ce retour en arrière. Loin d'être ultime, la préservation de la forme étatique par le Statut de Rome pourrait être conçue comme une étape, à conserver dans son intégrité le plus longtemps possible, créant une « souveraineté juridictionnelle » plus ou moins transitoire, contrôlée publiquement et servant dans la mesure du possible les biens communs, jusqu'à ce que des formes post-étatiques acquièrent la force suffisante pour s'y substituer. Toute brèche ouverte dans ce processus intermédiaire n'étant pas le fait de mouvements proprement politiques, qui laisserait s'infiltrer le privé ou le religieux dans la sphère institutionnelle publique, risque d'avoir de terribles conséquences. Ses acquis sont trop grands pour pouvoir espérer qu'une destruction préalable à un grand renouvellement permette autre chose que l'émergence d'une violence dont seuls sortiront gagnants les puissants d'aujourd'hui, déjà à l'affût. L'effacement progressif de l'État, et donc de la souveraineté, doit prendre la forme de la justice, entendue à tous les sens du terme et à toutes les échelles, sinon il touchera à l'anarchie. La CPI ouvre dans cette optique la voie à une réconciliation entre les contractualismes hobbesiens et cosmopolitiques. Le continuum progressivement formé par le Système de Rome avec les édifices juridiques nationaux permet au contraire d'envisager une nouvelle forme de gouvernance, et un bouleversement de notre regard sur les *formes politiques* dominantes et somme toute contingentes.

Certes, les compromissions ont été nombreuses. Mais la Cour n'est en quelque sorte qu'un premier pas. Les dommages n'ont-il pas été limités ? Des corrections ne peuvent-elles pas être envisagées ?[1111] Les défis se multiplient, et la préservation de

1111 Et puis, pardonnez cette plaidoirie qui s'infiltre jusque dans les marges, mais ne le dites vous pas vous même, nos insuffisances ne nous ont-elles pas condamné à la marge, à un rôle somme toute secondaire ? Comment nous percevoir alors comme un serviteur efficace d'une fiction dont nous précipiterions la chute ?

l'étant n'est pas qu'une affaire de sécurité. Le changement climatique, les pandémies, la pauvreté et l'exploitation n'ont été exclues de la définition des violences de masse que parce qu'elles ne comportaient pas de caractère politique *directement évident* et que leur criminalisation mettrait en cause l'ordre anarchique et profondément inégalitaire du monde westphalien. Trop difficilement incriminables individuellement, faisant trop système pour être punis, quand bien même il est clair que ces processus sont la conséquence directe de l'organisation politique actuelle du monde, ils sont la prochaine cible. C'est la promesse que porte la Cour. Tous ces défis appellent maintenant à un dépassement coordonné, organisé du monopole des États sur les relations internationales et à une responsabilisation judiciaire qui prend déjà forme aux niveaux nationaux. Tous sont des facteurs potentiels de dissolution des contrats sociaux aussi importants que les crimes définis par le Statut de Rome et devront être ainsi être pris en compte à court ou moyen terme. Tous ont vocation, sinon à être combattus au sein de la Cour, du moins à suivre la voie des « crimes contre l'humanité » tels qu'ils sont définis actuellement pour être à leur tour formalisés et pénalisés.
Voilà que nous plaidions pour une période de grâce et que nos réflexes expansionnistes reprennent le dessus. Mais Schmitt lui-même ne disait-il pas que l'Histoire du droit faisait l'Histoire du monde ? Il pressentait dans les dernières années de sa vie un bouleversement seulement comparable à l'émergence du monde westphalien. Faisons le pari que la CPI n'empêche pas l'effondrement étatique (quitte à sacrifier quelques souverains), et qu'en plus elle permette de limiter les conséquences humaines de la lutte qui le provoquera et s'ensuivra. Voilà notre compromis. Que la Cour pénale internationale ouvre une petite voie. Celle, dans l'attente de l'aube, d'une nuit gouvernée. »

Ainsi s'acheva la plaidoirie finale de la Cour pénale internationale, sans que nous sachions si elle fut encore écoutée. Celle, pour reprendre les mots de Moreno Ocampo, d'une « fiction certes, mais d'une fiction nécessaire qu'il faut continuer à nourrir »[1112]. Nous ne pourrons pour notre part nous défaire du goût de cendre que nous a laissé notre *rencontre* avec Germain Katanga. Celui d'une défaite absolue dont nous sommes comptables.

1112 Échange électronique, 3 octobre 2014.

SOURCES

Documents

Textes régissant la Cour pénale internationale

- Acte final de la conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour criminelle internationale, A/CONF.183/10, Rome, 17 juillet 1998 (Statut de Rome).
- Éléments de Crime (*Documents officiels de l'Assemblée des États-parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, première session,* New York, 3-10 septembre 2002 (ICC-ASP/1/3 et Corr.1).
- Règlement de Procédure et de preuve (*Documents officiels de l'Assemblée des États-parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, première session,* New York, 3-10 septembre 2002 (ICC-ASP/1/3 et Corr.1).
- Règlement de la Cour, adopté par les juges de la Cour le 26 mai 2004, version amendée et entrée en vigueur le 29 juin 2012 (ICC-BD/01-03-11).

Documents du Bureau du Procureur de la CPI

- Manuel opérationnel du Bureau du Procureur, La Haye, (non daté, non référencé).
- Communication relative à certaines questions de politique générale concernant le Bureau du Procureur, La Haye, 2013 (non référencé).

- Code de conduite du Bureau du Procureur, La Haye, 5 septembre 2003 (OTP2013/024322).
- Document stratégique de politique générale relatif aux examens préliminaires, La Haye, novembre 2013 (non référencé).
- Stratégie en matière de poursuites (2009-2012), La Haye, 1er février 2010.
- Policy paper on the interests of justice, La Haye, 2007 (non référencé, non traduit).
- Rapport sur les activités mises en œuvre au cours des trois premières années du Bureau du Procureur (juin 2003-juin 2006), La Haye, 12 septembre 2006 (RP20060906-OTP).
- Communication relative à certaines questions de politique générale concernant le Bureau du Procureur, 2003 (non référencé).
- Communiqué de presse ICC-OTP-20090930-PR456 du 30 septembre 2009 intitulé « Le Procureur plaide pour une stratégie orientée sur trois axes pour que justice soit faite au Kenya ».
- Communiqué de Presse du Bureau du Procureur du 8 mai 2014, ICC-OTP-20140508-PR1003.
- Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 to Muammar Mohammed Abu Minyar GADDAFI, Saif Al-Islam GADDAFI and Abdullah AL-SENUSSI, ICC-01/11-4-Red (Situation Libyenne, à l'intention de la Chambre Préliminaire I, 16 mai 2011).
- Situation en République de Corée, Rapport établi au titre de l'article 5, Bureau du Procureur, 5 juin 2014 (non référencé).
- Intervention du Procureur de la Cour pénale internationale, M. Luis Moreno Ocampo, devant l'Assemblée des États-parties, 8 septembre 2003.

Autres textes liés à la Cour pénale internationale

- Accord négocié régissant les relations entre la Cour pénale internationale et l'Organisation des Nations Unies, New York, 4 octobre 2010 (ICC/ASP/3/Res.1).
- Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de la quarante-sixième session, New York, 9 décembre 1994 (Document ONU Supplément numéro 10 (A/49/10).
- Rapport du comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, Volume I (Travaux du Comité préparatoire en mars-avril et août 1996) (Assemblée générale de l'ONU, A/51/22).
- Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle international, Rome, 14 avril 1998 (Document ONU de la 51e session de l'Assemblée générale, A/51/22).
- Rapport sur le modèle de capacité de la Cour, Cinquième session de l'Assemblée des États Partie, 23 novembre-1er décembre 2006 (ICC-ASP/5/10).
- Commémoration du dixième anniversaire du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, La Haye, Secrétariat de l'Assemblée des États-parties à la Cour pénale internationale, 2009.

- Communiqué de presse de la CPI du 1er mai 2014 ICC-CPI-20140501-PR1001.
- Branco, J., « La France et la CPI : établir une feuille de route », Paris, Direction de la prospective, Ministère des Affaires étrangères, 20 novembre 2012 (Note, 8 pages confidentielles).

Traités

- Accord concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire (Charte de Londres), Londres, 8 août 1945.
- Accord de partenariat entre les membres du groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part (Accords de Cottonou), Cotonou, 23 juin 2000.
- Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (Accords d'Helsinki), Helsinki, 1er août 1975.
- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), Rome, 4 novembre 1950.
- Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, Vienne, 21 mars 1986 (Doc. A/CONF.129/15).
- Traité de Versailles, Versailles, 28 juin 1919.
- Traité sur l'Antarctique, Washington, 1er décembre 1959.
- Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, Lisbonne, 1er décembre 2009.

Résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU

- Résolution 808 du Conseil de sécurité de l'ONU, 22 février 1993 (TPIY).
- Résolution 955 du Conseil de sécurité de l'ONU, 8 novembre 1994 (TPIR).
- Résolution 1565 du Conseil de sécurité de l'ONU, 1er octobre 2004 (RDC).
- Résolution 1593 du Conseil de sécurité de l'ONU, 31 mars 2005 (Soudan).
- Résolution 1674 du Conseil de sécurité de l'ONU, 28 avril 2006 (R2P).
- Résolution 1970 du Conseil de sécurité de l'ONU, 26 février 2011 (Libye).
- Résolution 1973 du Conseil de sécurité de l'ONU, 17 mars 2011 (Libye).

Résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU

- Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 260 (III) B, 9 décembre 1948.
- Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 489 (V), 12 décembre 1950.
- Assemblée Générale des Nations Unies, résolution 687 (VII), 5 décembre 1952.

- Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 898 (IX), 14 décembre 1954.
- Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 1187 (XII), 11 décembre 1957.

Autres documents

- Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Textes fondamentaux*, New York, ONU, 31 janvier 2010.
- Statut actualisé du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, tel qu'amendé le 29 septembre 2008 (résolution 1837), *Textes fondamentaux,* New York, ONU, septembre 2008.
- *Inspire,* « printemps 1431 », numéro 5, 2011.
- *Inspire,* « été 1432, numéro 6 », 2011.
- *Lei geral da Copa* (numéro 12.663), 5 juin 2012, République Fédérative du Brésil.
- Branco, J., « La prise de Goma : généalogie d'un échec partagé et qui aurait pu être évité », Cabinet du Ministre, Ministère des Affaires étrangères, 21 novembre 2012 (Note, non paginée).
- American Service-Members' Protection Act (Hague Invasion Act), Washington, 2 août 2002.
- Bybee, J-S., « Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counself to the President, and William J. Haynes II General Counsel of the Department of Defense re : Application of Treaties and Laws to Al Qaeda and Taliban Detainees », US Department of Justice, 22 janvier 2002.
- Koh, H., « Lawfulness of a lethal operation directed against a U.S citizen who is a senior operational leader of Al-Qa'ida or an associated force » (white paper), Washington DC, Department of justice, 2 avril 2013.
- Military Commissions Act of 2006 (HR-6166), Washington, 17 octobre 2006.
- Ambassade américaine de Kinshasa, *How Joseph Kabila Became President ; conversations with a « King Maker »,* Télégramme diplomatique, 01KINSHASA1610, SECRET, 26 mars 2001.
- *Hansard*, *Kenya National Assembly official record*, Nairobi, Google Books, 31 août 2010.
- *Trials of the Major War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals,* 42 volumes, Washington D.C, 1947-1949.
- *Trials of War Criminals before the Nuernberg (sic) Military Tribunals,* 15 Volumes, Washington DC, 1947-1949.
- Rapport du Groupe d'experts chargé d'évaluer l'efficacité des activités et du fonctionnement du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda, *ONU,* New York, 22 novembre 1999 (Rapport).
- Renvoi de la situation malienne à la Cour pénale internationale, Bamako, 13 juillet 2012

JURISPRUDENCE

Cours internationales

- CEDH (plénière), Affaire König contre Allemagne, arrêt, 28 juin 1978.
- CJUE, Affaire Kadi et Al Barakaat contre Conseil et Commission, 21 septembre 2005.
- CPIJ, « Statut juridique du Groenland oriental », arrêt, 5 avril 1933.
- CIJ « Affaire relative à l'application de la convention pour la prevention et la repression du crime de genocide (Bosnie Herzégovine contre Yougoslavie) », exceptions préliminaires, arrêt, 11 juillet 1996.
- CIJ, « Affaire des essais nucléaires (Nouvelle Zélande contre France) », arrêt, 20 décembre 1974.
- CIJ, « Affaire de la délimitation des frontières maritimes dans la région du Golfe du Maine (Canada contre États-Unis d'Amérique) », arrêt, 12 octobre 1984.
- CIJ « Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide Bosnie Herzégovine contre Serbie-et-Monténégro », arrêt, 26 février 2007.

Cours nationales

- Arrêt « Barbie », Cour de Cassation, Chambre criminelle, 20 décembre 1985 (France).
- Rasul v. Bush, Cour suprême des États-Unis d'Amérique, arrêt, 28 juin 2004 (États-Unis).
- Hamdan v. Rumsfeld, Cour suprême des États-Unis d'Amérique, arrêt, 29 juin 2006 (États-Unis).
- Medellin v. Texas, Cour suprême des États-Unis d'Amérique, arrêt, 25 mars 2008 (États-Unis).
- Boumediene v. Bush, Cour suprême des États-Unis d'Amérique, arrêt, 12 juin 2008 (États-Unis).

Cour pénale internationale

- Decision on the Prosecutor's Application for a warrant of arrest, article 58 (Chambre préliminaire I, Affaire Lubanga, ICC/01/04-01/06-8-US-Corr, 10 février 2006, non traduit).
- Arrêt relatif à l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la décision en vertu de l'article 19-2a du Statut (Chambre d'appel, ICC-01/04-01/06-772-tFRA, 14 décembre 2006).
- Arrêt relatif à la requête du Procureur aux fins d'obtenir l'examen extraordinaire de la décision rendue le 31 mars 2006 par laquelle la Chambre préliminaire I rejetait une

demande d'autorisation d'interjeter appel (Chambre d'appel, ICC-01/04-168, 4 janvier 2007).

– Décision sur la confirmation des charges (Chambre préliminaire I, Affaire Lubanga, ICC-01/04-01/06-803, 29 janvier 2007).

– Décision relative à la requête de l'Accusation en vertu de l'article 58-7 du Statut (Chambre Préliminaire I, Affaires Harun et Kushayb, ICC-02/05-01/07-1-Corr-TFR, 27 avril 2007).

– Décision relative à la participation des victimes (Chambre de première instance I, Affaire Lubanga, ICC-01/04-01/06-119-tFRA, 18 janvier 2008).

– Arrêt relatif aux appels interjetés par le Procureur et la Défense contre la Décision relative à la participation des victimes rendue le 18 janvier 2008 par la Chambre de première instance I (Chambre d'Appel, Affaire Lubanga, ICC-01/04-01/06-1432-tFRA, 11 juillet 2008).

– Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre de première instance I intitulée « Décision relative à la mise en liberté de Thomas Lubanga Dyilo » (ICC-01/04-01/06-1487-tFRA, 28 janvier 2009).

– Requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Omar Hassan Ahmad Al-Bashir (Chambre préliminaire I, ICC-02/05-01/09-3-tFRA, 4 mars 2009).

– Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Omar Hassan Ahmad Al-Bashir (Chambre préliminaire I, ICC-02/05-01/09-3-tFRA, 3 février 2010).

– Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome (Chambre préliminaire II, ICC-01/09-19-Corr-tFRA, 31 mars 2010).

– Deuxième mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al-Bashir (Chambre préliminaire I, ICC-02/05-01/09-95-tFRA, 12 juillet 2010).

– Décision relative à la confirmation des Charges, Affaire Mbarushimana (Chambre préliminaire I, ICC-01/04-01/10-465-Red-tFRA, 16 décembre 2011).

– Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative à la confirmation des charges rendue par la Chambre préliminaire I le 16 décembre 2011 (Chambre d'Appel, Affaire Mbarushimana, ICC-01/04-01/10-514-tFra, 30 mai 2012)

– Decision establishing a disclosure system and a calendar for disclosure (Chambre préliminaire I, Affaire Gbagbo, ICC-02/11-01/11-30, 24 janvier 2012).

– Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (Chambre de Première instance I, Affaire Lubanga, ICC-01/04-01/06-2842-tFRA, 14 mars 2012).

– Décision relative à la peine, rendue en application de l'article 76 (Chambre de première instance I, Affaire Lubanga, ICC-01/04-01/06-2901-Fra, 10 juillet 2012).

– Décision relative à l'aptitude de Laurent Gbagbo à participer à la procédure devant la Cour (Chambre préliminaire I, ICC-02/11-01/11-286-Red-tFRA, 2 novembre 2012).

- Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (Chambre de première instance II, Affaire Ngudjolo, ICC-01/04-02/12-3, 18 décembre 2012).
- Requête urgente de la Défense en vue de solliciter la relocalisation internationale de Mathieu Ngudjolo hors du continent africain et sa présentation devant les autorités d'un des États-parties au Statut de la Cour pénale internationale aux fins de diligenter sa procédure d'asile (Défense de Mathieu Ngudjolo, ICC-01/04-02/12-15, 21 décembre 2012).
- Décision portant ajournement de l'audience de confirmation des charges conformément à l'article 67-1-c-i du Statut, Affaire Gbagbo (Chambre préliminaire I, ICC-02/11-01/11-432-tFRA, 3 juin 2013).
- Under seal *ex parte*, only available to the Prosecutor and the Registar, Warrant of Arrest for Walter Osapiri Barasa (Chambre préliminaire II, ICC-01/09-01/13-1-Red2, 2 août 2013).
- Judgement on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 october 2013 entitled « Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi » (Chambre d'Appel, ICC-01/11-01/11-565, 24 juillet 2014).
- Decision assigning the « Request for review of the Prosecution's decision of 23 april 2014 not to open a Preliminary examination concerning alleged crimes committed in the Arab Republic of Egypt, and the Registrar's Decision of 25 april 2014' to Pre-Trial Chamber II (Présidence de la Section préliminaire, ICC-RoC46(3)-01/14-1, 10 septembre 2014).
- Decision on the « request for review of the Prosecutor's decision of 23 april 2014 not to open a preliminary examination concerning alleged crimes committed in the Arab Republic of Egypt, and the Registrar's decision of 25 april 2014 », (Chambre préliminaire II, ICC, RoC-46(3)-01/14-3, 12 septembre 2014).

TPIR

- Chambre de première instance I, TPIR, Jugement Rutaganda, ICTR-96-3-T, 6 décembre 1999.
- Chambre de première instance I, TPIR, Jugement Akayesu, ICTR-96-4-T, 2 septembre 1998.
- Chambre de première instance II, TPIR, Jugement Kayieshama, ICTR-95-1-T, 21 mai 1999.
- Chambre d'appel, TPIR, Arrêt Baragwyza, ICTR-97-19-AR72, 3 novembre 1999.
- Chambre d'appel, TPIR, Arrêt portant sur la demande du Procureur en révision ou réexamen, ICTR-97-19-AR7, Affaire Baragwyza, 31 mars 2000.

TPIY

- Premier rapport d'activité annuel du TPIY, La Haye, 29 août 1994 (document ONU A/49/342).
- Chambre de première instance, TPIY, Jugement « Kunarac », IT-96-23/T, 22 février 2001.

- Chambre de première instance, TPIY, Jugement Kupreskic, IT-95-16-T, 14 janvier 2000.
- Chambre de première instance, TPIY, Jugement Tadic, IT-94-1-T, 7 mai 1997.
- Chambre de première instance, TPIY, Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence ("Vukovar Hospital Decision"), IT-95-13-R61, 3 avril 1996.
- Chambre d'appel, TPIY Arrêt Kunarac, IT-96-23, 12 juin 2002.
- Chambre d'appel, Arrêt Galic, IT-98-29-A, 30 novembre 2006.
- Chambre d'appel, Arrêt Blaskic, IT-95-14-A, 29 juillet 2004.

Affaire Katanga

Textes nationaux (RDC)

- Loi numéro 023/2002 du 18 novembre 2002 portant Code pénal militaire (publiée au Journal officiel du 20 mars 2003).
- Loi numéro 024/2002 du 18 novembre 2002 portant Code judiciaire militaire (publiée au Journal officiel du 20 mars 2003).
- Décret-loi 001-2002 du 26 janvier 2002 portant organisation générale de la défense et des Forces armées congolaises/
- Décret 024/2002 portant création de la Maison militaire du président de la République.
- Décret 019/2003 du 2 mars 2003 portant organisation et fonctionnement de la maison militaire du chef de l'État.
- Décret loi du 30 mars 2002 (n° 003/2002) autorisant la ratification RDC.
- Ratification du Statut de Rome par la République Démocratique du Congo, 11 avril 2002 volume 2187 du *Recueil des traités des Nations Unies*, United Nations Publications, New York, 2004, page 599.
- Décision de renvoi devant le Procureur de la CPI de la situation en RDC (ICC-OTP-20040419-50 daté du 19 avril 2004).
- Ordre décidant de l'extension de la détention préventive, Haute Cour militaire de la RDC, affaire Numéro 01221/0122/NBT/05, 10 avril 2007.
- Décision de « l'auditeur général près la haute cour militaire » autorisant l'arrestation et la remise de Germain Katanga à la CPI (ICC-01/04-01/07-40-Anx3.6 rendue publique le 21 décembre 2007).

Textes internationaux

- Accord de coopération judiciaire entre la République Démocratique du Congo et le Bureau du Procureur de la Cour pénale internationale, Kinshasa, 23 mars 2006.

- Accord de cessez-le-feu, Lusaka, 10 juillet 1999.
- Accord de Paix entre les gouvernements de la République Démocratique du Congo et de la République du Rwanda sur le retrait des troupes rwandaises du territoire de la République Démocratique du Congo et le démantèlement des forces des ex-FAR et des Interahamwe en République Démocratique du Congo (Accord de Pretoria), Pretoria, 9 août 2002.
- Accord entre les gouvernements de la République Démocratique du Congo et de la République de l'Ouganda sur le retrait des troupes ougandaises de la République Démocratique du Congo, sur la coopération et la normalisation des relations bilatérales entre les deux pays (Accord de Luanda), Luanda, 6 septembre 2002.
- Accord global et inclusif sur la transition en RDC (Accord de Sun City), Sun City, 17 décembre 2002, adopté le 19 avril 2003.
- Accord-cadre pour la paix, la sécurité, et la coopération pour la République Démocratique du Congo et la région, Addis Abeba, 24 février 2013.

Jurisprudence

- Décision assignant la situation en RDC à la Chambre Préliminaire I (Présidence, ICC-01/04-01/06-10tFR, 5 juillet 2004).
- Traduction par le Bureau du Procureur du Document modifié de notification des charges en application de l'article 61-3-a du Statut » du (ICC-01/04-01/07-584-Anx2A, 12 juin 2007)
- « Notification to the pre-trial Chamber I and request for extension of page limit (Bureau du Procureur, ICC-01/04-338-US-Exps, 14 juin 2007).
- Decision concerning supporting materials in relation with the Prosecution's Application for Warrants of arrest pursuant to article 58 of the Statute (Chambre préliminaire, non traduite, ICC- 01/04- 352- US- Exp- tFR, 26 juin 2007).
- Mandat d'arrêt à l'encontre de Germain Katanga (Chambre préliminaire I, ICC-01/04-01/07-1-US, 2 juillet 2007).
- Décision concernant les éléments de preuve et les renseignements fournis par l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Germain Katanga (Chambre préliminaire I, ICC-04/04-01/07-4-tFRA, 6 juillet 2007).
- Note du Greffe « Information à la Chambre de l'exécution de la requête visant l'arrestation et la remise de Germain Katanga » (ICC-01/04-01/07-40, 22 octobre 2007).
- Prosecution's Observations on the Joinder of the Case against Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo (Bureau du Procureur, ICC-01/04-01/07-195, 14 février 2008).
- Defence observations on the joinder of the cases against Germain KATANGA and Mathieu NGUDJOLO CHUI (Défense, ICC-01/04-01/07-203, 18 février 2008).
- Décision relative à la jonction des affaires concernant Germain Katanga et Matthieu Ngudjolo Chui (Chambre préliminaire I, ICC-01/04-01/07-257-tFRA, 10 mars 2008).

