



HAL
open science

Lazare Kopelmanas et sa théorie réaliste des rapports d'ordres

Jean-Baptiste Dudant

► **To cite this version:**

Jean-Baptiste Dudant. Lazare Kopelmanas et sa théorie réaliste des rapports d'ordres. *Grandes pages du droit international*. Volume 8: les rapports de systèmes, Pedone, pp.181-210, 2022, 978-2-2330-1029-2. hal-04724515

HAL Id: hal-04724515

<https://uvsq.hal.science/hal-04724515v1>

Submitted on 8 Oct 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NoDerivatives 4.0 International License

LAZARE KOPELMANAS ET SA THEORIE REALISTE DES RAPPORTS D'ORDRES

JEAN-BAPTISTE DUDANT

Doctorant à l'IHEI

Université Paris II Panthéon-Assas

L. KOPELMANAS,

Du conflit entre le traité international et la loi interne

(1937)

Si ce n'est pas la première fois que l'attention des *Grandes pages* se tourne vers Lazare Kopelmanas, que ce soit directement¹ ou indirectement², il s'agit des premières lignes qui lui sont exclusivement destinées. Témoin de la « grande rigueur méthodologique » ainsi que de la « profonde originalité de pensée »³ de l'élève de Georges Scelle sur la question des rapports de systèmes, l'article publié en 1937 au sein de la *Revue de droit international et de législation comparée*⁴ mérite toute notre attention.

Si l'on revient un peu arrière afin de peindre le portrait de notre auteur d'origine lituanienne, on apprend qu'une fois diplômé en sciences économiques et sociales en 1929 à Genève, il se dirige à Paris afin de réaliser ses études de droit. Diplômé en 1935, Kopelmanas obtient aussitôt un poste de maître de conférence puis de professeur à l'Institut des Hautes Etudes Internationales. Il publie dans la foulée de nombreux articles sur des sujets variés⁵, avec toutefois une attention particulière sur le thème des sources⁶. En parallèle, Kopelmanas

¹ D. RICHE, « Retour sur la distinction entre sources matérielles et formelles du droit international chez Georges Scelle, Lazare Kopelmanas et Sir Gerald Fitzmaurice », *Grandes pages du droit international*, vol. 2, *Les sources*, Paris, Ed. A. Pedone, 2016, pp. 409-444.

² F. COUVEINHES-MATSUMOTO, « H. Kelsen, 'Théorie du droit international coutumier' », *Grandes pages du droit international*, vol. 2, *Les sources*, Ed. A. Pedone, 2016, pp. 103-181, spéc. 121-125, où l'auteur propose que Kelsen a modifié sa position sur la coutume en raison de l'article de 1937 de Kopelmanas sur la question.

³ C. ROUSSEAU, « *In memoriam* Lazare Kopelmamas », *RGDIP*, 1981, t. 85, n°1, p. 248.

⁴ L. KOPELMANAS, « Du conflit entre le traité international et la loi interne », *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, vol. 18, 1937, pp. 88-143 et 310-361 (l'article ayant été publié dans deux numéros séparés du même volume).

⁵ L. KOPELMANAS, « L'article XI du Pacte de la SdN », *RGDIP*, 1935, t. 42, pp. 559-639 ; L. KOPELMANAS, « Compatibilité de certains décrets-lois dantsikois avec la constitution de la ville libre (à propos de l'avis consultatif de la C.P.J.I. du 4 décembre 1935) », *RGDIP*, 1936, t. 43, pp. 437-483 ; L. KOPELMANAS, « The Problem of Aggression and the Prevention of War », *AJIL*, 1937, vol. 31(2), pp. 244-257.

⁶ L. KOPELMANAS, « Quelques réflexions au sujet de l'article 38, 3° du statut de la Cour permanente de Justice internationale », *RGDIP*, 1936, t. 43, pp. 285-308 ; « Custom as a means of the creation of international law »,

commente, dans diverses notes, la jurisprudence française intéressant le droit international, notamment les affaires relatives au conflit entre le traité et la loi, sous lesquelles on peut déjà lire les premiers éléments de sa réflexion sur le sujet⁷. Après la publication de son article qui systématise sa pensée sur les rapports entre la loi et le traité, l'auteur rédige sa thèse pendant la Seconde Guerre mondiale alors qu'il était prisonnier de guerre en Allemagne⁸. Une fois soutenue, les travaux de Kopelmanas se concentreront sur le droit du commerce international, plus précisément sur « [l']adaptation des règles juridiques du commerce international aux relations particulières entre les pays industrialisés et les pays en voie de développement⁹ ».

Maîtrisant de nombreuses langues – au point d'en enseigner certaines aux officiers de la *Wehrmacht* pendant sa période de captivité – il n'est pas étonnant que son article sur les conflits entre le traité et la loi postérieure privilégie l'approche la plus englobante possible quant aux sources mobilisées dans sa démonstration. Kopelmanas choisit en effet de ne pas analyser la seule jurisprudence française mais également celle d'un très grand nombre de pays européens¹⁰, couplée d'une perspective états-unienne. C'est cette tentative de systématisation sur laquelle il convient maintenant de se concentrer.

Alors que le sujet peine à surprendre aujourd'hui les juristes lassés par l'« irritante alternative »¹¹ moniste et dualiste, ci-après les « théories classiques », il ne semblait déjà plus étonner Kopelmanas. Ce dernier interroge, dès l'introduction, la pertinence d'« un nouveau

BYIL, 1937, vol. 18, pp. 127-151 ; « Essai d'une théorie des sources formelles du droit international », *Revue de droit international*, t. XXI, 1938, n°1, pp. 101-150.

⁷ V. p. ex. la note sous l'arrêt *Zumbkeller c. Florence et Peillon*, Cour de cassation française, Ch. civ., 4 février 1936, in A. GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *Recueil général périodique et critique des décisions, conventions et lois relatives au droit international public et privé*, Paris, Editions internationales, 1934, pp. 85-86.

⁸ *De l'ordre juridique déterminant les autorités compétentes pour conclure les traités internationaux*, thèse de doctorat, Faculté de droit de Paris, 1945, 156 p.

⁹ L. KOPELMANAS, « L'adaptation des règles juridiques du commerce international aux relations particulières entre les pays industrialisés et les pays en voie de développement », *Droit économique, Cours réalisé à l'IHEI*, Paris, Pedone, 1978, pp. 133-157. Pour plus d'informations biographiques et les sources afférentes, v. le portrait de l'auteur à la « Galerie des internationalistes » de la Société française pour le droit international et dirigée par le Professeur F. LATTY : <https://www.sfdi.org/internationalistes/kopelmanas/> (consulté le 11/11/2021).

¹⁰ Sont étudiées, en dehors de la France, les jurisprudences de : l'Allemagne, la Grèce, l'Italie, la Pologne, le Royaume-Uni et la Yougoslavie. L. KOPELMANAS, « Du conflit entre le traité international et la loi interne », *op. cit.*, pp. 95-110.

¹¹ D. ALLAND, *Anzilotti et le droit international public : un essai*, Paris, Ed. A. Pedone, 2013, p. 91. Dans le même sens, v. les propos relatifs à la « vaine querelle » que constituerait ladite alternative, G. SPERDUTTI, « Le principe de souveraineté et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne », *RCADI*, vol. 153, 1976, p. 333. V. également M. VIRALLY, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », *Mélanges offerts à Henri Rolin, Problèmes de droit des gens*, Paris, Ed. A. Pedone, 1964, p. 488. V. la contribution de N. Aloupi dans notre ouvrage.

chapitre sur le problème des rapports du droit interne et du droit international », craignant que le problème n'ait pas déjà été « définitivement élucidé » par ses prédécesseurs¹².

Pourtant, et comme souvent lorsqu'un juriste entreprend d'étudier les rapports entre droit interne et droit international, Kopelmanas croit pouvoir s'extirper du « piège doctrinal »¹³ que constituent les théories classiques au moyen d'une méthodologie dite réaliste. Ce qui importe avant tout à notre auteur « c'est de dégager quels sont *en réalité* les rapports de l'ordre interne et de l'ordre international »¹⁴. Dès lors qu'il met lui-même en italiques cette expression, il faut s'entendre sur ce que recouvre cette « réalité ». Serait réaliste toute théorie qui tient « compte de toutes les particularités des solutions données par le droit positif »¹⁵. Autrement dit, le droit positif est assimilé à la réalité à partir de laquelle toute théorie doit découler sous peine d'être disqualifiée.

Kopelmanas résout alors notre question des rapports d'ordres en trois temps qui découlent de sa position méthodologique. Il réalise d'abord un examen attentif de la pratique tant interne qu'internationale relative à la résolution des conflits entre un traité et une loi postérieure. Il confronte ensuite ces solutions aux théories moniste et dualiste afin d'arriver « à la conclusion qu'aucune [d'elles] ne correspond exactement à la réalité »¹⁶. Ce constat l'oblige à « trouver une explication juridique des solutions consacrées par la pratique »¹⁷. En d'autres termes, si le monisme et le dualisme ne sont pas un fait¹⁸, l'explication apportée par Kopelmanas le sera forcément, puisque fondée sur la pratique.

La proposition permet *a priori* de dépasser la querelle moniste et dualiste. En envisageant d'esquisser une théorie seulement après avoir renversé « par les faits »¹⁹ les thèses classiques de rapports de systèmes, Kopelmanas s'oblige à penser en dehors de cette alternative. Pour ce faire, il réalise une systématisation jusqu'alors inédite des solutions formulées à propos d'une question qui intéresse encore aujourd'hui les juristes : le traité l'emporte-t-il sur la loi postérieure contraire ? « Là, précise notre auteur, aucune construction artificielle n'est plus

¹² L. KOPELMANAS, « Du conflit entre le traité international et la loi interne », *op. cit.*, p. 89.

¹³ D. ALLAND, *Anzilotti et le droit international public : un essai*, Paris, Ed. A. Pedone, 2013, pp. 76-91.

¹⁴ L. KOPELMANAS, « Du conflit entre le traité international et la loi interne », *op. cit.*, p. 90, souligné dans le texte.

¹⁵ *Ibid.*, p. 311. L'auteur tiendra une position similaire dans sa thèse : la théorie se doit d'« être conforme aux solutions, à toutes les solutions, du droit positif » (il souligne), *De l'ordre juridique déterminant les autorités compétentes pour conclure les traités internationaux*, thèse de doctorat, Faculté de droit de Paris, 1945, p. 4.

¹⁶ L. KOPELMANAS, « Du conflit entre le traité international et la loi interne », *op. cit.*, pp. 91-92.

