



UNIVERSITÉ  
PANTHÉON-ASSAS  
- PARIS II -

# Revue de droit d'Assas

N° 10 Février 2015

## *Numéro spécial*

Claude Blumann  
Romain Boffa  
Thierry Bonneau  
Dominique Chagnollaud  
Gérard Champenois  
Philippe Chauviré  
Emmanuel Decaux  
Guillaume Drago  
Bénédicte Fauvarque-Cosson  
Olivier de Frouville  
Yves Gaudemet  
Pierre-Yves Gautier  
Olivier Gohin  
Serge Guinchard  
Jean Hauser  
Agathe Lepage

## **Le changement du droit**

Anne-Marie Leroyer  
Philippe le Tourneau  
Laurent Leveneur  
Rémy Libchaber  
François-Xavier Lucas  
Daniel Mainguy  
Valérie Malabat  
Denis Mazeaud  
Horatia Muir Watt  
Laurent Neyret  
Hugues Périnet-Marquet  
Benoît Plessix  
Bertrand Seiller  
Philippe Simler  
Bernard Teyssié  
Philippe Théry  
Didier Truchet

# Les auteurs

ayant contribué à la rédaction de ce numéro

---

**Claude BLUMANN**, Professeur émérite  
de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

**Romain BOFFA**, Professeur à l'Université  
de Lille 2

**Thierry BONNEAU**, Professeur  
à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

**Dominique CHAGNOLLAUD**, Professeur  
à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

**Gérard CHAMPENOIS**, Professeur émérite  
de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

**Philippe CHAUVIRÉ**, Professeur à l'Université  
de Lorraine

**Emmanuel DECAUX**, Professeur  
à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

**Guillaume DRAGO**, Professeur  
à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), directeur  
du Centre d'études constitutionnelles et  
politiques

**Bénédicte FAUVARQUE-COSSON**, Professeur  
à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

**Olivier de FROUVILLE**, Professeur  
à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), membre  
de l'Institut universitaire de France

**Yves GAUDEMET**, Professeur  
à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

**Pierre-Yves GAUTIER**, Professeur  
à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

**Olivier GOHIN**, Professeur  
à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

**Serge GUINCHARD**, Professeur émérite  
de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

**Jean HAUSER**, Professeur émérite  
de l'Université de Bordeaux

**Agathe LEPAGE**, Professeur  
à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

**Anne-Marie LEROYER**, Professeur  
à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

**Philippe LE TOURNEAU**, Professeur émérite  
de l'Université Toulouse 1 Capitole

**Laurent LEVENEUR**, Professeur  
à l'Université Panthéon-Assas (Paris II),  
directeur du Laboratoire de droit civil

**Rémy LIBCHABER**, Professeur  
à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

**François-Xavier LUCAS**, Professeur  
à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

**Daniel MAINGUY**, Professeur à l'Université  
de Montpellier, directeur du Collège de droit

**Valérie MALABAT**, Professeur à l'Université  
de Bordeaux

**Denis MAZEAUD**, Professeur  
à l'Université Panthéon-Assas (Paris II),  
président de l'association Henri Capitant  
des amis de la culture juridique française

**Horatia MUIR WATT**, Professeur à l'École  
de droit de Sciences Po Paris

**Laurent NEYRET**, Professeur à l'Université  
de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines

**Hugues PÉRINET-MARQUET**, Professeur  
à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

**Benoît PLESSIX**, Professeur  
à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

**Bertrand SEILLER**, Professeur  
à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

**Philippe SIMLER**, Professeur émérite  
de l'Université de Strasbourg

**Bernard TEYSSIÉ**, Professeur  
à l'Université Panthéon-Assas (Paris II),  
président honoraire de l'Université

**Philippe THÉRY**, Professeur  
à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

**Didier TRUCHET**, Professeur émérite  
de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

## 24. Droit international public

### Le changement en droit international public : la souveraineté est-elle toujours au fondement du droit international ?

**Olivier de Frouville**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)  
Membre de l'Institut Universitaire de France

À la question : « la souveraineté est-elle toujours au fondement du droit international ? »<sup>1</sup>, on doit sans doute répondre positivement si l'on examine d'une part le langage utilisé dans la plupart des textes de droit international positif, d'autre part le discours de la doctrine majoritaire et le langage des diplomates<sup>2</sup>. Partout, on retrouvera le langage de la souveraineté. Mais il faut sans doute répondre négativement, au contraire, si l'on regarde non ce que le droit dit ou ce qu'on dit de lui mais ce qu'il *fait* dans la réalité sociale.

