

Publication de la Revue Générale de Droit International Public  
Nouvelle Série - N°66

---

Pascaline MOTSCH

*Maître de conférences en droit public à CY Cergy Paris Université*

# **LA DOCTRINE DES DROITS FONDAMENTAUX DES ETATS :**

## **VERS UN REDEPLOIEMENT FEDERALISTE OU ETATISTE ?**

*Préface*

Jean-Denis MOUTON

*Professeur émérite de l'Université de Lorraine*

PARIS  
EDITIONS A. PEDONE  
13, rue Soufflot

---

2022



Editeur depuis 1837 - 13, RUE SOUFFLOT

Tous droits, Tous pays

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2022

I.S.B.N. 978-2-233-01009-4

## PRÉFACE

Un ouvrage consacré aujourd'hui à la « doctrine des droits fondamentaux des Etats » a de quoi surprendre. Si la plupart des manuels de droit international, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup> siècle, consacraient un chapitre à cette théorie, qui faisait aussi l'objet d'essais de la part des bons auteurs et de cours à l'académie de droit international, sa quasi-disparition peut interroger sur l'intérêt d'y revenir. En effet, l'âge d'or de cette doctrine, correspondant à une systématisation des droits étatiques considérés comme fondamentaux, a laissé place à quelques mentions dans les manuels de droit international, justifiées certes par son histoire mais aussi par une positivité de faible intensité. Car ni le chapitre 4 de la Charte de l'Organisation des États américains, consacré aux « Droits et devoirs fondamentaux des Etats », ni les quelques allusions de la Cour internationale de justice à un droit fondamental de tout Etat – au choix de son système politique, économique et social (arrêt du 27 juin 1986, activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci), – à sa survie (avis du 8 juillet 1996, licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires), n'ont permis à cette doctrine d'acquérir une positivité significative. Pour comprendre en quoi elle pourrait consister, il faut suivre la démarche de Pascaline Motsch. Elle démontre tout d'abord, à travers les différentes étapes de son histoire, le rôle central que la doctrine des droits fondamentaux a joué dans la conceptualisation de l'Etat souverain, notion qui est à la base du droit international moderne. La doctrine des droits fondamentaux repose en effet sur l'idée que certains éléments seraient corrélés à la nature de l'État et que celui-ci ne pourrait y renoncer sans altérer ou anéantir son statut de souverain. Elle postule que l'État moderne, personne capable d'une volonté propre, à travers les organes qui agissent en son nom, puisse être détenteur de droits fondamentaux. La formalisation, au XIX<sup>e</sup> siècle, de cette doctrine visait donc à exposer quels étaient ces droits fondamentaux ainsi que leur portée. Pascaline Motsch montre en quoi le déclin doctrinal de cette théorie des droits fondamentaux des États est lié aux critiques qu'elle essuie de la part des deux grands courants doctrinaux, positiviste et néonaturaliste. En tout état de cause, dans une société composée d'États souverains, comment des éléments liés à la souveraineté de l'État, c'est-à-dire à son être, pourraient-ils se transformer en véritables droits subjectifs, bénéficiant d'une protection renforcée en tant que droits fondamentaux?

La réponse à cette question suppose de définir les conditions auxquelles la doctrine des droits fondamentaux pourrait présenter un intérêt conceptuel pour imaginer son redéploiement dans la période contemporaine; ce à quoi s'emploie Pascaline Motsch. S'appuyant sur une définition de la fundamentalité des droits renvoyant à une exigence – matérielle (un droit fondamental doit être essentiel à la persistance du sujet étatique), – formelle (un droit fondamental doit faire l'objet d'une protection juridique renforcée dans un ordre juridique), elle va s'attacher à

## PRÉFACE

analyser les différents possibles redéploiements contemporains de la doctrine des droits fondamentaux des Etats. Distinguant entre un possible redéploiement fédéraliste et un possible redéploiement étatiste, elle analyse, eu égard aux critères posés, d'abord l'ordre juridique international. Dans cette perspective, seul le droit de tout Etat à la survie pourrait être qualifié comme tel, faisant l'objet d'une protection par le double jeu du jus cogens et du système de sécurité collective onusien; cependant le caractère subsidiaire et la relativité juridique de cette protection illustrent la faiblesse d'un tel redéploiement de la doctrine. En revanche, concernant un ordre juridique régional tel que celui de l'Union européenne, la reconnaissance d'un devoir pour l'Union de respecter l'identité nationale de ses États membres fournit l'exemple d'un possible redéploiement de la doctrine des droits fondamentaux plus probant. C'est que la Cour de justice de l'Union européenne a, en effet, commencé à reconnaître un effet dérogatoire aux normes du droit de l'Union fondé sur l'invocation, par un État membre, du respect de son identité nationale. Spécialement dans le champ des libertés fondamentales du marché intérieur, la Cour de justice reconnaît que l'État membre peut invoquer un intérêt légitime fondé sur le respect de son identité pour en limiter l'exercice; on peut alors considérer que la double condition (matérielle et formelle), pour qualifier ce droit au respect de son identité nationale comme un droit fondamental de l'État, est en voie d'être remplie. Or cette dimension relative à l'intégration européenne apparaît également liée à ce que Pascaline Motsch analyse comme un possible redéploiement étatiste de la doctrine des droits fondamentaux. La jurisprudence de nombreuses cours constitutionnelles nationales des États membres de l'Union se réfère en effet à la défense de l'identité constitutionnelle de l'Etat, notamment pour marquer les limites de la primauté du droit de l'Union. L'invocation du respect de l'identité constitutionnelle apparaît ainsi comme une norme de résistance, de la part de l'État membre, fondée sur l'idée d'une indisponibilité de certains éléments constitutionnels liés à l'identité nationale. On voit donc que la thèse soutenue d'un possible redéploiement de la doctrine des droits fondamentaux des Etats conduit Pascaline Motsch à poser la question de l'étatité dans la société internationale contemporaine.