¹⁷ *Eod. loc.*

¹⁸ D. ALLAND, « Monisme et dualisme : retour sur quelques origines d'un débat », in B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, p. 48.

¹⁹ L. KOPELMANAS, « Du conflit entre le traité international et la loi interne », *op. cit.*, p. 94 : « Ici, les constructions purement logiques risquent facilement d'être renversées par les faits ».

possible : ou bien le contact n'existe pas [*i.e.* dualisme], ou bien en cas de conflit les règles d'un ordre doivent plier devant celles de l'autre [*i.e.* monisme] »²⁰.

Aborder les rapports de systèmes sous cet angle constituerait :

« la seule méthode qui permet de serrer de près le problème principal sans recourir aux procédés de construction juridique [...] qui offrent aux juristes avisés la possibilité de défendre, *en pure logique, de façon impeccable, n'importe quel système qu'ils auraient adopté en vertu de tel ou tel postulat, plus ou moins invérifiables* »²¹.

Ainsi, ces postulats permettent certes l'élaboration de systèmes théoriquement « impeccables », mais ils obligent les auteurs à s'éloigner de la réalité et à adhérer à une alternative peu reluisante : au pire à négliger « certains faits en désaccord avec leurs doctrines », ou au mieux « à interpréter [...] la réalité de façon hasardeuse »²². Les théories classiques seraient finalement des pures constructions de l'esprit, fruits d'auteurs que l'on pourrait requalifier de « faiseurs de systèmes »²³.

Quelques exemples de postulats « invérifiables » peuvent être rapportés afin d'en comprendre leur nature. L'*a priori* du monisme kelsénien, par exemple, pose que « deux systèmes qui ont le même objet [*i.e.* le droit] doivent nécessairement être conçus comme une unité »²⁴. Le conflit entre un traité et une loi n'est cependant pas résolu uniquement grâce à la notion d'unité juridique, mais également grâce à celle de hiérarchie des normes : la norme supérieure invalidant la norme inférieure contraire. Il reste à déterminer si cette norme supérieure accorde la primauté à la règle internationale ou interne. Le caractère invérifiable du postulat kelsénien se manifeste avec acuité alors que Kopelmanas rappelle la célèbre hésitation de la doctrine viennoise sur la question. Oscillant entre primauté du droit interne et primauté du droit international, c'est le second qui finit par l'emporter pour des considérations

²⁰ *Ibid.*, p. 91.

²¹ *Ibid.*, souligné ajouté, pp. 89-90.

²² *Ibid.*, p. 91, n. 4. Un reproche similaire est adressé à Pierre Chailley dans un contexte différent : « si les faits, si le droit positif ne veut pas se plier à une théorie générale, tant pis pour le droit, c'est lui qui aura tort », L. KOPELMANAS, *De l'ordre juridique déterminant l'autorité compétente pour conclure les traités*, *op. cit.*, p. 3.

²³ L'auteur de cette expression, Bernard Chenot, défendait, en sa qualité de commissaire du Gouvernement, une solution jurisprudentielle « fondée sur des raisons essentiellement pratiques » supposée rendre inutile toute recherche des « bases théoriques de la jurisprudence ». KOPELMANAS n'est pas éloigné de cette logique lorsqu'il défend la nécessité de coller au droit positif. V. B. CHENOT, conclusions dans l'affaire Gicquel, 10 févr. 1950. *Recueil Lebon* pp. 100-101. Doit être mentionnée, la réaction de J. RIVERO, « Apologie pour les 'faiseurs de système' », *D.*, 1951, chron. p. 99.

²⁴ L. KOPELMANAS, « Du conflit entre le traité international et la loi interne », *op. cit.*, p. 336.

métajuridiques. De ce point de départ, l'on constate *logiquement* l'invalidité de toute norme inférieure contraire – ce qui recouvre les règles de droit interne.

Enfin, la prémisse théorique du dualisme est connue : le droit international et le droit interne ont des sources et des destinataires différents. Partant, les auteurs construisent, artificiellement, la séparation de ces deux ordres et l'impossibilité qu'un conflit entre une loi et un traité puisse survenir. Les deux règles subsistent alors l'une à côté de l'autre « en produisant leurs effets dans les ordres différents et séparés »²⁵.

La méthode adoptée par Kopelmanas constitue finalement une réaction à celle empruntée par les théories que l'on vient de décrire. Il ne récuse pas la nécessité de recourir à un postulat aux fins d'élaborer une théorie, mais il déplore la nature invérifiable des prémisses mobilisées par les thèses moniste et dualiste. En choisissant comme point de départ « l'organisation positive des rapports entre l'ordre international et l'ordre interne »²⁶, Kopelmanas affirme que son postulat est vérifiable : il suffirait aux sceptiques d'observer les solutions jurisprudentielles desquelles il tire sa propre théorie afin d'en confirmer la véracité.

Cette théorie peut-être brièvement exposée en ces termes : « [a]ctuellement, dit-il, l'ordre international a une situation hiérarchique supérieure dont la construction technique est pourtant rudimentaire »²⁷. Le droit international jouirait d'une primauté réelle « néanmoins fragile »²⁸ sur le droit interne en raison de l'absence de moyens permettant d'assurer l'emprise du premier sur le second. Kopelmanas fait même de cette emprise la condition *sine qua non* à cette primauté. Avant de développer davantage sur ce que recouvre cette emprise, plusieurs questions se posent : en quoi sa solution parvient-elle à réfuter les thèses moniste et dualiste ? Pourquoi une telle emprise du droit international sur le droit interne est-elle une nécessité ? La solution découle-t-elle véritablement des jurisprudences commentées par notre auteur ? Antoine Pillet constatait, à la fin du XIX^{ème} siècle, que l'anarchie régnait en doctrine sur la question des rapports d'ordres en raison de « l'incertitude des jurisprudences »²⁹. Lazare Kopelmanas ne fait-il pas intervenir certaines considérations subjectives dans son analyse afin de surmonter cette incertitude et parvenir à une systématisation dont la réalisation n'avait rien d'évident ?

²⁵ *Ibid.*, p. 315.

²⁶ *Ibid.*, p. 335.

²⁷ *Ibid.*, p. 360.

²⁸ *Ibid.*, p. 359.

²⁹ Cité par D. ALLAND, « Monisme et dualisme : retour sur quelques origines d'un débat », *op cit.*, p. 48.

La thèse défendue par l'auteur en ressortirait fragilisée si tel était le cas. D'objective, c'est-à-dire fondée sur la réalité nécessairement observable de façon impartiale, l'explication donnée aux rapports de systèmes deviendrait subjective. Elle ne reposerait finalement plus sur la réalité, pourtant salvatrice aux yeux de Kopelmanas, mais sur sa propre perception du droit international. Initialement vérifiable, sa prémisse deviendrait invérifiable. Ainsi, l'existence de postulats invérifiables dans un article qui s'en dit exempt présenterait des implications importantes. Non seulement elle ébranlerait l'analyse réalisée par notre auteur qui reproduirait, à son insu, l'erreur des dualistes et des monistes, mais elle poserait également la question de savoir s'il n'est tout simplement pas possible de penser les rapports de systèmes sans ces prémisses. La recherche des postulats de Lazare Kopelmanas dans son analyse des solutions jurisprudentielles au conflit entre le traité et la loi postérieure (I) importe dès lors que ces prémisses démontrent non seulement le caractère artificiel des théories classiques, mais également de la sienne (II).

I. À LA RECHERCHE DES POSTULATS DE KOPELMANAS

Une lecture attentive de l'article soulève deux questions : pourquoi l'étude des rapports de systèmes se trouve-t-elle réduite au conflit entre un traité et une loi postérieure, au détriment des conflits entre un traité et une loi antérieure ? Après avoir identifié les contradictions entre les diverses solutions jurisprudentielles au problème posé, comment l'auteur parvient-il à constater la primauté réelle « néanmoins fragile » du droit international sur le droit interne ? Si la réponse à la première question constitue effectivement un postulat *vérifiable* (A), la seconde révèle cette fois un postulat *invérifiable* (B).

A. Le postulat vérifiable : la réduction de la question des rapports d'ordres au conflit entre une loi postérieure et un traité

La jurisprudence antérieure et postérieure à l'arrêt *Nicolo* du Conseil d'Etat français (2) semble confirmer la proposition théorique de Kopelmanas : seul le conflit entre deux règles également valables informe sur la teneur des rapports entre droit international et droit interne (1).

1. Seul le conflit entre deux règles également valables informe sur les rapports de systèmes

Kopelmanas choisit d'écarter le conflit entre un traité et une loi antérieure au motif que la solution apportée reviendrait seulement à déterminer si le traité a une « validité internationale

propre, distincte de celle du droit interne », ou s'il « n'y a de traité valable au point de vue international que lorsque toutes les formalités prescrites par le droit interne ont été remplies³⁰ ». Il s'agirait, pour l'auteur, d'une question renseignant uniquement l'ordre juridique déterminant les autorités compétentes pour conclure les traités³¹. Autrement dit, les solutions apportées au conflit entre une loi antérieure et un traité permettraient d'établir la validité d'un traité adopté en violation de certaines obligations constitutionnelles³². Lorsque cette violation n'entache pas la validité du traité, on peut y percevoir l'autonomie de celui-ci par rapport au droit interne. A l'inverse, on refuse cette autonomie lorsque la validité du traité dépend du respect des formalités prescrites par le droit interne.

A priori, on pourrait croire que ces solutions éclairent sur les rapports d'ordres. Il serait même possible d'associer à l'alternative envisagée – autonomie ou non-autonomie du traité – les étiquettes des théories classiques : monisme ou dualisme. En effet, la solution de l'autonomie évoque le dualisme, puisque celui-ci postule la séparation des ordres et donc l'impossibilité pour un acte issu d'un ordre juridique de voir sa validité entachée par le non-respect, lors de son adoption, de règles émanant d'un autre ordre juridique. A l'inverse, on peut identifier le monisme dans la solution consistant à refuser au traité son autonomie, puisque cela revient à consacrer le postulat kelsénien de l'unité de l'ordre juridique.

On ressent pourtant un certain malaise lorsqu'on confronte ces éléments à la pratique. Prenons la jurisprudence constante du Conseil d'Etat français selon laquelle « la publication d'un traité ou accord relevant de l'article 53 de la Constitution ne peut intervenir légalement que si la ratification ou l'approbation de ce traité a été autorisée en vertu d'une loi »³³. Cette jurisprudence, qui ne semble pourtant pas traiter du conflit entre une convention et une loi

³⁰ L. KOPELMANAS, « Du conflit entre le traité international et la loi interne », *op. cit.*, p. 92.