Du xvii<sup>e</sup> au xix<sup>e</sup> siècle, l'idée de la souveraineté a servi de base à l'élaboration théorique du droit international, c'est-à-dire à la constitution d'un

cadre théorique pour expliquer et rationaliser la pratique issue des relations nouvelles entre les États modernes. Cette théorie a donné à son tour naissance à un discours *du* droit international ou *sur* le droit international, qui est devenu progressivement le langage courant des praticiens du droit international. Entre le début du xx<sup>e</sup> siècle et le début du xxi<sup>e</sup> siècle, le droit international a changé de dimension, d'objets, d'acteurs. Mais le langage inventé au xvii<sup>e</sup> siècle reste encore en usage. Il ne s'agit pas ici, seulement, du classique retard du droit par rapport évolutions sociales : c'est à la fois le langage et le métalangage du droit<sup>3</sup> – la manière dont le droit se dit lui-même et les concepts que l'on

<sup>1</sup> Cette contribution est issue d'une présentation en guise d'introduction à la journée d'étude organisée dans le cadre du programme de recherche à l'Institut Universitaire de France d'Olivier de Frouville, le 2 octobre 2014, dans le salon bleu de l'appartement décanal de l'Université Panthéon-Assas, avec la participation des professeurs Stéphane Chauvier, Serge Sur, Frédéric Ramel et Emmanuelle Tourme-Jouannet.

<sup>2</sup> Par « diplomate », j'entends ici toutes les personnes qui participent activement aux négociations sur des questions qui sont traitées à un échelon

supérieur à l'échelon national. Cela comprend non seulement les personnes mandatées par les États pour remplir cette fonction, mais aussi, plus largement, toutes les autres personnes qui participent à cette fonction au nom d'autres organisations publiques ou privées, ou parfois en leur nom propre.

<sup>3</sup> Distinction opérée par M. Troper dans « Les concepts juridiques et l'histoire », in M. Troper, *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, coll. « Leviathan », 2011, p. 255-268.

utilise pour le décrire – qui ne correspondent plus à ce que le droit international est devenu. La souveraineté, qui appartient à la fois au langage de la théorie du droit et du droit positif<sup>4</sup>, est, plus que tout autre concept, un témoin de ce décalage.

Chercher à décrire le droit international d'aujourd'hui avec le langage de la souveraineté revient à essayer de décrire internet avec les concepts que l'on utilisait à l'époque de l'imprimerie, ou à expliquer la physique des particules sans la mécanique quantique, en appliquant les principes de la physique traditionnelle.

Cela se ressent, bien entendu, pour ceux qui font profession d'étudier et d'enseigner le droit international et qui ne parviennent plus à décrire correctement ce qu'ils ont devant les yeux, faute d'avoir les concepts appropriés. Cette confusion se transmet à ceux qui, formés dans nos universités, participent aux négociations internationales pour défendre certaines fins sociales, qu'il s'agisse de l'intérêt de tel ou tel État, d'une organisation, d'une entreprise ou d'une « cause » fédératrice, comme la défense de l'environnement par exemple. La plupart du temps, le brouillard conceptuel est heureusement percé par la pragmatique de l'action. Les diplomates ne sont pas formés pour poser des problèmes, mais pour trouver des solutions. On multiplie les arrangements *ad hoc*, les innovations institutionnelles, procédurales ou normatives en vue des fins déterminées par le politique. Un tel développement du droit sans concept approprié ne fait toutefois que compliquer un peu plus sa compréhension. L'action, à un certain point, s'en trouve elle-même entravée, parce que, dépourvue de boussole,