Dans une société internationale, marquée par une interdépendance grandissante, quel est le seuil d'émiettement de la puissance publique emportant soit la perte, soit la métamorphose du statut étatique ? S'agissant du processus d'intégration régionale, qui caractérise aussi la société internationale contemporaine, la participation souveraine des Etats à un tel phénomène ne risque-t-elle pas de se payer d'une altération de leur qualité d'Etat, à laquelle la reconnaissance d'un droit identitaire tente de faire face?

Ce questionnement s'appuie sur une problématique de philosophie politique menée avec beaucoup de sûreté par Pascaline Motsch. Opposant le modèle de l'État cosmopolitique dans la pensée kantienne, au modèle de l'État-nation dans la pensée hegelienne, elle situe la doctrine des droits fondamentaux et son possible redéploiement par rapport à cette alternative. Si la doctrine classique des droits fondamentaux se réfère finalement à l'Etat-nation comme modèle politique indépassable, le redéploiement contemporain de la doctrine des droits fondamentaux correspond au paradigme kantien, qui a reçu un début de

## PRÉFACE

concrétisation après la Seconde Guerre mondiale et spécialement dans la phase de mondialisation. Mais dans cette perspective, alors que le modèle de l'État-nation né en Europe est à la base du droit international moderne, il convient de se demander s'il est toujours adéquat pour décrire la réalité de la société internationale, dans le contexte de la globalisation et de l'intégration régionale. En tout état de cause, le possible redéploiement de la doctrine des droits fondamentaux des États soulève cette interrogation, comme il révèle une interpénétration grandissante entre droit international, droit régional, et droit constitutionnel.

On entrevoit l'ambition de la réflexion menée par Pascaline Motsch et tout l'intérêt de la thèse qu'elle développe. D'abord à travers l'analyse de la genèse de la doctrine des droits fondamentaux des États, puis de la période de sa systématisation, mais aussi de son déclin, elle présente une histoire singulière du droit international d'une ampleur tout à fait exceptionnelle. Ensuite, à travers les interrogations sur les mutations affectant l'État souverain dans la société internationale contemporaine, elle interroge les formes d'organisation politique structurant cette société internationale, notamment en évoquant le renouvellement des théories du fédéralisme. Enfin, à travers la mise en évidence du phénomène d'interpénétration du droit international, du droit régional, et du droit constitutionnel, elle explore une dimension transversale et transdisciplinaire qui jette un éclairage du plus grand intérêt sur l'évolution des rapports entre ordres juridiques. Pour toutes ces raisons cet ouvrage, par ailleurs écrit dans un style clair et élégant, mérite amplement d'être lu.