³¹ Sujet sur lequel il a rédigé sa thèse alors qu'il était prisonnier de guerre pendant la Seconde guerre mondiale, L. KOPELMANAS, *De l'ordre juridique déterminant les autorités compétentes pour conclure les traités internationaux*, *op. cit.*, 156 p.

³² On retrouve ce sujet à l'article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. La disposition se lit comme suit :

« Dispositions du droit interne concernant la compétence pour conclure des traités

1. Le fait que le consentement d'un Etat à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet Etat comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale [...] ».

Il est intéressant de remarquer que l'article consacre la « solution mixte » vers laquelle tend la thèse de KOPELMANAS, *ibid.*, pp. 153-156. Si la thèse tend vers ce résultat, c'est parce que Kopelmanas ne tranche pas définitivement la question : il identifie cette solution dont il affirme vouloir évaluer le bien-fondé par un examen ultérieur du droit positif. Il promet cet examen à la fin de sa thèse, sans jamais pourtant le réaliser. La méthode suggérée est la même que celle employée dans l'article qui nous intéresse aujourd'hui puisqu'il disqualifie d'abord les théories relatives à son sujet avant d'envisager de dégager sa propre théorie.

³³ CE, Ass., *SARL du parc d'activité de Blotzheim*, n°181249, 18 déc. 1998.

antérieure, peut être néanmoins traduite en ces termes conflictuels : la loi antérieure l'emporte sur le traité en cas de méconnaissance des dispositions constitutionnelles précitées. En effet, le traité dont la ratification n'a pas été autorisée par une loi ne produirait aucun effet dans l'ordre interne, préservant l'application de la loi antérieure. Doit-on aller jusqu'à conclure que le Conseil d'Etat prolonge par là notre conception française moniste consacrée à l'article 55 de la Constitution³⁴ ?

Kopelmanas répondrait négativement à la question posée. Aucune des solutions énoncées, pas même celle – anachronique – du Conseil d'Etat, ne permettrait de valider avec certitude l'une des hypothèses moniste ou dualiste. Si l'on estime, par exemple, que le juge fait application du traité « conclu et publié conformément aux prescriptions de son droit interne », la solution viendrait confirmer à la fois le monisme et le dualisme³⁵. Rien ne permet, dans ce dernier cas, de déterminer avec certitude que l'on applique le traité soit parce qu'il « émane d'un ordre supérieur », soit parce qu'il « a été transformé dans une règle de droit interne et que, par lui-même, il n'a aucune valeur interne »³⁶.

Enfin, si la convention internationale n'a d'effet en droit interne que sous réserve du respect des conditions de validité posées par ce droit, le conflit oppose finalement deux sources de droit interne et non plus deux sources issues d'ordres juridiques différents. Le conflit se trouve résolu par l'application du « principe de droit positif en vertu duquel la règle interne postérieure déroge à la règle interne antérieure »³⁷. La solution n'éclaire donc pas les rapports de systèmes, mais plutôt les rapports qu'entretiennent deux règles issues d'un même ordre juridique.

L'analyse est subtile et difficile à saisir, mais l'on pourrait synthétiser ce qui vient d'être énoncé ainsi : seule la résolution d'un conflit entre une loi et un traité « également valables du point de vue formel, et qui émanent de deux ordres différents »³⁸ manifeste la primauté d'un de ces deux ordres. Or, cette égale validité n'intervient qu'en cas de conflit avec une loi *postérieure* au traité international, chacun des actes ayant été adopté selon les règles prescrites par le droit duquel leur validité formelle dépend. Cette égale validité mettrait le juge dans une position inédite par rapport à celle qui est la sienne dans le cadre du conflit entre un traité et une loi

³⁴ Il n'est pas pertinent de revenir sur le caractère hybride de l'article 55 de la Constitution, à la fois moniste et dualiste. Pour cela, v. B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 2020, n°108, p. 135.

³⁵ *Ibid.*, p. 93.

³⁶ *Eod. loc.*

³⁷ Commentaire de Lazare Kopelmanas d'un jugement du Tribunal de commerce de Saint-Etienne du 17 janvier 1936 en l'affaire *Bertacco c. Bancel et Scholtus*, in A. GEOUFFRE LAPRADELLE (dir.) *Recueil général périodique et critique des décisions, conventions et lois relatives au droit international public et privé*, Paris, Les éditions internationales, 1936, pp. 87-88.

³⁸ L. KOPELMANAS, « Du conflit entre le traité international et la loi interne », *op. cit.*, souligné ajouté, p. 94.

antérieure : rien ne préjuge la solution qu'il devra adopter, le traité international étant aussi bien valide que la loi postérieure. Il ne peut écarter l'une ou l'autre des règles au motif qu'elle est invalide. Le choix opéré entre les deux révélerait alors une préférence pour l'ordre juridique international ou interne. Cette préférence permettrait de constater la primauté de l'un ou l'autre de ces ordres.

La portée de la réflexion de Kopelmanas n'est pas à négliger en ce qu'elle permettrait d'expliquer pourquoi la primauté du traité international sur la loi n'a été constatée qu'avec le célèbre arrêt *Nicolo* du Conseil d'Etat³⁹.

2. Vérification de la proposition à l'aune de la jurisprudence du Conseil d'Etat français

Sans rentrer dans les détails d'une affaire largement commentée, il faut remarquer ici que M. Nicolo contestait la compatibilité d'une loi *postérieure* – la loi du 7 juillet 1977 relative à l'élection des représentants de la France à l'Assemblée des communautés européennes – avec les stipulations de l'article 227-1 du traité de Rome. C'est seulement après avoir contrôlé la conventionnalité de ladite loi postérieure que la primauté des traités sur les lois a été consacrée en des termes généraux.

Pourtant, le Conseil d'Etat faisait déjà application du traité contraire à une loi antérieure. Dans une telle situation, le juge administratif estimait que la loi avait été implicitement abrogée par le traité postérieur⁴⁰. Un tel contrôle, quoique formellement distinct du contrôle de conventionnalité, s'y apparente fortement d'un point de vue matériel. Le constat d'abrogation implicite impose de vérifier préalablement, comme dans le cadre d'un contrôle de conventionnalité, la contradiction entre la loi et le traité. Cette similarité est notamment discutée en droit constitutionnel et administratif à propos du contrôle d'abrogation implicite de la loi antérieure par la nouvelle constitution, assimilé à un contrôle de constitutionnalité⁴¹.

³⁹ CE, Ass., *Nicolo*, n°108243, 20 oct. 1989. V. le dossier dédié à ladite jurisprudence au sein de l'*AJDA*, n°36, pp. 2096-2128.

⁴⁰ CE, *Huckel*, 16 oct. 1953, *Lebon*, p. 442 ; CE, *Dame veuve Sadok Ali*, 15 mars 1972, *Lebon* p. 213 ; CE, *Jacquesson*, 30 janv. 1981, *Lebon*, p. 39.

⁴¹ Dans son arrêt *Société Eky*, le Conseil d'Etat constate l'incompatibilité de l'article 4 du Code pénal avec les articles 34 et 37 de la Constitution pour en déduire l'abrogation du premier par les dispositions constitutionnelles postérieures. La proximité du contrôle d'abrogation implicite avec le contrôle de constitutionnalité a été remarqué par le rapporteur Jean-Michel Galabard dans ses conclusions sous l'arrêt du 25 juillet 1980, *Min. Intérieur c. Eglise baptiste de Colmar*. C'est d'ailleurs cette proximité qui impose à la Cour de cassation de refuser de réaliser un tel contrôle d'abrogation implicite, V. Crim., 18 nov. 1985, *Bull. crim.*, n°359 ; Crim., 21 janv. 1985, *Bull. crim.*, n° 31. V. aussi l'analyse de P. DEUMIER, « Incompatibilité entre loi antérieure et Constitution : conflit hiérarchique ou conflit chronologique ? », *RTD Civ.*, 2006, p. 75.

Pourtant, les arrêts consacrant l'abrogation implicite de la loi antérieure au traité n'apparaissent dans aucune édition des *Grands arrêts* comme témoins de la primauté du traité⁴². Cela renforce le constat formulé par Kopelmanas en 1937 : l'application d'un traité au mépris d'une loi antérieure contraire ne rime pas avec supériorité du droit international sur le droit interne⁴³. Le nœud contentieux du conflit normatif réside donc dans l'égale validité de la loi et du traité, ce que confirme la théorie de la loi-écran. Celle-ci, opposée par le Conseil d'Etat jusqu'en 1989 à l'encontre de toute loi postérieure dont l'inconventionnalité était alléguée, n'était pas mobilisée contre les revendications d'inconventionnalité d'une loi antérieure. Cette dichotomie s'explique aisément : l'écran n'était pas nécessaire en cas de conflit entre la loi antérieure et le traité, puisque la première avait été abrogée par le second. La loi n'était donc plus *valable*. Or, elle ne pouvait pas faire écran dès lors qu'elle n'était pas valide. Similairement, le traité devait être lui aussi valide pour qu'il soit nécessaire que la loi y fasse écran (ou alors l'écran deviendrait inutile).

On comprend toute la pertinence du postulat de Kopelmanas : l'égale validité apparaît comme le cœur de notre sujet. Il s'agit du seul cas de figure où il y a véritablement un conflit entre le traité et la loi. Ceci explique d'ailleurs pourquoi le Conseil d'Etat estimait qu'un contrôle de conventionnalité d'une loi postérieure équivalait à réaliser un contrôle de constitutionnalité et à « (...) entrer en conflit avec le législateur »⁴⁴. Un tel conflit n'était pas envisagé en cas de contradiction entre une loi antérieure et un traité ; la première n'étant pas *valide*, la solution ne pouvait pas être interprétée comme un empiètement du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif.

⁴² Il suffit de relever l'absence de mention de l'arrêt *Huckel*, mentionnée *supra*, dans la première édition de l'ouvrage pourtant publié trois ans après ledit arrêt. M. LONG et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 1^{ère} éd. 1956, réédition aux éditions Dalloz 2006, Paris, 425 p. Similairement, la 6^{ème} édition, parue en 1974, ne mentionne ni *Huckel*, ni *Dame Veuve Sadok* alors que ce dernier avait été publié l'année passée au *Recueil Lebon*, v. M. LONG et al., *Les grands arrêts...*, 6^e éd. 1974, S.. C'est seulement à partir de la neuvième édition de 1990, publiée l'année suivant celle de l'arrêt *Nicolo*, qu'il est fait mention des jurisprudences *Sadok* et même *Kenniche*. V. M. LONG et al., *Les grands arrêts...*, 9^e éd., Sirey, n°117, p. 750 : « [...] sans doute, avant même l'arrêt *Nicolo*, le Conseil d'Etat n'a pas éprouvé de difficulté à faire prévaloir un traité sur une loi qui lui est antérieure (CE, *Dame Vve Sadok Ali*, 15 mars 1972, Rec., p. 213 ; CE, *Kenniche*, 20 oct. 1972, Rec., p. 660) ».