elle est dans l'incapacité de fixer un cap. Par exemple, la théorie du droit international fondée sur la souveraineté est incapable de comprendre le sens de la participation des *acteurs non étatiques* aux travaux des organisations internationales et, plus largement, à l'élaboration et la mise en œuvre du droit international<sup>5</sup>. Ceci pour la simple raison que, dans le cadre du droit international « westphalien » ou « vatellien »<sup>6</sup>, seuls les États sont sujets « originaires » de droit international, tandis que les organisations internationales, les individus, les entreprises, sont toujours des sujets « dérivés ». C'est-à-dire qu'ils ne sont sujets qu'en vertu de la volonté des États qui leur confèrent des droits et des obligations, le plus souvent par la voie d'un traité international, c'est-à-dire d'une sorte de « contrat » entre États (les États étant pensés comme des « personnes » naturelles à l'état de nature). Un tel exclusivisme, un tel privilège des États est intégré mentalement par les diplomates, qui ne comprennent pas exactement comment il est possible qu'ils soient amenés à travailler quotidiennement avec des acteurs non étatiques auxquels ils n'ont pourtant octroyé aucun droit. Ils se bornent à constater ce fait, mais sont incapables de le penser et de l'articuler, autrement que comme un produit de la nécessité sociale avec laquelle il faut bien composer, si l'on ne veut pas perdre tout contact avec la réalité. Cette incapacité à penser la place des acteurs non étatiques amène soit à en surestimer, mais, le plus souvent, à en sous-estimer la place, et, par conséquent, à leur appliquer une réglementation qui ne correspond ni à la réalité de la pratique, ni à l'utilité que l'on voudrait tirer de la contribution de ces acteurs.

<sup>4</sup> Là aussi, v. M. Troper, « La souveraineté, inaliénable et imprescriptible », in M. Troper, *op. cit.*, p. 77-98, spéc. p. 98 : « La souveraineté n'est donc pas une propriété objective de l'État, que l'on pourrait observer et décrire. C'est un concept juridique, qui ne fait pas partie seulement du langage de la théorie du droit, mais qui appartient aussi au langage du droit positif ». En revanche – et pour les raisons qui sont exposées dans cet article – on ne peut suivre Michel Troper lorsqu'il conclut : « On ne peut évaluer ces théories [dont la théorie de la souveraineté], mais seulement les décrire et les expliquer. Elles ne sont pas susceptibles d'être vraies ou fausses. Sans doute, nous pouvons les trouver plus ou moins cohérentes, mais leur cohérence ou leur incohérence n'a aucune incidence sur leur existence ou leur efficacité. En ce sens, le concept de souveraineté est intact ». Il semble au contraire nécessaire d'évaluer une théorie, pour déterminer si elle permet de rendre compte de manière satisfaisante de la réalité. Une théorie qui est sans lien avec la réalité est délirante. Elle peut exister et elle peut être « efficace », en ce sens où elle sert de point d'appui à l'élaboration du droit ou, dans l'exemple de Michel Troper, à la décision des juges. Mais elle est « inefficace » d'un autre point de vue, à savoir sa capacité à rendre compte du réel – ce qui est la seule chose que l'on doit attendre d'une théorie, en dehors de pures considérations esthétiques. De ce point de vue, le concept de souveraineté n'est pas « intact », il a vieilli.

<sup>5</sup> V. O. de Frouville, « La place de la société civile dans les organisations internationales : quelle stratégie pour la France au XXI<sup>e</sup> siècle ? », in G. Cahin, S. Szurek, F. Poirat, *La France et les organisations internationales au XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris Pedone, 2014, p. 295-325 ; « La Cour pénale internationale : une humanité souveraine ? », *Les Temps modernes*, n° 610, *La souveraineté*, automne 2000, p. 257-288.

<sup>6</sup> Ces expressions sont souvent employées pour désigner le droit international dit aussi « classique ». « Westphalien », car le droit international classique est souvent décrit, dans l'historiographie du droit international, comme trouvant son point de départ historique dans les traités de paix de Westphalie, mettant fin à la guerre de Trente ans, en 1648. Un tel jugement historique est sans doute approximatif, ce qui n'empêche pas de conserver le terme, à condition de comprendre que l'événement, dans ce cas, cristallise un concept. V. pour une perspective critique notamment D. Gaurier, *Histoire du droit international. Auteurs, doctrines et développement de l'Antiquité à l'aube de la période contemporaine*, Presses universitaires de Rennes, 2005, p. 382. « Vattelien », par référence à Emer de Vattel (1714-1767), dont l'œuvre est sans doute la théorisation la plus achevée de ce droit international classique, et surtout celle qui aura le plus d'influence sur les modes de pensée et la pratique des diplomates. V. E. Jouanet, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Paris, Pedone, 1998.