Jean-Denis MOUTON

*Professeur émérite de l'Université de Lorraine*

## SOMMAIRE

### INTRODUCTION

#### PREMIÈRE PARTIE LE DÉPLOIEMENT

##### DE LA THÉORIE DES DROITS FONDAMENTAUX ÉTATIQUES

###### TITRE I. LES DROITS FONDAMENTAUX DES ÉTATS : DE LA GENÈSE À LA SYSTÉMATISATION DOCTRINALE

###### Chapitre 1

La genèse de la doctrine des droits fondamentaux des États

###### Chapitre 2.

La systématisation doctrinale des droits fondamentaux des États

###### TITRE II. LES DROITS FONDAMENTAUX DES ÉTATS : DU DÉCLIN DOCTRINAL À L'ACCÈS DE POSITIVITÉ

###### Chapitre 1.

Le déclin doctrinal de la théorie des droits fondamentaux étatiques

###### Chapitre 2.

La positivité croissante des droits fondamentaux étatiques

### DEUXIÈME PARTIE

#### LE REDÉPLOIEMENT

##### D'UNE THÉORIE DES DROITS FONDAMENTAUX ÉTATIQUES

###### TITRE I. LE REDÉPLOIEMENT *FÉDÉRALISTE* : UNE PROTECTION *INSTITUTIONNELLE* DES DROITS FONDAMENTAUX ÉTATIQUES

###### Chapitre 1.

La fondamentalisation des droits étatiques dans l'ordre juridique onusien

###### Chapitre 2.

La fondamentalisation des droits étatiques dans l'ordre juridique européen

###### TITRE II. LE REDÉPLOIEMENT *ÉTATISTE* : UNE PROTECTION *UNILATÉRALE* DES DROITS FONDAMENTAUX ÉTATIQUES

###### Chapitre 1.

La nécessaire participation des droits fondamentaux à la qualité d'État

###### Chapitre 2.

La protection nécessairement constitutionnelle des droits fondamentaux étatiques

### CONCLUSION GÉNÉRALE

## TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS .....	3
PRÉFACE.....	5
LISTE DES ABRÉVIATIONS .....	9
SOMMAIRE .....	11

### INTRODUCTION

<i>I. L'intérêt de l'étude</i> .....	19
A. La rareté des études consacrées à la doctrine classique des droits fondamentaux .....	19
1. L'intérêt d'une théorie de l'État .....	21
2. L'intérêt d'une théorie des droits .....	24
B. Un regain d'intérêt doctrinal justifié par l'évolution du droit positif.....	26
1. Les droits fondamentaux étatiques en droit international.....	26
2. Les droits fondamentaux étatiques en droit de l'Union européenne.....	28
3. Les droits fondamentaux étatiques en droit constitutionnel .....	30
<i>II. Le cadre de l'étude</i> .....	31
A. Le cadre conceptuel de l'étude : l'État, titulaire de droits fondamentaux.....	31
1. Les notions d'État et de droits fondamentaux .....	31
a. L'État-nation en quête de réalité ?.....	32
b. Les droits fondamentaux en quête de concept.....	40
2. La contradiction entre la souveraineté étatique et les droits fondamentaux étatiques .....	43
B. Le cadre matériel de l'étude : le redéploiement étatiste ou fédéraliste des droits fondamentaux étatiques .....	44
1. Le paradoxe de la doctrine classique des droits fondamentaux des États.....	44
2. Une théorie fédéraliste ou étatiste des droits fondamentaux des États .....	45
a. La théorie fédéraliste : un modèle d'« État kantien » .....	45
b. La théorie étatiste : un modèle d'« État hégélien » .....	47
<i>III. La finalité de l'étude</i> .....	50
A. La problématique de l'étude.....	50
B. La méthode de l'étude .....	51

TABLE DES MATIÈRES

**PREMIÈRE PARTIE :  
LE DÉPLOIEMENT  
DE LA THÉORIE DES DROITS FONDAMENTAUX ÉTATIQUES**

TITRE I.

LES DROITS FONDAMENTAUX DES ÉTATS :  
DE LA GENÈSE À LA SYSTÉMATISATION DOCTRINALE

CHAPITRE 1.	
LA GENÈSE DE LA DOCTRINE DES DROITS FONDAMENTAUX DES ÉTATS.....	59
Section 1. La personnalisation de l'État .....	60
I. <i>La conquête de la souveraineté, l'individualisation politique de l'État</i> .....	62
A. La conquête du pouvoir suprême .....	62
1. L'émancipation du Roi vis-à-vis des autorités supraétatiques.....	62
2. L'émancipation du Roi vis-à-vis des autorités infraétatiques.....	64
B. L'invention de la souveraineté .....	64
1. La qualité du pouvoir souverain.....	65
2. La détermination des pouvoirs souverains .....	67
II. <i>La conquête de la personnalité, l'autonomisation juridique de l'État</i> .....	72
A. La déliquescence de l'État comme chose .....	73
B. L'accession de l'État au statut de personne .....	74
Section 2. La modernisation du droit .....	79
I. <i>La subjectivisation du droit</i> .....	80
A. Le droit comme loi ordonnatrice .....	80
B. Le droit comme pouvoir ou liberté du sujet.....	82
II. <i>La fondamentalisation des droits</i> .....	84
A. La fondamentalisation des droits de l'homme .....	84
1. La consécration des droits de l'homme .....	84
2. La transposition des droits de l'homme aux États .....	87
B. La fondamentalisation des droits étatiques .....	90
1. Les précurseurs des droits fondamentaux des États .....	91
a. Le système des droits et devoirs étatiques de Wolff.....	91
b. Le système des droits et devoirs étatiques de Vattel .....	95
c. Le système des droits et devoirs étatiques de Martens .....	99
2. Des précurseurs aux théoriciens classiques des droits fondamentaux des États ..	101
Conclusion du chapitre 1 .....	103