⁴³ Lazare Kopelmanas insistait d'ailleurs déjà sur ce point dans le commentaire du jugement que l'on a déjà cité, en note 34 : « [r]emarquons tout d'abord que la solution donnée au conflit entre la loi et le traité postérieur, tel qu'il se présente dans l'affaire *Pick c. Bernheim*, ne permet de tirer aucune conclusion en ce qui concerne la valeur hiérarchique des deux normes en conflit. Lorsqu'il s'agit, dans l'affaire *Zumkeller*, du conflit entre le traité et la loi postérieure, le problème de la validité des deux règles est distinct de celui de leurs rapports. La loi postérieure est certainement valable du moment qu'elle est édictée par le législateur compétent. Si le juge la préfère au traité antérieur, c'est qu'il la considère comme supérieure ».

⁴⁴ M. LONG et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, note sous l'arrêt *Nicolo*, n°84, Paris, Dalloz, 22^e éd. 2019, p. 600. Aussi et surtout, CE, Section, 6 nov. 1936, Rec. p. 966.

À partir de ce point de départ dont on vient de *vérifier* l'acuité, Kopelmanas entreprend une tâche immense : celle de systématiser les solutions jurisprudentielles internes et internationales des conflits entre un traité et une loi postérieure. La question se pose de savoir si la systématisation réalisée par Kopelmanas ne se fait pas au détriment de certaines nuances jurisprudentielles. Révèle-t-elle cette fois le postulat invérifiable sur lequel l'article repose ?

B. Le postulat invérifiable : une systématisation de la pratique démontrant la primauté du droit international

À partir de « solutions en apparence contradictoires »⁴⁵, Kopelmanas va conclure que la primauté du droit international, fragile, est néanmoins réelle⁴⁶. Cette réalité repose largement sur l'imputation d'une action, d'un mouvement, à l'ordre international : celui-ci serait « en train d'imposer sa supériorité aux ordres internes »⁴⁷. C'est à partir d'une certaine conception de l'ordre international, proche de celle de Georges Scelle et qu'il croit identifier dans la pratique internationale (1), que Kopelmanas va donner sa préférence pour certaines solutions jurisprudentielles internes (2). En d'autres termes, d'une cause, il en établit une conséquence qu'il nous revient de mettre en perspective.

1. La cause : une procédure internationale imposant progressivement sa supériorité sur les ordres internes

Dans son analyse de la pratique internationale, Kopelmanas ne se contente pas d'analyser le conflit entre un traité et une loi postérieure sous l'angle de la seule jurisprudence, puisqu'il inclut dans son exposé les solutions diplomatiques⁴⁸. Si c'est une chose suffisamment rare pour être relevée, il n'est pas nécessaire de s'y appesantir davantage que ne le fait notre auteur. Ce dernier, après avoir constaté que l'ensemble des gouvernements proclame la supériorité du traité sur la loi⁴⁹, déplore que la réalité ne traduise pas cette prétention. La pratique démontrerait au contraire qu'en cas de contradiction, les Etats n'abrogeraient pas systématiquement la loi interne contraire au traité pour diverses raisons⁵⁰. Ainsi, les Etats seraient contraints de recourir à une solution transactionnelle intervenant entre l'Etat responsable de la violation du traité – par l'adoption d'une loi interne contraire – et l'Etat lésé. Cette solution aboutirait finalement à

⁴⁵ L. KOPELMANAS, « Du conflit entre le traité international et la loi interne », *op. cit.*, p. 335.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 359.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 357.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 112-117.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 112.

⁵⁰ Il donne l'exemple d'un Etat fédéral qui ne peut pas toujours, en raison d'une répartition constitutionnelle des compétences avec les Etats fédérés, forcés ces derniers à abroger une loi, *ibid.*, pp. 113-114.

réduire le problème des rapports entre traité et loi « à une simple question de force »⁵¹. En identifiant dans ce cas de figure « l'abdication de l'ordre international », Kopelmanas accorde une place importante au règlement du conflit entre le traité et la loi par un organe international, dernière étape de sa systématisation⁵². Après de longs développements sur les conditions dans lesquelles une question peut être soumise à une instance internationale⁵³, Kopelmanas classe les solutions jurisprudentielles en deux catégories : celles qui sont exorbitantes de droit commun et celles qui relèvent, au contraire, du droit commun.

Pour chacune des solutions, le constat initial est identique à celui formulé plus tôt relativement aux solutions diplomatiques : la supériorité du traité sur la loi est affirmée, mais elle n'est pas réelle⁵⁴. Au-delà des déclarations jurisprudentielles de supériorité, Kopelmanas démontre que cette primauté n'est pas assurée dans les faits. À propos de ce qu'il qualifie de solution de droit commun, il remarque que le juge international ne possède pas le pouvoir d'annuler lui-même la loi contraire au traité. Le juge ne peut dès lors que déclarer l'inconventionnalité de la loi. Réduite à une simple déclaration qui n'est pas suivie d'effets abrogatifs, la loi continue d'exister et de produire ses effets dommageables, entraînant sa supériorité factuelle.

Le droit international ne dirait pas son dernier mot pour autant : Kopelmanas tente d'élaborer une construction assurant la supériorité, factuelle là encore, du traité sur la loi. Si, dans les faits, le juge ne peut pas abroger lui-même la loi contraire au traité, il peut néanmoins imposer à l'Etat lésé le paiement d'une indemnité dont le montant influencerait le rapport entre ces deux règles. Lorsque la compensation octroyée par le juge permet d'effacer les effets de la loi postérieure déclarée inconventionnelle, il y aurait supériorité du traité sur la loi. Si le montant octroyé n'efface que partiellement les effets de la loi, alors celle-ci coexisterait avec le traité. Enfin, si l'indemnité n'efface pas les effets de ladite loi, celle-ci verrait sa supériorité factuelle sur le traité maintenue⁵⁵. Ce passage soulève trois remarques, tant Kopelmanas semble reproduire ce qu'il reprochait à ses contradicteurs : un bricolage du droit positif afin de maintenir sa conclusion.

⁵¹ *Ibid.*, p. 116.

⁵² *Ibid.*, pp. 117-143.

⁵³ *Ibid.*, pp. 117-125.

⁵⁴ Les jurisprudences citées à l'appui sont les suivantes : la sentence du Sénat de Hambourg du 21 octobre 1861 dans l'affaire *Yuille, Shorridge et Cie* (Royaume-Uni c. Portugal), reproduite dans LAPRADELLE-POLITIS, *Arbitrages internationaux*, II, p. 105 ; l'avis du 31 juillet 1930 dans l'affaire des « Questions des 'communautés' gréco-bulgares », *Publication de la CPJI*, Série B, n° 17, p. 32 et s.

⁵⁵ L. KOPELMANAS, « Du conflit entre le traité international et la loi interne », *op. cit.*, p. 131.

La première observation concerne le lien établi entre le montant des dommages et intérêts octroyés par le juge international et les rapports entre le traité et la loi. Si l'idée peut *a priori* séduire, on peine à en imaginer une application systématique qui ne poserait aucune difficulté pratique. La proposition de Kopelmanas postule la possibilité d'évaluer précisément l'indemnité qui permettrait d'effacer les effets d'une loi. Sans nous étendre sur les difficultés que soulève ce calcul⁵⁶, il est difficile de concevoir une échelle à disposition du juge lui permettant de déterminer dans quel cas la somme accordée efface les effets d'une loi déclarée inconstitutionnelle. Kopelmanas remarque d'ailleurs lui-même que dans cette situation la loi continue d'être en vigueur au sein de l'ordre juridique de l'Etat responsable du fait internationalement illicite. Il est donc possible qu'elle continue de produire de nouveaux effets dommageables insusceptibles d'être effacés par le montant d'une indemnité accordée avant leur survenance.

Ensuite, il faut revenir sur le postulat selon lequel la supériorité du traité sur la loi est assurée uniquement lorsque le juge possède, en plus du pouvoir de déclarer l'inconstitutionnalité, celui d'annuler ladite loi. Là encore, le raisonnement semble convaincant dès lors que l'on constate la survivance de la loi malgré la prononciation de son inconstitutionnalité par un juge international. La suite logique est de rechercher les moyens, pour le juge, d'assurer l'effectivité de sa décision d'inconstitutionnalité. Cela se traduit par l'attribution de moyens lui permettant d'annuler la loi. Ce raisonnement est pourtant fragile, ainsi que le relevait déjà Georges Ténékidès en 1941 :

« [c]ette affirmation étonne quelque peu vu qu'en droit interne, lorsqu'une loi est déclarée inconstitutionnelle [...], cette loi n'est pas annulée, les tribunaux refusent simplement d'en faire application. Malgré cela, malgré la survie de l'acte entaché d'inconstitutionnalité, nul ne conteste que la Constitution surpasse en vigueur, 'l'emporte' sur la loi ordinaire »⁵⁷.

On peut compléter la critique avec l'exemple de la jurisprudence *Nicolo*. On a déjà dit que depuis cet arrêt la supériorité du traité sur la loi a été constatée. Le Conseil d'Etat n'a pourtant pas le pouvoir d'annuler la loi postérieure. Il se contente de l'écarter lorsqu'elle est inconstitutionnelle. Cette critique révèle à nouveau le postulat invérifiable de Kopelmanas : le

⁵⁶ On pense par exemple à la thèse d'H. M. GAMALELDIN, *Etude des règles d'indemnisation du préjudice dans l'arbitrage international : vers une indemnisation adéquate du préjudice*, Droit, Université Panthéon-Sorbonne – Paris I, 2014, 557 p.

⁵⁷ G. TENEKIDES, « Des actes d'ordre interne contraires au droit international », *Die Friedens-Warte*, vol. 41(1), 1941, n. 64, p. 18.

droit international *doit* avoir une emprise sur le droit interne pour assurer son application. Les éléments que l'on vient d'énoncer ne semblent pourtant pas permettre de formuler cette observation. Le Conseil d'Etat n'a aucune emprise matérielle sur le législateur afin de le contraindre de respecter le traité ; tout comme le Conseil constitutionnel français relativement au respect de la Constitution.