- Arrêt relatif à l'appel interjeté contre la décision de jonction des affaires concernant Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui rendue le 10 mars 2008 par la Chambre préliminaire (Chambre d'Appel, ICC-01/04-01/07-573-tFRA, 9 juin 2008).
- Document modifié de notification des charges en application de l'article 61-3-a du Statut (ICC-01/04-01/07-584-Anx2A, 12 juin 2008).
- Décision relative à la confirmation des charges (Chambre préliminaire I, 30 septembre 2008, ICC-04-01/07-717-tFRA-Corr).
- Decision concerning the request of Mr. Katanga of 14 november 2008 for re-composition of the bench of Trial Chamber II (Présidence, ICC-01/04-01/07-757, 21 novembre 2008).
- Exception d'irrecevabilité de l'affaire soulevée par la Défense de Germain Katanga en vertu de l'article 19-2-a du Statut (ICC-01/04-01/07-891-Conf-Exp-tFRA, 3 décembre 2009).
- Décision arrêtant la procédure à suivre au titre de l'article 19 du Statut (règle 58 du Règlement de procédure et de preuve) (Chambre de première instance II, 5 mars 2009, ICC-01/04-01/07-943-Conf).
- Exception d'irrecevabilité de l'affaire, soulevée par la Défense de Germain Katanga en vertu de l'article 19-2-a du Statut, (Défense de Germain Katanga, ICC-01/04-01/07-949-tFRA, 11 mars 2009).
- Decision replacing a judge in Trial Chamber II (Présidence, Affaire Katanga, ICC-01/04-01/07-1086, 29 avril 2009).
- Motifs de la décision orale relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire (article 19 du Statut) (ICC-01/04-01/07-1213, 16 juin 2009).
- Public redacted version of the defence motion for a declaration on unlawful detention and stay of the proceedings (Défense de Germain Katanga, ICC-01/04-01/07-1258-Conf-Exp, 2 juillet 2009).
- Mémoire de l'Accusation, en application de la norme 35, aux fins de divulgation d'éléments à charge ou relevant de la règle 77, de modification de la liste des éléments à charge et de la liste de témoins à charge (ICC-01/04-01/07-1305, 15 juillet 2009).
- Décision reportant la date d'ouverture des débats au fond (règle 132-1 du Règlement de procédure et de preuve) (Chambre de première instance II, ICC-01/04-01/07-1442, 31 août 2009).
- Arrêt relatif à l'appel interjeté par Germain Katanga contre la décision rendue oralement par la Chambre de première instance II le 12 juin 2009 concernant la recevabilité de l'affaire (Chambre d'appel, ICC-01/04-01/07-1497-tFRA, 25 septembre 2009).
- Directions for the conduct of the proceedings and testimony in accordance with rule 140 (Présidence de la Chambre de première instance II, ICC-01/04-01/07-1665, 20 novembre 2009).
- Version publique expurgée de la « Décision relative à la requête de la défense de Germain Katanga en illégalité de la détention et en suspension de la procédure » du 20 novembre 2009 (Chambre de première instance, ICC-01/04-01/07/1666-Red, 3 décembre 2009).

- Arrêt relatif à l'appel interjeté par Germain Katanga contre la décision rendue le 20 novembre 2009 par la Chambre de première instance II intitulée « Décision relative à la requête de la Défense de Germain Katanga en illégalité de la détention et en suspension de la procédure » (ICC-01/04-01/07-2259-tFRA, 12 juillet 2010)
- Dissenting opinion of Judge Erkki Kourula and judge Ekaterina Trendafilova (Chambre d'appel, annexe à l'Arrêt relatif à l'appel interjeté par Germain Katanga contre la décision rendue le 20 novembre 2009 par la Chambre de première instance II intitulée « Décision relative à la requête de la défense de Germain Katanga en illégalité de la détention et en suspension de la procédure », ICC-01/04-01/07-2297, 28 juillet 2010).
- Document résumant les charges confirmées par la Chambre Préliminaire (ICC-01/04-01/07-1588-Anx1-tFRA, 23 novembre 2011).
- Transcriptions des témoignages de Germain Katanga ICC-01/04-01/07-T-314-FRA à ICC-01/04-01/07-T-325-FRA.
- Conclusions finales (Représentant légal commun du groupe des victimes, ICC-01/04-01/07-3253-Corr2-Red, 16 mars 2012).
- Conclusions finales de la défense (ICC-01/04-01/07-3266-Corr2-Red, 29 juin 2012).
- Corrigendum du mémoire final (Conclusions finales écrites du Procureur, ICC-01/04-01/07-3251-Corr-Red, 3 juillet 2012).
- Décision relative à la mise en œuvre de la norme 55 du Règlement de la Cour prononçant la disjonction des charges portées contre l'accusé (Chambre de Première instance II, ICC-01/04 -01/07-3319, 21 novembre 2012).
- Arrêt relatif à l'appel interjeté par Germain Katanga contre la décision rendue par la Chambre de première instance II le 21 novembre 2012 intitulée « Décision relative à la mise en œuvre de la norme 55 du Règlement de la Cour et prononçant la disjonction des charges portées contre les accusés, (Chambre d'appel, ICC-01/04-01-07-3363-tFRA, 25 juin 2013).
- Jugement en application de l'article 74 du Statut (Chambre de première instance II, Affaire Katanga, ICC-01/04-01/07-3436, 7 mars 2014).
- Opinion dissidente dite « minoritaire » au Jugement (ICC-01/04-01/07-3436-AnxI, 7 mars 2014).
- Décision relative à la peine (article 76 du Statut) (Chambre de première instance, 23 mai 2014, ICC-01/04-01/07-3484).
- Notification du retrait par Germain Katanga de son appel contre le Jugement rendu en application de l'article 74 par la Chambre de première instance II (Défense de Germain Katanga, ICC-01/04-01/07-34997-AnxAn 25, 25 juin 2014).
- Notice of discontinuance of the Prosecution's Appeal against the article 74 Judgment of conviction of Trial Chamber II dated 7 march 2014 in relation go Germain Katanga (Bureau du Procureur, ICC-01/04-01/07-3498, 25 juin 2014).

Autres

– Judicial commission of inquiry into allegations into illegal exploitation of natural resources and other forms of wealth in the Democratic republic of Congo 2001, FINAL REPORT, dit Rapport final de la commission d'enquête Porter (République d'Ouganda, No. 5/2001, novembre 2002, 248 pages).

BIBLIOGRAPHIE

Le contrat social global

Textes de Hobbes

- Hobbes of Malmesbury, T., *Leviathan, or, The matter, forme & power of a common-wealth ecclesiasticall and civill*, Londres, Printed for Andrew Crooke, at the Green Dragon in St. Pauls Church-yard, 1651.
- Hobbes, T., *Léviathan,* trad. G. Mairet, Paris, Folio Essais, 2000.
- Hobbes, T., *De Cive,* Université du Québec à Chicoutimi, 2002 (ed. électronique, transcription originale).
- Hobbes, T., *The Elements of Law and Politic,* Oxford, Oxford Paperbacks, 1999 (transcription originale).
- Hobbes, T., *Behemoth*, *the history of civil wars of England, from the year 1640 to 1660,* Londres, 1680, (Beinecke Library).
- Hobbes, T., *Correspondance,* Oxford, Oxford University Press, volumes 1 et 2 (édités par Noël Malcolm), 1994.

Sources secondaires

- Cox, R-H., *Locke on War and Peace*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1960.
- Crignon, P., De l'incarnation à la représentation : l'ontologie politique de Thomas Hobbes, Paris, Garnier, 2012.

- Foisneau, L., Thouard, D., Kant et Hobbes, de la violence à la politique, Paris, Vrin, 2005.
- Kervegan, J.F. (dir.), Raison pratique et normativité chez Kant : Droit, politique et cosmopolitique, Paris, ENS éditions, 2010.
- Malcolm, N., *Aspects of Hobbes*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- Oakeshott, M., *L'association civile selon Hobbes,* trad. D. Weber, Paris, Vrin, 2011.
- Pettit, P., *Made with Words. Hobbes on Language, Mind and Politics,* Princeton, Princeton University Press, 2008.
- Runciman, D., « What Kind of Person is Hobbes's State ? A Reply to Skinner », *Journal of Political Philosophy,* volume 8, pages 268 à 278.
- Schmitt, C., *Le Leviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes*, Paris, Seuil, 2002.
- Skinner, Q., « The purely artificial personality of the State », *Visions of Politics. Hobbes and Civil Science,* Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pages 177 à 208.
- Skinner, Q., « A Genealogy of the Modern State », *Proceedings of the British Academy,* numéro 162, 2009, pages 325 à 370.
- Strauss, L., *Droit naturel et Histoire*, Plon, Paris, 1954, trad. M. Nathan et E. de Dampierre.
- Zarka, Y.-C., *Hobbes et la pensée politique moderne*, Paris, PUF Quadrige, 2001.
- Zarka, Y-C., Guibet Lafaye, C., *Kant cosmopolitique*, Paris, Editions de l'éclat, 2008.

Autres textes de référence sur la souveraineté et la violence

- Badiou, A., *L'éthique, essai sur la conscience du mal*, Paris, Nous, 2003.
- Bataille, G., *La Souveraineté*, Paris, Nouvelles éditions lignes, 2012.
- Benjamin, W., *Critique de la violence*, Paris, Payot, 2012.
- Burdeau, G., *L'État*, Paris, Seuil, 1970.
- Clastres, P. *La société contre l'État*, Paris, Éditions de minuit, 1974.
- Delmas-Marty, M., *Les forces imaginantes du droit*, tome III, La refondation des pouvoirs, Paris, Seuil, 2007.
- Delmas-Marty, M., *Les forces imaginantes du droit*, tome IV, Vers une communauté de valeurs, Paris, Seuil, 2011.
- Derrida, J., *Pardonner*, Paris, Galilée, 2012.
- Derrida, J., *Séminaire La bête et le souverain I et II*, Paris, Galilée, 2008, 2013.
- Durkheim, É., *De la division du travail social*, Paris, PUF, 1960.
- Fichte, J. G., *Fondement du droit naturel*, Paris, PUF Quadrige, 1984, trad. A. Renaut.
- Fichte, J-W., *La doctrine du droit de 1812,* Paris, Editions du Cerf, 2005, trad. Gahier, A., Thomas-Fogiel, I.

- Foucault, M., « *Il faut défendre la société* » (cours au Collège de France), Paris, Seuil/ Gallimard, 1976.
- Foucault, M., *Surveiller et punir,* Paris, Gallimard, 1975.
- Freud, S., *Psychologie des foules et analyse du moi*, Paris, Payot et Rivages, 2012, trad. P. Cotet, A. Bourguignon, J. Altounian, O. Bourguignon, A. Rauzy.
- Genet, J-P., *L'État moderne, genèse*, paris, CNRS, 1990.
- Grotius, H., *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, PUF, 1999, trad. P. Pradier-Fodéré.
- Halpérin, J-L., *Profils de la mondialisation du droit,* Paris, Dalloz, 2009.
- Hegel, G.W.F., *Principes de la philosophie du droit,* Paris, Flammarion, 1999, trad. Vieillard-Baron, J-L.
- Kant, E. *Vers la paix perpétuelle*, Paris, GF, 1991, trad. J.-F. Poirier et F. Proust.
- Kant, E., *Métaphysique des mœurs II*, Paris, GF, 1994, trad. A. Renaut.
- Kant, E., *Critique de la raison pratique*, Paris, Folio Essais, 1985, trad. L. Ferry, H. Wismann.
- Kelsen, H., *Peace through law*, Clark, The University of North Carolina Press, 1944.
- Legendre, P., *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, Fayard, 1999.
- Levinas, *Éthique et infini*, Paris, Le Livre de poche, 1984.
- Locke, J., *Deux traités du gouvernement*, Vrin, Paris, 1997, trad. B. Gilson.
- Mairet, G., *Le principe de souveraineté*, Paris, Folio essais, 1997.
- Nozick, R., *Anarchie, État et utopie*, PUF Quadrige, Paris, 1988, trad. E. d'Auzac de Lamartine.
- Rousseau, J-J., *Du contrat social,* Paris, GF, 2001.
- Schmitt, C., *Le nomos de la terre,* Paris, PUF, 2001, trad. L. Deroche-Gurcel.
- Schmitt, C., *La guerre civile mondiale (sélection d'essais)*, Paris, Ère, trad. C. Jouin, 2007.
- Schmitt, C., *La notion du politique*, Paris, Flammarion, 1992.
- Sémelin, J., *Purifier ou détruire*, *Usages politiques des massacres et des génocides*, Paris, Seuil, 2012.
- Skinner, Q., *The foundations of modern political thought, volumes 1 and 2*, Cambridge, Cambridge University Press, 1978.
- Spinoza, B., *Traité politique*, Paris, Garnier, 1929, trad. Charles Appuhn.
- Spinoza, B., *Lettres sur le mal*, Paris, Flammarion, trad. Charles Appuhn, 1966.
- Troper, M., *Pour une théorie juridique de l'État,* Paris, PUF, 1994.

Sur les relations internationales

- Aron, R., *Paix et guerre entre les nations*, Paris, Flammarion, 1962.
- Bajoit, G., *Le contrat social dans un monde globalisé*, Fribourg, Université de Fribourg, 2008.
- Beachler, J., « La mondialisation politique », *in* Beachler, J., Kamrane, R., (dir.), *Aspects de la mondialisation politique,* PUF, Paris, 2003, pages 5 à 17.
- Blin, A., *1648, La paix de Westphalie*, Editions Complexe, Bruxelles, 2006.
- Bull, H., *The Anarchical Society,* Columbia University Press, Londres, 1977.
- Cho., S., « An identity crisis of international organizations », *Chicago-Kent College of law faculty scholarship,* article 164, 2009 (pas de pagination).
- Flory, M., « Le couple État-territoire en droit international contemporain », *Cultures & Conflits* volumes 21-22, printemps-été 1996.
- Gros, F., *États de violence : Essai sur la fin de la guerre*, NRF Gallimard, Paris, 2006.
- Hassner, P., *La violence et la paix*, Paris, Seuil, 2000.
- Hertz, J. *Political Realism and Political Idealism,* Chicago, Chicago Press University, 1951.
- Meszaros, M., « Comment penser les relations internationales d'un point de vue philosophique ? », in *Rivista di filosofia on-line*, an 1 numéro 1, mars 2006.
- Morgenthau, H., *Discord and Collaboration*, Baltimore, Johns Hopkins, 1962.
- Morgenthau, H., *Politics Among Nations*, New York, A.A. Knopf, 1948.
- Posner, E., *The Perils of Global Legalism*, Chicago, The University of Chicago Press, 2009.
- Taulor, P. G., Groom, J. R., *Institutionnal Institutions at Work*, Londres, Pinter, 1988.
- Tubiana, L., Giordano, T., Daviron, B., « Pour un contrat social mondial », *Idées pour le débat*, numéro 1, Paris, IDDRI, 2005.
- Vergès, J., « La compétence universelle contre l'ordre international », *Une certaine idée du droit. Mélanges André Decoq*, Paris, Lexis, 2004.
- Wendt, A., *Social Theory of International Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

Sur les violences de masse

- Andreoupoulos, G. (dir), *Genocide. Conceptual and Historical Dimensions,* UPenn Press, 1994.
- Aycoberry, P., *La société allemande sous le IIIe Reich,* Paris, Le Seuil, 1998.
- Bartov, O., « Les violences extrêmes et le monde universitaire », *Revue internationale de sciences sociales,* volume 4, numéro 174, 2002, pages 561 à 570.

- Bauman, Z., *Modernity and the Holocaust*, Cambridge, Polity Press, 1989.
- Bessel, R., *Germany 1945 : From war to Peace,* New York, Harper Collins, 2009.
- Browning, C. *Des hommes ordinaires,* Paris, Texto, 2005.
- Browning, C. R., *Les origines de la solution finale : L'évolution de la politique antijuive des nazis, Septembre 1939 – mars 1942,* Paris, Points Seuil, 2007, trad. J. Carnaud, B. Frumer.
- Bruneteau, B. « Génocide : origines, enjeux et usages d'un concept », *Journal of Modern European History*, volume 5, 2007, pages 165 à 193.
- Cassin. B., Cayla. O., Salazar, P.-J., *Vérité, réconciliation, réparation*, Paris, Seuil, 2004.
- Cassin, B., « Des traitements de la haine », *Multitudes,* volume 3, numéro 6, 2001, pages 177 à 196.
- Chrétien, J-P., (dir.*), Rwanda, les médias du génocide*, Editions Karthala, Paris, 1995.
- Chrétien, J-P., Kabanda, M., *Rwanda, racisme et génocide, L'idéologie Hamitique*, Paris, Belin, 2013.
- Claverie, E. « Bonne foi et bon droit d'un génocidaire »*, Droit et société,* volume 3, 2009, numéro 73, pages 635 à 664.
- Crépon, M., *Le consentement meurtrier*, Paris, Édition du Cerf, 2012.
- Dallaire, R., *Shake Hands with the devil, The failure of humanity in Rwanda*, Arrow books, 2004.
- Dewerpe, A., *Charonne 8 février 1962, Anthropologie historique d'un massacre d'État*, Paris, Gallimard, 2006.
- Djordjevi, K., « Violence verbale dans les conversations téléphoniques entre chefs de guerre en Bosnie : la parole au service de la violence de masse », *Langage et société*, volume 2, numéro 132, 2010, pages 117 à 132.
- Duffield, M., *Global Governance and the New Wars. The Merging of Development and Security*, Londres, Zed Books, 2001.
- Dumas, H., *Le génocide au village,* Paris, Le Seuil, 2014.
- El Kenz, D. (dir.), *Le Massacre, objet d'histoire*, Paris, Gallimard, 2005.
- Fassin, D., Bourdelais, P., *Les constructions de l'intolérable,* Paris, La découverte, 2005.
- Fein, H., *Genocide : a sociological perspective*, New York, SAGE Publications, 1993.
- Gerwarth, R., Malinowski, S., « L'antichambre de l'Holocauste ? », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, volume 3, numéro 99, 2008, pages 143 à 159.
- Hama, K., *Le statut et les fonctions du juge pénal international*, Paris, l'Harmattan, 2014.
- Hilberg, R., *La destruction des juifs* d'Europe, Paris, Gallimard, 2006, trad. Charpentier, A., Dauzat, P-E., de Paloméra, M-F.
- Höss, R., *Le commandant d'Auschwitz parle*, Paris, La Découverte, 2005.

- Jones, JR., Powles, S., *International Criminal Practice,* Oxford, Oxford University Press, 2003.
- Katz, S., *The Holocaust in Historical context*, New York, Oxford University Press, 1994.
- Kershaw, I., *L'opinion allemande sous le nazisme*, Paris, CNRS éditions, 2002.
- Kotek, J., Rigoulot, P., *Le Siècle des camps : emprisonnement, détention, extermination. Cent ans de mal absolu*, Paris, J-C. Lattès, 2006.
- Laval, G., « Psychanalyse du meurtre totalitaire », *Cahiers de psychologie clinique*, volume 1, numéro 22, 2004, pages 71 à 97.
- Levene, M., *Genocide in the age of the nation state : The meaning of Genocide*, Londres, I.B. Tauris, 2005.
- Mayer, A., *La « solution finale » dans l'Histoire,* Paris, La découverte, 1990.
- Neitzel, S., Welzer, H., *Soldats, combattre, tuer, mourir : Procès-verbaux de récits de soldats allemands*, Gallimard, Paris, 2011.
- Osiel, M., *Making sense of mass atrocity*, New York, Cambridge University press, 2009.
- Osiel, M., *Obeying order*, New Brunswick, Transaction Publishers, 2005.
- Pouligny, B., « La « communauté humaine » face aux crimes de masse : les limites d'une « communauté d'humanité » », *Revue internationale de politique comparée*, volume 8, 2001, pages 93 à 108.
- Prunier, G., *Rwanda, le génocide*, Editions Dagorno, Paris, 1999.
- Rummer, R.J, *Death by government,* New Brunswick, Transaction Publishers, 2008.
- Schabas, W., *The UN International Criminal Tribunals : The Former Yougoslavia, Rwanda, and Sierra Leone,* Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- Sémelin, J., *Analyser le Massacre,* Paris, CERI, 2002.
- Sereny, G., *Au fond des ténèbres,* Paris, Texto, 2013.
- Ternon, Y., *L'État criminel. Les génocides au XX^e^ siècle*, Paris, Seuil, 1995.
- Thompson, A., *The media and the Rwanda Genocide*, Pluto Press, Londres, 2007.
- Tomkiewicz, S., « Du témoignage à la réflexion, sur la spécificité des crimes nazis et les conditions de réparation individuelle et collective », *Sud/Nord*, numéro 18, 2003, pages 20 à 29.
- Wendt, J., « L'anamnèse du colonialisme allemand », *L'Homme et la société*, 2010, numéro 175, pages 57 à 80.

Sur la formation du droit et sa construction

- Acton, T., Caffrey, S., Mundy, G., « Theorizing Gypsy law », *The american journal of comparative law,* volume 45, numéro 2, 1997, pages 237 à 249.
- Allard, J., « La cosmopolitisation de la justice : entre mondialisation et cosmopolitisme », *Dissensus*, numéro 1, décembre 2008, pages 61 à 83.

- Bernstein, L., « Opting out of the legal system : extralegal contractual relations in the diamond industry », *Journal of Legal Studies*, University of Chicago, volume 21, janvier 1992, pages 115 à 157.
- Cayla, O., Thomas, Y., *Du droit de ne pas naître : à propos de l'affaire Perruche,* Paris, Gallimard, 2002.
- Collier, J., *Law and social change in Zinacatan*, Palo Alto, Stanford University Press, 1973.
- Cornette, J., *Le roi de guerre, essai sur la souveraineté dans la France du grand siècle,* Paris, Payot, 2000.
- De Sutter, L., *Deleuze, La pratique du droit*, Paris, Michalon, 2009.
- Duff, A., Farmer, L., Marshall, S., Tadros, V., « Theorizing the criminal trial », *New Criminal Law Review,* volume 12, numéro 2, 1993, pages 287 à 313.
- Ellickson, R., *Order Without Law : How Neighbors Settle Disputes*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.
- Garapon, A., *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 1997.
- Halpérin, J-L., *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours,* Paris, Flammarion 2006.
- Halpérin, J-L., « Le droit et ses histoires », *Droit et société,* volume 2, numéro 75, 2010, pages 259 à 313.
- Karsenti, B., « Nul n'est censé ignorer la loi : le droit pénal de Durkheim à Fauconnet », *Archives de philosophie,* volume 4, 2004, pages 557 à 581.
- Kelsen, H., *Théorie générale du droit et de l'État,* Paris, LGDJ, 1997, trad. Faure, V., Laroche, B.
- Latour, B., *La fabrique du droit,* Paris, La découverte, 2002.
- Nielsen, M., « Navajo nation courts, peacemaking and restorative justice issues », *Journal of Legal Pluralism,* numéro 44, 1999.
- Persaud, S-N., « Eternal law : the underpinnings of Dharma and Karma in the justice system », *Richmond journal of law and the public interest*, volume 13, 2009.
- Picq, J., *Histoire et droit des États,* Presses de Sciences Po*,* Paris, 2005.
- Simonin, A., *Déshonneur dans la République. Une histoire de l'indignité 1791-1958,* Paris, Grasset, 2008.
- Troper, M., *Pour une théorie juridique de l'État,* Paris, PUF, 1994.
- Weyrauch, W.O, Anne Bell, M., "Autonomous law making : The case of the Gypsies", Yale Law Journal, volume 103, 1993, pages 323 à 382.

La Cour pénale internationale

Sur l'institution

- Anonyme, « Les actions controversées du procureur de la Cour pénale internationale : une crise de maturation ? », *Hague justice journal*, volume 3, numéro 2, 2008, pages 56 à 81.
- Aptel, C., « Justice internationale : entre raison d'État et État de droit », *Revue internationale et stratégique* (n° 67), Armand Colin, 2007.
- Arbour, L., (dir) *The Prosecutor of a permanent International Criminal Court, International Workshop in co-operation with the Office of the Prosecutor of the International Criminal Tribunals (ICTY and ICTR),* Fribourg, Editions Iuscrim, 2000.
- Badinter, R., « De Nuremberg à La Haye », *Revue internationale de droit pénal,* volume 75, numéros 3 et 4, 2004 pages 699 à 707.
- Bassiouni, C., *The statute of the ICC : a documentary history*, New York, Transnational Publishers, 1998.
- Becker, S. W., « The objections of larger nations to the International Criminal Court », *Revue internationale de droit pénal* (n° 81), Érès, 2010.
- Bergsmo, M., Bekou, O., Jones, A., « Complementarity after Kampala : capacity and the ICC's Legal tools », *Goettingen journal of international law,* volume 2, pages 791 à 811.
- Bjork, C., Goebertus, J., « Complementarity in action : the role of civil society and the ICC in rule of law strengthening in Kenya », *Yale Human Rights and development Law Journal,* 2011, volume 14, pages 206 à 230.
- Bosco, D., *Rough Justice*, *the International Criminal Court in a World of Power Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- Buisman, C., « The Prosecutor's obligation to investigate incriminating and exonerating circumstances equally : illusion or reality ? », *Leiden journal of international law,* volume 27, mars 2014, pages 205 à 226.
- Burke-White, W., « Proactive Complementarity : The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of Justice », *Harvard International Law Journal*, volume 49, numéro 1, 2008, pages 53 à 108.
- Burke-White, W., « Implementing a policy of positive complementarity in the Rome system of justice », *Criminal Law Forum*, 2008, volume 19, pages 59 à 85.
- Calvo-Goller, K., *La procédure et la jurisprudence de la CPI*, Lextenso éditions, Paris, 2012.
- Calvo Goller, K., *The Trial before the International Criminal Court, ICTY and ICTR Precedents,* Leiden, Martinus Nijhoff, 2006.
- Cassese, A., Gaeta, P., Jones, J., *The Rome Statute of the International Criminal Court : A Commentary,* Oxford, Oxford University Press, 2002.