CHAPITRE 2.	
LA SYSTÉMATISATION DOCTRINALE DES DROITS FONDAMENTAUX DES ÉTATS.....	105
Section 1. Le système des droits.....	108
I. <i>L'identification des droits fondamentaux</i> .....	109
A. La diversité des systèmes : la coordination éclectique des droits fondamentaux étatiques.....	109
B. Une diversité apparente : le <i>quintuor</i> des droits fondamentaux.....	114
II. <i>La substance des droits fondamentaux</i> .....	117
A. Le droit fondamental d'existence ou de conservation.....	117
1. Le droit de conservation : la préservation et le perfectionnement des éléments constitutifs de l'État.....	119
a. La conservation du territoire.....	120
b. La conservation de la population.....	122
c. La conservation des ressources matérielles et morales.....	125
d. La conservation du lien social.....	126
2. Les limites à l'exercice du droit de conservation.....	127
a. Les restrictions conventionnelles.....	127
b. Les restrictions naturelles.....	129
B. Le droit fondamental de liberté, de souveraineté ou d'indépendance.....	133
1. Les droits de souveraineté et d'indépendance.....	135
a. Le droit d'autonomie intérieure.....	136
i. Les droits de propriété et de souveraineté territoriale.....	136
ii. Les droits et les domaines de l'autonomie intérieure.....	141
b. Le droit d'autonomie extérieure.....	148
2. Les restrictions à l'exercice du droit de souveraineté ou d'indépendance.....	149
a. Les restrictions conventionnelles.....	149
i. Une expression encadrée de la souveraineté de l'État.....	150
ii. Une « modification » de la souveraineté de l'État.....	151
b. Les restrictions non-conventionnelles : la question de l'intervention.....	157
C. Les droits fondamentaux d'égalité, de respect mutuel et de commerce.....	163
1. Le droit fondamental d'égalité de jure.....	163
a. La substance du principe d'égalité.....	163
b. Les restrictions à l'exercice du droit d'égalité.....	166
2. Le droit fondamental d'être respecté.....	170
3. Le droit fondamental de commercer.....	174
Section 2. La fondamentalité des droits.....	180
I. <i>Une conception substantielle de la fondamentalité des droits</i> .....	180
A. Une conception matérielle de la fondamentalité.....	180
1. L'inhérence des droits fondamentaux à la personnalité étatique.....	180
a. Une conception naturaliste de l'État et de ses droits fondamentaux.....	180
b. La personnalité étatique entre réalisme et nominalisme.....	184

TABLE DES MATIÈRES

2. La relativité des droits coutumiers et conventionnels.....	186
B. Une conception formelle de la fundamentalité .....	188
1. Une conséquence juridique « ordinaire » : l'obligation-réflexe .....	189
2. Des conséquences juridiques « extraordinaires » :	
l'ébauche d'une fundamentalité formelle.....	191
a. La nullité des conventions contraires aux droits fondamentaux .....	192
b. La guerre pour sanction de la violation d'un droit fondamental.....	194
II. Les fonctions des droits fondamentaux étatiques.....	196
A. Les droits fondamentaux : une fonction fondatrice du droit international .....	196
1. Le fondement jusnaturaliste des droits fondamentaux .....	196
2. Les droits fondamentaux étatiques au fondement du droit international .....	198
B. Les droits fondamentaux : une fonction de préservation de l'étaticité.....	200
1. La préservation de la « souveraineté-liberté » de l'État contre les autres.....	200
2. La préservation de la « souveraineté-puissance » de l'État contre lui-même ...	202
Conclusion du chapitre 2 .....	204
CONCLUSION DU TITRE I.....	205

TITRE II.

LES DROITS FONDAMENTAUX DES ÉTATS :  
DU DÉCLIN DOCTRINAL À L'ACCÈS DE POSITIVITÉ

CHAPITRE 1. LE DÉCLIN DOCTRINAL	
DE LA THÉORIE DES DROITS FONDAMENTAUX ÉTATIQUES .....	209
Section 1. La critique positiviste :	
une mise au ban radicale des droits fondamentaux des États.....	211
I. Une critique du naturalisme de la doctrine des droits fondamentaux des États .....	211
A. La doctrine volontariste, une critique de ce qui excède la volonté étatique .....	212
1. Le souci de déconstruire et refonder .....	212
2. La difficulté d'une déconstruction pure .....	216
B. Les doctrines sociologiques et réalistes,	
une critique de ce qui excède le fait social.....	217
1. La critique objectiviste.....	218
2. La critique réaliste.....	222
C. La doctrine normativiste, une critique de ce qui excède le <i>Sollen</i> .....	223
II. Un positivisme constructif et destructeur.....	226
A. La reconstruction du droit .....	226
1. La formalisation de l'ordre, de la personnalité et de la capacité juridiques.....	227
2. La neutralisation conséquente d'une dérive anthropomorphique .....	229
B. La déconstruction de la fundamentalité du droit et des droits.....	230
1. Le problème de la fundamentalité dans les doctrines positivistes et normativistes .	231
2. Le problème de la fundamentalité dans les doctrines sociologiques et réalistes..	232