En outre, Kopelmanas ignore que la survie de la loi inconstitutionnelle est susceptible de ne rien signifier quant aux rapports de systèmes. Si la loi ne disparaît pas malgré cette inconstitutionnalité, c'est en partie parce que celle-ci n'a généralement pas le même champ d'application que le traité. En effet, la loi peut retrouver à s'appliquer dès lors qu'elle n'entre plus dans le champ d'application du traité, ou l'inverse, lorsque ce champ d'application est plus étroit que celui de la loi, ou bien encore lorsque le traité, suspendu vis-à-vis d'un des Etats parties, permet à la loi de retrouver à s'appliquer. Il ne s'agit plus ici d'une question de supériorité ou d'infériorité de la loi mais bien de champ d'application, ignoré par l'auteur.

Partant néanmoins de ce constat discutable, Kopelmanas croit identifier, en parallèle de ces solutions de droit commun, une tendance « indiscutable du droit international à renforcer les moyens des organes internationaux en vue d'obtenir, en cas de contradiction entre la loi et le traité, l'application du traité aux rapports de droits individuels »⁵⁸. Ces solutions, exorbitantes de droit commun car encore isolées, auraient pour origine l'élargissement des compétences des juridictions internationales⁵⁹. Ce phénomène s'expliquerait par la volonté des Etats de permettre au juge de statuer « directement sur les prétentions individuelles et non pas sur la régularité de la conduite de l'Etat »⁶⁰. Une volonté qui se cristalliserait dans la création d'organismes spéciaux et temporaires après la Première guerre mondiale (du type des commissions mixtes), ou encore par les pouvoirs octroyés au Conseil de la Société des Nations dans le domaine de la réglementation internationale du statut des minorités⁶¹.

Ces éléments traduisent indéniablement une évolution qui s'est renforcée après la Seconde guerre mondiale en faveur des individus. Leur place croissante sur la scène internationale a conféré un rôle plus étendu aux juges internationaux, comme en témoigne le développement

⁵⁸ L. KOPELMANAS, « Du conflit entre le traité international et la loi interne », *op. cit.*, pp. 319-320.

⁵⁹ L'auteur donne l'exemple de l'affaire *Canevaro* de la Cour permanente d'arbitrage, dont le compromis l'invitait « à choisir entre deux lois nationales en vue de fixer la nationalité du réclamant ». Il se réfère aussi à l'affaire des *Zones franches en Haute Savoie* dont le compromis du 30 octobre 1924 confiait à la Cour une double tâche : celle d'évaluer la validité des actes internationaux concernant les zones franches et celle de déterminer le régime de ces zones à défaut d'accord des parties. Cette double mission aurait permis à la Cour de déclarer nulle, implicitement, la loi française de 1923 « qui avait modifié la condition juridique des zones franches », *ibid.*, p. 133.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 134.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 135-140.

des juridictions régionales en matière de droits de l'homme, ou encore la multiplication des recours formés par les investisseurs étrangers à l'encontre de l'Etat d'accueil. Il ne faut pourtant pas y voir autre chose qu'une tendance : le problème de l'exécution des jugements internationaux continue de se poser aujourd'hui⁶². Pour reprendre les termes employés par Kopelmanas, la solution décrite demeure exorbitante de droit commun.

L'analyse de Kopelmanas est néanmoins très riche puisqu'elle semble se manifester dans les jurisprudences internes récentes relatives à l'applicabilité directe des traités internationaux, notamment dans l'arrêt *GISTI II*⁶³. En outre, sans qu'il soit nécessaire de revenir sur ce qui est déjà connu, le critère principal d'une telle applicabilité réside dans le fait que le traité confère des droits aux particuliers. Point qui évoque l'orientation identifiée par Kopelmanas.

À partir de ces éléments, il est aisé de comprendre pourquoi notre auteur exprime une nette préférence pour les solutions jurisprudentielles de droit interne assurant la primauté du droit international.

2. La conséquence : la préférence accordée aux solutions jurisprudentielles internes favorables à la primauté du droit international

Elaborant sa réflexion à partir d'une jurisprudence d'un grand nombre de pays, Kopelmanas envisage le conflit entre une loi postérieure contraire à un traité international assez largement. Il propose en effet d'évaluer les effets du traité et de la loi en conflit aussi bien dans l'ordre interne qu'en dehors de l'ordre national de la loi.

Le premier cas de figure a déjà été évoqué plus haut : le juge est saisi d'une loi issue de son ordre juridique et dont l'inconventionnalité est alléguée par un requérant. La seconde hypothèse concerne des situations intervenant principalement – mais pas seulement – en droit international privé. Il s'agit d'une demande adressée à un juge étranger tendant à faire appliquer une loi inconventionnelle, alors que cette loi n'appartient pas à son ordre juridique. Quoiqu'intéressants, les développements y relatifs ne jouissent pas de la même attention par

⁶² V. le dossier dédié à la question à la *RGDIP*, 2017, t. 121, n°3, pp. 563-873. V. également *infra*.

⁶³ CE, Ass., *GISTI II*, req. n° 322326, 11 avr. 2012, *Lebon*, p. 142 : « [...] une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre Etats et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers [...] ». Le passage souligné pourrait être reformulé en reprenant les termes de Kopelmanas : le traité permet de « statuer directement sur les prétentions individuelles et non pas sur la régularité de la conduite de l'Etat ». En effet, il semble difficile d'envisager qu'une telle faculté laissée par le traité ne dépende pas du fait qu'il ne régit pas exclusivement les relations entre Etats.

notre auteur que ceux relatifs à la première hypothèse. C'est pourquoi il est choisi de se concentrer sur cette dernière.

Ainsi, des jurisprudences internes européennes et états-uniennes, Kopelmanas identifie une nette tendance en faveur de l'application de la loi. Une orientation néanmoins nuancée par l'unique jurisprudence suisse assurant la supériorité du traité sur la loi, même postérieure. Il perçoit également dans les solutions de la Cour suprême des Etats-Unis « un compromis entre la tendance à l'autonomie inhérente à tout système juridique et la nécessité d'assurer l'exécution des conventions internationales »⁶⁴. Avant de revenir sur la teneur de cette solution, le passage cité dévoile à nouveau le postulat de Kopelmanas : celui d'une adhésion aux solutions jurisprudentielles favorables à l'application du traité international. En effet, à la lecture de l'extrait, deux points interpellent : Kopelmanas ne justifie pas l'inhérence de cette tendance à l'autonomie, qui est finalement postulée ; il n'explique pas non plus cette nécessité d'assurer l'exécution des traités, ce qui revient à postuler qu'il faut appliquer ces traités – mythe normatif que René-Jean Dupuy critiquera plus tard⁶⁵.

En outre, il n'est pas évident que le compromis dégagé par la Cour suprême des Etats-Unis traduise une solution si favorable au droit international. Cette conciliation est synthétisée en ces termes par notre auteur : « 1° en cas de conflit entre un traité et une loi, c'est le dernier en date qui doit l'emporter, mais 2°, pour autant que possible, la loi doit être présumée comme étant conforme au traité »⁶⁶. Tandis que la seconde idée retranscrit la jurisprudence du *Charming Betsy* de 1804⁶⁷, consacrée au paragraphe 114 du *Restatement*⁶⁸, la première traduit la « *last-in-time rule* » dégagée dans l'affaire *Taylor v. Morton* de 1855 et qui figure également dans le *Restatement*⁶⁹. Du passage « autant que possible », il faut comprendre qu'en cas d'impossibilité de neutraliser le conflit par une interprétation conforme, notamment parce que l'intention du

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 97-98.

⁶⁵ A propos du « mythe normatif » : « Invoquer la primauté du droit conduit souvent à imaginer qu'elle s'imposerait en vertu d'une autorité qui lui serait propre. Le droit en lui-même serait transcendant, jouirait d'une majesté inaltérable. Il serait la référence décisive. Vision séduisante dans sa simplicité. *Mais singulièrement réductive ; elle ne conçoit le recours aux normes juridiques que pour les appliquer* », souligné ajouté, R.-J. DUPUY, « L'illusion juridique – Réflexions sur le mythe de la paix par le droit », in *Guy Ladreit de Lacharrière et la politique juridique extérieure de la France*, Masson, Paris 1989, pp. 245-257, spéc. p. 250.

⁶⁶ L. KOPELMANAS, « Du conflit entre le traité international et la loi interne », *op. cit.*, p. 98.

⁶⁷ *Murray v. The Charming Betsy*, 6 U.S. 64 (1804). Jurisprudence confirmée par de nombreux jugements cités par Kopelmanas, *Ibid.*, p. 98, note 22.

⁶⁸ Le paragraphe, intitulé « *Interpretation of Federal Statute in Light of International Law or Agreement* », se lit comme suit : « [w]here fairly possible, a United States statute is to be construed so as not to conflict with international law or with an international agreement of the United States ». *Restatement, Third, Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1, Saint Paul, American Law Institute Publishers 1986, §114, p. 62.

⁶⁹ 23 F. Cas. 784 (C.C.D. Mass. 1855). *Restatement, Third, Foreign Relations Law of the United States, ibid.*, §115 (1) (a), p. 63.

Congrès de répudier le traité international est clairement établie, le juge assure l'application de la loi⁷⁰.

C'est seulement en cas de doute qu'il est possible d'interpréter la loi en conformité avec le traité. C'est là l'élément qui suffit à Kopelmanas pour constater que cette construction est la « plus favorable au développement normal des relations internationales », sans que l'on puisse établir clairement ce que recouvre cette normalité⁷¹. Il est pourtant possible de relativiser le compromis auquel Kopelmanas accorde une telle importance. Il manque à relever que la solution du *Charming Betsy* n'est pas d'application systématique et qu'elle peut être écartée dès qu'un juge interne refuse d'interpréter une loi en conformité avec un traité international. Ce constat, confirmant l'importance remarquée par Benedetto Conforti des « opérateurs juridiques internes »⁷², semble se réaliser dans la jurisprudence récente qui n'applique que très rarement cette *charmante* solution⁷³.

Ensuite, relativement à la « *last-in-time rule* », Kopelmanas s'abstient de rapporter qu'elle s'applique uniquement aux traités qualifiés de « *self-executing* » à ceux qui ne nécessitent aucune législation supplémentaire pour déployer leurs effets en droit interne⁷⁴. Il ignore là un aspect fondamental de la jurisprudence examinée : celui de l'absence de neutralité dans la qualification du traité. Ignorance qui trouve par ailleurs son origine dans le refus initial à tenir compte des « considérations d'ordre politique »⁷⁵ dans l'examen du sujet. Il a pourtant été démontré ailleurs que l'application de cette jurisprudence dépend de ces considérations⁷⁶.