- Carillo-Salcedo, J-A., « La CPI : l'humanité trouve une place dans le droit international », Paris, R.G.D.I.P, 1999.
- Cohen, A., « Prosecuting terrorists at the International Criminal Court : reevaluating an unused legal tool to combat terrorism », *Michigan State International Law Review,* volume 20, numéro 2, pages 219 à 257.
- Cohen, M., « Victimes participation rights within the International Criminal Court : a critical overview », *Denver journal of international law and policy*, volume 37, numéro 3, 2009, pages 351 à 377.
- Commaille, J. (dir.), *La fonction politique de la justice*, La Découverte, 2007.
- Condé, P.-Y., « La justice internationale entre conflit et espoirs de paix », *La fonction politique de la justice*, Paris, La Découverte, 2007.
- Côté, L., « Reflections on the exercise of Prosecutorial discretion in international criminal law », *Journal of international criminal justice,* Oxford University Press, volume 3, 2005, pages 162 à 186.
- Cryer, R., « Royalism and the King : article 21 of the Rome Statute and the politics of sources », *New Criminal Law Review*, volume 12, numéro 3, 1993, pages 390 à 405.
- Currat, P., *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la CPI,* Paris, Shulthess, 2006.
- Currat, P., « L'interprétation du Statut de Rome », *Revue Québécoise de droit international*, volume 20, numéro 1, 2007.
- D'Ascoli, S., *Sentencing in International Criminal Law : the UN adhoc Tribunals and future perspectives for the ICC*, Oxford, Hart, 2011.
- de Beco, G., « The confirmation of Charges before the International Criminal Court : evaluation and first application », *International criminal law review*, volume 7, numéro 2, pages 469 à 481.
- De Hemptinne, J., « The creation of investigating chambers at the International Criminal Court : an option worth pursuing ? », *Journal of International Criminal Justice,* volume 5, numéro 2, 2007, pages 402 à 418.
- Donnedieu de Vabres, H., *Les principes modernes du droit pénal international*, Paris, Paris-II Panthéon Assas, 1928, 2005.
- Dormann, K., *Elements of War crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court – sources and commentary*, Cambridge, ICRC/ Cambridge University Press, 2003, pages 23 à 28.
- Drumbl, M., Gallant, K., « Sentencing policies and practices in the International criminal Tribunals », *Federal sentencing reporters,* volume 15, numéro 2, 2002, pages 140 à 144.
- Estupiñan Silva, R., « La « gravité » dans la jurisprudence de la cour pénale internationale à propos des crimes de guerre », *Revue internationale de droit pénal*, Volume 82, numéro 3, 2011, pages 541 à 558.
- Fernandez, J., *La politique juridique extérieure des États-Unis à l'égard de la CPI*, Paris, A. Pedone, 2010.

- Garapon, A., *Des crimes qu'on ne peut punir ni pardonner*, Odile Jacob, Paris, 2002.
- Garapon, A., « La justice pénale internationale : humiliation ou dynamisation de la souveraineté des États ? », *Justifier la guerre,* Presses de Sciences Po, 2005.
- Goldstone, E., « Embracing Impasse : admissibility, prosecutorial discretion, and the lessons of Uganda for the International Criminal Court », *Emory International Law Review*, volume 22, 2008.
- Groome, D., « No witness, no case : an assessment of the conduct and quality of ICC investigations », *Penn State Journal of Law and International Affairs*, volume 3, numéro 1, 2014.
- Grover, L. « A call to Arms : Fundamental Dilemmas Confronting the Interpretation of Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court », *The European Journal of International Law*, volume 21, numéro 3, 2010, pages 543 à 583.
- Gurule, J., « United States opposition to the 1998 Rome Statute establishing an International Criminal Court : is the Court's Jurisdiction truly complementary to national criminal jurisdictions ? », *Cornell International Law Journal,* volume 35, novembre 2001-février 2002.
- Hazan, P., *La justice face à la guerre. De Nuremberg à La Haye*, Paris, Stock, 2000.
- Henham, R., « The philosophical foundations of International sentencing », *Journal of International Criminal Justice*, volume 1, numéro 1, 2003, pages 64 à 85.
- Keller, L., « Comparing the « interests of justice » : what the International Criminal Court can learn from New York Law », *Washington university global studies law review,* volume 12, numéro 1, 2013 (non paginé, 39 pages).
- Kourabas, M. « A Vienna convention interpretation of the « interests of justice » provision of the Rome Statute, the legality of domestic amnesty agreements, and the situation in Northern Uganda : a « great qualitative step forward » or a normative retreat ? », *University of California Davis journal of international law and policy*, volume 14, 2007, pages 57 à 83.
- Kreb, C., « « Self referrals » and « Waivers of complementarity » : some considerations in Law and Policy, » *Journal of international criminal justice*, Oxford, volume 944, 2004, page 946.
- La Brosse, R. (de), « Les trois générations de la Justice pénale internationale. Tribunaux pénaux internationaux, Cour pénale internationale et tribunaux mixtes », *Annuaire français de Relations Internationales*, *AFRI 2005,* Volume IV, Bruxelles, Éditions Bruylant.
- Lee, R-S., *The International Criminal Court : the Making of the Rome Statute : Issues, negociations and results*, La Haye, Kluwer Law International, 1999.
- Mpiana, J., « La Cour pénale internationale et la République Démocratique du Congo : 10 ans après. Etude de l'impact du Statut de Rome dans le droit interne congolais », *Revue québécoise de droit international,* volume 25, 2012, pages 57 à 90.
- Nerlich, V., « The confirmation of charges procedure at the International Criminal Court : advance or failure ? », *Journal of international criminal law,* volume 10, 2012, pages 1339 à 1356.

- Ocampo, L-M., « The Office of the Prosecutor : the challenges of inaugural years », *The Yale Journal of International Law Online,* volume 39, pages 32 à 54, printemps 2014.
- Olasolo, H., *The Triggering Procedure of the International Criminal Court,* Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2005.
- Olivier, C., « Les organisations non gouvernementales et la répression pénale internationale », in Flauss, F. (dir), *Les ONG et le droit international des droits de l'homme*, Paris, Bruylant, 2005.
- Phooko, M. R, « How effective the International Criminal Court has been : evaluating the work and progress of the International Criminal Court », *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, volume 1, 2011, pages 182 à 209.
- Pickard, D., « Proposed sentencing guidelines for the International Criminal Court », *Loyola of Los Angeles international and comparative law review,* volume 20, 1997, pages 123 à 164.
- Politi, M., « Le statut de Rome de la CPI : le point de vue d'un négociateur », Paris, *Revue générale de droit international public*, volume 103, numéro 4, 1999, pages 817 à 850.
- Politi, M. Nesi. G., Polti, M., *The Rome Statute of the International Criminal Court : A Challenge to Impunity,* Londres, Ashgate, 2001.
- Politi, M., *The International Criminal Court and National Jurisdictions,* Farnham, Ashgate, 2008.
- Schabas, W., *The international Criminal Court : A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- Schabas, W., « The International Criminal Court at Ten », *Criminal Law Forum*, 2011, pages 493 à 509.
- Scheffer, D., « Proposal for an International Criminal Court Arrest Procedures Protocol », *Northwestern journal of international law and human rights,* volume 12, numéro 3, 2014, pages 229 à 252.
- Shenkman, C., « Catalyzing judicial capacity : the ICC's first crimes against humanity outside armed conflict », *New York University Law Review,* volume 87, 2012, pages 1211 à 1248.
- Stahn, C., « Modification of the legal characterization of facts in the ICC system : a portrayal of regulation 55 », *Criminal Law Forum*, volume 16, 2005 pages 1 à 31.
- Stahn, C., Sluiter, G., *The emerging practice of the International Criminal Court*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009.
- Stahn, C., Zeidy, M., *The International Criminal Court and Complementarity : from theory to practice,* Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- Stahn, C., « Complementarity : a tale of two notions », *Criminal Law Forum,* volume 19, 2008, pages 87 à 113.
- Triffterer, O. (dir), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers notes, article by article*, Baden Baden, Beck-Hart-Nomos, 2008.

- Waddel, N, Clark, P., *Peace, justice and the ICC in Africa,* Meeting series report, Londres, Royal African Society, mars 2007.
- Weiner, A., « Prudent Politics, The International Criminal Court, International Relations, and Prosecutorial independence, *Washington University Global Studies Law Review,* volume 12, issue 3, 2013, pages 545 à 562.
- Werle, G., « Individual responsability in article 25 ICC Statute », *Journal of International Criminal Justice*, volume 5, 2007, pages 953 à 975.
- Yang, L., « On the principle of complementarity in the Rome Statute of the International Criminal Court », *Chinese journal of international law,* Oxford university press, volume 4, pages 121 à 132.
- Zappala, S., « Il procuratore della Corte penale internazionale : luci e ombre », *Rivista de diritto internazionale*, volume 82, 1999, pages 39 à 85.

Sur les situations sous enquête de la CPI

- Choi, T-H., Kim, Sangkul, « Nationalized International Criminal Law : genocidal intent, command responsability and an overview of the South Korean implementing legislation of the ICC Statute », *Michigan State International Law Review,* volume 19, numéro 3, 2011, pages 589 à 637.
- Kincade, M., « The private military company complex in Central and Southern Africa : the problematic application of international humanitarian law », *Washington university global studies law review,* volume 12, 2013, pages 205 à 226.
- Kritz, B., Wilson, J., « No transitional justice without transition : Darfur – a case study », *Michigan State International Law Review,* volume 19, numéro 3, 2013, pages 475 à 500.
- Lynch, G., Zgonec-Rozej, M., « The ICC intervention in Kenya », *Chatham House*, février 2013 (rapport, 14 pages).
- Mudge, L., « Je peux encore sentir l'odeur des morts. La crise oubliée des droits humains en République centrafricaine », *Human Rights Watch,* septembre 2013 (rapport, 85 pages).

Sur le droit international pénal

- Alvarez, J., « Rush to closure : Lessons from the Tadic Judgement », *Michigan Law Review*, volume 2031, 1998, pages 2061 à 2068.
- Andrieu, K., *La justice transitionnelle,* Paris, Gallimard, 2012.
- Ascensio, H., Decaux, E., Pellet, A., *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2012.
- Ascensio, H., Lambert-Abdelgawad, E., Sorel, J-M., *Les juridictions pénales internationalisées,* Paris, Société de législation comparée, 2006.
- Barcelo, L., « Aux origines de la CPI : le projet français de Chambre criminelle internationale », *Guerres mondiales et conflits contemporaines,* PUF, 2006, pages 103 à 109.

- Bassiouni, C., *Introduction au droit pénal international,* Bruxelles, Bruylant, 2002.
- Beresford, S., « Unschakling the paper tiger – the sentencing practices of the ad hoc international criminal tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda », *International criminal law review,* volume 1, 2001, pages 33 à 90.
- Bourdon, W., « Un ordre juridique international au-delà des États : ombres et lumières », *Revue internationale et stratégique*, n° 49, 2003.
- Brown., B., *Research Handbook on International Criminal Law,* Northampton, Edward Elgar Publishing, 2011.
- Brown, B., « Nationality and Internationality in International Humanitarian Law », *Stanford journal of international law,* volume 1, numéro 34, 1998, pages 347 à 406.
- Cassese, A., *International Criminal Law : cases and commentary,* Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Cassese, A., *International Criminal Law,* Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Cassese, A., Scalia, D., Thalmann, V., *Les grands arrêts de droit international pénal*, Paris, Dalloz, 2010.
- Chetail, V., « La banalité du mal de Dachau au Darfour : réflexion sur l'évolution du concept de génocide depuis 1945 », *Relations internationales,* volume 3, numéro 131, 2007, pages 49 à 72.
- Claverie, E., « Bonne foi et bon droit d'un génocidaire », *Droit et société*, volume 3, numéro 73, 2009, pages 635 à 664.
- Cogan, J., « International Criminal Courts and fair trials : prospects », *The Yale Law Journal of International law,* volume 27, 2002, pages 111 à 140.
- Cruvellier, T., Le tribunal des vaincus. Un Nuremberg pour le Rwanda ?, Paris, Calmann-Levy, 2006.
- Cryer, R., Friman, H., Robinson, D., Wilmshurst, E., *An introduction to International Criminal Law and Procedure,* Cambridge University Press, 2010.
- Cryer, R., « International criminal law vs state sovereignty : another round ? », *The European journal of international law*, volume 16, numéro 5, 2006, pages 979 à 1000.
- Cullen, A., « The Definition of Non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court : An Analysis of the Threshold of Application Contained in Article 8(2)(f) », *Journal of conflict and security Law,* Oxford, 2008, pages 419 à 445.
- Darcy, S., Powderly, J. (dir.), *Judicial creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- De Frouville, O., *Droit international pénal,* Paris, Editions A. Pedone, 2012.
- DeGuzman, M., « How serious are international crimes ? The gravity problem in international criminal law », *Columbia journal of transnational law*, volume 51, 2012, pages 18 à 66.

- Delmas-Marty, M., Fronza, E., Lambert Abdelgawad, E., *Les sources du droit international pénal : l'expérience des Tribunaux pénaux internationaux et le Statut de la CPI*, Paris, Société de législation comparée, 2005.
- Delpla, I., Bessone, M., (dir.), *Peines de guerre. La justice pénale internationale et l'ex-Yougoslavie*, Paris, Éditions de l'EHESS, 2009.
- Dixon, R., Khan K., May, R., *Archbold International Criminal Courts : Practice, Procedure and Evidence*, Londres, Sweet & Maxwell, 2003.
- Donnedieu de Vabres, H., *Les principes du droit pénal international,* Paris, LGDJ, 2004.
- Dugard, J., Van den Wyngaert, C., *International Criminal Law and Procedure,* Brookfield, Aldershot, 1996.
- Ehrenfreund, N., *The Nuremberg Legacy : how the nazi war crimes trials changed the course of history,* New York, Palgrave Macmillan, 2007.
- Frediani, S., « L'affaire Barayagwiza devant la Chambre d'appel du TPIR : Arrêt du 31 mars 2000 », *Afrilex,* volume 1, 2000 (non paginé).
- Futamura, M., *War crimes tribunals and transitional justice : the Tokyo trial and the Nuremberg Legacy*, Londres, Routledge, 2008.
- Glaser, S. « Culpabilité en droit international pénal », R.C.A.D.I, vol 99, 1960.
- Hamon, M., Gaynor, F., « Ordinary sentences for extraordinary crimes », *Journal of international criminal justice*, volume 5, numéro 3, 2007, pages 683 à 712
- Higgins, G., « Fair and expeditious pre-trial proceedings : the future of international criminal trials », *Journal of International Criminal Justice,* Oxford, volume 5, 2007, pages 394 à 401.
- Ivanovic, N., « La durée des procès internationaux et le droit au procès équitable », *Revue québécoise de droit international*, hors-série, 2010, pages 243 à 264.
- Jacobs, D., « Positivism and International Criminal Law : The principle of legality as a rule of conflict of theories », *in* D'Aspremont, J., Kammerhofer, J., *International legal positivism in a post-modern world*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014 (à paraître, non paginé).
- Jain, N., « The control theory of perpetration in International Criminal Law », *Chicaco journal of international law,* volume 12, numéro 1, pages 158 à 200.
- Jon Heller, K., *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law,* Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Jorda C., « Considérations d'un juge international », *Libres cahiers pour la psychanalyse*, 2007, volume 2, numéro 16, pages 143 à 158.
- Kwon, O-G., « The challenge of an International Criminal Trial as seen from the bench », *Journal of International Criminal Justice*, volume 5, 2007, pages 360 à 376.
- Lattanzi, F., *The International Criminal Court : comments on the draft statute*, Fagnano Alto, il Sirente, 1999.
- Lemkin, R. « Le crime de génocide », *Revue de droit international de Sciences diplomatiques et politiques,* 1946, volume 24, pages 213 à 222.

- Lemkin, R., *Qu'est-ce qu'un génocide ?*, Paris, éditions du Rocher, 2008.
- Manacorda, S., Meloni, C., « Indirect perpetration vs Joint criminal entreprise : concurring approaches in practice of International Criminal law ? », *Journal of international criminal justice,* volume 9, numéro 1, 2011, pages 159 à 178.
- Mazabreaud, B., « La justice pénale internationale : moralisation du monde, mondialisation d'une morale », *Revue d'éthique et de théologie morale*, volume 2, numéro 269, 2012, pages 25 à 48.
- Mohemi, M., « Why Barayagwiza is boycotting his trial at the ICTR : lessons in balancing due process rights and politics, *ILSA journal of international and comparative law,* volume 7, 2000-2001, pages 315 à 328.
- Moynier, G., « Note sur la création d'une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève », *Bulletin international des sociétés de secours aux militaires blessés*, numéro 11, 1872.
- Ohlin, J., van Sliedregt, E., Weigend, T., « Assessing the Control-theory », *Leiden Journal of International Law*, volume 26, numéro 3, pages 725 à 746.
- Penrose, M., « It's good to be king : Prosecuting heads of state and former heads of state under international law », *Columbia journal of transnational law,* volume 39, 2000-2001, pages 193 à 220.
- Persico, E., *Nuremberg : infamy on Trial,* New York, Penguin Books, 1994.
- Reigner, C., « Etude de cas des tribunaux hybrides : les processus relatifs aux crimes graves au Timor-Leste en perspective », *International center for transitional justice »*, rapport (46 pages, 2006).
- Robinson, P., « Ensuring fair and expeditious trials at the ICTY », *European Journal of International Law*, volume 11, numéro 3, 2000, pages 569 à 589.
- Robinson, P., « The right to a fair trial in international law, with specific reference to the work of the ICTTY », *Berkeley Journal of International law,* San Francisco, volume 3, 2009 (non paginé, 11 pages).
- Sadat, L., Scharf, M., *Essays in honor of M. Cherif Bassiouni*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008.
- Schoenfeld, H., « Crises extrêmes et institutionnalisation du droit pénal international », *Critique internationale*, volume 3, numéro 36, 2007, pages 37 à 54.
- Schopfel, A-S., « La voix des juges français dans les procès de Nuremberg et de Tokyo. Défense d'une idée de justice universelle », *Guerres mondiales et conflits contemporains*, volume 1, numéro 249, 2013, pages 101 à 114.
- Shearer, I., « In fear of international law », *Indiana journal of global studies,* volume 12, 2005, pages 345 à 378.
- Sluiter, G., Vasiliev, S., *International Law Procedure : towards a coherent body of law*, Folkestone, Cameron May, 2009
- Sluiter, G., « International Criminal Proceedings and the Protection of Humans rights », *New England law review,* volume 37, numéro 4, pages 935 à 948, 2003.

- Sur, S., « Le droit international pénal entre l'État et la société », *Actualité et droit international*, octobre 2001 (non paginé).
- Tanaka, Y., McCormack, T., Simpson, G., *Beyond Victor's Justice ? The Tokyo War Crimes Trial Revisited,* Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2011.
- Truche, P., « La pénalisation à l'épreuve du temps, des décisions judiciaires et politiques », *Pouvoirs*, numéro 128, 2009, pages 121 à 128.
- Varaut, J-M., *Le procès de Nuremberg,* Paris, Perrin, 2003.
- Vinuales, J., « Autour du crime des crimes » : au-delà des affaires humaines ? », *Raisons politiques,* numéro 17, 2005, pages 9 à 30.
- Von Bogdandy, A., Venzke, I. « In whose name : an investigation of international courts' public authority and its democratic justification », *European journal of international law,* volume 23, 2012 pages 7 à 41.
- Weigend, T., « Perpetration through an organization : the unexpected career of a German legal concept », *Journal of International criminal justice*, 2009, volume 1, 2011, pages 91 à 111.
- Whiting, A., « In international prosecutions, justice delayed can be justice delivered », Cambridge, *Harvard International Law Journal*, vol 50, juin 2009, pages 323 à 364.
- Wieworka, A., *Le procès de Nuremberg,* Paris, Liana Levi, 2009.

Sur le droit international général

- Alabrune, F., « La pratique des comités des sanctions du Conseil de sécurité depuis 1990 », *Annuaire français de droit international*, volume 45, 1999, pages 226 à 279.
- Cassel, D., « A framework of norms : international human-rights law and sovereignty », *Harvard international Review*, volume 22, numéro 4, 2001, pages 60 à 63.
- Cassese, A., Delmas-Marty, M., *Juridictions nationales et crimes internationaux,* Paris, PUF, 2002.
- CICR, *Les conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, CICR, 1982.
- Corten O., Klein P., *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités*, Paris, Bruylant, 2006.
- Cot, J-P., Pellet, A., Perez de Cuellar, J., Tavernier, P., *La charte des Nations Unies : commentaire article par article,* Paris, Economica, 1991.
- Delmas-Marty, M. (dir) *Les sources du droit international pénal*, Paris, Société de législation comparée, 2004.
- Karsenti, B., « Les droits de l'homme et la politique de la pitié », *Cités*, volume 1, numéro 5, 2001, pages 43 à 48.
- Kleffner, J-K., « The impact of complementarity on national implementation of substantive international criminal law » *Journal of international criminal justice,* Oxford University Press, volume 1, 2003, pages 86 à 113.

- Koskenniemi, M., « Le comité des sanctions créé par la résolution 661 (1990) du Conseil de sécurité », *Annuaire français de droit international*, volume 37, 1991, pages 119 à 137.
- Lippman, M., « The drafting of the 1948 Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide », *Boston University International Law Journal,* 1985, pages 1 à 65.
- Maljean-Dubois, S., « L'affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie). Arrêt du 11 juillet 1996, exceptions préliminaires », *Annuaire français de droit international*, volume 42, 1996, pages 357 à 386.
- Manin, P., « La convention de Vienne sur les accords entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales », *Annuaire français de droit international*, volume 32, 1986, pages 454 à 473.
- Martinez, J., "Antislavery Courts and the dawn of international human rights law", *Yale Law Journal*, pages 552 à 641.
- Piccone, T., « The contribution of the UN's special procedures to national level implementation of human rightsnorms », *The international journal of human rights*, volume 15, numéro 2, février 2011, pages 206 à 231.
- Reuter, P., *Introduction au droit des traités,* Paris, PUF, 1995.
- Robinson, N., *The Genocide Convention. Its Origins and Interpretation,* New York, Institute for Jewish Affairs, 1949.
- Ruiz Fabri, H., Della Morte, G., Lambert Abdelgawad, E., Martin-Chenut, K., « Les institutions de clémence (amnistie, grâce, prescription) en droit international et droit constitutionnel comparé », *Archives de politique criminelle*, numéro 28, 2006, pages 237 à 255.
- Schabas, W., *Genocide in International Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- Shelton, D., *The Oxford handbook of International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- Sur, S., « Système juridique international et utopie », *Le droit international*, Archives de philosophie du droit, tome 32, Paris, Sirey, 1987.
- Tekilazaya, K., Luhindi, D-F-W., Koso, M-W., « République démocratique du Congo : le secteur de la justice et de l'État de droit. Un État de droit en pointillé. Essai d'évaluation des efforts en vue de l'instauration de l'État de droit et perspectives d'avenir », *AfriMap, Open society Initiative for Southern Africa*, juillet 2013 (rapport, 160 pages).
- Tuffi Saliba, A., « Is the security council *legibus solitus* ? An analysis of the legal restraints of the UNSC », *Michigan state international law review,* volume 20, numéro 2, 2012, pages 401 à 419.
- Yokaris, A., *La répression pénale en droit international public,* Athènes, Bruxelles, Bruylant, 2005.