Section 2. La critique néo-naturaliste :	
une mise au ban relative des droits fondamentaux des États.....	234
I. <i>La critique de l'état de nature comme fondement des droits fondamentaux</i> .....	235
A. Une doctrine fondée sur le « droit de la nature » :	
la dérive individualiste du jusnaturalisme moderne .....	235
1. Un état de nature « faux et trompeur » .....	235
2. Un état de nature contraire à l'idéal de justice .....	237
B. Une doctrine inadaptée à la réalité internationale .....	238
1. Une doctrine inadaptée à l'interdépendance des États .....	238
2. Une doctrine inadaptée à la réalité plurielle des États .....	241
II. <i>Une refondation objective des droits fondamentaux des États</i> .....	243
A. La saisie substantielle du fondement du droit international.....	244
1. L'assimilation du fondement naturaliste et du fondement volontariste	
du droit international.....	244
2. La quête d'un fondement objectif du droit international .....	245
B. Une refondation des droits fondamentaux étatiques .....	250
1. La nécessaire participation des droits fondamentaux étatiques	
au fondement du droit .....	250
2. Une détermination classique des droits fondamentaux étatiques .....	253
Conclusion du Chapitre 1.....	257
CHAPITRE 2. LA POSITIVITÉ CROISSANTE	
DES DROITS FONDAMENTAUX ÉTATIQUES .....	259
Section 1. La fundamentalité des droits étatiques dans le système pré-onusien ....	260
I. <i>La codification des droits et devoirs étatiques</i> .....	261
A. La Déclaration des droits étatiques de l'Institut américain de droit international.....	262
B. La Déclaration des droits étatiques de l'Union juridique internationale .....	267
C. La Déclaration des droits étatiques de l'Institut de droit international .....	268
II. <i>La conventionnalisation des droits fondamentaux étatiques</i> .....	271
A. Une conventionnalisation ciblée du droit fondamental de légitime défense .....	271
B. Une conventionnalisation systématique des droits étatiques :	
la Convention de Montevideo .....	274
Section 2. La fundamentalité des droits étatiques dans le système post-onusien...	276
I. <i>La fundamentalité conventionnelle et coutumière des droits étatiques</i> .....	277
A. La fundamentalité des principes et des droits étatiques	
dans la Charte des Nations Unies.....	277
1. La reconnaissance du droit de conservation réduit au droit inhérent	
de légitime défense .....	277
2. La reconnaissance des droits fondamentaux de souveraineté	
et d'égalité subsumés sous le principe d'égalité souveraine .....	279
3. La reconnaissance des « affaires qui relèvent essentiellement	
de la compétence nationale ».....	280
B. La fundamentalité des droits étatiques dans les résolutions onusiennes .....	284

## TABLE DES MATIÈRES

1. Les résolutions systématiques .....	284
a. Le projet de déclaration des droits et devoirs fondamentaux des États .....	284
b. La résolution 2625 : l'énoncé de principes fondamentaux .....	289
2. Les résolutions ciblées .....	291
a. Le droit inaliénable des États à la souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles.....	291
b. Les droits de non-intervention et de non-ingérence .....	294
C. La fondamentale dans le Traité sur la non-prolifération.....	295
<i>II. La reconnaissance jurisprudentielle de droits fondamentaux étatiques .....</i>	<i>297</i>
A. La consécration jurisprudentielle du droit fondamental de souveraineté intérieure .....	298
1. La réaffirmation du principe fondamental de non-intervention.....	300
a. Le caractère coutumier du principe de non-intervention .....	300
b. La substance du principe coutumier.....	301
2. La reconnaissance du principe fondamental de souveraineté.....	302
a. Le droit fondamental de tout État au libre choix de son système politique, économique, social et culturel.....	303
b. Le droit de souveraineté de l'État sur son territoire .....	304
B. La consécration du droit fondamental de tout État « à la survie » .....	305
1. Le prononcé d'un non liquet en raison de circonstances exceptionnelles mettant en cause la survie de l'État.....	306
2. Le conflit entre le droit fondamental de tout État à la survie et les principes intransgressibles du droit humanitaire.....	309
Conclusion du chapitre 2 .....	311
CONCLUSION DU TITRE II.....	313
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	315

## **DEUXIÈME PARTIE** **LE REDÉPLOIEMENT D'UNE THÉORIE** **DES DROITS FONDAMENTAUX ÉTATIQUES**

### TITRE I.

#### LE REDÉPLOIEMENT *FÉDÉRALISTE* : UNE PROTECTION *INSTITUTIONNELLE* DES DROITS FONDAMENTAUX ÉTATIQUES

CHAPITRE 1. LA FONDAMENTALISATION DES DROITS ÉTATIQUES DANS L'ORDRE JURIDIQUE ONUSIEN.....	325
Section 1. Une fondamentale des droits, dépendante du degré de Fédéralisation de la société internationale .....	326
<i>I. Des théories concurrentes de la fondamentale des droits étatiques.....</i>	<i>327</i>
A. L'insuffisance d'une conception minimaliste de la fondamentale des droits étatiques .....	327