⁷⁰ La solution, et la jurisprudence la consacrant, est énoncée au para. 115(1)(a) du *Restatement, eod. loc.* : « *An act of Congress supersedes an earlier rule of international law or a provision of an international agreement as law of the United States if the purpose of the act to supersede the earlier rule or provision is clear or if the act and the earlier rule or provision cannot be fairly reconciled* ».

⁷¹ L. KOPELMANAS, « Du conflit entre le traité international et la loi interne », *op. cit.*, p. 106.

⁷² V. la contribution de Clémence Billard sur le sujet dans le présent ouvrage.

⁷³ Le Professeur A. BIANCHI prend l'exemple du refus, par les juridictions internes, d'interpréter le *Foreign Sovereign Immunities Act* conformément au droit international pertinent, « International Law and U.S. Courts : The Myth of Lohengrin Revisited », *EJIL*, 2004, pp. 772-773. Similairement, le principe du *Charming Betsy* a révélé ses limites lors de l'application de l'*Authorization for Use of Military Force* du 18 septembre 2001. Il a été défendu que cette résolution, autorisant le déploiement des forces armées du Président Bush en Afghanistan, ne pouvait pas être interprétée de façon à interdire toute violation du droit international : « *At most, then, application of the canon to the AUMF would yield the interpretation that the AUMF does not authorize the President to violate international law. It would not yield the quite different interpretation that the AUMF affirmatively prohibits the President from violating international law* », C. BRADLEY, J. GOLDSMITH, « Congressional Authorization and the War on Terrorism », *Harvard Law Review*, vol. 118, 2005, pp. 2047-2133, spéc. pp. 2098-2099.

⁷⁴ Le paragraphe 115(2) du *Restatement, op cit.*, parle d'une stipulation conventionnelle « *that becomes effective as law of the United States [...]* », p. 68.

⁷⁵ L. KOPELMANAS, « Du conflit entre le traité international et la loi interne », *op. cit.*, p. 90.

⁷⁶ Le Professeur A. BIANCHI donne d'ailleurs l'exemple de l'affaire *Breard c. Greene* de 1998 qui illustre l'instrumentalisation dont peut faire l'objet la distinction « *self-executing* » et « *non self-executing* ». Il s'agissait d'une affaire où la Cour suprême des Etats-Unis a choisi d'ignorer une ordonnance de la Cour internationale de Justice l'obligeant à ne pas exécuter un ressortissant paraguayen alléguant la violation de la Convention de Vienne

Tout amoindrissement de ce compromis aurait imposé à notre auteur d'admettre la supériorité de la loi sur le traité dans la quasi-majorité des situations. Ce constat est formulé uniquement à propos des jurisprudences grecques, yougoslaves et tchécoslovaques que Kopelmanas explique par le « réveil actuel des tendances étroitement nationalistes que nous sommes obligés de constater, *tout en le déplorant personnellement* »⁷⁷. En déplorant ces solutions jurisprudentielles, le voile continue de se lever sur le postulat de Kopelmanas : toute position favorable à l'application de la loi postérieure au traité est une position nationaliste qu'il faut réprouver.

C'est d'ailleurs pour cette raison qu'il va plaider en faveur d'une application généralisée de la jurisprudence suisse assurant, on le rappelle, l'application du traité sur toute loi, même postérieure⁷⁸. Conscient de l'impossible généralisation de cette solution, il propose de recourir à l'approche retenue par la Cour suprême des Etats-Unis sans tenir compte de ses limites. Une approche qu'il croit observer dans les jurisprudences des « pays les plus importants du monde », alors qu'il ne l'identifie clairement qu'au Royaume-Uni et en Italie⁷⁹. Kopelmanas maintient pourtant la constatation d'une tendance au développement de « la règle en vertu de laquelle, en l'absence d'une abrogation expresse, le doute doit profiter au traité ». Cela lui permet de conclure avec optimisme malgré ce tableau assurément défavorable à l'application du traité international : « [d]e ce fait, les cas où une loi prévaut en réalité sur le traité deviennent extrêmement rares »⁸⁰.

À l'aune de ce tour d'horizon dont on a relevé les faiblesses, il nous faut étudier comment ces postulats et ceux des théories classiques influencent leur pertinence.

II. L'ARTIFICIALITE DES THEORIES DE RAPPORTS D'ORDRES REVELEE A PARTIR DE LEURS POSTULATS

sur les relations diplomatiques et consulaires. Et ce, au motif que l'ordonnance n'était pas « self-executing », alors que la position inverse aurait pu être défendue. Le constat est par ailleurs le même à propos de la règle prétorienne d'interprétation conforme de la loi au traité international : la pratique démontre la potentialité inexploitée de cet outil auquel Kopelmanas accorde toute son attention. A. BIANCHI, « International Law and U.S. Courts : The Myth of Lohengrin Revisited », *op. cit.*, 2004, pp. 762-763 et 771-773.

⁷⁷ L. KOPELMANAS, « Du conflit entre le traité international et la loi interne », *op. cit.*, souligné ajouté, p. 97.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 361. Il est d'ailleurs intéressant de relever qu'un tribunal mixte de la ville internationale de Tanger de 1939 répond présent à l'appel lancé par Kopelmanas en citant directement son article afin d'appliquer la jurisprudence suisse à l'affaire dont il était saisi. V. Tribunal mixte de Tanger (Section d'Appel), 10 mars 1939, reproduit dans la *Nouvelle revue de droit international privé*, t. VII, Paris, Les éditions internationales (1940), pp. 284-315, spéc. p. 313.

⁷⁹ L. KOPELMANAS, « Du conflit entre le traité international et la loi interne », *op. cit.*, pp. 97-100. On laisse au lecteur le soin d'apprécier la « réalité » de cette assertion qui semble plutôt révéler un jugement de valeur.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 106.

Il est possible de comparer la position des juristes confrontés à l'éternelle question des rapports de systèmes à celles d'Estragon et Vladimir dans la célèbre pièce de Samuel Beckett, *En attendant Godot*⁸¹. Ces derniers, condamnés à revivre la même journée (malgré quelques bouleversements discrets), attendent de Godot qu'il les sorte de cette impasse. En étudiant les rapports entre droits interne et international, les juristes espèrent trouver *la* théorie leur permettant de sortir de l'alternative moniste et dualiste ressassée depuis plus de cent ans. Permettant ainsi d'expliquer pourquoi toute l'attention est tournée vers ces théories et sur Godot, l'œuvre de Beckett décrit également l'impossibilité à quitter l'attente : « – Alors, on y va ? – Allons-y. *Ils ne bougent pas* »⁸².

En démontrant l'artificialité des théories monistes et dualistes à partir d'une analyse du droit positif, Kopelmanas démontre que ces thèses relèvent autant de la fiction que Godot (A). L'alternative proposée peine cependant à convaincre. Presque cent ans depuis la publication de son article, le droit international n'est jamais parvenu à assurer son emprise sur le droit interne. À l'attente de Godot, l'on opposera la réponse de l'ancien Président de la République tchèque, Vaclav Havel : « Godot ne viendra pas, car il n'existe pas »⁸³. De la réalité ainsi systématisée par Kopelmanas, on retrouve la fiction (B).

A. De la fiction à la réalité : l'artificialité des théories moniste et dualiste révélée

On l'a déjà relevé, l'attrait principal de l'article de Kopelmanas est de démontrer le caractère artificiel des théories monistes et dualistes. Celles-ci reposent sur des postulats « plus ou moins invérifiables » que les auteurs s'efforcent de réconcilier avec le droit positif par des moyens tout aussi artificiels : si c'est le droit qui a tort, « tant pis pour le droit »⁸⁴. Prenons l'exemple des « trésors d'ingéniosité »⁸⁵ identifiés chez Walz afin de concilier les postulats de sa théorie dualiste avec l'existence de certaines jurisprudences censées les renverser.

La jurisprudence états-unienne assure, autant que possible, l'interprétation de la loi interne de manière à ce qu'elle soit compatible avec les obligations stipulées dans le traité international. Cela suffirait à démontrer l'interpénétration entre les ordres juridiques interne et international et à renverser le dualisme entièrement fondé sur la stricte séparation de ces ordres. Afin de sauvegarder ce point de départ, Walz estime que « si le juge n'admet pas l'abrogation implicite

⁸¹ S. BECKETT, *En attendant Godot*, Les éditions de Minuit, 1952, 134 p.

⁸² *Ibid.*, p. 134. Les italiques doivent être lus comme des didascalies.

⁸³ « Le discours de réception de M. Vaclav Havel, à l'Académie des sciences morales et politiques », *Le Monde* du 29 octobre 1992.

⁸⁴ *Supra*, n. 16.

⁸⁵ L. KOPELMANAS, « Du conflit entre le traité international et la loi interne », *op. cit.*, p. 339.

du traité par la loi, c'est [...] en vertu d'une règle coutumière qui lui ordonne de le faire »⁸⁶. Entendons ici une règle coutumière d'origine interne permettant de maintenir la stricte séparation des ordres juridiques qu'impose le dualisme.

Aux yeux de Kopelmanas, la solution apportée ne convainc pas : règle coutumière ou non, le juge interne prend soin d'éviter qu'une modification unilatérale d'un traité par une loi interne ne porte préjudice à l'Etat. La proposition de Walz est écartée au motif qu'elle ne correspondrait pas à la réalité. Si la critique adressée par Kopelmanas est intéressante, il ne semble pas y échapper lui-même dans son analyse, surtout après avoir relevé la difficulté à identifier objectivement ce qu'est la réalité⁸⁷. A son tour, notre auteur semble recourir à des artifices afin de défendre coûte que coûte sa déconstruction de la théorie dualiste.

La confrontation de cette théorie avec les solutions issues du droit international en est un bon exemple. Kopelmanas admet que le dualisme semble, *a priori*, correspondre à la réalité : droit international et droit interne étant strictement séparés, l'Etat est seulement soumis à une obligation de faire ou de ne pas faire, « celle d'adapter la législation interne au traité ». La violation de cette obligation « ne peut être sanctionnée que par le paiement de dommages et intérêts »⁸⁸. Si cela correspond effectivement à la solution de droit commun identifiée plus haut, cela ne correspond pas à la tendance exorbitante de droit commun qui permet aux organes internationaux d'obtenir l'application du traité aux rapports de droits individuels⁸⁹.