Autres textes sur le droit

- Beccaria, C., *Des délits et des peines,* Paris, Editions du Boucher, 2002.
- Bentham, J., *Théorie des peines et des récompenses*, Paris, Booksurge Publishing, 2003.
- Danet, J., « La prescription de l'action publique, un enjeu de politique criminelle », *Archives de politique criminelle*, numéro 28, 2006, pages 73 à 93.
- Debuyste, C., Digneffe, F., Pires, A., *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, tomes 1 à 3 Paris, Larcier, 2008.
- Devins, N., Douglas, D., *A year in the Supreme Court*, Durham, Duke University Press, 2004.
- Ferri, E., *La sociologie criminelle,* Chicoutimi, UQAC, 2005.
- Merle, R., Vitu, A., *Traité de droit criminel*, *Problèmes généraux de la science criminelle,* Paris, Cujas, 2000.
- Van de Kerchove, M., « Les fonctions de la sanction pénale, entre droit et philosophie »*, Informations sociales*, volume 7, numéro 127, 2005, pages 22 à 31.

Affaire Katanga

Sur l'affaire Katanga et l'Ituri

- Bouta, T., « Assessment of the Ituri disarmament and community reinsertion program (DCR) »*, Netherlands institute of international relations*, La Haye, mai 2005, (rapport, 39 pages).
- Chrétien, J-P, *L'Afrique des Grands Lacs*, Paris, Flammarion, 2000.
- Cross, M., Williams, S., « Recent developpments at the ICC : *Prosecutor v Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui* – A boost for « co-operative complementarity » ? », *Oxford Human Rights Law Review*, volume 10, numéro 2, 2010 pages 336 à 345.
- Cuvelier, J., Marysse, S., « Les enjeux économiques du conflit en Ituri », *L'Afrique des grands lacs, Annuaire*, 2003-2004, pages 168 à 199.
- Ezekiel, A., « The application of international criminal law to ressource exploitation : Ituri, Democratic Republic of Congo »*, Natural Ressources,* Cannigton, volume 47, 2007, pages 225 à 245.
- Galand, R., Khaldi, M., « Etude de jurisprudence, l'application du Statut de Rome de la Cour pénale internationale par les juridictions de la République démocratique du Congo », *Avocats sans frontière*n Bruxelles, mars 2009 (rapport, 143 pages).
- Grinker, R., « Images of denigration : structuring inequality between forages and farmers in the Ituri forest, Zaire »*, American Ethnologist,* volume 17, 1990, pages 111 à 130.

- Maindo Monga, N.A., « La républiquette de l'Ituri » en République démocratique du Congo : un far west ougandais », *Politique Africaine*, numéro 89, 2003, pages 181 à 192.
- Morel, C. « Effacer le tableau : rapport de la mission internationale de recherche sur les crimes commis, en violation du droit international, contre les Pygmées bambuti dans l'Est de la République Démocratique du Congo », *Minority Rights Group international,* 2004 (rapport, 28 pages).
- Olson, J-S., *The Peoples of Africa : An Ethnohistorical Dictionary*, Greenwood Publishing Group, 1996.
- ONU, "Report of the Panel of Experts on Illegal Exploitation of Natural Resources and Other Forms of Wealth of the Democratic Republic of Congo" New York, United Nations Security Council, 12 avril 2001.
- Perrot, S., "Entrepreneurs de l'insécurité : la face cachée de l'armée ougandaise", in *Politique africaine*, numéro 75, octobre 1999, pages 60 à 71.
- Pottier, J., « Roadblock ethnography : negotiating humanitarian access in Ituri, Eastern DR Congo, 1999-2004 », *Africa : The Journal of International African Institute*, volume 76, numéro 2, 2006, pages 151 à 179.
- Pottier, J., « Displacement and ethnic reintegration in Ituri, DR Congo, challenges ahead », *The journal of modern african studies,* volume 46, numéro 3, 2008, pages 427 à 450.
- Stahn, C., « Justice delivered or justice denied ? The legacy of the Katanga Judgement », site internet du *Journal of International criminal justice Oxford University Pres*s, 19 août 2014, 26 pages.
- Tamm, H., « Le FNI et la FRPI : Résistance locale et alliances régionales dans le nord-est du Congo », *Institut de la vallée du Rift*, Londres, 2013 (rapport, 61 pages).
- Van Woudenberg, A., « On va les tuer tous, la restriction de l'espace politique en République démocratique du Congo », *Human Rights Watch*, novembre 2008.
- Van Woundenberg, A., « Ituri : « couvert de sang ». Violence ciblée sur certaines ethnies dans le Nord-Est de la RDC », *Human rights Watch,* volume 15, numéro 11, juillet 2003 (rapport).
- Van Woundenberg, A., « « On va vous écraser ». La restrcition de l'espace politique en République Démocratique du Congo », *Human Rights Watch*, novembre 2008 (rapport, 107 pages).
- Vircoulon, T., « L'Ituri ou la guerre au pluriel », *Afrique contemporaine*, numéro 215, volume 3, 2005, pages 129 à 146.
- Vlassenroot, K., Raeymaekers, T., « Le conflit en Ituri », *L'Afrique des grands lacs, Annuaire*, 2002-2003, pages 207 à 233.

Autres textes de référence

- Allan Poe, E., *Puissance de la parole*, Paris, ebooksgratuits.com, 1845, trad. C. Baudelaire.
- Arendt, H., *Eichman in Jerusalem : a report on the banality of evil,* Penguin Classics, Londres, 2007.
- Arendt, H. *La condition de l'homme moderne,* Paris, Calmann Levy, 1983.
- Audier, S., *Les théories de la république*, Paris, La découverte, 2004.
- Badie, B., *L'État importé, Essai sur l'occidentalisation de l'ordre politique,* Paris, Fayard, 1992.
- Badiou, A., *Logiques des mondes*, Seuil, 2006.
- Badiou, A., *Saint Paul, la fondation de l'universalisme,* Paris, PUF, 1997.
- Balandier, G., *Le pouvoir sur scènes*, Paris, Fayard, 2006.
- Balibar, E., *Droit de cité*, Paris, PUF Quadrige, 1998.
- Bat, J-P., *Le syndrome Foccart*, Folio Histoire, 2012.
- Bayart, J-F., *L'État en Afrique*, Paris, Fayard, 2006.
- Boltanski, C., *Les minerais de sang*, Paris, Grasset, 2012.
- Boltanski, L., *La souffrance à distance*, Paris, Gallimard, 2007.
- Boureau, A., *La loi du royaume, Les moines, le droit et la construction de la nation anglaise, (XIe-XIIIe siècles)*, Paris, Les Belles Lettres, 2001.
- Braudel, F., *L'identité de la France*, Paris, Le grand livre du mois, 2000.
- Braudel, F., *Civilisation matérielle, économie et capitalisme, XVe-XVIIIe siècle*, Paris, Armand Colin, 2000.
- Butler, J., *Vie précaire, Les pouvoirs du deuil et de la violence après le 11 septembre 2001*, Paris, Éditions Amsterdam, 2005, trad. J. Rosanvallon et J. Vidal.
- Carbasse, J-M., *La monarchie française du milieu du XVIe siècle à 1715, l'esprit des institutions*, Paris, Sedes, 2002.
- Clausewitz, C., *De la guerre*, Paris, Éditions de Minuit, 1955.
- Coll, S., *Private empire,* Londres, Penguin 2012.
- Cornette, J., *Le roi de guerre – Essai sur la souveraineté dans la France du Grand Siècle*, Paris, Payot, 1993.
- Del Ponte, C., *La traque, les criminels de guerre et moi*, Paris, Héloïse d'Ormesson, 2009, trad. I. Taudière.
- Delage, C., « L'image comme preuve, L'expérience du procès de Nuremberg », *Vingtième siècle, Revue d'histoire* (2001/4, n° 72), Paris, Presses de Sciences Po, 2001.
- Derrida, J., Habermas, J., *Le « concept » du 11 septembre »*, Paris, Galilée, 2004.

- Drévillon, H., *L'individu et la guerre, Du chevalier Bayard au Soldat inconnu,* Paris, Belin, 2013.
- Duras, M., *La Douleur*, Paris, Folio, 1985.
- Durkheim, E., *Introduction à la sociologie de la famille,* Bordeaux, Extrait des annales de la Faculté de lettres de Bordeaux, 1888, pages 257 à 281.
- Erman, M., *Éloge de la vengeance*, Paris, PUF, 2012.
- Fassin, D., *La raison humanitaire*, Paris, Seuil/Gallimard, 2010.
- Ferencz, B. B., *Mémoires de Ben*, Paris, Michalon, 2012, trad. C. Nelson.
- Ferreri, M., *Touche pas à la femme blanche !,* Paris, 1973 (long-métrage).
- Gantet, C., *Guerre, paix et construction des États, 1618-1714*, Paris, Seuil, 2003.
- Girard, R., *La violence et le sacré*, Paris, Pluriel, 1972.
- Girard, R., *Les origines de la culture*, Paris, Pluriel, 2004.
- Godard, J.-L., *Je vous salue, Sarajevo*, Paris, 1993 (court-métrage).
- Godard, J.-L., *For ever Mozart*, Paris, 1996 (long-métrage).
- Godard, J.-L., *De L'origine du XXIe siècle*, Paris, 2000 (court-métrage).
- Godard, J.-L., *Notre musique*, Paris, 2004 (long-métrage).
- Gras, A., *Fragilité de la puissance, se libérer de l'emprise technologique*, Paris, Fayard, 2003.
- Hatzfeld, J., *Dans le nu de la vie*, Paris, Seuil, 2000.
- Hatzfeld, J., *Une saison de machettes*, Paris, Seuil, 2003.
- Hatzfeld, J., *La stratégie des antilopes*, Paris, Seuil, 2007.
- Heller-Roazen, D., *L'ennemi de tous : le pirate contre les nations*, Paris, Seuil, 2009, trad. Françoise et Paul Chemla.
- Hoppenot, E., Milon. A, *Emmanuel Levinas, Maurice Blanchot, penser la différence*, Paris, Presses universitaires de Paris Ouest, 2009.
- Kantorowicz, E., *Les deux corps du roi, essai sur la théologie politique au Moyen Âge,* Paris, Gallimard, 1989.
- Kertész, I., *Être sans destin*, Paris, Actes Sud, 1998.
- Kessel, J., *Jugements derniers*, Paris, Tallandier, coll. « Texto », 2007.
- Lacoue-Labarthe, P., *La fiction du politique*, Paris, Christian Bourgois, 1987.
- Lecomte, R., « Expression politique et activisme en ligne en contexte autoritaire, une analyse du cas tunisien », *Réseaux,* volume 5, numéro 181, pages 51 à 86.
- Levinas, *L'intrigue de l'infini*, Paris, Flammarion, 1994 (recueil de textes).
- Machiavel, *Le Prince*, *in* « Œuvres complètes », Paris, Gallimard, 1952.
- Notin, J.-C., *La vérité sur notre guerre en Libye,* Paris, Fayard, 2012.

- Ortega y Gasset, J., *La révolte des masses*, Paris, Les Belles Lettres, 2010, trad. L. Parrot.
- Pasolini, P-P., *Médée,* Rome, 1969 (long-métrage).
- Prades., J., « La religion de l'humanité : notes sur l'anthropocentrisme durkheimien », *Archives des siences sociales des religions,* numéro 69, 1990, pages 55 à 68.
- Quignard, P., *Sur l'image qui manque à nos jours*, Paris, Arléa, 2014.
- Raffenne, C., *La souveraineté marchandisée*, Paris, Armand Colin, 2012.
- Rau, M., *Hate Radio*, HAU – Hebbel am Ufer, Berlin, 2011 (texte mis en scène au festival d'Avignon 2013).
- Sciascia, L., *L'affaire Moro*, Paris, Grasset, 1978, trad. J.-N. Schifano.
- Semelin, J., *Face au totalitarisme, la résistance civile*, Paris, André Versailles, 2011.
- Wesseling, H., *Les empires coloniaux européens (1815-1919)*, Paris, Folio Histoire, 2009, trad. P. Grilli.
- Weil, P., *Nationalité et citoyenneté en Europe,* Paris, La découverte 1998

ANNEXES

Annexe 1

Entretiens

Principaux entretiens menés dans le cadre de ce travail de recherche ou d'activités professionnelles ayant directement nourri ce travail de recherche. Les fonctions indiquées sont celles exercées à la date de la rencontre, l'année retenue étant, lorsque plusieurs rencontres ont eu lieu, celle considérée comme la plus pertinente.

- Laurent Fabius, ministre des affaires étrangères (2013)
- Jacques Audibert, conseiller diplomatique du Président de la république (2014)
- André Parant, conseiller Afrique du Président de la République (2010)
- Alexis Dalem, conseiller spécial du ministre des affaires étrangères (2013)
- Christian Nakhlé, conseiller Proche et Moyen Orient du ministre des affaires étrangères (2013)
- Nathalie Ancel, conseillère juridique du ministre des affaires étrangères (2013) Claire Thuaudet, conseillère droits de l'homme, organisations internationales, ONU du ministre des affaires étrangères (2013)
- Sophie Makamé, conseillère Afrique du Ministre des affaires étrangères (2013)
- Jean-François Blarel, ambassadeur à La Haye (2010), sous-secrétaire général du ministère des affaires étrangères (2013)
- Pierre Menat, ambassadeur à Tunis (2011), ambassadeur à La Haye (2014)
- Jacques Villemain, conseiller juridique, ambassade de La Haye (2010)
- Etienne Chapon, Premier secrétaire, ambassade de Tunis (2011)

- Edwige Belliard, directrice des affaires juridiques, ministère des affaires étrangères (2013)
- Nicolas de Rivière, directeur des Nations unies, des organisations internationales, des droits de l'homme et de la francophonie, ministère des affaires étrangères (2013)
- Manuel Lafont-Rapnouil, sous-directeur aux affaires politiques, ministère des affaires étrangères (2013)

– Daniel Vosgien, sous-directeur aux droits de l'homme et aux affaires humanitaires, ministère des affaires étrangères (2013)

– Gaetan Bruel, conseiller du ministre de la défense (2013)
– Francisco Soriano, Général, en charge de « l'opération Sangaris » en RCA (2013)

– Dominique de Villepin, avocat, ancien ministre des affaires étrangères (2012, 2014)
– Elisabeth Guigou, députée, ancien ministre des affaires étrangères (2010)
– Josselin de Rohan, député, Président de la commission des affaires étrangères de l'assemblée nationale (2011)
– Eva Joly, députée européenne (2011)
– François Hollande, député, candidat à l'élection présidentielle (2012)
– Jean-Luc Mélenchon, sénateur, président du Parti de Gauche (2011)
– Hubert Védrine, consultant, ancien ministre des affaires étrangères (2011)

– Luis Moreno Ocampo, Procureur de la CPI (2010, 2014)
– Fatou Bensouda, Procureure adjointe de la CPI (2010), chargée de la division des poursuites du Bureau du Procureur de la CPI
– Michel de Smedt, directeur de la division des enquêtes au Bureau du Procureur de la CPI (2010)
– Béatrice le Fraper du Helen, directrice de la DCCC du Bureau du Procureur de la CPI (2010), conseillère juridique à la Représentation permanente de la France à l'ONU (2014)
– Emeric Rogier, responsable de la section « analyses » de la DCCC au Bureau du Procureur de la CPI (2010)
– Pascal Turlan, officier de coopération au Bureau du Procureur de la CPI (2010)
– Polina Levina, analyste au Bureau du Procureur de la CPI (2010), analyste à la Commission d'enquête indépendante du Haut commissariat aux droits de l'homme de l'ONU sur la Syrie (2013)
– Shamila Batoi, directrice du Service de conseil juridique du Bureau du Procureur de la CPI (2010, 2014)
– Morten Bergsmo, ancien membre de l'ICC Advance team, en charge de la préfiguration du Bureau du Procureur de la CPI (2014)

– Germain Katanga (2014)
– Bruno Cotte, juge à la CPI, juge-président de l'affaire Katanga (2014)
– Christine Van den Wyngaert, juge à la CPI, juge de l'affaire Katanga (2014)
– Fatoumata Dembele Diarra, juge à la CPI, juge de l'affaire Katanga (2014)
– Bruno Cathala, ancien greffier de la CPI, président de Tribunal de grande instance (2013)
– Eric Macdonald, substitut du Procureur de la CPI en charge de l'affaire Katanga (2010)
– David Hooper, avocat au barreau de la CPI, principal conseil de Germain Katanga (2014)
– Jean-Marie Biju-Duval, avocat au barreau de la CPI, conseil de Thomas Lubanga (2014)
– Denise Katanga, femme de Germain Katanga (2014)

- Catherine Ashton, Haute représentante de l'Union Européenne pour les affaires étrangères (2010)
- Robert Cooper, conseiller de la Haute représentante de l'Union européenne pour les affaires étrangères (2010)

- Harold Koh, conseiller juridique du Président des États-Unis (2012)
- Samantha Power, assistante spéciale du Président des États-Unis (2010)
- Alain Leroy, sous-secrétaire général aux Nations Unies en charge des forces de maintien de la paix (2010)

- Jean Ping, Président de la commission de l'Union Africaine (2011)

- Giorgio Napolitano, Président de l'Italie (2011)
- Abdoulaye Wade, Président du Sénégal (2010)
- Thabo Mbeki, ancien Président de l'Afrique du Sud (2010)

- Robert Post, Dean de la Yale Law School (2014)
- Richard Descoings, directeur de Sciences Po Paris (2012)
- Mireille Delmas-Marty, Professeur émérite, Collège de France (2011)
- Alain Badiou, Professeur émérite, ENS (2013)
- Bertrand Badie, Professeur, Sciences Po (2011)
- Barbara Cassin, Directrice de recherches au CNRS (2013)
- Jacques Sémelin, Professeur, Sciences Po Paris (2010)
- Stathis Kalivas, Professeur, Yale (2013)
- Michael Reismann, Professeur, Yale (2014)
- Alec Stone Sweet, Professeur, Yale (2013)

- Julian Assange, fondateur de Wikileaks (2014)
- Michael Ratner, président du Center for Constitutional Rights, avocat de Julian Assange (2014)
- Philippe Aigrain, co-fondateur de La Quadrature du Net (2013)
- Jérémie Zimmerman, porte-parole de la Quadrature du Net (2013)
- Simona Levi, co-fondatrice du Partido X, issu du mouvement 15M espagnol (2014)
- Baltasar Garzon, juge d'instruction, conseiller du Procureur de la CPI (2010), co-directeur de l'équipe juridique de Julian Assange (2014)
- Dolores Delgado, Procureure à l'Audience nationale espagnole (2010)
- Roberto Saviano, écrivain (2010, 2014)
- Jacques Vergès, avocat (2011)

- Antoine Bernard, secrétaire général de la FIDH (2012)
- Simon Foreman, coordinateur de la CFCPI (2011)
- Richard Dicker, responsable de la justice internationale, HRW (2010)
- Louise Arbour, présidente de l'ICG (2010)
- Kofi Annan, fondateur de la Kofi Annan Foundation (2010)
- Benjamin Bibas, responsable du groupe Afrique à EELV (2011)
- Elsa Le Pennec, chercheur, Amnesty (2013)
- Justine Brabant, chercheur, spécialiste de l'Est de la RDC (2012)

- Yadh Ben Achour, responsable de la Haute instance pour la réalisation des objectifs de la révolution, de la réforme politique et de la transition démocratique tunisiennes (2011)
- Abdelassem Jerad, secrétaire général de l'Union générale des travailleurs tunisiens (UGTT) (2011)
- Mokhtar Trifi, Président de la Ligue des droits de l'homme tunisienne (LDHT) (2011)
- Sihem Ben Sédrine, fondatrice et porte-parole du Conseil national des libertés tunisiennes (CNLT) ainsi que l'ensemble du comité directeur (2011)
- Kamel Jendoubi, Président du Réseau euro-méditerrannéen des droits de l'homme, exilé politique (2011)
- Khadija Cherif, ex-présidente de l'Association des Femmes démocrates, cadre d'Amnesty international Tunis (2011)
- Khemais Chamari, ex-député et leader de l'opposition emprisonné (2011)
- Khelil Ezzaouia, président du Syndicat de la santé (2011)
- Abdalah Ben Abdalah, général de l'armée de terre, directeur de l'Agence tunisienne de formation professionnelle, ainsi que la directrice de la communication de l'ATFP (2011)
- Alya Chamari, avocat près la Cour de cassation, cadre de l'association du barreau tunisien (2011)
- Mahmoud Hassen, avocat près la Cour de cassation, professeur de droit à l'Université de Tunis (2011)
- Fouzzia Mezzi, rédactrice en chef, La Presse de Tunis (2011)
- Colonel Vianney Kazarama, porte-parole du M23 (2012)
- Julian Paluku, gouverneur du Nord-Kivu (2012)
- Tshibanda Tondoyi, premier substitut du Procureur du TGI de Goma, RDC (2012)

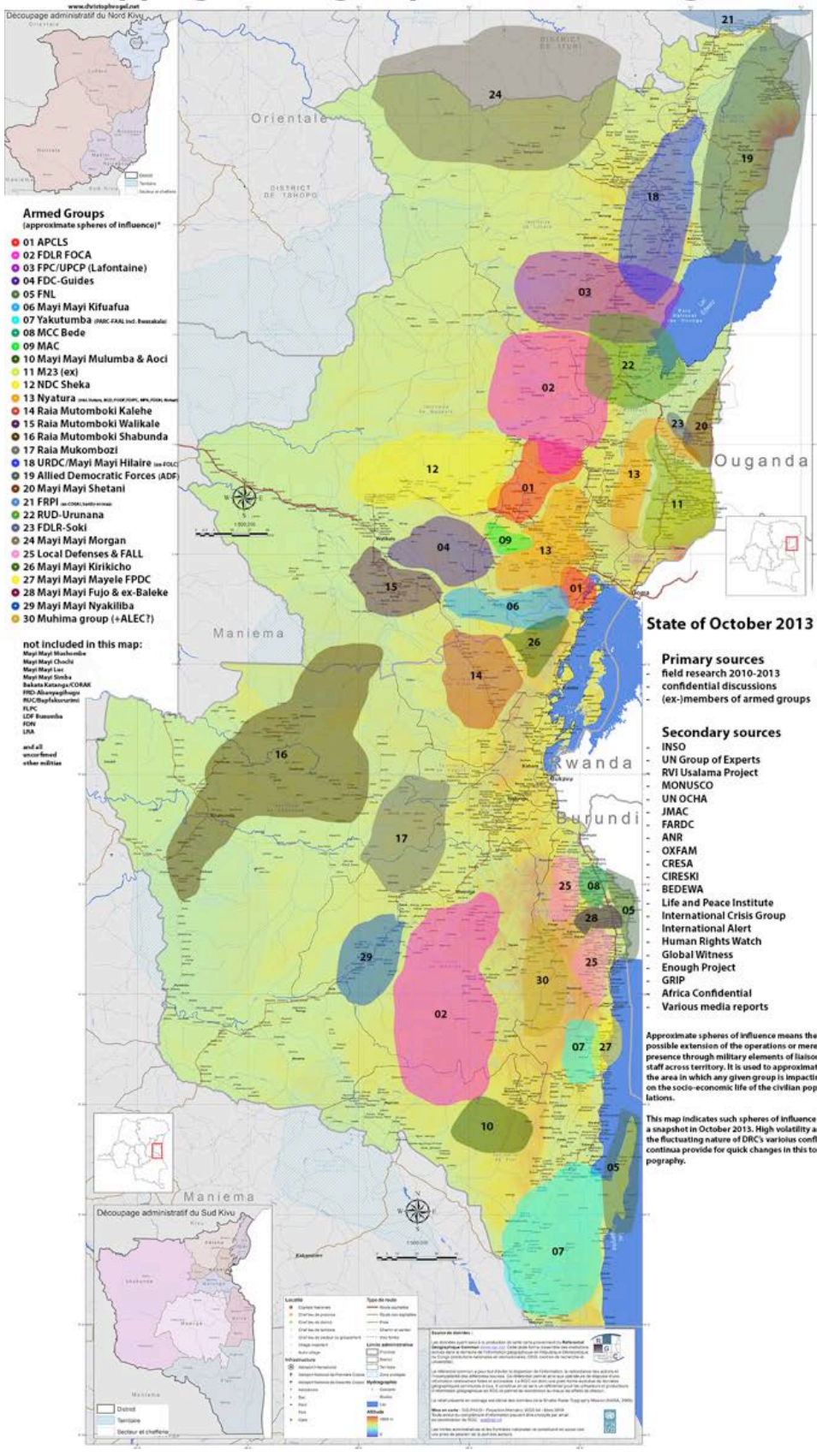
- Arsène Sendé, Ministre de la justice de la République centrafricaine (2013)
- Jérôme Gombosc, mercenaire, conseiller à la Présidence centrafricaine (2013)
- Guy Simplice Kodegue, Porte-parole du gouvernement centrafricain (2013)
- Noy *Denard*, consultante, conseillère du Président de la République centrafricaine (2013)
- Ghislain Grésengué, Procureur au Tribunal de Grande Instance de Bangui (2013)
- Jean Felix Akaga, Général responsable de la FOMAC (2013)
- General Onjola, chef d'état major de la MISCA (2013)
- Nourredine Adam, général de la rebellion Seleka, République centrafricaine (2013)
- Jean Jacques Demafouth, conseiller du Président de la République centrafricaine (2013)

