

**Une fausse idée claire :  
la hiérarchie des normes juridiques**

par

**Paul AMSELEK**  
**Professeur Émérite à l'Université Panthéon Assas (Paris II)**

« Rien n'est plus dangereux qu'une idée,  
quand on n'a qu'une idée »  
(Alain)

Il y a une cinquantaine d'années, dans sa thèse de doctorat, Jean-Louis Quermonne relevait que la hiérarchie des normes juridiques en droit français, bien que "partout présente" et faisant figure de "principe fondamental", n'était "nulle part exprimée"<sup>1</sup>. A cet état prolongé de clandestinité a fait place aujourd'hui une reconnaissance officielle depuis que le Conseil Constitutionnel souligne expressément, dans sa jurisprudence, les "exigences propres à la hiérarchie des normes juridiques dans l'ordre interne"<sup>2</sup>. Pour autant, cette hiérarchie, bien que couramment admise dans la doctrine juridique française comme une idée qui va de soi, n'est guère plus claire dans les esprits que par le passé ; la diversité même des qualifications terminologiques utilisées en témoigne déjà : si l'on parle le plus souvent d'une hiérarchie des normes juridiques<sup>3</sup> ou encore – dans le sillage de l'École normativiste – de l'ordre

---

<sup>1</sup> Jean-Louis Quermonne, *L'évolution de la hiérarchie des actes juridiques en droit public français*, thèse Caen 1952, p. 268.

<sup>2</sup> Cons. Const. 309 DC du 9 juin 1992, **RJC** I.502 ; 314 DC du 17 décembre 1992, **RJC** I.511 ; 315 DC du 12 janvier 1993, **RJC** I.514 ; 338 DC du 10 mars 1994, **RJC** I.585 ; 368 DC du 15 décembre 1995, **RJC** I.643 ; 381 et 382 DC du 14 octobre 1996, **RJC** I.683 et 684. La formule a depuis été reprise par le Conseil d'Etat : Cons. d'Et. 24 février 1999, *Association de patients de la médecine d'orientation anthroposophique*, **Lebon** p. 30.

<sup>3</sup> Voir par exemple : Denys de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica, 1996.

juridique, certains parlent d'une "hiérarchie des actes juridiques"<sup>4</sup> ou bien d'une "hiérarchie des textes"<sup>5</sup>.

Mon propos ici sera d'essayer de jeter davantage de lumière en la matière en m'appuyant sur un examen critique de la conception la plus élaborée et la plus répandue, celle de Hans Kelsen ; à partir de là, j'esquisserai, à travers l'exemple du droit français actuel et en m'en tenant uniquement au droit interne, une analyse plus nuancée qui me paraît mieux correspondre à la réalité.

\*

\*       \*

## I

### Observations sur la théorie Kelsénienne de la hiérarchie des normes juridiques

J'ai déjà eu l'occasion, voilà plus d'un quart de siècle, de présenter des "réflexions critiques autour de la conception Kelsénienne de l'ordre juridique"<sup>6</sup>. J'en reprendrai ici, pour l'essentiel, les grandes lignes en apportant sur certains points quelques approfondissements<sup>7</sup>.

#### A. Rappel des idées de Kelsen

La pensée Kelsénienne repose sur deux idées directrices. En premier lieu, les normes juridiques ne se donnent pas comme des normes relevant d'une même catégorie en raison des traits caractéristiques communs qui s'attacheraient individuellement à elles (par exemple, des normes ayant toutes tel type de contenu ou participant toutes de telle finalité sociale) : elles se présentent comme un tout, comme un "système" ou "ordre" et ne sont identifiables que par leur appartenance à cet ordre. Et le maître autrichien de

<sup>4</sup> Jean-Louis Quermonne, *op. cit.* ; Jean-François Lachaume, *La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français*, L.G.D.J., 1966.