La portée de cette déconstruction est immédiatement nuancée par les critiques que l'on a évoquées plus haut : le juge international, même celui qui doit trancher directement les rapports de droits individuels, n'a pas le pouvoir d'annuler lui-même la loi contraire. Kopelmanas le constatait en relevant que le juge possédant le pouvoir de trancher « souverainement sur les situations juridiques particulières [...] doit posséder en plus soit une autorité morale soit une force matérielle suffisante pour imposer, dans l'ordre interne, l'exécution de ses décisions »⁹⁰. Le phénomène décrit par Kopelmanas demeure une tendance, point qui fera l'objet de développements dédiés⁹¹.

Quoiqu'il en soit, l'article de Kopelmanas révèle effectivement les efforts réalisés par les auteurs afin d'interpréter le droit positif conformément à leurs postulats. Le réflexe est

⁸⁶ *Ibid.*, p. 318, n. 130.

⁸⁷ V. le I. B.

⁸⁸ L. KOPELMANAS, « Du conflit entre le traité international et la loi interne », *op. cit.*, p. 319.

⁸⁹ V. le I. B.

⁹⁰ L. KOPELMANAS, « Du conflit entre le traité international et la loi interne », *op. cit.*, p. 141.

⁹¹ V. le II. B., *infra*.

intéressant en ce qu'il permet d'asseoir la méthodologie de Kopelmanas : en souhaitant expliquer les solutions jurisprudentielles par une adaptation de leurs théories, ces auteurs semblent également d'avis que toute théorie qui ne saurait expliquer *tout* le droit positif devrait être récusée. Surtout, une telle attention des auteurs à faire correspondre leurs théories au droit positif révèle effectivement leur artificialité.

C'est ainsi que Max Wenzel tente d'accorder la théorie de l'autolimitation avec l'engagement de la responsabilité internationale d'un Etat ayant modifié unilatéralement le traité. Une telle situation n'est pas envisageable chez Jellinek, le fondateur de cette école de pensée. L'Etat, libre de se dégager de ses obligations internationales, ne peut pas voir sa responsabilité engagée à cet égard. Deux difficultés sont à surmonter pour réconcilier la théorie avec la réalité : il faut d'abord démontrer que, malgré l'engagement de cette responsabilité, la loi de l'Etat continue de l'emporter sur le traité ; puis il faut que cette loi contraire au traité continue d'être en vigueur dans l'ordre interne malgré sa contradiction avec ledit traité.

Kopelmanas rapporte l'ingéniosité remarquable avec laquelle Max Wenzel défend que l'Etat lésé est susceptible d'engager la responsabilité internationale de l'Etat ayant modifié unilatéralement le traité au motif que ledit traité demeure valable dans l'ordre interne de l'Etat lésé⁹². À l'inverse, dans l'ordre national de l'Etat ayant modifié législativement le traité, celui-ci cesse d'être en vigueur au détriment de la loi. S'ensuit un conflit entre les deux ordres juridiques qui peut se résoudre de deux façons : soit l'Etat lésé consent à la modification de son droit international par la loi étrangère ; soit l'Etat cocontractant exige l'abrogation de cette loi, donnant naissance à un différend dont la solution informera sur les rapports d'ordres⁹³.

La force de la proposition de Wenzel est de correspondre, selon Kopelmanas, à toutes les solutions internes du conflit entre le traité et la loi⁹⁴. La jurisprudence états-unienne de l'interprétation conforme, par exemple, s'expliquerait par la volonté des Etats de repousser l'avènement du différend opposant les deux ordres juridiques internes. La solution s'éloignerait néanmoins des solutions de droit international en ce qu'elle confondrait les problèmes de validité et de conformité. L'étude de la pratique aurait démontré que ces deux problèmes étaient distincts puisqu'une déclaration d'inconventionnalité de la loi ne rime pas nécessairement avec la primauté du traité. On l'a vu, Kopelmanas estime que la loi peut factuellement l'emporter sur le traité dès lors que les dommages et intérêts octroyés par le juge n'effacent pas intégralement

⁹² L. KOPELMANAS, « Du conflit entre le traité international et la loi interne », *op. cit.*, p. 328.

⁹³ *Ibid.*, p. 329.

⁹⁴ *Eod. loc.*, p. 329.

les effets dommageables de cette loi. En raison de cette confusion entre validité et conformité, Kopelmanas en conclut que la théorie moniste à prédominance du droit interne explique insuffisamment le droit positif.

À propos de Georges Scelle, celui-ci imputait les contradictions du droit positif avec sa théorie « à la méconnaissance par le juge interne de ses fonctions internationales et à l'influence dualiste »⁹⁵. Dit autrement, si le juge interne n'assure pas, absolument et en toute circonstance, l'application du droit international, c'est parce qu'il est dans l'erreur. La position défendue nie la réalité même des rapports entre droit international et droit interne et une question interpelle alors Kopelmanas :

« [d]’où provient cette ‘technique correcte’ que l’auteur oppose au droit positif ? Comment arrive-t-il à la conclusion que l’ordre intersocial doit nécessairement imposer ses règles aux ordres composants, même en dehors, et peut-être à l’encontre, de l’activité des sujets de ces ordres ? »⁹⁶

Relativement au monisme kelsénien, enfin, Kopelmanas rapporte l'inadéquation de la théorie avec la pratique. Cette théorie impliquerait que la loi ne puisse jamais s'opposer à un traité. Ce postulat a imposé à Verdross, successeur de Kelsen, d'expliquer pourquoi il existe des cas où la loi déclarée contraire à un traité continue à être en vigueur. Le système hiérarchique à prédominance du droit international imposerait normalement de constater l'invalidité de la norme inférieure en cas de contradiction avec la norme internationale supérieure. Verdross répond en reprenant la distinction entre annulation et annulabilité, théorisée par Kelsen : l'unité du système est sauvegardée dès lors que le droit international « prévoit des procédures d'annulation de la loi interne contraire au traité »⁹⁷.

L'artifice de cette solution n'a eu de cesse d'être relevé depuis que ladite solution a été formulée, mais celle-ci révélerait selon Kopelmanas une question plus importante qui lui permet de revenir sur son propre postulat. Si la règle interne contraire au droit international subsiste, c'est seulement parce que ce dernier ne possède pas des moyens suffisants pour écarter cette règle interne. Doit-on, de cette impuissance, tirer la supériorité du droit interne sur le droit international⁹⁸ ? Cette question permet de découvrir le projet entrepris par Kopelmanas et qu'il va approfondir devant le Premier congrès d'études internationales l'année de la publication de

⁹⁵ *Ibid.*, p. 333.

⁹⁶ *Eod. loc.*

⁹⁷ *Ibid.*, p. 339.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 341.

son article : il recherche la « réalisation du droit international »⁹⁹. Cette réalisation n'est possible « que si l'ordre supérieur assure de manière absolue son *emprise* sur les ordres inférieurs »¹⁰⁰. Cela se traduit par une certaine évolution du droit international qui « doit tendre vers l'annulation des situations irrégulières »¹⁰¹. Contrairement à Jacques Dehaussy, Kopelmanas ne fonde cependant pas juridiquement ce qui obligerait les Etats à assurer la réalisation du droit international¹⁰². Une telle position, non fondée juridiquement, est pourtant au cœur de la déconstruction des théories classiques.

Ainsi, quoique parvenant à démontrer les constantes corrections que subissent ces théories afin de correspondre au droit positif, notre auteur peine à convaincre tant sa déconstruction repose elle-même sur une certaine conception du droit international qui ne s'est jamais pleinement réalisée.

B. De la réalité à la fiction : l'impossible emprise du droit international sur le droit interne

La conclusion de Kopelmanas peut être exprimée simplement. La primauté du droit international serait fragile en raison des solutions jurisprudentielles que l'on a évoquées et qui tendent à assurer l'application de la loi au mépris du traité. Elle serait néanmoins réelle grâce, encore une fois, aux tendances identifiées dans les jurisprudences internes et internationales favorables au traité international. La question se pose de savoir pourquoi ces solutions favorables au traité devraient l'emporter sur celles qui sont favorables à la loi. Une contradiction existe, mais Kopelmanas conclut pourtant à la primauté du droit international. La façon dont il résout la contradiction révèle son postulat.

Il avance que l'étude du droit positif a permis de révéler que la « structure sociale » du droit international traduit un « droit en formation »¹⁰³. Au moyen d'une analogie avec le droit romain, il tente de démontrer que le droit international se situe, du point de vue de son évolution historique, « à l'organisation du droit romain antérieure à l'intervention du préteur »¹⁰⁴. C'est-à-dire qu'il se situe à un moment de son histoire où le juge peut déclarer la nullité d'un acte juridique, mais où il ne peut, contrairement au préteur, annuler directement cet acte. Ces deux

⁹⁹ L. KOPELMANAS, « La Réalisation du Droit International », in *Premier congrès d'études internationales : Paris, 30 sept. – 7 oct. 1937*, Paris, Editions internationales 1938, pp. 401-422.

¹⁰⁰ L. KOPELMANAS, « Du conflit entre le traité international et la loi interne », *op. cit.*, souligné ajouté, p. 355.

¹⁰¹ L. KOPELMANAS, « La réalisation du droit international », *op. cit.*, p. 421, souligné ajouté.

¹⁰² J. DEHAUSSY, *Propos sur les sources du droit international – L'exercice de la fonction normatrice dans un ordre juridique singulier*, Paris, Ed. A. Pedone, 2019, pp. 463-466.

¹⁰³ L. KOPELMANAS, « Du conflit entre le traité international et la loi interne », *op. cit.*, p. 342.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 358.

pouvoirs – déclaration d’annulation et *imperium* permettant d’obtenir l’annulation – ne fusionneront que dans le droit du Bas-Empire entre les mains du juge¹⁰⁵.

Favorable à l’emprise du droit international sur le droit interne, Kopelmanas va jusqu’à qualifier « de sommet de l’évolution » le jour où le juge disposerait du pouvoir de constater l’inconventionnalité d’un acte interne *et* celui de l’annuler : c’est-à-dire le jour où les organes internationaux posséderont à la fois les pouvoirs du juge de droit romain et ceux du préteur¹⁰⁶. S’il remarque que l’inconventionnalité de la loi postérieure peut être déclarée par ces organes, Kopelmanas insiste sur le fait que la tendance à permettre l’annulation de ladite loi n’est pas encore pleinement réalisée¹⁰⁷. Il ira jusqu’à attribuer à la doctrine une fonction : celle d’identifier « les branches de l’activité humaine dont la réalisation effective au moyen du droit international pourrait donner des résultats pratiques »¹⁰⁸.