- Natalie Nougayrède, correspondante diplomatique (2010), directrice du quotidien *Le Monde* (2013)
- Jean-Philippe Rémy, journaliste, responsable du continent africain au quotidien *Le Monde* (2012)
- Stéphanie Maupas, correspondante à La Haye du quotidien *Le Monde* et de RFI (2014)
- Jean Hatzfeld, écrivain (2012)
- Alfred de Montesquiou, journaliste à Paris Match, grand reporter pendant la guere civile libyenne (2013)

Annexe 2 ▶

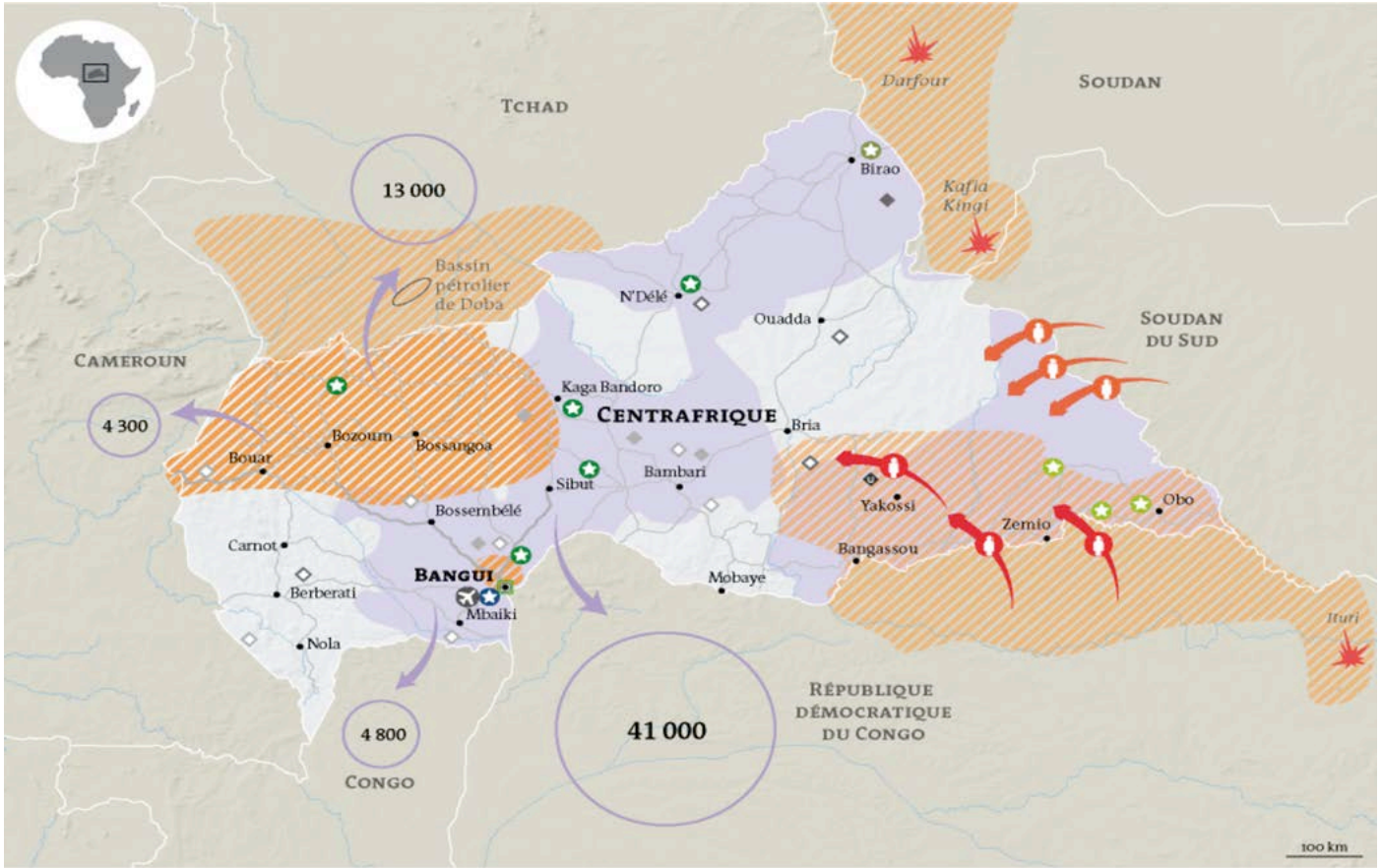
Zones d'influence des groupes armés au Nord-Kivu (RDC)

Mapping armed groups in eastern Congo



Annexe 3 ▶

La Centrafrique en décembre 2013



Un Etat fantôme...

CRISE POLITIQUE

- Prise de pouvoir par la Séléka en mars 2013. Ce groupe hétérogène d'opposants a été officiellement dissout en septembre
- Zone de conflits

TENSIONS HUMANITAIRES

- Zone en insécurité alimentaire
- Déplacés
- Nombre de réfugiés au 31 août 2013

... en faillite...

RESSOURCES MINIÈRES QUI ÉCHAPPENT À L'ÉTAT

- Région diamantifère
- Cuivre
- Uranium
- Or
- Fer

INFRASTRUCTURES EMBRYONNAIRES

- Routes goudronnées
- Routes non pavées (nécessitant une motrice à quatre roues toute l'année)

... devenu une zone grise

ENVIRONNEMENT RÉGIONAL INSTABLE

- Affrontements sporadiques aux frontières

Présence de groupes armés étrangers

- Armée de Résistance du Seigneur, LRA
- Groupes de trafiquants et de braconniers

PARTENAIRES INTERNATIONAUX ATTENTISTES

- Micopax (Mission de consolidation de la paix en République centrafricaine), envoyée par la Communauté économique des États de l'Afrique centrale
- Force tripartite Soudan, Tchad, RCA
- Troupes ougandaises
- Troupes françaises

SOURCES : « RÉPUBLIQUE CENTRAFRICAINE : LES URGENCES DE LA TRANSITION », 2013, INTERNATIONAL CRISIS GROUP ; MAGAZINE *CARTO* N° 16, MARS-AVRIL 2013 ; OCHA ; AFP ; *LE MONDE* - INFOGRAPHIE *LE MONDE*

Annexe 4 ▶

Plan de l'Ituri (Rift Valley Institute)

Carte 1. *L'est de la RDC, montrant la région de la carte détaillée à la page suivante*

Annexe 5

Fonctions exercées pendant ce travail de recherche

- Stagiaire à la DCCC (Bureau du Procureur, CPI) : mars 2010-mai 2010
- Assistant spécial du Procureur (Bureau du Procureur, CPI) : mai 2010-août 2010
- Officier de liaison du Procureur (Bureau du Procureur, CPI) : août 2010-mai 2011
- Collaborateur extérieur du Ministre des affaires étrangères (cabinet du ministre, direction de la prospective, CAPS) : septembre 2012 – juin 2013
- Chercheur invité à la Yale Law School : septembre 2013 – août 2014
- Lecteur à l'Université de Yale : août 2013 – mai 2014
- Juriste au sein de l'équipe de défense de Julian Assange : janvier 2014 –
- Expert au sein du Partido X : janvier 2014 –
- Pigiste (Le Monde diplomatique, Le nouvel Obs, Les inrockuptibles…) : septembre 2013 –

Annexe 6

Séjours de recherche effectués

- Janvier 2011 : Tunis, Tunisie
- Août – Septembre 2012 : Nord-Kivu, République démocratique du Congo
- Décembre 2013 : République Centrafricaine

Annexe 7

Publications pendant la thèse relatives à celle-ci

- Janvier 2015 (à venir) : *L'ordre et le monde, Critique de la Cour pénale internationale*, Fayard, collection Ouvertures dirigée par Alain Badiou et Barbara Cassin
- Décembre 2013 : L'erreur française à Bozoum ; A Bangui, la confusion règne ; A Bangui, la tension est à son comble ; Bangui se prépare au pire (Les inrockuptibles) ; Ils ne sont pas des tueurs (Rue89)
- Décembre 2013 : Le cosmopolitisme des chefs (Revue Envers, numéro 1)
- Novembre 2012 : Qui veut vraiment la paix au Congo ? (Le monde diplomatique)
- Septembre 2012 : Le sommet de la Francophonie (Slate Afrique)
- Août 2012 : Blog « Depuis le Nord-Kivu » (Rue89)
- Juillet 2012 : Towards a global social contract ? (Communication, séminaire de droit, EUI)
- Décembre 2011 : Justice internationale (dir.) (Revue Jeune République, numéro 5)

Annexe 8

Rapport de séjour (Tunis, 2011)

Rapport de Mission – Tunisie – 22-28 janvier 2011

CONFIDENTIEL

–Personnalités rencontrées–

- Yadh Ben Achour, Président de la commission de la réforme politique
- Abdelassem Jerad, secrétaire général de l'Union générale des travailleurs tunisiens (UGTT), ainsi que le secrétaire général aux relations internationales
- Pierre Ménat, Ambassadeur de France en poste
- Jean-Claude Floirac, Premier secrétaire de l'ambassade
- Etienne Chapon, Premier secrétaire de l'ambassade
- Hélène Picart, stagiaire à l'ambassade
- Bernard Lemasle, Proviseur du Lycée français Pierre Mendès France de Tunis
- Eva Joly, Hélène Flautre, députés européennes
- Messieurs les directeur et responsable des relations internationales Mongi Bourgou, de l'ENS de Tunis
- Souhayr Belhassen, Présidente de la FIDH
- Mokhtar Trifi, Président de la Ligue des droits de l'homme tunisienne (LDHT)
- Sihem Ben Sédrine, fondatrice et porte-parole du Conseil national des libertés tunisiennes (CNLT) ainsi que l'ensemble du comité directeur
- Kamel Jendoubi, Président du Réseau euro-méditerrannéen des droits de l'homme, exilé politique
- Khadija Cherif, ex-présidente de l'Association des Femmes démocrates, cadre d'Amnesty international Tunis
- Khemais Chamari, ex-député et leader de l'opposition emprisonné
- Khelil Ezzaouia, président du Syndicat de la santé
- Mmes les directrices et trésorières de l'Association des femmes démocrates
- Abdalah Ben Abdalah, général de l'armée de terre, directeur de l'Agence tunisienne de formation professionnelle, ainsi que la directrice de la communication de l'ATFP
- Alya Chamari, avocat près la Cour de cassation, cadre de l'association du barreau tunisien

– Mahmoud Hassen, avocat près la Cour de cassation, professeur de droit à l'Université de Tunis
– Fouzzia Mezzi, rédactrice en chef aux pages culture, La Presse de Tunis.

– Cadre de la Mission–

Le séjour à mêlé une mission d'observation politique dans le cadre de l'association Jeune République, a une mission officieuse pour le compte du Bureau du Procureur de la Cour pénale internationale visant à impulser la ratification du Statut de Rome et effectuer des recherches préliminaires relatives à l'ampleur des crimes commis depuis 2002. Nous nous sommes ainsi présentés alternativement comme journalistes ou membres d'une délégation de la CPI, selon nos interlocuteurs et l'objectif poursuivi.

La rencontre avec M. Yadh Ben Achour, qui joue un rôle similaire à celui de M. Debré lors des mois précédant la mise en place de la Ve république, a été la plus fructueuse, et a selon toute vraisemblance été l'élément déclenheur de l'adhésion exceptionnellement rapide de la Tunisie à la CPI, lors du premier conseil des ministres du nouveau gouvernement. Faisant suite à une mobilisation de l'ensemble des organisations rencontrées afin de faire pression dans cet objectif, cette rencontre s'est achevée sur les mots suivants de M. Ben Achour « notre rendez-vous aura été court, mais permettez-moi de vous assurer que ses effets seront inversement proportionnels à sa durée ».

Si le contexte politique et constitutionnel était idoine, et a permis de lever de nombreux obstacles qui auraient autrement rendu le processus long et douloureux, cette rapide adhésion était d'autant moins évidente que pendant notre mission de nombreuses personnalités, notamment Eva Joly, nous avaient fait part de leur scepticisme ou leur volonté de rendre prioritaires d'autres processus. Un affrontement verbal important a d'ailleurs eu lieu avec l'eurodéputée, dans le cadre d'une réunion avec la principale organisation de défense des droits de l'homme, le CNLT. Mme. Joly ne semblait percevoir les implications symboliques, géopolitiques et même politiques qu'offrait cette adhésion/ratification, ne serait-ce que pour donner un cadre à l'épuration et au renouvellement des instances judiciaires et politiques, et a tenté de convaincre le CNLT de rester sur une ligne défensive sur la question. Il a fallut, non pas forcement à contre-courant mais face à une certaine indifférence et crispation surprenante, convaincre nos interlocuteurs de l'importance d'une adhésion rapide, ne serait-ce que pour son rôle de bouclier pour le pays et ses populations dans un contexte si incertain.

La présence d'une délégation de la CPI dans les jours suivant immédiatement la fin des événements a été perçue de façon générale comme une marque de sérieux et d'intérêt extrêmement flatteuse qui a largement facilité le processus. Cela devrait entraîner une remise en cause de la politique actuelle de l'institution, qui attends en général de longs mois avant de se mobiliser, et n'établit pas ou peu de contacts avec les États non-membres au statut de Rome, refusant tout rôle pro-actif.

Les rencontres avec les différentes ONG ont très vite fait apparaître un nombre de morts bien plus élevé que celui annoncé officiellement, sur la période 17 décembre – 14 janvier, de deux à trois fois plus (estimation partielle : 250 morts, dont un tiers pendant les émeutes dans les prisons). Des consignes auraient été transmises, par le biais de circulaires, à l'ensemble des chefs de service des hôpitaux afin d'extraire et de faire disparaître les balles lors des examens légiste. Plus particulièrement, des balles à fragmentation auraient été retrouvées par certains médecins, réduits au silence. Des indices de viols et/ou violences de genre systématiques seraient

en cours de collecte dans certaines villes de province. Le non-respect du couvre-feu a été l'un des prétextes à ces violences systématiques, et aux assassinats aléatoires par des snipers, notamment à Bizerte. L'ensemble de ces indices font penser à une planification minutieuse et systématique dans le cadre d'une stratégie de terreur, puis de la terre brûlée, qui rend les crimes susceptibles de poursuites par la CPI en cas de déclaration de compétence sur la base de l'article 12.3.

*

Le rôle de la France a été désastreux, mais n'a pas entamé le crédit dont joui le pays et sa culture auprès des Tunisiens et de leurs responsables, qui le considèrent comme un accident de l'histoire : de nombreuses tribunes dans les journaux nationaux se sont ainsi par exemple essayés à différencier la « France culturelle » de la « France politique ». Mitterrand, Chirac ou encore Jospin sont spontanément cités dans les rues comme des références, tandis que la figure de Nicolas Sarkozy centralise l'ensemble des critiques, très souvent virulentes. Les unes françaises sur la révolution (Paris Match, Le nouvel obs…) sont présentes dans tous les kiosques comme autant de signes de fierté. Les interventions de Michelle Alliot-Marie ou Bruno Lemaire sont présentes dans les esprits en tant qu'événements, mais leur manque de notoriété manifeste joue comme un rôle protecteur pour leur image à l'heure actuelle.

Contrairement aux échos entendus dans la presse française, le rôle de l'Ambassadeur pendant la crise a été largement salué par la communauté française, au contraire de celui du Consul, très fortement critiqué. Il n'en reste pas moins que le choix de M. Ménat de déléguer les contacts avec la société civile à son premier secrétaire a créé de profondes blessures au sein de cette dernière, sans apporter de résultats probants dans les relations avec le régime Ben Ali, et faussant la vision qu'avait la chancellerie de la société tunisienne. Malgré cela, l'Ambassadeur reste globalement soutenu par ses équipes, qui redoutaient à mots couverts la venue de M. Boillon et la volonté politique élyséenne qui semble être à l'origine de ce changement.

La révolution a connu des épisodes « secrets » qui ont failli remettre en cause l'ensemble de ses acquis, notamment l'invasion du Ministère de l'intérieur par des forces policières restées fidèles à Ben Ali le 26 janvier 2011. La fidélité de l'armée a joué un rôle clef salué unanimement, sans que le risque de pronunciamento ne se fasse jamais sentir.

La question de l'épuration administrative, qui n'a pas encore commencé, va jouer un rôle central dans la suite des événements, qui font, depuis le 27 janvier, partie d'un deuxième acte de la révolution, voir de la transition démocratique. Le gouvernement actuel ne semble avoir aucune velléité particulière en ce sens, et sa dominante largement technocratique fait craindre un attentisme certain qui risque de durer jusqu'aux élections, et qui dans le même temps permettra de maintenir la stabilité précaire du pays, « menacée » par des revendications sociales, notamment dans le Sud, auxquelles seules des réponses partielles ont été jusqu'ici apportées.

Le paysage politique est décimé, au point que le syndicat UGTT, pourtant peu avare en compromissions avec le pouvoir, envisage sa transformation en parti des travailleurs. La société civile est complétement déstructurée, l'armée n'a aucun objectif politique, l'opposition légale bénéficie d'un crédit quasi nul tout comme le RCD, bien que le parti Ettajdid (centre gauche, opposition officielle, dirigé par Nejib Chebbi) soit le favori des élites, et notamment de la nomenclatura française. Six mois (le temps que se laisse le gouvernement pour organiser des nouvelles élections) paraissent bien cours étant donné l'état actuel de la sphère politique. Aucun mouvement ni personnalité ne semble en capacité de récupérer le mouvement, pas même le POCT (communiste), dont on aurait pu espérer que les structures clandestines auraient un peu plus d'importance que les actuelles.

La question islamique est actuellement un faux-nez. Bien que de nombreux membres de la bourgeoisie et de la société civile craignent un double discours probable de la part de mouvements qui apparaissent pour l'instant extrêmement modérés, leur ancrage dans la population est marginal. La société est largement laïcisée (taux de scolarisation plus importants pour les femmes que les hommes, peu de voiles, possibilité de boire de l'alcool dans les espaces publics…). La stratégie de Ennahda (Rennaissance, principal parti islamiste), est a priori de se reconstruire sur deux à trois ans avant de redevenir une force de premier plan capable, si ce n'est de diriger la Tunisie, d'y peser : son positionnement n'est pas laïc tout en étant loin d'être fondamentaliste. Le sentiment anti-occidental est inexistant.

L'ingérence de la Lybie est la principale crainte en termes géopolitiques, et l'intervention de Kadhafi en direct sur la télévision tunisienne a créé un véritable mal-être. De grands doutes subsistent sur la capacité de l'armée à pouvoir à la fois assurer l'ordre intérieur, constamment menacé par les partisans ben-alistes et une police velléitaire, et les frontières tant à l'Est comme au Sud avec une menace de l'AQMI qui semble prise au sérieux. L'évolution de la situation égyptienne est regardée avec attention, tant elle risque de déterminer le rapport de force régional et consolider ou remettre en cause les acquis tunisiens.

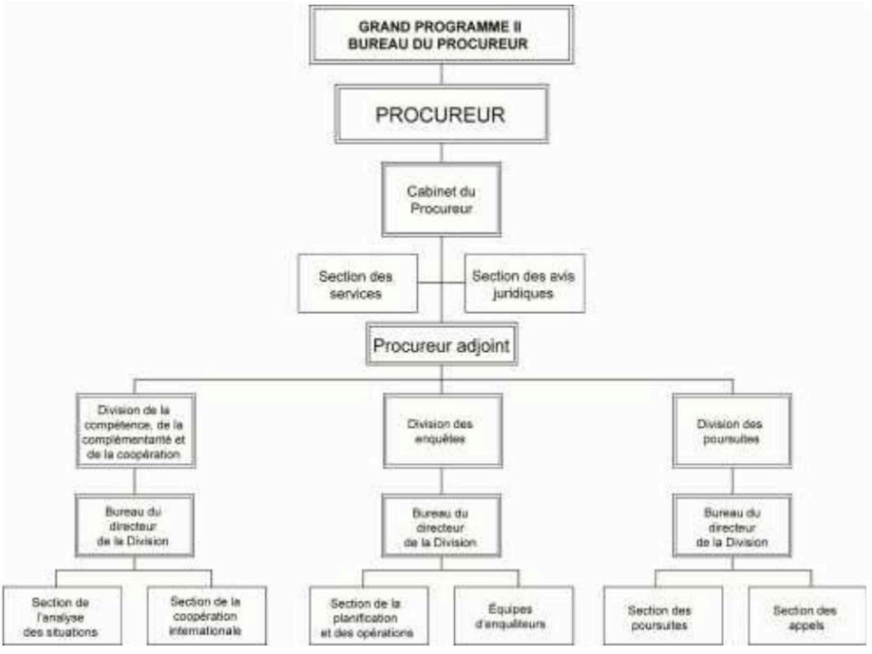
L'un des éléments déclencheurs de la révolution a sans doute été l'allégement de la censure sur internet par le régime, courant 2010, qui a permis d'ouvrir les vannes de l'accès aux réseaux sociaux, notamment Facebook, par nature incontrôlables. L'horizontalisation de la mobilisation lui a permis d'aboutir malgré l'efficacité de l'omerta et la déstructuration soignée de tout réseau de résistance tant à l'intérieur comme à l'extérieur du territoire. L'absence totale de structures idéologiques et partisanes n'a dès lors pas empêché le succès et surtout permis la résistance au passage du temps des protestations. Elle marque l'influence certaine d'un outil technologique qui a joué un rôle plus important que celui de simple vecteur.

L'armée aura, comme cela l'a été largement indiqué, joué le rôle clef dans la révolution en permettant son aboutissement, et pourrait surtout servir d'exemple à suivre pour les autres structures militaires dans le reste du monde arabe. A une moindre échelle, la maturité des élites technocratiques, civiles et bourgeoises a permis le passage de la révolution, à partir du 14 janvier, à une transition démocratique sans accrocs et dans le respect des revendications de la population.

Juan Branco – Jeune République

Annexe 9

Structure du Bureau du Procureur (2014)



Annexe 10

Exemple d'ordre du jour d'une réunion de service de la DCCC

Pour des raisons de confidentialité, ce document n'a pas pu être reproduit dans le présent ouvrage.

Annexe 11

Brouillon d'une demande d'autorisation d'appel du Bureau du Procureur auprès d'une Chambre de première instance

Pour des raisons de confidentialité, ce document n'a pas pu être reproduit dans le présent ouvrage.

Annexe 12

Note sur la CPI pour le ministère des Affaire étrangères

MINISTÈRE
DES
AFFAIRES ÉTRANGÈRES

Direction de la Prospective

DP/

RÉPUBLIQUE
FRANÇAISE

Paris, le 20 novembre 2012

La France et la CPI : établir une feuille de route

Note à l'attention du Ministre

Résumé

Les recommandations suivantes proposent une doctrine d'ensemble pour notre diplomatie sur la justice pénale internationale, déclinée en trois grands axes et une série de recommandations concrètes d'application immédiate. Il s'agit de donner une cohérence et une lisibilité à notre action sur ces questions, aujourd'hui manquante et demandée tant au sein du département que par la société civile.

Trois axes sont proposés à cet égard :

Un plan d'action public en faveur de la CPI qui pourrait se greffer à la campagne pour l'abolition universelle de la peine de mort ; un réengagement de la France au sein de la Cour et une prise en compte accrue de la question de la lutte contre l'impunité dans nos relations bilatérales.

L'ensemble des recommandations se trouve résumé en annexe, en sus d'une fiche technique sur la CPI.