LA DOCTRINE DES DROITS FONDAMENTAUX DES ETATS

1. La conception minimaliste de la fundamentalité des droits.....	328
2. La conséquence d'une dilatation de la catégorie des droits fondamentaux .....	329
B. Le choix d'une conception maximaliste de la fundamentalité des droits étatiques.....	329
1. Une fundamentalité matérielle : la préservation de l'étaticité .....	330
a. La notion de fundamentalité matérielle des droits.....	330
b. La fundamentalité matérielle des droits énoncés comme fondamentaux .....	332
2. Une fundamentalité formelle : la garantie spécifique des droits.....	335
a. La notion de fundamentalité formelle : un droit protégé par le juge .....	335
b. Une définition souple de la fundamentalité formelle : un droit garanti par des mécanismes juridiques spécifiques.....	338
II. La « fédéralisation » embryonnaire de la société internationale.....	339
A. L'imperativité des normes de <i>jus cogens</i> .....	340
1. Les ambiguïtés du <i>jus cogens</i> .....	341
a. Les doctrines du <i>jus cogens</i> .....	341
b. L'indétermination relative des normes impératives .....	346
2. Les effets juridiques spécifiques du <i>jus cogens</i> .....	348
a. La nullité de l'acte juridique dérogeant à une norme impérative .....	348
b. La responsabilité aggravée à raison de violations graves d'obligations découlant de normes impératives .....	350
c. La priorité d'application.....	352
B. L'institutionnalisation de la contrainte .....	356
1. Les sanctions décentralisées.....	356
2. Les sanctions institutionnalisées .....	358
Section 2. La fondamentalisation du droit de tout État à la survie .....	359
I. La fundamentalité du droit de tout État à la survie.....	359
A. Le droit fondamental de tout État à la survie dans ses manifestations positive et négative .....	359
1. La garantie positive du droit fondamental de tout État à la survie .....	360
2. La garantie négative du droit fondamental de tout État à la survie.....	362
B. La fundamentalité douteuse des autres droits étatiques .....	363
II. Les limites de la fundamentalité du droit de tout État à la survie.....	365
A. La faiblesse des mécanismes de garantie.....	365
1. Les faiblesses du <i>jus cogens</i> .....	366
2. Les faiblesses du système de sécurité collective .....	367
B. La précellence éventuelle du principe d'effectivité sur le principe de légalité .....	369
Conclusion du chapitre 1 .....	371

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE 2. LA FONDAMENTALISATION DES DROITS ÉTATIQUES DANS L'ORDRE JURIDIQUE EUROPÉEN .....	373
Section 1. La fondamentalisation du droit des États membres au respect de leur existence étatique et de leur identité nationale .....	376
I. <i>La fondamentalité matérielle du droit des États membres au respect de leur identité stato-nationale</i> .....	378
A. Le respect de l'« essence » des États membres : l'existence politique .....	378
1. Un droit au respect de l'étatité .....	378
2. La fondamentalité matérielle du droit au respect de l'étatité .....	381
B. Le respect de l'« être » des États membres : l'identité nationale .....	383
1. Un droit au respect de l'identité nationale .....	383
a. Les composantes de l'identité nationale .....	383
i. Les composantes ethnoculturelles de l'identité nationale .....	383
ii. Les composantes politico-institutionnelles de l'identité nationale .....	390
b. Les composantes exclues de l'identité nationale .....	395
2. La fondamentalité du droit au respect de l'identité nationale .....	397
II. <i>La fondamentalité formelle du droit des États membres au respect de leur identité nationale</i> .....	400
A. La fondamentalité potentielle du droit des États membres au respect de leur identité nationale .....	400
1. Le degré d'intégration de l'ordre juridique de l'Union européenne dans l'ordre juridique des États membres .....	401
2. Le degré de hiérarchisation de l'ordre juridique de l'Union .....	403
B. L'émergence d'un droit fondamental des États membres au respect de leur identité nationale .....	406
1. Les effets limités du droit fondamental des États membres au respect de leur identité nationale .....	406
a. L'effet principalement dérogatoire du droit des États membres au respect de leur identité nationale .....	407
b. L'effet accessoirement bloquant du droit des États membres au respect de leur identité nationale .....	409
2. Les nécessaires limitations des effets du droit fondamental des États membres au respect de leur identité nationale .....	410
a. L'invocation d'un domaine préservé du champ d'application du droit de l'Union européenne .....	410
b. La protection unilatérale de l'identité nationale, notamment constitutionnelle .....	412
Section 2. Les droits fondamentaux des États membres au fondement d'une fédération plurinationale européenne .....	418
I. <i>La métamorphose du statut d'État-nation</i> .....	419
A. La conservation du statut d'État-nation .....	419
1. La conservation de la souveraineté formelle .....	420
a. Les États membres, maîtres de la révision des traités fondateurs .....	420
b. Les États membres, maîtres du retrait .....	422
2. La conservation de l'autonomie constitutionnelle et d'une puissance publique ..	425