A la lumière de ces éléments, il faut constater que la théorie de Kopelmanas a vocation à être purement transitoire, puisqu’il envisage le droit international comme une matière en cours de réalisation. Dit autrement, le droit international *doit* évoluer pour atteindre son « sommet de l’évolution ». Tout retour en arrière, constitué par des solutions défavorables à l’application du traité international, est qualifié de retour à l’anarchie¹⁰⁹. Notre auteur rejoint finalement la théorie scellienne en présentant la supériorité hiérarchique du droit international non pas comme une qualité inhérente à cet ordre – postulat réprouvé de Georges Scelle – mais plutôt comme « un rapport de puissance qui doit être conquis et défendu »¹¹⁰. Il soutiendra plus tard qu’il en va de l’existence même du droit international¹¹¹. Kopelmanas croit pouvoir réhabiliter sa solution en insistant sur le fait qu’elle est « basée sur une construction plus conforme aux exigences de la technique juridique »¹¹², qu’il s’agit d’un « combat *pour* le droit »¹¹³ et non pas d’un combat *par* le droit¹¹⁴.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 352.

¹⁰⁶ P. GUGGENHEIM rejoint l’analogie avec le droit romain lorsqu’il affirme que Kopelmanas « constate avec raison que le droit international d’aujourd’hui se trouve au point de vue technique à un niveau qui correspond à l’organisation du droit romain avant l’intervention du préteur », in « La validité et la nullité des actes juridiques internationaux », *RCADI*, vol. 74, 1949, p. 201, première note de bas de page.

¹⁰⁷ L. KOPELMANAS, « Du conflit entre le traité international et la loi interne », *op. cit.*, p. 141.

¹⁰⁸ L. KOPELMANAS, « La réalisation du droit international », *op. cit.*, p. 412.

¹⁰⁹ L. KOPELMANAS, « Du conflit entre le traité international et la loi interne », *op. cit.*, p. 360.

¹¹⁰ *Eod. loc.*

¹¹¹ L. KOPELMANAS, « La réalisation du droit international », *op. cit.*, p. 422.

¹¹² L. KOPELMANAS, « Du conflit entre le traité international et la loi interne », *op. cit.*, p. 360.

¹¹³ *Eod. loc.*, souligné ajouté.

¹¹⁴ La nuance est importante en ce qu’elle permet de différencier la doctrine de Kopelmanas de celle de Georges Scelle, accusé de défendre une vision néo-colonialiste du droit international, v. C. SANTULLI, « L’inégalité des peuples chez Georges Scelle. Observations critiques sur la théorie colonialiste du droit international objectif », in *Grandes pages du droit international*, vol. 4 : *Les espaces*, Paris, Ed. A. Pedone, 2018, pp. 269-289. Chez

On pourrait pourtant lui opposer le même reproche que celui qu'il formulait plus tôt à l'encontre de Georges Scelle : « [d]où provient cette 'technique correcte' que l'auteur oppose au droit positif ? » S'il se distingue effectivement de son maître en proposant des solutions techniques issues du droit positif permettant d'aboutir à la primauté du droit international, encore fallait-il dégager des pratiques internes et internationales contradictoires deux éléments dont l'identification n'était pas si évidente. La réalité fragile de la primauté du droit international d'une part, et le fait que cette primauté ne serait parfaite qu'une fois l'emprise du droit international sur le droit interne réalisée, d'autre part.

La structure décrite par Kopelmanas dans les années trente n'est fondamentalement pas différente de l'actuelle structure du droit international : l'emprise de celui-ci sur le droit interne n'est jamais pleinement réalisée. Aucun organe international ne possède le pouvoir d'annuler directement les actes de droit interne contraires aux obligations internationales. Si l'avènement croissant de l'individu comme sujet de droit international, et les développements qui s'en sont suivis, ont eu tendance à nuancer cette fatalité, ils n'ont pas permis de parvenir à un tel résultat.

L'affirmation progressive d'un droit subjectif international à l'exécution des décisions de la Cour interaméricaine n'est, par exemple, qu'une tendance¹¹⁵. Quand bien même celle-ci devait se réaliser, ladite juridiction régionale se contenterait d'ordonner aux Etats des mesures visant à permettre l'exécution de ses décisions. A dire vrai, la réalisation de ces mesures reviendrait, en dernier lieu, aux Etats¹¹⁶. Un tel constat pourrait être partagé à propos d'autres juridictions, y compris la Cour européenne des droits de l'homme¹¹⁷. Il est possible de l'étendre au domaine du droit international des investissements, où le contentieux de l'exécution est le principal obstacle à la pleine réalisation des sentences *Ioukos*, par exemple¹¹⁸. Le Conseil de sécurité des

Kopelmanas, le droit n'est pas un *moyen* qui sert à étendre la puissance d'un Etat. Le droit, son application effective, est plutôt la finalité même du combat qu'il décrit.

¹¹⁵ H. TRIGOUJIA, « L'obligation d'exécution dans le système interaméricain des droits de l'homme : vers l'affirmation d'un droit subjectif international à l'exécution des décisions de la cour interaméricaine ? », *RGDIP*, 2017, t. 121, n°3, pp. 683-688,

¹¹⁶ *Ibid.*, pp. 686-688.

¹¹⁷ P. F. LAVAL, « Les limites constitutionnelles à l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme à la lumière de la jurisprudence nationale comparée », *RGDIP*, 2017, tome 121, n°3, pp. 661-682.

¹¹⁸ CPA, 18 juill. 2014, *Hulley Enterprises Ltd (Chypre) c/ La Fédération de Russie, Yukos Universal Ltd (île de Man) c/ La Fédération de Russie et Veteran Petroleum Ltd (Chypre) c/ La Fédération de Russie*, sentences finales du 18 juill. 2014, accessibles à l'adresse http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1600 (consulté le). A l'issue de la publication des deux sentences arbitrales, ce sont les ordonnances du président du tribunal de grande instance de Paris, un organe de droit interne, qui permettront de lancer le contentieux de l'exécution de ces sentences (v. CA Paris, 12 déc. 2017, n° 15/11666 et 15/11667, affaire dans laquelle la Fédération de Russie demande l'annulation de ces ordonnances). Ainsi, « [l']investisseur doit alors tenter de faire insérer la sentence dans les ordres juridiques étatiques afin d'en poursuivre l'exécution forcée (...) », v. M. LAZOULI, « L'exécution des sentences arbitrales *ad hoc* rendues sur le fondement d'un traité de protection des investissements », *RGDIP*, 2017, t. 121, n°3, pp. 799-816, spéc. p. 799.

Nations Unies n'échappe pas non plus à notre observation : malgré l'article 25 de la Charte selon lequel les « Membres de l'Organisation conviennent d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil [...] », l'exécution des résolutions de l'organe politique des Nations Unies dépend des Etats¹¹⁹.

On peut choisir d'y voir une tension inhérente à la question des rapports de systèmes, ou l'on peut y voir une phase de transition vers la pleine réalisation du droit international dont l'achèvement dépend de la volonté des Etats. De ce choix découle, croyons-nous, un postulat sur la conception que l'on se fait du droit international. N'est-ce pas là ce que révèle toute étude relative aux rapports de systèmes, comme l'a si justement relevé notre auteur dans son article ? Il aurait été possible de pousser l'analyse plus loin et de laver l'analyse réalisée de ses postulats si Kopelmanas avait remis en cause une prémisse plus générale : celle de considérer qu'il existe des ordres juridiques¹²⁰.

Il est logiquement impossible de concevoir la question des rapports entre ordres juridiques sans postuler leur existence – il ne peut y avoir de rapports d'*ordres* sans cette notion. On ne peut s'empêcher de remarquer que Kopelmanas était susceptible d'emprunter cette voie après avoir formulé deux observations à propos des jurisprudences internes et internationales : le juge interne assure principalement l'application de la loi, tandis que le juge international assure celle du traité. Partant, il était possible de raisonner non plus en rapport d'ordres, mais en applicabilité, ainsi qu'il a été récemment entrepris¹²¹. Il s'agit de dépasser l'alternative moniste et dualiste en la réduisant à une question de droit applicable : si le juge interne, par exemple, assure l'application de son droit interne, c'est seulement parce qu'il s'agit du droit dont il doit assurer l'application. Une telle approche ne peut cependant être adoptée qu'à la condition de refuser de postuler l'emprise du droit international sur le droit interne comme une nécessité. Le

¹¹⁹ On pense à la création répétée de comités chargés de surveiller l'application des résolutions du Conseil de sécurité. La résolution 1373 (2001) établit, en son paragraphe 6, le Comité contre le terrorisme encore en place aujourd'hui. Il est également possible de citer les comités de sanction qui font suite, comme leurs noms l'indiquent, à l'imposition de sanctions par le Conseil de sécurité. Ces comités ont généralement pour mandat de surveiller la mise en œuvre des mesures adoptées. V. la remarquable synthèse de F. ALABRUNE, « La pratique des comités des sanctions du Conseil de sécurité depuis 1990 », *AFDI*, 1999, vol. 45, pp. 237-251. Il est également possible de citer une récente lettre de la Mission permanente du Liban auprès de l'Organisation concernant les mesures prises aux fins d'appliquer l'embargo sur les armes adoptés à l'encontre des personnes situées au Yémen et désignées par le Comité, S/AC.56/2021/6, p. 2. Plus généralement, sur l'importance de la volonté des Etats pour l'efficacité du Conseil de sécurité, J. LEPRETTE, « L'efficacité du Conseil de sécurité : essai d'évaluation », *Mélanges Lacharrière, op. cit.*, pp. 299-312.

¹²⁰ Sur l'importance de l'expression « ordre juridique » dans les théories expliquant les rapports entre droit interne et droit international, D. ALLAND, « De l'ordre juridique international », *Droits*, 2002/1, n°35, PUF, Paris, pp. 79-102, spéc. pp. 94-98.

¹²¹ M. FORTEAU, « Repenser la logique de traitement des rapports entre ordres juridiques. Changer de regard : tout ne serait-il pas affaire de droit applicable, plutôt que d'ordres juridiques ? », in B. BONNET, *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, pp. 633-649.

reproche, bien entendu, est aisé à formuler *a posteriori*. Il s'agit surtout ici de souligner le potentiel ignoré de l'article de Kopelmanas et démontrer par-là qu'il mérite sa place parmi les *Grandes pages du droit international*.