La raison de cette difficulté est que la théorie et le discours « vatelliens » ont dit tout ce qu'ils avaient à dire sur le droit international, tel qu'il existait entre le milieu du <sup>xvi</sup><sup>e</sup> siècle et la fin du <sup>xix</sup><sup>e</sup> siècle. En revanche, une telle théorie et un tel discours n'ont plus rien à dire sur les changements récents du droit international.

On peut se demander : quelles sont les raisons d'une telle incapacité à parler du droit international d'aujourd'hui ?

*Premièrement*, la finalité assignée au droit international a changé. Car le droit international d'aujourd'hui ne vise plus *seulement* la coexistence entre les États, mais aussi et surtout la construction de la paix. Cette nouvelle finalité du droit international est issue du constat d'échec du droit international classique à préserver de manière durable la paix et à faire respecter les droits des individus. Certes, le droit international a facilité la fin des guerres de religion en imposant le pluralisme et la tolérance : *cujus regio, ejus religio*. Chaque État pouvait désormais choisir non seulement la religion de ses sujets, mais aussi son système politique, son régime économique, etc., et cela sans ingérence des autres États. Mais d'une part, un tel régime n'était institué qu'en faveur des États européens – le droit international était le « droit public européen » – justifiant du même coup la colonisation et l'asservissement d'une partie de l'Humanité par l'autre ; d'autre part, le principe de « non intervention » mettait la population de l'État à la merci de ses dirigeants proclamés « représentants de l'État » et dès lors revêtu d'une totale immunité pour leurs crimes. « La souveraineté, c'est la garantie mutuelle des tortionnaires »<sup>7</sup>. La proclamation des droits de l'Homme dans la Charte des Nations Unies, après les atrocités de la seconde guerre mondiale, est une réponse au « Charbonnier est Maître chez soi » lancé par Goebbels à la Société des Nations, qui l'interpellait sur le traitement des Juifs en Allemagne<sup>8</sup>. Désormais le droit international a pour tâche de préserver l'indépendance de chaque communauté, mais dans le respect d'un certain nombre de normes supérieures, qui s'imposent aux États. Exprimée dans le langage de la souveraineté, cette double finalité apparaît, à un certain point, contradictoire : comment préserver la « souveraineté » des États – c'est-à-dire le prin-

cipe de non intervention – et la nécessité pratique, pour ces mêmes États, de se plier aux exigences du droit international qui, désormais, intervient dans tous les domaines de l'activité étatique ? La réponse des partisans de la souveraineté est que l'État peut « consentir », en vertu de sa souveraineté, à des limitations de compétence, et même transférer certaines de ces compétences à des entités internationales ou supranationales. Mais à vrai dire ce consentement n'a plus grande signification aujourd'hui, comme on peut le voir avec les « nouveaux » États, comme le Kosovo ou le Timor, qui doivent immédiatement intégrer et se soumettre sans condition à un « bloc » de normativité qui s'impose à eux. De même, l'institutionnalisation et la montée en puissance d'un pouvoir oligarchique, sous la forme du Conseil de sécurité, qui affecte tant les États que les individus ou les personnes morales, montre à quel point l'argument du consentement a perdu toute force explicative.

*Deuxièmement*, ce changement de finalité du droit international – qui repose en quelque sorte sur un impératif moral pris en compte par les États – a rencontré une autre forme d'impératif factuel, à savoir la transformation profonde du monde sous l'effet du processus de globalisation. Plus aucun État aujourd'hui ne peut prétendre agir de manière totalement indépendante, en ignorant l'impact de ses décisions à l'extérieur ou en prétendant pouvoir s'autonomiser totalement de ce même extérieur. La distinction entre *intérieur* et *extérieur*, fondatrice de la souveraineté (divisée elle-même entre souveraineté « interne » et souveraineté « externe », écho à la division entre le « privé » et le « public » des sociétés humaines), n'a plus aucune signification, dans un monde de flux qui ignorent les frontières nationales, qu'il s'agisse des flux financiers, culturels ou humains. À vrai dire, loin de la « non-intervention » westphalienne, le monde est aujourd'hui devenu un monde d'intervention continue. C'est l'intervention, économique, politique, culturelle, sociale, etc., qui est devenue la règle, plutôt que l'exception. Interventions multiples cherchant à s'articuler, à se coordonner, à former un projet global pour la planète, dans le domaine de la prévention du réchauffement climatique, de la lutte contre les pandémies, de l'action contre l'extrême

<sup>7</sup> M. Bettati, *Le droit d'ingérence. Mutation de l'ordre international*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 17.