## LA DOCTRINE DES DROITS FONDAMENTAUX DES ETATS

a. La préservation d'une autonomie constitutionnelle.....	425
b. La préservation d'une partie de la puissance.....	427
B. La dégradation du statut d'État-nation.....	428
1. L'union économique et monétaire.....	428
2. L'espace de liberté, de sécurité et de justice .....	435
3. La politique étrangère et de sécurité commune .....	440
II. <i>La nature fédérative de l'Union européenne</i> .....	442
A. L'inadéquation relative du paradigme de l'Organisation .....	443
1. La nécessaire distinction entre organisation internationale et fédération .....	443
2. La nature politique présumée de l'Union européenne : l'inadéquation consécutive de la catégorie d'organisation .....	444
B. L'adéquation relative du paradigme de la Fédération plurinationale.....	445
1. Le genre et les espèces de la Fédération : l'Union européenne comme fédération plurinationale .....	446
2. La déficience politique de l'Union européenne : les limites d'une théorie fédérative .....	450
Conclusion du chapitre 2 .....	453
CONCLUSION DU TITRE I.....	455

## TITRE II.

### LE REDÉPLOIEMENT *ÉTATISTE* :

#### UNE PROTECTION *UNILATÉRALE* DES DROITS FONDAMENTAUX ÉTATIQUES

CHAPITRE 1. LA NÉCESSAIRE PARTICIPATION DES DROITS FONDAMENTAUX À LA QUALITÉ D'ÉTAT.....	459
Section 1. La participation de la puissance à l'étaticité.....	460
I. <i>La souveraineté comme degré suprême de liberté et de puissance</i> .....	461
A. La différenciation de la souveraineté-liberté et de la souveraineté-puissance ....	461
1. La conception formelle de la souveraineté : la compétence de la compétence .....	462
2. La conception matérielle de la souveraineté : les pouvoirs compris dans la puissance publique .....	464
B. L'unité de la souveraineté-liberté et de la souveraineté-puissance au regard de l'étaticité.....	467
1. La nécessité de penser la souveraineté avec la puissance.....	467
2. La difficulté de penser la souveraineté sans la puissance .....	469
II. <i>La détermination de la puissance étatique</i> .....	472
A. La détermination d'un noyau dur de puissance publique .....	472
1. La finalité de la puissance étatique : la conservation de la communauté nationale.....	473
2. La substance de la puissance étatique : les pouvoirs et les moyens essentiels .	474
B. La variation de l'amplitude et des modalités d'exercice de la puissance publique .....	480

TABLE DES MATIÈRES

Section 2. Les conséquences de l'altération de la puissance sur l'étaticité.....	484
I. Les causes d'altération de la puissance étatique .....	484
A. La défaillance dans l'exercice unilatéral de la puissance étatique .....	485
B. Le renoncement à l'exercice unilatéral de la puissance étatique.....	487
II. Les conditions d'affectation de la puissance étatique.....	489
A. Les modalités d'affectation de la puissance étatique.....	489
1. La relativité des conditions emportant la renonciation à l'exercice d'un pouvoir essentiel à l'appui de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.....	491
2. L'insuffisance de la seule clause protectrice de dénonciation ou de retrait à l'appui de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.....	497
B. Le seuil d'émiettement tolérable de la puissance étatique .....	502
1. La perte du statut étatique .....	503
2. La métamorphose du statut étatique.....	505
Conclusion du chapitre 1 .....	507
CHAPITRE 2. LA PROTECTION NÉCESSAIREMENT CONSTITUTIONNELLE DES DROITS FONDAMENTAUX ÉTATIQUES .....	509
Section 1. Le paradoxe d'une protection internationale des droits fondamentaux étatiques .....	511
I. L'invocation des droits fondamentaux étatiques .....	512
A. L'invocation des droits fondamentaux étatiques dans la doctrine classique.....	512
1. L'invocation des droits fondamentaux à des fins d'annulation des engagements contractuels .....	512
2. Les limites jusnaturalistes à la liberté contractuelle .....	514
B. L'invocation des droits fondamentaux étatiques dans la doctrine contemporaine.....	515
1. Les causes de l'invocation des droits fondamentaux étatiques.....	516
2. Les formes de l'invocation des droits fondamentaux étatiques .....	519
II. Les obstacles à l'invocation des droits fondamentaux étatiques.....	521
A. La libre disposition étatique des droits fondamentaux étatiques .....	521
1. La liberté de l'État de porter atteinte à son statut, sauf consentement exprès ..	521
2. La pratique de la libre disposition étatique des droits fondamentaux étatiques ...	524
B. L'absence d'invocation valable des droits fondamentaux étatiques .....	526
1. La pratique très limitée de l'invocation des droits fondamentaux .....	526
2. L'invocation implicitement prohibée des droits fondamentaux .....	528
Section 2. La protection <i>constitutionnelle</i> des droits fondamentaux étatiques .	531
I. La construction jurisprudentielle des « droits fondamentaux » étatiques .....	533
A. La construction jurisprudentielle d'un droit fondamental d'autodétermination..	534
1. La catégorie française des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » .....	534
2. La catégorie allemande du « principe démocratique » .....	537
B. La construction jurisprudentielle du concept d'identité constitutionnelle.....	539
1. L'identité constitutionnelle française .....	541