1/ Contexte : l'impunité, un facteur décisif dans l'escalade des violences

Les violences actuelles en Syrie, en RDC ou encore à Gaza ont une caractéristique commune : elles s'appuient sur l'impunité, en faits comme en potentialité (sentiment d'invulnérabilité des dirigeants israéliens face au droit international ; utilisation de la violence comme arme de promotion politique en RDC ; certitude de la pérennité de blocages diplomatique en Syrie). Il est dès lors permis de s'interroger sur une approche diplomatique favorisant le cas par cas et ne systématisant pas les poursuites pour les crimes les plus graves.

Contrairement aux a priori, le coût de l'impunité, même marginale, est bien plus élevé que celui induit par une systématisation des processus de justice internationale qui sortirait du jeu diplomatique l'éventualité d'amnisties pour les crimes les plus graves. **L'idée qu'une amnistie ou absence de poursuites contre les principaux responsables pourrait être négociée ne peut que nourrir les cycles de violences en les incitant à pousser cette logique jusqu'au point de rupture.**

L'impunité peut être dans certains cas un facteur de stabilisation sur le court-terme : en légitimant l'usage de la violence contre les civils pour se maintenir ou accéder au pouvoir, elle n'en a pas moins des effets d'autant plus désastreux sur le moyen et long-terme qu'elle est visible. En d'autres termes, le coût marginal d'une brèche dans la lutte contre l'impunité est si important qu'il risque de remettre en cause l'ensemble des investissements dans la lutte contre l'impunité et les rendre inutiles. C'est à l'aune de ce constat qu'il faut comprendre la nécessité d'une systématisation de l'appui aux juridictions internationales **dès lors qu'elles sont saisies**, ce qui n'interdit pas d'en connaître les faiblesses et insuffisances et de se mobiliser pour les combler.

La France tient un discours très offensif sur la défense des droits de l'homme et de l'État de droit à l'échelle mondiale. **Les attentes créées en conséquence entrent souvent en tension avec ses intérêts immédiats et amènent à des contradictions parfois pointées par les médias et les ONG.** L'émergence et le renforcement de la société civile à l'échelle mondiale, avec la visibilité chaque fois plus grande qu'ont obtenu certaines de leurs grandes centrales, mais aussi des institutions internationales tenant un discours offensif à l'égard des États sur ces sujets (ONU, ses différents programmes et commissions notamment) rendent la question du décalage entre parole et actes d'autant plus sensible qu'il risque à tout moment d'être pointé dans l'espace public.

La Cour pénale internationale n'est pas un moindre acteur dans cette problématique. L'institution a été créée lors de la Conférence de Rome en 1998 dans un contexte géopolitique unique lors duquel la voix des ONG portait très largement. Celles-ci considèrent l'institution comme leur « enfant ». Les trois ONG majeures, Amnesty, Human Rights Watch et la FIDH en ont fait un curseur de leur politique générale et défendent systématiquement la coopération avec la Cour, dénonçant toute attitude non-coopérative de la part des États. Dans le même temps, elles n'hésitent pas à se montrer critiques à l'égard de l'institution lorsqu'elle dérive de leurs « directives » et ne satisfait pas leurs objectifs. Or le 11 septembre, qui précède de quelques mois la création effective de la CPI, amène à un reflux massif du champ des droits de l'homme et de la légalité internationale. La CPI, fille de la société civile, doit composer avec les réticences des États qui remettent en cause sa légitimité à agir dans un monde où le terrorisme et la fragmentation des relations internationales sont, bien plus que les crimes de guerre et contre l'humanité, considérés comme les principaux dangers.

Le soutien de la France à l'égard de la justice pénale internationale est constant dans son discours public et s'est maintenu en toutes circonstances. Il n'en reste pas moins encore

trop erratique dans sa mise en œuvre, faute d'une doctrine d'usage réelle. Alors que les révolutions arabes consacrent le retour des peuples dans les relations internationales, les droits de l'homme et la justice internationale reviennent au centre du jeu géopolitique. Les attitudes de coopération discrétionnaire et ciblées ainsi que les exceptions aux règles de droit international sont de plus en plus coûteuses. Sortant de cette période intérimaire, la France a tout intérêt à se doter d'une doctrine d'action cohérente et constante sur les questions de lutte contre l'impunité.

2/ La CPI et la France : un partenariat à approfondir

La France, acteur important de l'élaboration du Système de Rome, a signé et ratifié le traité et a transposé ses dispositions dans son droit interne en 2010. **Quatrième contributeur de l'institution, elle est aussi la principale source d'informations de la Cour :** cet engagement se double par ailleurs d'un activisme diplomatique en sa faveur, notamment visible au CSNU.

Ne connaissant pas de menaces séparatistes (au contraire de la Chine et de la Russie) et ayant une exposition limitée, bien que croissante, de ses forces déployées (au contraire des États-Unis), la France est l'acteur du CSNU le plus à même de s'engager pour la CPI sans risquer de contrecoups.

La Cour pénale internationale a cependant compétence pour les crimes commis dans plusieurs conflits où des forces françaises sont ou ont été engagées dans les dernières années : en Afghanistan, mais aussi et peut-être surtout en Libye et en Côte d'Ivoire, où la France a joué un rôle fondamental dans la saisine de la CPI (par le biais des accords de Marcoussis en Côte d'Ivoire, et en prenant l'initiative de l'inclusion de la CPI dans la résolution 1970 de l'ONU concernant la Libye). Le Mali a ratifié le statut de Rome et le Bureau du Procureur s'apprête à ouvrir une enquête : celle-ci concernerait éventuellement les forces françaises en cas de déploiement (voir annexe)**.** Le risque juridique que fait peser l'institution sur les OPEX doit dès lors être systématiquement pris en compte. **La proposition du Procureur visant à « couvrir » l'intervention en Libye par l'émission préalable de mandats d'arrêts contre le clan Kadhafi est un exemple montrant que la France a tout intérêt à coopérer avec l'institution en amont de ses opérations militaires.**

L'engagement de la France auprès de la CPI est dans l'ensemble « mal payé » et devrait faire l'objet d'un recalibrage. En interne, l'influence de la France au sein de la CPI est en nette chute. Après avoir obtenu le premier poste de greffier de l'institution (Bruno Cathala), ainsi que le poste de numéro 3 du Bureau du Procureur (Béatrice Le Fraper du Hellen), le départ de ces deux membres, ainsi que du seul juge français Bruno Cotte, a affaibli la position française. L'échec de la France à faire élire Bruno Cathala comme juge est très significatif à cet égard. L'anglais domine largement, malgré son statut partagé de langue officielle avec le français, tant comme langue véhiculaire que culturellement (prégnance du common law dans les proécdures). La plupart des fonctionnaires ayant des postes de direction sont en conséquence de formation académique anglo-saxonne, notamment au sein du Bureau du Procureur. L'élection de Fatou Bensouda, gambienne, au poste de Procureur, n'a fait qu'accentuer la prédominance anglo-saxonne. Il est à noter que le Président de la Cour (le juge coréen Song Sang-Hyun) ne parle pas français. **Nous aurions intérêt à faire rapidement évoluer cette donnée, au risque de perdre durablement le fonctionnement d'une institution encore en cours de construction.**

3/ Eléments de doctrine et recommandations d'évolutions

Généraux

La France affirme systématiquement son attachement à la promotion et au développement de la justice pénale internationale et à la lutte contre l'impunité. Elle considère que la CPI a vocation à devenir le seul outil à cet égard, se substituant aux tribunaux pénaux internationaux.

La France est à l'initiative de la saisine de la CPI par le CSNU sur la situation Libyenne (résolution 1970) et a affirmé à plusieurs reprises sa volonté de saisir la CPI en Syrie. Cette position constante dans les forums diplomatiques se double d'une prise en compte de la question de l'impunité dans les relations bilatérales : c'est ainsi que la France a joué un rôle majeur dans la saisine de la CPI en Côte d'Ivoire suite aux accords de Marcoussis. **Nous aurions intérêt à doubler ces initiatives d'un suivi plus conséquent, notamment par la proposition de résolutions rappelant aux États récalcitrants leurs obligations de coopération.**

Particuliers

– La France a transposé a minima les dispositions du Statut de Rome dans son droit interne (2010), ce qui a été dénoncé par de nombreuses ONG. A cet égard, la proposition de loi portée par le Président de la commission des lois du Sénat semble bien plus équilibrée. **Le soutien à ce projet bénéficierait grandement le gouvernement en termes d'image et de crédibilité auprès de la société civile.** Les coûts induits d'un tel soutien semblent faibles, pour ne pas dire nuls.

– La France défend systématiquement une croissance nominale zéro du budget de la CPI, équivalent à celui du TPIY (voir annexe) malgré une compétence bien plus large. Elle refuse la prise en charge par le CSNU ou l'ONU des situations déférées par le Conseil de sécurité. **Cette politique provoque des tensions qui doivent être signalées**, notamment en ce qui concerne l'ouverture de nouvelles enquêtes, bloquées du fait de l'absence de moyens (exemple du Mali). Les délais juridictionnels, déjà pesants du fait d'une prédominance préoccupante du droit anglo-saxon, s'en trouvent par ailleurs très largement alourdis : ainsi a-t-il fallut cinq mois à la Cour pour déterminer si l'état de santé de Laurent Gbagbo permettait de le juger ou non.

– La France refuse de soutenir la notion de complémentarité positive défendue par le BdP (TD Diplomatie 20886). La complémentarité positive vise à soutenir les initiatives de lutte contre l'impunité au niveau national en sus de l'action de la Cour, afin notamment d'établir des procès compatibles avec les standards internationaux et assurer une cohérence dans la lutte contre l'impunité entre les échelons nationaux et internationaux. Le soutien à cette politique permettrait à l'action de la CPI, limitée par son budget et ses statuts aux plus hauts responsables, d'avoir un impact beaucoup plus fort au niveau local et de ne pas se contenter d'extraire une ou plusieurs personnes aisément remplaçables. **Nous pourrions réviser cette position et appuyer le développement de programmes de complémentarité positive en coopération avec le Bureau du Procureur.**

– La France s'oppose à la ratification du crime d'agression, considérant que cette prérogative relève du seul Conseil de sécurité et ne doit pas être concurrencée. La définition du crime d'agression a été adoptée lors de la Conférence de Kampala en 2010 et son activation a été reculée à 2017. Trois États ont jusqu'ici ratifié le statut révisé. **Le Conseil de sécurité disposerait cependant à tout moment d'un droit de suspension des procédures, et ne verrait pas ainsi son monopole menacé par une éventuelle adoption : cette position pourrait donc être réévaluée.**

– La France défend une stratégie de coopération au cas par cas et s'oppose à l'adoption d'accords de cadrage permettant de systématiser l'action de la Cour. **Une évolution de cette position,** qui n'engagerait pas la France à la signature d'un tel accord mais pourrait permettre de débloquer la situation auprès de l'AEP afin d'ouvrir ce mode de fonctionnement à l'institution, **pourrait être bénéfique.**

4/ Un plan d'action à trois volets

Au-delà de ces prises de position importantes, une feuille de route pourrait être établie afin de donner une cohérence à l'action de la France vis-à-vis de la justice internationale. Celle-ci, qui comporterait un versant public et un versant à vocation interne, servirait à la fois les intérêts de la justice internationale, fragilisée par un environnement diplomatique qui lui reste globalement hostile, et l'influence de la France sur ces processus.

Elle peut se décomposer en trois axes :

– Un plan d'action public, combinant initiatives diplomatiques et de communication
– Un plan d'action interne, visant à améliorer le fonctionnement de la Cour et y accroître notre influence
– Un plan d'action bilatéral, visant à intégrer les priorités de la lutte contre l'impunité au sein des postes

A. Un plan d'action public

En accompagnement de la campagne pour la peine de mort, qui est intrinsèquement liée à la question de la justice internationale (la peine de mort est explicitement exclue par le Statut de Rome), la **France pourrait prendre l'offensive sur la question de la justice internationale par une campagne publique montrant son engagement pour la Cour pénale internationale.** Doublée de la mise en place d'une doctrine diplomatique auprès des organisations multilatérales et des relations bilatérales (demandée par les postes), elle donnerait une crédibilité forte à la spécifité de la voix de la France et à sa volonté de « peser par la norme ».

Ainsi il pourrait être envisagé de créer une task-force visant à déterminer les modalités et mettre en œuvre un certain nombre de dispositions ci-jointes, supervisée par une coupole politique (conseillers des cabinets du Quai d'Orsay, de la justice, de la réforme de l'État). La question de la justice internationale est en effet transversale et intègre les questions de justice transitionnelle, elles-mêmes intrinsèquement liées à nos politiques d'aide au développement et de francophonie. DGM, NUOI, MFI, DGME, DACG, ENM… pourraient ainsi coordonner leur action et mettre en place un certain nombre de stratégies de long-terme, notamment en ce qui concerne le placement de fonctionnaires ou la mise en place de stratégies de justice transitionnelle.

Plusieurs mesures immédiatement concrétisables pourraient être proposées par le ministre dans le cadre de cette initiative : son soutien à la proposition de loi sénatoriale renforçant l'intégration des disposition du Statut de Rome dans le droit interne ; le lancement d'une campagne mondiale pour la ratification du Statut de Rome, rattachée à la campagne contre la peine de mort ; la mise en place de programmes spécifiques d'aide à la justice transitionnelle dans le cadre de l'aide au développement ; la signature d'un accord cadre avec la CPI visant à mettre à disposition moyens légistes et de recueil de preuve dans le cadre de ses enquêtes.

Par ailleurs, le ministre pourrait s'engager à ce que la France défende un certain nombre d'évolutions au sein des instances multilatérales, notamment que : le CSNU ou l'ONU prennent en charge les budgets des enquêtes ouvertes suite à une décision du CSNU ; l'OIF créé une division légale visant à servir de conseiller juridique auprès de ses États-membres ; la France et l'UE systématisent les « clauses CPI » (sur le modèle des accords ACP, conditionnant l'aide à la coopération avec l'institution) dans les accords commerciaux et d'aide au développement, et les rende effectives ; des programmes de complémentarité positive financés par l'Union européenne soient mis en place.

Finalement, le ministre pourrait engager la France aux suivantes mesures diplomatiques visant à faciliter l'action de la Cour : ne jamais s'opposer à des résolutions saisissant la CPI au sein du CSNU ; ne jamais soutenir de résolutions du CSNU suspendant les procédures de la CPI ; soumettre des résolutions au CSNU rappelant les États à leur obligation de coopérer avec la CPI lorsque cette dernière en fait la demande ; engager les postes à effectuer une évaluation du degré de coopération des États et prendre en compte cet élément dans les relations bilatérales ; accroître les moyens mis à disposition des États partenaires à des fins d'exécution des mandats d'arrêt (voir mesures bilatérales).

B. Un réengagement de la France au sein de la Cour et du département

Les éléments suivants présentent un plan de réengagement de la France au sein de la CPI qui nous permettrait de renforcer notre niveau d'exigence vis-à-vis de cette dernière, alors que ses nombreuses défaillances appellent à une vigilance particulière, ainsi qu'à accroître notre influence au sein de l'institution. Une partie des dispositions pouvant être énoncées publiquement, notre réengagement serait salué par la société civile, toujours sensible à la question de la CPI. Ces mesures requièrent pour la plupart, comme pour les précédentes, une instruction ministérielle.

Notre mobilisation à cet égard, bien que la plupart des mesures puissent sembler secondaires, est essentiel alors que l'institution est encore en formation et que le droit anglo-saxon domine de plus en plus les procédures. Nous doter à nouveau **de relais d'influence au sein de la CPI, améliorer son efficacité** afin de la rendre plus crédible et universelle **et renforcer le rôle de la francophonie afin de faire contre-poids au monde anglosaxon** constituent les trois axes de ce réengagement**. Les suivantes propositions, dont le suivi serait dévolu à la task-force**, pourraient être aisément mises en place et permettraient, par petites touches, de renverser le rapport de force et accroître largement notre influence au sein de l'institution.

Afin de renforcer notre influence au sein de la CPI, la task-force aurait notamment pour objectif de : **élaborer une stratégie de placement des personnels au sein des « échelons intermédiaires » de la justice internationale** (commissions d'enquête, Haut commissariat aux droits de l'homme…) susceptibles d'influencer l'opinion publique et les orientations de la CPI ; mettre en place une stratégie avec l'OIF de soutien aux candidatures francophones**,** notamment au poste de Greffier de la CPI (candidature sénégalaise de Didier Prérat, janvier 2013), au Bureau du Procureur et au bureau de l'AEP ; **évaluer rapidement dans ce cadre l'opportunité d'une candidature française au prochain tour d'élection de juges de la CPI** (2014, fort souhaitable) et préparer en amont celle-ci avec l'Allemagne et l'OIF ; mettre en place des formations continues de diplomates et de magistrats au droit pénal international avec l'ENM et l'ENA.

Par ailleurs, un certain nombre de mesures d'application aisée et immédiate, qui peuvent sembler mineures mais qui sont de grande importance, pourraient être mises en place si instruction en était donnée par le biais de contacts diplomatiques ou de l'AEP : exigence de la systématisation de l'utilisation du français comme langue co-officielle par le biais, notamment, **d'un rééquilibrage dans le recrutement de personnes ayant pour langue maternelle le françai**s ; **exiger un à plusieurs recrutement à un niveau de responsabilité élevée (P-5 ou D1) au Bureau du Procureur de personnel diplomatique et judiciaire français.**

Finalement, nous pourrions défendre la mise en place d'un certain nombre de mesures afin de renforcer la crédibilité de la Cour ainsi que son efficacité. Ces mesures, d'ordre technocratique, et pouvant être notamment tranmises par NUOI-H dans le cadre de l'AEP ou de contacts diplomatiques, n'en restent pas moins essentielles afin de faciliter l'action de la France en faveur de la Cour. A charge de définition par la task-force plus extensive, il s'agirait notamment de : exiger une refonte de la politique de communication de l'institution, **grévée par une gestion désastreuse du greffe** ; exiger une plus grande transparence dans les activités de la Cour et du Procureur, notamment en ce qui concerne les contacts diplomatiques officieux (talibans, groupes rebelles, etc) et les négociations avec les autres grandes puissances visant à négocier des impunités demander une plus grande rigueur dans les demandes de coopération judiciaires, diplomatiques et militaires ; demander un effort supplémentaire en ce qui concerne la définition de la complémentarité positive afin de donner du sens et un véritable impact sur le terrain à l'action de l'institution ; demander une accélération des procédures ; **demander la mise en place d'une politique pénale planifiée du Bureau du Procureur** ; entamer une réflexion sur une refonte des négociations de budget à l'AEP s'appuyant sur le coût des procès et le nombre de procès envisagés, afin d'établir une prévisibilité et rationnaliser les évolutions budgétaires.

C. Une prise en compte accrue de la justice internationale dans nos relations bilatérales

La question de l'exécution effective des décisions de la CPI est essentielle au bon fonctionnement de la CPI et à la visibilité de l'engagement de la France. **Nous gagnerions à inclure plus systématiquement les questions de justice internationale et transitionnelle dans nos relations bilatérales.** Les éléments suivants replacent l'action de la CPI dans chaque contexte national et offrent un rapide aperçu du rôle parfois déterminant (notamment dans le cas de la RDC) qu'elle joue dans les situations concernées.

Il est bien entendu que l'ensemble de ces recommandations ne pourront être mises en œuvre. Elles n'en constituent pas moins des suggestions « infra-systémiques » qui permettraient de concrétiser l'appui discursif de la France à la CPI sans bouleverser les grandes lignes de notre diplomatie.

– République Démocratique du Congo

Enquête ouverte suite à un renvoi du gouvernement congolais. (2004) Le Bureau du Procureur a émis en juillet dernier des mandats d'arrêt contre le principal responsable des FDLR Silvestre Mudacumura. Celui-ci serait actuellement diabétique et très contesté par sa hiérarchie. Les FDLR en général sont considérés par les acteurs sur le terrain comme étant très affaiblis, et pourraient disparaître d'ici la fin de l'année, ce qui explique en grande partie ce mandat d'arrêt. Il vient par ailleurs tenter de faire oublier l'échec majeur des charges contre Callixte Mbarushimana, porte-parole des FDLR, arrêté avec l'assistance de la France puis relâché pour insuffisance de preuves.

De nouvelles charges, pour crime contre l'humanité, ont été émises contre Bosco Ntaganda, dirigeant de l'ex-CNDP réintégré à l'armée régulière et promu général en 2009, que Kabila avait prétendu vouloir faire arrêter en mai 2012. Il est l'un des créateurs du M23, dirigé officiellement

par son ancien aide de camp Sultani Makenga, et vit à la frontière rwando-congolaise, près de Rutshuru. L'absence d'exécution du mandat d'arrêt est l'un des éléments déterminants de la résurgence des affrontements.

Thomas Lubanga, premier milicien arrêté et inculpé par la Cour pour enrôlement d'enfants soldats, a été condamné a 14 ans de prison après six ans de procès. Deux autres miliciens, Germain Katanga (membre comme Lubanga du FPRI) et Mathieu Ndjugolo (de la milice FNI), sont en cours de jugement depuis 2009 pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité. Leur procès devrait s'achever en 2013.

Recommandations

Exiger auprès du gouvernement de Kinshasa de mettre fin aux amnisties systématique contre réintégration dans l'armée régulière et d'exécuter les mandats d'arrêt de la CPI en cours dans l'Ituri et les Kivus (Bosco Ntaganda, Sylvestre Mudacumura) et proposer du soutien matériel et humain à ces fins. Etude d'une opération conjointe éventuelle. Négocier avec le Rwanda un partenariat global (pouvant inclure une reconnaissance de la faute française en 1994, cf note spécifique) incluant l'arrestation des rebelles sur leur territoire et le transfert de Laurent Nkunda à La Haye. **Financer de programmes de complémentarité positive visant à compléter l'action de la CPI par un programme de justice transitionnelle, l'inculpation de responsables de crimes à une moindre échelle et le rétablissement de l'État de droit dans le Nord-Est du Congo**. Exigence vis-à-vis de la CPI d'une plus grande réactivité et d'une moindre sélectivité « politique » par rapport à ses inculpations, notamment en ce qui concerne les nouveaux mouvements émergents, par exemple les Raïa Mutomboki.

– **Syrie** (note détaillée sur les moyens alternatifs visant à lutter contre l'impunité à disposition)

La CPI est actuellement incompétente. Malgré la volonté du Ministre de saisir la CPI, affirmée dès le mois de juin, les blocages diplomatiques au sein du Conseil de sécurité ont rendu cette perspective illusoire. Il n'est pas absurde de penser que l'escalade de violence que connaît le conflit depuis quelques mois est liée à la sensation d'impunité qui s'est emparée du régime et qui a « contaminé » tant les mouvements rebelles que leurs soutiens géopolitiques.

Recommandations

Réaffirmation publique constante par le Ministre de l'imprescriptibilité des crimes commis et de la saisine inévitable de la CPI dès la fin du conflit. **Préparation avec le CNS d'une déclaration de compétence auprès de la CPI (article 12.3) et inclusion de cet élément dans la négociation avec le futur gouvernement provisoire.** Incitation des puissances régionales à la prise en compte de la lutte contre l'impunité dans leur soutien aux rebelles**. Conditionnement du soutien logistique et/ou armé à l'engagement de saisine de la CPI afin d'en faire une garantie « morale » et publique du non-détournement de celui-ci contre la population**. Pression sur la commission d'enquête de l'ONU à des fins d'accélération des procédures et de publication de listes (larges) de présumés criminels passibles de poursuites internationales. Mise à disposition de moyens légistes, de renseignement et de recueil de preuves. **Plan de communication de la DCP contre l'impunité en Syrie**.

– **Côte d'ivoire et Mali** (note détaillée sur le Mali et la CPI à disposition)

Enquête ouverte en 2012 suite à une déclaration de compétence auprès de la CPI dans le cadre des accords de Marcoussis (2003, confirmée en 2010). La Côte d'Ivoire a depuis ratifié le Statut de Rome (2012). Une enquête a été ouverte par le Bureau du Procureur. Le Mali est en phase d'examen préliminaire, suite à une saisine de l'institution par le gouvernement. Un seul mandat d'arrêt a pour

l'instant été émis et exécuté par la CPI contre Laurent Gbagbo. Il est probable que des mandats d'arrêt sous scellés contre un certain nombre de responsables des forces de Ouattara aient été émis ou soient prêts, ainsi que d'autres proches de Gbagbo, notamment Charles Blé Goudé, actuellement en exil. Le BdP s'est engagé à un traitement équitable des violences, c'est-à-dire à une action concernant les deux camps.