<sup>8</sup> M. Bettati, *op. cit.*, p. 18.

pauvreté, de la prévention des crimes de masse... Comme le remarquait Habermas, ce qui s'élabore au sein des organisations internationales, désormais, c'est une « politique intérieure à l'échelle de la planète, politique qui ne nécessite pas de gouvernement mondial »<sup>9</sup>. L'État ne peut définitivement plus se penser *en soi et pour soi*, comme totalité éthique, formulant un droit universel, dont la face externe serait le droit international applicable à cet État. Il n'y a rien de plus déstabilisant, aujourd'hui, dans les enceintes internationales, que d'entendre ces petits sujets solipsistes qui disent sans cesse « moi je, moi je », avant de finalement réaliser qu'ils n'ont pas d'autre choix que de se décentrer et de prendre en considération l'autre « je » dans son altérité propre pour enfin parvenir à dire « nous »...

La souveraineté n'a pas été pensée pour résoudre des problèmes communs en commun, mais pour que chacun puisse résoudre ses problèmes chez soi et pour soi, de façon séparée. Continuer à utiliser le langage de la souveraineté pour un droit qui aujourd'hui a principalement pour objet la résolution de problèmes communs ne rend certes pas la tâche impossible, mais la complique excessivement.

La seule manière de penser le droit international actuel avec la souveraineté serait d'imaginer qu'il est possible de passer de *l'égalité souveraineté à l'égalité devant le Souverain*.

Or il ne peut pas y avoir de *Souverain* à l'échelle mondiale. Kant l'avait bien vu qui, après avoir envisagé l'hypothèse d'un État mondial, rejetait finalement cette idée : un tel État serait nécessairement despotique et de toute façon totalement ingérable. Continuer à parler le langage de la souveraineté pour essayer de résoudre les apories de la souveraineté

conduit donc à une nouvelle impasse : pour élaborer un droit global, il faut construire l'État mondial, mais comme l'État mondial est impossible, il ne peut pas y avoir de droit global... On tourne en rond, parce qu'on ne peut pas dépasser un concept problématique en le mettant au centre de la solution. Le droit global existe aujourd'hui mais le langage du droit international nous en masque la plupart du temps les contours. Il faut donc d'une part se débarrasser de l'attirail conceptuel de la souveraineté, et d'autre part inventer un nouveau langage pour décrire et élaborer plus avant ce droit global tel qu'il peut être observé.

C'est notamment le projet porté par une *théorie démocratique du droit international*<sup>10</sup>. Une telle théorie prend son point de départ dans l'aporie décrite par Kant : pour réaliser la paix perpétuelle, il est nécessaire que les États sortent de l'état de nature ; pour autant, ils ne peuvent, comme les individus, former un État mondial qui serait nécessairement despotique et ingérable. Pour sortir de cette aporie, Kant propose un concept qui est, en apparence, antinomique : la *Fédération d'États libres*, régie par un droit qualifié de « cosmopolitique ». Partant de ce concept – qui désigne un *processus de transition*, bien plus qu'une forme particulière d'organisation politique – la théorie mobilise des instruments propres d'une part à la théorie de la Fédération et d'autre part à la théorie de la démocratie. L'idée est qu'en combinant ces instruments à la lumière du concept de Fédération d'États libres, il est possible de reconstruire une théorie qui permette au juriste positiviste non seulement d'appréhender correctement le droit positif d'aujourd'hui, mais aussi de penser le droit international de demain.

<sup>9</sup> V. J. Habermas, *Après l'État-nation – Une nouvelle constellation politique*, trad. R. Rochlitz, Fayard, 1999, p. 111 s.

<sup>10</sup> V. la présentation du projet de recherche à l'Institut Universitaire de France : [http://www.frouville.org/Projet\\_IUF/Entrees/2012/7/24\\_PRESENATION\\_DU\\_PROJET\\_DE\\_RECHERCHE\\_files/projet%20IUF-fr.pdf](http://www.frouville.org/Projet_IUF/Entrees/2012/7/24_PRESENATION_DU_PROJET_DE_RECHERCHE_files/projet%20IUF-fr.pdf).