## LA DOCTRINE DES DROITS FONDAMENTAUX DES ETATS

2. Le noyau dur identitaire de la Constitution allemande.....	543
<i>II. La concurrence des juges constitutionnels et européen, gardiens des « droits fondamentaux » étatiques.....</i>	<i>544</i>
A. Le juge constitutionnel, gardien des droits fondamentaux étatiques .....	544
1. La protection constitutionnelle relative du juge français : des droits opposables au législateur ordinaire .....	544
2. La protection constitutionnelle renforcée du juge allemand : des droits opposables au législateur extraordinaire .....	548
B. Le juge de l'Union, gardien de l'identité constitutionnelle.....	549
1. La pratique indéniable d'un dialogue des juges autour de l'identité constitutionnelle.....	550
2. Le juge de l'Union, gardien privilégié des identités constitutionnelles ? .....	553
Conclusion du chapitre 2 .....	555
CONCLUSION DU TITRE II.....	557
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE.....	559

## CONCLUSION GÉNÉRALE

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE.....	567
Doctrines.....	567
Jurisprudence.....	595
Documents officiels.....	602
INDEX DES THÈMES.....	605
INDEX DES AUTEURS.....	609
TABLE DES MATIÈRES.....	613

**A** l'heure du repli ou du retour des États-nations sur la scène mondiale, cette thèse propose de réinvestir la doctrine des droits fondamentaux des États, qui domina la pensée internationaliste jusqu'à son déclassement dans la deuxième partie du XX<sup>ème</sup> siècle, dans l'objectif d'éclairer les évolutions contemporaines du droit international, du droit de l'Union européenne ainsi que du droit constitutionnel relatives à la qualité d'État-nation. En effet, l'illustre doctrine est connue pour sa systématisation des droits étatiques de conservation, de souveraineté, d'égalité, de respect et de commerce, considérés comme fondamentaux dans un sens évidemment matériel – il s'agit de droits dont l'aliénation totale ou partielle anéantirait ou diminuerait la personnalité de l'État qui y consentirait, mais également dans un sens formel – la violation d'un droit fondamental étatique emportant des effets juridiques spécifiques comme le droit d'invoquer la nullité des traités qui y portent atteinte ou le droit de recourir à la guerre en ultime recours. Toutefois, la contradiction inhérente à la doctrine classique – la *souveraineté* empêchant toute garantie *fondamentale* des droits étatiques au sein de l'ordre juridique international –, ne peut déboucher que sur son redéploiement dans une perspective fédéraliste ou étatiste. Dans une *perspective fédéraliste*, les Etats peuvent bénéficier d'une *protection institutionnelle* de leurs droits au sein des Nations Unies (droit à la survie) ou de l'Union européenne (droit au respect de l'étatité et de l'identité), mais alors au prix d'une altération corrélative de leur qualité d'État. Dans une *perspective étatiste*, confortant cette fois le modèle classique d'Etat-nation, les Etats jouissent d'une *protection unilatérale* de leurs droits, non pas au sein de l'ordre juridique international auquel il n'échoit pas de protéger l'État contre lui-même, mais au sein de l'ordre juridique national où de tels droits occupent nécessairement un rang constitutionnel (à travers les notions de « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » ou d'« identité constitutionnelle »).

ISBN 978-2-233-01009-4

76 €

## P. Motsch - LA DOCTRINE DES DROITS FONDAMENTAUX DES ETATS

Commande aux Editions A. PEDONE - 13 rue Soufflot - 75005 PARIS, ou par fax :  
+33(0)1.46.34.07.60 et sur [editions-pedone@orange.fr](mailto:editions-pedone@orange.fr) - **76 € l'ouvrage, pour un envoi par la poste 86 €**

Le montant peut être envoyé par :

Chèque bancaire

Règlement sur facture

Carte Visa

N° ...../...../.....

Cryptogramme .....

ISBN 978-2-233-01009-4

Signature :

Nom .....

Adresse .....

Ville .....Pays .....