La situation ivoirienne se trouve de plus en plus connectée à celle du Mali. Des rapprochements ont été notés entre certains éléments pro-Gbagbo et Ansar Dine. **Le BdP est prêt à ouvrir une enquête au Mali.**

Recommandations

Demander à la CPI un établissement rapide des responsabilités pénales maliennes afin de lier l'action militaire de la CEDEAO a l'exécution d'éventuels mandats d'arrêt de la CPI. Appuyer les efforts de la CPI visant à lancer une enquête sur les crimes commis au Mali, notamment en ce qui concerne les crimes contre le patrimoine culturel, tout en étant prévenants sur le risque en termes de perception d'une nouvelle action sur le continent africain. Dans l'hypothèse d'une implication dans l'intervention armée, déployer un certain nombre de personnels de gendarmerie et légistes chargés de collecter les preuves des crimes sous compétence de la CPI. Faciliter l'accélération des procédures en Côte d'Ivoire et exiger du gouvernement Ouattara des procédures judiciaires concernant son propre camp.

– Libye

Enquête ouverte suite à une résolution du Conseil de Sécurité (2011). La France a été à l'initiative de la saisine de la CPI en Libye (résolution 1970). Le Procureur de la CPI avait proposé, sans succès, que l'opération militaire autorisée par la résolution 1973 ait pour justification l'exécution des mandats d'arrêt qu'il promettait d'émettre en temps et en heure. Le mandant d'arrêt contre Mouamar Kadhafi est tombé avec lui (le Procureur a cependant parlé d'éventuel crime de guerre en ce qui concerne sa mort), restent les mandats d'arrêts contre Al Senoussi et Saif Al Islam pour crimes contre l'humanité commis en février 2011. Les deux sont détenus par les autorités libyennes qui refusent de les livrer à la CPI malgré ses demandes insistantes, **et risquent la peine de mort ainsi qu'un procès inéquitable**. Le Procureur avait proposé un processus partagé impliquant la CPI mais permettant un jugement sur le sol libyen, proposition rejetée par Tripoli. La décision de la Mauritanie, contre financements, de livrer Al Senoussi à la Libye plutôt qu'à la CPI, comme l'isolement qu'a connu l'institution suite à l'arrestation de ses employés, montre l'absence d'implication des grandes puissances dans ce processus.

Recommandations

Appuyer les demandes de la CPI auprès des autorités libyennes, notamment auprès du nouveau gouvernement et en ce qui concerne les propositions intermédiaires du Procureur. Exiger de Tripoli a minima une coopération formelle complète avec la CPI. Orienter une partie des aides au développement à l'établissement d'une justice transitionnelle et à la réforme des institutions judiciaires.

– République centrafricaine

Enquête ouverte suite à un renvoi par le gouvernement centrafricain (2004). Le procès de Jean-Pierre Bemba, ancien vice-président de la RDC, pour des crimes commis par des milices sous son contrôle en Centre-afrique est entré dans sa phase finale. Malgré l'évidente nécessité, du stricte point de vue de la cohérence juridique, de poursuivre Ange-Félix Patassé pour les mêmes crimes, renforcée par les éléments présentés pendant le procès, cette perspective ne s'est jamais

concrétisée jusqu'à sa mort. A nouveau, l'absence de poursuites des échelons inférieurs tant en RDC qu'en centre-afrique rend toute hypothétique l'efficacité de la CPI. La condamnation de Bemba est à peu près acquise. De nouvelles poursuites pourraient éventuellement être envisagées concernant la LRA, accusée pour ses crimes en Ouganda, ou la rebellion tchadienne.

Recommandations

Rappeler aux autorités centrafricaines la nécessité d'établir des mécanismes de justice transitionnelle et/ou de transition et offrir l'appui de la France à cet égard. Fournir à la CPI une aide concernant la LRA.

– Ouganda

Enquête ouverte suite à un renvoi par le gouvernement ougandais (2004). Les poursuites en Ouganda, menées avec l'accord de Museveni, concernent exclusivement l'Armée de résistance du seigneur (LRA), bien que la saisine effectuée par l'Ouganda permette à tout moment à la CPI d'étendre sa compétence. La LRA dirigée par Joseph Kony se trouve aujourd'hui en Centre-afrique et au Soudan. Une force régionale sous le commandement de l'Union Africaine (5000 hommes) a été mise en place avec l'appui des États-Unis, renforcée suite à la campagne de « Invisible children » vue par plus de 50 millions de personnes sur youtube. La LRA s'appuie sur le soutien des États régionaux qui l'utilisent comme une milice d'appoint pour déstabiliser leurs voisins (cas le plus récent du régime de Khartoum contre le Sud-Soudan). En mouvement permanent, fragilisée, son installation en Centre-afrique correspond à la volonté de fuir les zones les plus militarisées tout en restant près du Soudan.

Recommandations

Exiger l'arrêt du soutien du régime ougandais aux milices rebelles au Congo, offre d'un soutien technique renforcé à l'arrestation (notamment en termes de renseignement) de Joseph Kony (LRA).

– Soudan

Enquête ouverte suite à une résolution du Conseil de sécurité (2005). La situation au Soudan est toujours catastrophique du point de vue de la CPI. Plusieurs visites de Omar El-Beshir au sein d'États-parties au Statut de Rome ont affaibli le peu d'emprise qu'a l'institution sur la situation du chef de l'État. De même aucune procédure réelle n'a été mise en place pour exécuter les mandats d'arrêt de ses ministres inculpés. La comparution volontaire de deux chefs rebelles (Banda et Jerbo), pensée comme un moyen d'accroître la pression sur Omar El Beshir, n'a pas eu les effets escomptés. L'absence d'exécution des mandats d'arrêt avait amené le Procureur à envisager de demander au CSNU la suspension des procédures près la Cour.

Recommandations

Mobilisation de l'appareil diplomatique visant à maintenir les limites de déplacements de Omar El-Beshir, notamment dans les sphères d'influence françaises (cas de la visite au Tchad en août 2010). Mise en avant de la nécessité d'exécuter les mandats d'arrêt contre Hussein (ministre de la défense), Haroun (ex ministre) et Kushayb (chef de milice janjaweed) comme une condition de l'allégement de la pression sur El Beshir.

– **Palestine** (note détaillée sur les conséquences de la reconnaissance à l'AGNU à disposition)

L'Autorité Palestinienne a effectué une déclaration de compétence à laquelle le Bureau du Procureur n'a pour l'instant pas donné suite, dans l'attente d'une reconnaissance extérieure de sa nature étatique. Il est à noter qu'une déclaration de reconnaissance de la Palestine comme État-membre par le Conseil de sécurité ou État non-membre de l'ONU par l'Assemblée générale des Nations Unies, aurait pour conséquence de clore les débats sur la capacité de la Palestine à saisir la CPI et pourrait entrainer l'ouverture immédiate d'une enquête contre Israël a propos de l'opération Plomb durci à Gaza, et, moins probablement sur le meurtre des activistes de la Flottille de la liberté. Il s'agirait d'une des conséquences les plus directes et visibles d'une procédure que la France soutien, et qui ne doit pas être négligée. Elle n'aurait cependant rien d'automatique, et dépendrait largement d'un certain nombre de facteurs détaillés dans une note séparée. **Il est à noter que hors résolution du Conseil de sécurité ou retrait par la Palestine de sa déclaration de compétence, nulle autre action diplomatique ne pourrait empêcher la CPI d'agir**.

– **Afghanistan**

En phase d'examen préliminaire. De sources concordantes, il serait le prochain scénario sur lequel le Bureau du Procureur envisage d'agir avec le Mali. Les Talibans seraient principalement visés.

Le Kenya est sous enquête depuis 2010, la Géorgie, la Guinée, la Colombie, le Honduras, la Corée et le Nigeria font l'objet d'enquêtes préliminaires, sans que des éléments d'actualité, d'urgence, ou concernant la France plus ou moins directement ne justifient des développements dans cette note./.

Annexes : 1/Fiche technique sur la CPI
2/Résumé des recommandations

Annexe 1

Factsheet : La Cour pénale internationale

Première institution pénale internationale permanente, elle a été crée en 2002 suite aux négociations du Statut de Rome de 1998. N'étant pas à proprement parler insérée au sein du système ONU, le Conseil de sécurité garde cependant un droit de saisine et de veto sur ses procédures. 121 pays-membres en font partie, le dernier en date à avoir adhéré étant le Guatemala. Elle a une compétence limitée aux crimes de guerre, contre l'humanité et de génocide commis après 2002 et au sein des États-membres ayant ratifié le traité ou effectué une déclaration de compétence. Le crime d'agression fait actuellement l'objet d'une campagne de ratification des États-membres afin de l'y inclure.

La CPI dispose d'un budget de 118 millions d'euros annuels et emploie 300 personnes.

L'activité judiciaire de la Cour

La CPI a ouvert des procédures en cours dans sept pays : République Démocratique du Congo, Ouganda, République centrafricaine, Kenya, Soudan, Côte d'Ivoire et Libye. Huit autres pays sont en examen préliminaire sur quatre continents (Afghanistan, Georgie, Colombie, Palestine, Guinée Conakry, Nigeria, Honduras, République de Corée), la décision d'ouvrir une enquête n'ayant pas été prise par le Procureur. Seul l'Irak et le Venezuela ont fait l'objet d'un examen préliminaire avant que celui-ci ne soit refermé, en 2005.

Nombre de personnes inculpées ou citées à comparaître : 28

Nombre de suspects arrêtés (6) ou s'étant présentés volontairement (9) : 15 (Thomas Lubanga, Germaine Katanga, Mathieu Ngudjolo, Callixte Mbarushimana (inculpé, arrêté puis libéré) ; Idriss Abu Garda, Abdallah Banda, Saleh Jerbo ; Jean Pierre Bemba ; William Ruto, Henry Kosgey, Joshua Sang, Francis Muthaura, Uhuru Kenyatta, Mohamed Ali ; Laurent Gbagbo)

Nombre de suspects morts ou disparus : 3 (Vincent Otti, Raska Lukwiya, Muhamar Kadhafi)

Nombre de suspects en fuite : 11 (Bosco Ntaganda, Sylvestre Mudacumura ; Joseph Kony, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen ; Omar Al Bashir, Ahmad Harun, Ali Kushayb, Hussein ; Saïf Al Islam, Abdullah Al Sanousi)

Nombre de procès initiés : 4

Nombre de procès achevés : 1 (Thomas Lubanga, en cours d'appel)

Callixte Mbarushimana, secrétaire exécutif de la milice FDLR en RDC, est le seul suspect ayant été arrêté grâce à la collaboration officielle des autorités françaises, à Paris. Il a été libéré.

Le Bureau du Procureur

Fatou Bensouda, Procureur adjointe de Luis Moreno-Ocampo entre 2004 et 2012, a **été élue par consensus** en novembre 2011 et pris ses fonctions en juin 2012. Gambienne, elle n'a pas joué un grand rôle au cours du mandat de Luis Moreno-Ocampo, bien qu'étant chargée de la direction de l'accusation pour l'ensemble des procès. Le début de son mandat est à l'image du personnage, prudent mais déterminé. L'ouverture de poursuites en Afghanistan ainsi qu'au Mali est envisagée courant 2013. Le Procureur adjoint est en passe d'être élu. Aucun candidat français n'a été retenu dans la short-list.

Budget actuel du Bureau du Procureur de la CPI : 30 millions d'euros par an (108 millions pour la CPI). Le BdP agit avec des moyens extrêmement réduits pour l'ampleur de sa tâche, qui limitent le nombre d'enquêtes, la qualité et l'efficacité des procédures ouvertes ainsi que la capacité à donner un impact et une visibilité aux décisions prises.

Annexe 2

Résumé des recommandations

Au département

Lancement d'une campagne mondiale pour la ratification du Statut de Rome, dans la continuité de la campagne pour l'abolition universelle de la peine de mort (explicitement exclue par le Statut de Rome).

Renforcement et extension des programmes d'aide à la justice transitionnelle et à la mise en place de la « complémentarité positive » (soutien à des procédures locales venant compléter les actions de la CPI) dans le cadre des aides au développement.

Signature d'un accord cadre avec la CPI garantissant la mise à disposition de moyens de gendarmerie et légistes lors d'opérations militaire afin de récolter des éléments de preuve au plus tôt (cf Mali).

Systématisation des « clauses CPI » (sur le modèle des accords ACP) dans la négociation d'accords commerciaux et d'aide au développement. Conditionnement des aides et publicisation des risques d'une suspension en cas de violations répétées des obligations du Statut de Rome.

Au sein des instances multilatérales

Systématisation de l'appui aux demandes de saisine et d'exécution des décision de la Cour au sein du Conseil de sécurité, ainsi que des déclarations publiques d'appui à l'action de la CPI.

Défendre la prise en charge financière par le CSNU, voir l'ONU, des procédures lancées sur résolution CSNU.

Rappel public systématique de l'universalité des obligations nées des enquêtes demandées par le Conseil de Sécurité, notamment en cas de violation des obligations d'exécution des mandats d'arrêt.

Engagement de l'OIF au développement d'une division légale, à l'image du Commonwealth, véritable « conseiller juridique » des pays membres.

Mise en place d'une stratégie de placement de personnels au sein des « échelons intermédiaires » (commissions d'enquête, Haut commissariat aux droits de l'homme…) susceptibles d'influencer l'opinion publique et les orientations de la JPI.

Mettre en place une stratégie avec l'OIF de soutien aux candidatures francophones, notamment au poste de Greffier de la CPI (candidature sénégalaise de Didier Prérat, janvier 2013), au Bureau du Procureur et au bureau de l'AEP.

Vis-à-vis des autres entités politiques françaises

Création d'une task-force avec les ministères délégués, de la justice et de la réforme de l'État, afin de s'assurer de la mise en cohérence des politiques de soutien à la justice transitionnelle et internationale.

Renforcement de la loi adoptant le Statut de Rome en droit interne afin de permettre l'arrestation d'inculpés étant simplement de passage sur le territoire français. Soutien à la proposition portée par le Président de la commission des lois du Sénat.

Ratification des instruments du crime d'agression et mise en avant de ce soutien.

Auprès de nos partenaires

Évaluation bilatérale systématique par les Ambassades du degré d'exécution des obligations nées du Statut de Rome et appui systématique à l'exécution de celle-ci (notamment dans les pays où la France dispose des leviers d'action, comme le Tchad).

Intensification des discussions bilatérales avec les pays membres et non-membres du Statut de Rome visant à l'exécution des mandats d'arrêt (notamment ceux de Joseph Kony et de Bosco Ntaganda) et mise à disposition des infrastructures et moyens techniques nécessaires au suivi et l'application des décisions.

Auprès de la CPI

Exigence d'une plus grande transparence dans les activités de la Cour et du Procureur, notamment en ce qui concerne les contacts diplomatiques officieux (talibans, groupes rebelles, etc) et les négociations avec les autres grandes puissances visant à négocier des impunités.

Exiger la systématisation de l'utilisation du français comme langue co-officielle par le biais, notamment, d'un rééquilibrage dans le recrutement de personnes ayant pour langue maternelle le français. Exigence d'un à plusieurs recrutement à un niveau de responsabilité élevée (P-5) au Bureau du Procureur de personnel diplomatique et judiciaire français.

Établissement de discussions avec le Procureur sur une croissance mesurée de son budget, afin d'accroître le nombre et la vitesse des procédures et d'envisager la création de bureaux de liaison permanents.

Réflexion sur une refonte des négociations de budget à l'AEP s'appuyant sur le coût des procès et le nombre de procès envisagés, afin d'établir une prévisibilité et rationnaliser les évolutions budgétaires.

Demande d'un effort supplémentaire en ce qui concerne la définition de la complémentarité positive afin de donner du sens et un véritable impact sur le terrain à l'action de l'institution. Eventuel soutien à des propositions spécifiques allant en ce sens.

Demande d'une plus grande rigueur dans les demandes de coopération judiciaires, diplomatiques et militaires.

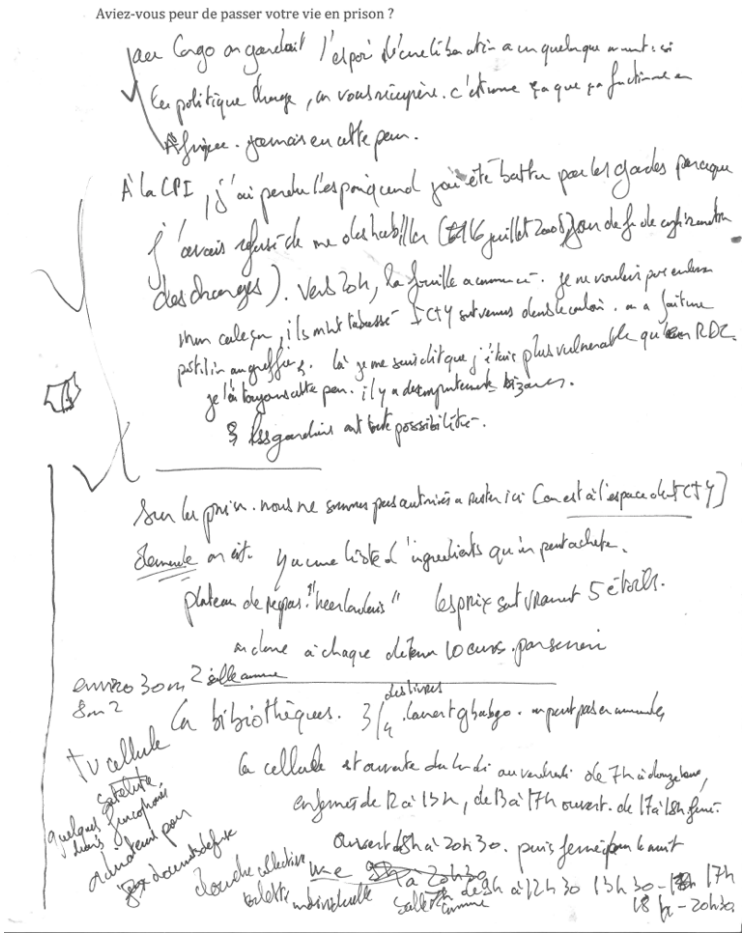
Exiger un effort important en termes de communication au Greffe, et un effort de transparence (comptes sur internet, bilans annuels publics etc)Évaluation rapide de l'opportunité d'une candidature française au prochain tour d'élection de juges de la CPI (2014, fort souhaitable) et préparation en amont de celle-ci, en partenariat avec l'Allemagne dont le juge part.

Résolution à l'AEP demandant la mise en place d'une politique pénale planifiée du Bureau du Procureur

Des notes détaillées sur la Syrie, le Mali et la Palestine sont à disposition (Juan Branco)./.

Annexe 13

Extrait des notes prises lors de l'entretien avec Germain Katanga


Aviez-vous peur de passer votre vie en prison ?

Annexe 14

Images de la visite judiciaire de la Chambre de première instance à Bogoro (Ituri)

2359 AA 07

UN

UN
UN 414

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE.. XIII

Propos liminaire 1

INTRODUCTION 5

I. La question du contrat social 12

II. Le choix de l'affaire Katanga 22

Chapitre préliminaire. Récit et structures de la Cour pénale internationale 33

A. La mise en mouvement de la Cour pénale internationale 33

1. Le contexte de formation de la Cour pénale internationale : une proposition de récit 34

2. La Cour pénale internationale, une bureaucratie moderne 48

B. Le Bureau du Procureur : une institution dans l'institution 55

1. La division des enquêtes, au cœur des contestations 56

2. La division des poursuites, une structure subordonnée 61

3. Le rôle primordial de la division de la compétence, de la complémentarité et de la coopération 66

4. Le cabinet du Procureur au sommet de la hiérarchie 68

PARTIE I.
L'AFFAIRE KATANGA, UNE *ÉPREUVE* POUR LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE.....73

Introduction 77

Chapitre 1. Les prémisses de l'affaire Katanga : le choix de la République Démocratique du Congo.....79

A. Le renvoi de la situation par la République Démocratique du Congo : une décision fondatrice pour la CPI.....80
1. Les conditions préalables au renvoi de la situation par la République Démocratique du Congo : aux origines d'une décennie contestée.....80
2. La formalisation juridique d'un choix politique du Bureau du Procureur.....83
a. L'imprécision des modalités d'un renvoi d'une situation devant le Procureur de la Cour pénale internationale.....84
b. Les exigences spécifiques aux enquêtes *proprio motu* 90
3. Les raisons de la préférence donnée au renvoi par le Bureau du Procureur 94
a. La préférence aux renvois éclairée par les régulations internes du Bureau du Procureur ..94
i. L'exemple du document de politique général relatif aux examens préliminaires 96
ii. Les critères officiels présidant aux choix des situations.....101
b. Le choix des renvois, au cœur du pouvoir discrétionnaire invisible du Procureur 103
i. La célérité de l'action du Procureur : un argument à double portée 105
ii. La stratégie conciliante vis-à-vis des États : de la spécificité de la RDC à la systématisation d'une pratique.....110

B. Les conséquences du renvoi de la situation en RDC et les dangers d'un pouvoir discrétionnaire mal pensé 114
1. L'opportunité temporelle des poursuites 114
2. La primauté fragile du droit sur l'opportunité politique.....119
a. Le discours officiel de la RDC : une économie de la parole qui interroge.....120
b. La gravité, un critère de recevabilité non examiné.....122
3. Les conséquences de la politisation de la phase pré-juridictionnelle.....124
a. Une décision consensuelle et néanmoins fragile.....125
b. Les limites de la fiction étatique et du Système de Rome.....126

Chapitre 2. L'affaire Katanga, la difficile codification juridique d'une réalité impensée.....133

A. L'accusé vu par la Cour 137
1. Les premières années de Germain Katanga 137
a. Les origines 137
b. L'événement 142
c. L'initiation 144
2. La militarisation d'un villageois 148
a. De la reconnaissance villageoise aux grands enjeux régionaux 149
i. La naissance du FRPI 149
ii. L'entrée en jeu de pouvoirs supérieurs 152
iii. Un rouage parmi d'autres.....155

b. Les preuves de l'implication de Kinshasa 156
c. Apogée et chute de Germain Katanga 161
3. La perception générale de l'accusé par les différents acteurs de l'affaire 167
a. De la notion de responsabilité indirecte : l'exemple de Frantz Stangl 168
b. Le droit international pénal face aux responsables aux mains blanches 170
i. L'extension continue du droit international pénal 170
ii. Du nazisme au FRPI : l'impossible continuité 173
B. Les faits à l'origine de l'incrimination de Germain Katanga 174
1. Le nombre de victimes, un élément essentiel à la marge des procédures 175
a. Des estimations fluctuantes et incertaines 175
b. Un élément clef de l'incriminabilité de l'attaque de Bogoro 176
i. L'incriminabilité d'un seul acte : fragilités et leçons de la formation d'une jurisprudence 178
ii. Le nombre de victimes dans l'évaluation du caractère généralisé « ou » systématique 181
iii. Un seuil bas mais jurisprudentiellement cohérent 183
2. La violence de l'attaque de Bogoro 188
3. L'ethnicité au cœur de la procédure 190
a. L'amalgame ethnique à l'échelle régionale 192
b. La composante ethnique de l'attaque de Bogoro 196
c. La structuration sociale de l'Ituri 202
d. De l'essentialisme postulé à l'essentialisme du postulant 205
4. Du rapport de la justice au territoire 207

Chapitre 3. La procédure de l'affaire Katanga aux confins du droit international pénal 209

A. Les données de l'Affaire : ampleur, difficultés et insuffisances d'un droit en construction 210
1. La temporalité de l'affaire 211
a. Une temporalité hors-norme pour une affaire ordinaire 211
b. Les délais dans le silence de la jurisprudence 213
c. Entre omniprésence procédurale et impossible célérité du droit international pénal 214
d. Le droit à être jugé sans retard excessif : une pure virtualité ? 216
2. Les Instances et les acteurs d'une affaire sans audience 223
a. La Chambre de première instance au centre des procédures 223
b. Le Bureau du Procureur entre démesure des moyens et difficultés de l'interprétation 230
c. La défense, parent pauvre de l'institution 232
B. Les principales étapes de la procédure : la difficile mise en marche d'une affaire mal engagée 235
1. La première comparution et la confirmation des charges 235
a. La « remise » à la Cour de l'accusé et sa première comparution 236
b. Les graves insuffisances de la confirmation des charges 240
c. La jonction des affaires Katanga et Ngudjolo : *necessitas non habet legem* 248
2. Le Procès et les débats au fond 251
a. Le préalable défaillant : les conférences de mise en état 252
b. Les débats au fond et la difficile appropriation d'une réalité éloignée 253
c. L'exception en irrecevabilité et la demande de suspension des procédures 254

i. L'exception en irrecevabilité 255
ii. La demande de suspension des audiences 257
iii. Le déroulé des audiences 258
d. La disjonction des affaires et la requalification des charges 261
i. Les fondements de la procédure de requalification des charges 262
ii. L'application à l'espèce de la norme 55 263
3. Jugement, sentence et fin des procédures 267
a. Le Jugement ou l'impossible conciliation entre droit et réalité 268
i. La complicité par tout autre moyen 269
ii. La théorie du contrôle sur l'organisation 271
iii. Les constatations factuelles 272
b. La sentence, une opportunité manquée 277
i. La peine au sein du Système de Rome 278
ii. La peine dans l'affaire Katanga 281
c. L'abrupte fin des procédures 285
Les conclusions : de l'évaluation d'un échec originel 288

PARTIE II.
LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE ET LE CONTRAT SOCIAL GLOBAL 293
Introduction 301
A. Aux origines d'une proposition : fondements théoriques et théorie des fondements de la Cour pénale internationale 303
B. La filiation cosmopolitique 304
C. La nécessité d'une pensée contractualiste 313

Chapitre 1. De Hobbes à la justice internationale 315
A. La notion de contrat social et les violences de masse 316
1. Les conditions des violences de masse 316
2. Le rapport paradoxal à la souveraineté 321
B. Sur l'interprétation hobbesienne de l'école réaliste des relations internationales 325
1. La notion de contrat social chez Hobbes 325
2. Le pouvoir faussement *illimité* du souverain 327
3. Déconstruction de l'interprétation réaliste de la pensée hobbesienne 331
4. La transposabilité de la théorie hobbesienne 333
5. De la possibilité théorique d'un État mondial chez Hobbes 335
C. Hobbes pour penser la CPI 337
1. La théorie de la souveraineté chez Hobbes 337
2. Fiction de la fiction chez Hobbes 340
3. Réinterpréter Hobbes pour y rester fidèle : la nécessaire limitation de la souveraineté 343
4. La Cour pénale internationale aux frontières de la théorie hobbesienne 347

D. La souveraineté et l'individu....349
1. Des objections à la transposition de la théorie hobbesienne au système international contemporain....349
a. L'inconnue procédurale : faire parler les silences de Hobbes....349
b. Le respect des modalités d'établissement du contrat social....351
2. La spécificité du droit pénal, clef de l'ancrage de la CPI dans la théorie hobbesienne....352
a. L'origine du pouvoir absolu du souverain....353
b. L'idée face aux ruptures du réel : du coût en vie humaines des limites d'une abstraction....356
c. La condition d'exercice du pouvoir devenue aporie....362

Chapitre 2. La CPI au cœur du contrat social....365
A. Le dépassement de Hobbes par lui-même : l'instrument de la CPI....365
B. La novation dans la mondialisation....370
1. De l'intérêt des souverains dans l'institution de la CPI....373
2. Transformer la violence pour l'éloigner du politique....376
3. Les nouvelles violences d'un nouvel ordre....378
4. L'ambivalent positionnement de la CPI face à ce nouvel ordre....380
C. Des conditions d'exercice de la CPI....387
1. Une nécessaire puissance ?....387
a. Le rattachement aux grandes puissances....392
b. L'hybridation neutralisée avec le Conseil de sécurité....393
2. De la possibilité de l'impuissance....394
a. La complémentarité comme cœur du Système de Rome....395
b. Le choix de la Cour minimale....396
c. Le Kenya ou la possibilité d'une contrainte sans puissance....398
d. L'association à d'autres instances....401

CONCLUSION....407

SOURCES....421

BIBLIOGRAPHIE....435

ANNEXES 459

Annexe 1. Entretiens 461

Annexe 2. Zones d'influence des groupes armés au Nord-Kivu (RDC) 466

Annexe 3. La Centrafrique en décembre 2013 468

Annexe 4. Plan de l'Ituri (Rift Valley Institute) 470

Annexe 5. Fonctions exercées pendant ce travail de recherche 473

Annexe 6. Séjours de recherche effectués 475

Annexe 7. Publications pendant la thèse relatives à celle-ci 477

Annexe 8. Rapport de séjour (Tunis, 2011) 479

Annexe 9. Structure du Bureau du Procureur (2014) 483

Annexe 10. Exemple d'ordre du jour d'une réunion de service de la DCCC 485

Annexe 11. Brouillon d'une demande d'autorisation d'appel du Bureau du Procureur auprès d'une Chambre de première instance 487

Annexe 12. Note sur la CPI pour le ministère des Affaire étrangères 489

Annexe 13. Extrait des notes prises lors de l'entretien avec Germain Katanga 503

Annexe 14. Images de la visite judiciaire de la Chambre de première instance à Bogoro (Ituri) 505

Table des matières 513

La Fondation Varenne

Présidée par Daniel Pouzadoux, la Fondation Varenne, reconnue d'utilité publique, participe à la promotion de la démocratie, de la tolérance et des bonnes pratiques en matière de presse et de communication, au travers de ses nombreux axes d'intervention qui se déclinent en France et à l'international :

- **Appui à la profession**
  - par les prix Varenne décernés annuellement aux journalistes, tous médias confondus, sélectionnés par des jurys *ad hoc*, pressentis par la Fondation, parmi les grands noms de la profession ;
  - par un soutien aux Écoles de journalisme, sous la forme d'un accompagnement et d'un soutien à la formation, par l'octroi d'aides, sous forme financière ou de dotation en matériel pédagogique ;
  - par l'octroi, sous le contrôle de la communauté pédagogique, de bourses aux élèves journalistes à qui leur situation matérielle ne permet pas d'entreprendre ou de poursuivre leurs études en journalisme et communication.

- **Éducation aux médias**

  Ces opérations visent à donner aux jeunes, en collaboration avec les journalistes et les éducateurs, des grilles de lecture et le recul nécessaires à une compréhension responsable de l'information et de la communication. Cette thématique se traduit par des actions réalisées dans les Académies ou au niveau national, avec le Ministère de l'Éducation nationale, les Recteurs et les services académiques, avec, entres autres, la Presse Quotidienne Régionale, le plus souvent représentée par les journalistes de l'ARPEJ.

- **Pérennisation de l'action d'Alexandre Varenne**

  La Fondation Varenne promeut et met en œuvre toutes actions que son conseil d'administration juge de nature à assurer la pérennisation de l'action d'Alexandre Varenne, dans les domaines liés à ses activités, sa carrière et sa pensée. Ces actions de production et valorisation des savoirs prennent diverses formes et ont conduit à la création de l'Institut Universitaire Varenne.

L'Institut Universitaire Varenne

• L'Institut

Conformément à ses statuts, la principale mission de l'Institut Universitaire Varenne (IUV), créé le 31 janvier 2013, consiste à encourager **la production et la diffusion des connaissances**, tant par l'édition d'ouvrages et de revues que par la réalisation d'études et de rapports, l'organisation de séminaires ou de tables rondes ainsi que de toutes autres manifestations à caractère scientifique.

Organisé autour des objectifs de la Fondation Varenne et fidèle à ses valeurs, l'IUV exerce ses missions dans le cadre des **thématiques** suivantes :

- **Démocratie** (histoire, valeurs et construction) ;
- **Paix** (prévention des conflits, réconciliation et promotion du « vivre ensemble ») ;
- **Presse** (liberté, pluralisme, déontologie et droit de la presse).

Il est présidé par Jean-Pierre Massias, Professeur de droit public à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour. Magalie Besse en assure la direction.

• Nos activités

Outre diverses manifestations scientifiques, l'IUV organise tous les ans un **Concours de thèses**. Il permet aux docteurs, dont les thèses ont été sélectionnées par un jury universitaire prestigieux, de voir financer la publication de leurs travaux dans la « **Collection des Thèses** » de l'Institut, diffusée par la LGDJ.

L'IUV édite également trois autres collections, diffusées par la LGDJ.

Généraliste, la « **Collection Colloques & Essais** » permet en premier lieu aux auteurs de promouvoir leurs travaux en constituant un support de publication pour les actes de colloque ou les essais. Les ouvrages portent sur des thèmes variés et liés aux valeurs qui sont au cœur des actions menées par la Fondation Varenne.

La « **Collection Transition & Justice** » se compose ensuite d'ouvrages afférents à la transition démocratique et notamment à la Justice transitionnelle et aux transitions constitutionnelles. Elle comprend d'ailleurs un *Annuaire de Justice pénale internationale et transitionnelle*, préparé par l'Institut et ses partenaires.

Dans la « **Collection Kultura** » sont enfin publiés des ouvrages relatifs aux droits culturels, linguistiques et des minorités et à leurs interactions avec la Démocratie. Ils sont préparés par le réseau international Kultura, auquel l'Institut participe.

L'IUV édite enfin plusieurs revues, dont *Est Europa*, *Les Cahiers du Lonzac* et *Les Cahiers de l'Institut*.

Toutes les informations relatives à nos manifestations scientifiques et à nos éditions sont consultables dans une rubrique spéciale sur le site Internet de la Fondation Varenne, de même que l'ensemble des renseignements nécessaires pour candidater au Concours de thèses ou nous proposer une publication.

http://www.fondationvarenne.com/

Pour toute question, n'hésitez pas à nous contacter :

magalie.besse@fondationvarenne.com

« Collection des Thèses »

Dans la même collection

1. **Albert Salgueiro**, *Les modes d'évaluation de la dignité de crédit d'un emprunteur*, 2006.
2. **Charlotte Faure-Gaussel**, *Droit pénal des affaires : étude comparative franco-espagnole de l'infraction*, 2006.
3. **Pierre-Alain Collot**, *Le principe de non-discrimination au regard de l'appartenance nationale dans le droit constitutionnel des états tchèque, slovène et hongrois*, 2006.
4. **Jean-Christophe Pagnucco**, *L'action sociale* ut singuli *et* ut universi *en droit des groupements*, 2006.
5. **Élise Carpentier**, *La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, 2006.
6. **Séverine Nicot**, *La sélection des recours par la juridiction constitutionnelle (Allemagne, Espagne et États-Unis)*, 2006.
7. **Jacques Péricard**, Ecclesia Bituricensis. *Le diocèse de Bourges des origines à la Réforme grégorienne*, 2006.
8. **Aurélie Duffy**, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni. Recherches sur le* Human Rights Act 1998 *et les mutations du droit constitutionnel britannique face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme*, 2007.
9. **Olivier Le Bot**, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative*, 2007.
10. **Odile Perrot**, *Les équivoques de la démocratisation sous contrôle international. Le cas du Kosovo (1999-2007)*, 2007.
11. **Sandrine Godelain**, *La capacité dans les contrats*, 2007.
12. **Loïc Eyrignac**, *La protection pénale du patrimoine de la société*, 2007.
13. **Jérôme Porta**, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, 2007.
14. **Charles Papon**, *Le système financier bourguignon dans la première moitié du* XVIII^e^ *siècle (1710-1752)*, 2007.
15. **Inna Shveda**, *La liberté de la presse dans la jurisprudence des cours constitutionnelles de la CEI*, 2007.
16. **Sophie Falguères**, *Presse quotidienne nationale et interactivité : trois journaux face à leurs publics. Analyse des forums de discussion du* Monde*, de* Libération *et du* Figaro, 2008.
17. **Laurent Domingo**, *Les actes internes du Parlement. Étude sur l'autonomie parlementaire (France, Espagne, Italie)*, 2008.
18. **Alexandra Peri**, *Le pouvoir exécutif dans le processus de formation de la loi dans l'histoire constitutionnelle française*, 2008.
19. **Luc Guéraud**, *Contribution à l'étude du processus coutumier au Moyen Âge : le viage en Poitou*, 2008.
20. **Olivia Sabard**, *La cause étrangère dans les droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, 2008.
21. **Pejman Pourzand**, *L'internationalisation pénale en matière de trafic de drogue. Étude critique de l'enchevêtrement des espaces normatifs*, 2008.
22. **Sébastien Platon**, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, 2008.
23. **Aude Denizot**, *L'universalité de fait*, 2008.
24. **Frédéric Géa**, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, 2008.
25. **Anne-Sophie Michon-Traversac**, *La citoyenneté en droit public français*, 2009.
26. **Frédéric F. Martin**, *Justice et Législation sous le règne de Louis XI. La norme juridique royale à la veille des Temps modernes*, 2009.
27. **Guillaume Busseuil**, *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*, 2009.

28. **Raphaëlle Lirou**, *La Russie entre fédération et empire. Contribution à la définition constitutionnelle de l'État russe*, 2009.
29. **Béatrice Delzangles**, *Activisme et Autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, 2009.
30. **Sophie Dreyfus**, *Généalogie du délit politique*, 2009.
31. **Emmanuelle Gindre**, *L'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne*, 2009.
32. **Marcel Moritz**, *Les communes et la publicité commerciale extérieure. Pour une valorisation environnementale et économique de l'espace public*, 2009.
33. **Renaud Baumert**, *La Découverte du juge constitutionnel, entre science et politique. Les controverses doctrinales sur le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les Républiques française et allemande de l'entre-deux-guerres*, 2009.
34. **Yves Pascouau**, *La politique migratoire de l'Union européenne. De Schengen à Lisbonne*, 2010.
35. **Nathalie Droin**, *Les limitations à la liberté d'expression dans la loi sur la presse du 29 juillet 1881. Disparition, permanence et résurgence du délit d'opinion*, 2010.
36. **Yerri Urban**, *L'indigène dans le droit colonial français (1865-1955)*, 2010.
37. **Sandie Lacroix-De Sousa**, *La cession des droits sociaux à la lumière de la cessionde contrat*, 2010.
38. **Julien Thomas**, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, 2010.
39. **Marion Lacaze**, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, 2010.
40. **Ludivine Thouverez**, *Violence d'État et Médias. Le traitement informatif du GAL dans la presse française et espagnole de référence (1983-1986)*, 2010.
41. **Régis Lanneau**, *Les fondements épistémologiques du mouvement* Law & Economics, 2010.
42. **Marie Claret de Fleurieu**, *L'État musulman, entre l'idéal islamique et les contraintes du monde temporel. La relativité de l'impact de l'Islam sur le droit constitutionnel des États musulmans*, 2010.
43. **Snejana Druță Sulima**, *La construction du système électoral en République de Moldavie. Sur la difficile démocratisation d'un État postsoviétique*, 2011.
44. **Carolina Cerda-Guzman**, *Codification et constitutionnalisation*, 2011.
45. **Céline Fercot**, *La protection des droits fondamentaux dans l'État fédéral. Étude de droit comparé allemand, américain et suisse*, 2011.
46. **Kevin Luciano**, *Le droit à l'épreuve des mécanismes* offshore, 2011.
47. **Walter Jean-Baptiste**, *L'Espérance légitime*, 2011.
48. **Fara Aina Razafindratsima**, *Entre droit français et coutumes malgaches : les magistrats de la Cour d'appel de Madagascar (1896-1960)*, 2011.
49. **Florian Grisel**, *L'arbitrage international ou le droit contre l'ordre juridique. Application et création du droit en arbitrage international*, 2011.
50. **Guillemine Taupiac-Nouvel**, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne. Contribution à l'étude d'un modèle de libre circulation des décisions de justice*, 2011.
51. **Olivier Maetz**, *Les droits fondamentaux des personnes publiques*, 2011.
52. **Cécile Salcedo**, *La transition démocratique sud-africaine. Essai sur l'émergence d'un droit public de la reconstruction de l'État*, 2011.
53. **Alexis Le Quinio**, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques : le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, 2011.
54. **Anne-Élisabeth Gautier-Budai**, *Les instruments internationaux de lutte contre la criminalité organisée en Europe du Sud-Est*, 2011.
55. **Daniel Bert**, *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, 2011.
56. **Diane Khair**, *Unité de l'État et droits des minorités. Étude constitutionnelle comparée du Proche-Orient*, 2011.
57. **Nassima Ferchiche**, *La liberté de la presse écrite dans l'ordre juridique algérien*, 2011.
58. **Emmanuelle Gatien**, *Prétendre à l'excellence. Prix Albert Londres, prix journalistiques et transformations du journalisme*, 2012.
59. **Valerio Forti**, *La titrisation des créances en droit comparé. Contribution à l'étude de la propriété*, 2012.
60. **Lionel Charbonnel**, *La hiérarchie des normes conventionnelles. Contribution à l'analyse normativiste du contrat*, 2012.

61. **Marjorie Dupuis-Berruex**, *Le juge naturel dans le droit de l'ancienne France*, 2012.
62. **Mathieu Jacquelin**, *L'incrimination de génocide : étude comparée du droit de la Cour pénale internationale et du droit français*, 2012.
63. **Thomas Marty**, *Une histoire sociale de la réforme électorale sous la Troisième République. Mobilisations politiques et expertise électorale : la question de la « représentation proportionnelle »*, 2012.
64. **Stéphanie Mauclair**, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, 2012.
65. **Florence Perrin**, *L'intérêt général dans le libéralisme politique. Entre droits et intérêts particuliers (XVII^e^-XIX^e^ siècles)*, 2012.
66. **Olivier Pluen**, *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?*, 2012.
67. **Frédéric Schmied**, *Les effets des accords de l'OMC dans l'ordre juridique de l'Union européenne et de ses États membres. L'invocabilité au service de l'influence de l'Union sur la mondialisation du droit*, 2012.
68. **Sébastien Soulier**, *La chronique criminelle dans la presse du Puy-de-Dôme de 1852 à 1914*, 2012.
69. **Sylvain Chatry**, *Le concours de droits de propriété intellectuelle. Essai d'une théorie générale*, 2012.
70. **Nataşa Danelciuc-Colodrovschi**, *La justice constitutionnelle dans les pays de la CEI : évolutions et perspectives*, 2012.
71. **Elise Bernard**, *Transitions et mutations de l'État contemporain – le cas serbe*, 2012.
72. **Julien Cleyet-Marel**, *Le développement du système politique tibétain en exil*, 2012.
73. **Carmen Popovici**, *Roumanie : intégration européenne et consolidation démocratique. La révision constitutionnelle de 2003*, 2012.
74. **Clément Steuer**, *Le Wasat sous Moubarak. L'émergence contrariée d'un groupe d'entrepreneurs politiques en Égypte*, 2012.
75. **Sandra Vera Zambrano**, *L'emprise du journalisme échotier ? Les professionnels de la politique dans la presse consacrée aux espaces privés des célébrités (1945-2008)*, 2013.
76. **Manon Altwegg-Boussac**, *Les changements constitutionnels informels*, 2013.
77. **Géraldine Bachoué Pedrouzo**, *Le contrôle juridictionnel de la coopération intergouvernementale dans l'Union européenne. Contribution au processus de juridictionnalisation de l'Union*, 2013.
78. **Bruno Demont**, *L'aléa dans le contrat d'assurance*, 2013.
79. **Mamadou Falilou Diop**, *Essai de construction de poursuites des auteurs de crimes internationaux à travers les mécanismes nationaux et régionaux*, 2013.
80. **David Feutry**, *Plumes de fer et robes de papier. Logiques institutionnelles et pratiques politiques du parlement de Paris au XVIII^e^ siècle, 1715-1790*, 2013.
81. **Franck Juredieu**, *Ratification et acte juridique*, 2013.
82. **Sidi N'Diaye**, *Le passé violent et la politique du repentir en Mauritanie : 1989-2012*, 2013.
83. **Frédéric Orobon**, *Santé publique et libertés individuelles. L'exemple des conduites par lesquelles on peut se nuire à soi-même*, 2013.
84. **Jérôme Perrier**, *Entre administration et politique : Michel Debré (1912-1948). Du service de l'État à l'entrée au forum*, 2013.
85. **Émilie Matignon**, *La justice en transition. Le cas du Burundi*, 2013.
86. **Rémi Oulion**, *Scribes et notaires face à la norme dans la Toscane du haut Moyen Âge (VII^e^-XI^e^ siècles)*, 2013.
87. **Émilie Gicquiaud**, *L'équivalence en droit de l'entreprise*, 2013.
88. **Thomas Passos Martins**, *La Cour suprême du Brésil et l'« État démocratique de droit ».Contribution à une théorie de la démocratie réflexive*, 2013.
89. **Richat Sabitov**, *Le fédéralisme russe contemporain et la République du Tatarstan*, 2013.
90. **Alexandre Riéra**, *Contrat de franchise et droit de la concurrence*, 2014.
91. **Samuel Benisty**, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, 2014.
92. **Sophie Kurkdjian**, *Lucien Vogel et Michel de Brunhoff, parcours croisés de deux éditeurs de presse illustrée au XX^e^ siècle*, 2014.
93. **Farah Safi**, *Le prosélytisme intellectuel et le droit pénal*, 2014.

94. **Marie Boka**, *La CPI entre droit et relations internationales. Les faiblesses du Statut de Rome à l'épreuve de la politique internationale*, 2014.
95. **Dimitri Löhrer**, *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé. L'exemple de l'ombudsman spécialisé portugais, espagnol et français*, 2014.
96. **Elsa Déléage**, *Les droits de la personne selon l'Église catholique de 1891 à 2013*, 2014.
97. **Antonio Marzal Yetano**, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, 2014.
98. **Kevin Saule**, *Le curé au prétoire. La délinquance ecclésiastique face à l'officialité au XVII^e siècle*, 2014.
99. **Mathieu Carpentier**, *Norme et exception. Essai sur la défaisabilité en droit*, 2014.
100. **Christophe Otero**, *Les rébellions du juge administratif. Recherches sur les décisions juridictionnelles subversives*, 2014.
101. **Thomas Boccon-Gibod**, *Autorité et démocratie. L'exercice du pouvoir dans les sociétés modernes*, 2014.
102. **Delphine Lecombe**, *« Nous sommes tous en faveur des victimes ». La diffusion de la justice transitionnelle en Colombie*, 2014.
103. **Amélie Robitaille-Froidure**, *Protection du mineur et Liberté d'expression sur Internet. Étude comparée des droits français et américain à l'aune du droit européen et international*, 2014.
104. **Thibault Douville**, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, 2014.
105. **Juliette Charbonneaux**, *La vie quotidienne du franco-allemand ou l'exercice du pouvoir périodique. Comparaison du* Monde *et de la* Frankfurter Allgemeine Zeitung *(1949-2013)*, 2015.
106. **Julie Groffe**, *La bonne foi en droit d'auteur*, 2015.
107. **Ariana Macaya Lizano**, *Histoire, mémoire et droit : les usages juridiques du passé*, 2015.
108. **Juan Branco**, *De l'affaire Katanga au contrat social global : un regard sur la Cour pénale internationale*, 2015.
109. **Matthieu Caron**, *L'autonomie organisationnelle du gouvernement. Recherche sur le droit gouvernemental de la V^e République*, 2015.
110. **Manuela Brillat**, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, 2015.
111. **Grenfieth de Jesús Sierra Cadena**, *L'internationalisation pluraliste du droit public de l'intégration régionale : une comparaison d'après la jurisprudence de la CJUE et du TJCA*, 2015.
112. **Vincent Martin**, *La paix du roi (1180-1328). Paix publique, idéologie, législation et pratique judiciaire de la royauté capétienne de Philippe Auguste à Charles le Bel*, 2015.
113. **Antoine Basset**, *Pour en finir avec l'interprétation. Usages des techniques d'interprétation dans les jurisprudences constitutionnelles française et allemande*, 2015.
114. **Jean-Étienne Dubois**, *Leçon d'histoire pour une droite dans l'opposition ? Les mobilisations de droite contre le Cartel des gauches dans la France des années Vingt*, 2015.
115. **Aude-Solveig Epstein**, *L'information environnementale communiquée par l'entreprise : contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, 2015.
116. **Patrick Barban**, *Les entreprises de marché. Contribution à l'étude d'un modèle d'infrastructure de marché*, 2015.
117. **Charlotte-Lucie Bouvier**, *La mémoire et le droit des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité depuis la Seconde Guerre mondiale. Comparaison Allemagne fédérale / France*, 2015.
118. **Adeline Karcher**, *Le théâtre en garnison. L'Hôtel des Spectacles de Metz au XVIII^e siècle*, 2015.
119. **Ludivine Grégoire**, *Les mesures de sûreté. Essai sur l'autonomie d'une notion*, 2015.
120. **Emre Birden**, *La limitation des droits de l'homme au nom de la morale. Étude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 2015.

La Fondation Varenne et l'Institut Universitaire Varenne n'entendent donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans cet ouvrage. Elles doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Votre Livre
de A à Z

Conception
Maquette
Mise en page :

contact@akilafote.fr
Akilafote.com

Diffusion
L.G.D.J - lextenso éditions