<sup>5</sup> Jean Morange, "La hiérarchie des textes dans la Constitution du 4 octobre 1958", *Dalloz* 1959. Chron. p. 23 ; Claude Gour, "Hiérarchie des textes et respect de la légalité en droit public cambodgien", *Annales de la Faculté de Droit de Phnom-Penh*, vol. IV, 1962.

<sup>6</sup> *Rev. Dr. Publ.* 1978, p. 5s. J'y ai ajouté, par la suite, d'autres observations : cf. "Kelsen et les contradictions du positivisme juridique", *Arch. Phil. Dr.* tome 28, 1983, p. 271 s. ; "Ontologie du droit et logique déontique", *Rev. Dr. Publ.* 1992, p. 1005 s. ; "Le rôle de la volonté dans les actes juridiques selon Kelsen", *in Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Etudes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruylant, 2000, p. 36 s.

<sup>7</sup> Notamment pour dissiper les malentendus que ces réflexions avaient pu susciter : cf. Michel Troper, "La pyramide est toujours debout. Réponse à Paul Amselek", *Rev. Dr. Publ.* 1978, p. 1523 s.

préciser : "une pluralité de normes constitue une unité, un système ou un ordre, quand leur validité repose en dernière analyse sur une norme unique. Cette norme fondamentale (*Grundnorm*) est la source commune de la validité de toutes les normes appartenant au même ordre et elle en constitue l'unité. L'appartenance d'une norme à un ordre déterminé résulte uniquement de la possibilité de faire dépendre sa validité de la norme fondamentale qui est à la base de cet ordre"<sup>8</sup>.

En second lieu, selon Kelsen, l'ordre auquel appartiennent les normes juridiques présente nécessairement, comme tout ordre normatif, la caractéristique essentielle d'avoir une "structure hiérarchique"<sup>9</sup> : "l'ordre juridique, écrit-il, n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée (pour ainsi dire) d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques"<sup>10</sup>. A cet égard, il existerait deux types d'ordres normatifs. "Dans le premier, la validité des normes résulte de leur contenu, la conduite prescrite par chacune d'elles ayant une qualité immédiatement évidente, celle de pouvoir être rattachée à la norme fondamentale comme un concept particulier est subsumé sous un concept générique. Telles sont, par exemple, les normes morales interdisant le mensonge, la tromperie ou le parjure ; elles sont déduites d'une norme fondamentale prescrivant de dire la vérité. De même, à la norme fondamentale prescrivant l'amour du prochain se rattachent le devoir moral de ne pas léser autrui et celui d'aider ceux qui sont dans le besoin"<sup>11</sup>. Les normes morales formeraient, en d'autres termes, un ordre hiérarchique de type axiomatique : chacune de ces normes tirerait sa validité de la conformité de son contenu à une norme supérieure de contenu plus général ; on pourrait ainsi remonter à une norme morale fondamentale dans laquelle seraient contenues en quelque sorte toutes les autres "à la manière dont le particulier est contenu dans le général". Cette hiérarchie entre normes qui peuvent être extraites les unes des autres par simple opération logique de déduction, c'est ce que Kelsen appelle un "système de normes statique".

C'est à un tout autre système que correspondent les normes juridiques, - ce qu'il appelle un "système dynamique de normes". En effet, explique-t-il, une norme juridique, au contraire d'une norme morale, n'est pas valable simplement parce qu'elle a un certain contenu, mais uniquement parce qu'elle a

<sup>8</sup> **Théorie pure du droit**, 1<sup>ère</sup> éd., trad. Henri Thévenaz, La Baconnière, 1953, p. 113.

<sup>9</sup> **Op. préc.**, intitulé du chapitre IX p. 113.

<sup>10</sup> **Théorie pure du droit**, 2<sup>ème</sup> édit., trad. Charles Eisenmann, **Dalloz**, 1962, p. 299.

<sup>11</sup> **Théorie pure**, 1<sup>ère</sup> éd., p. 113-114 ; cpr. 2<sup>ème</sup> éd., p. 258.

été créée conformément aux prescriptions d'une norme juridique supérieure<sup>12</sup>. Il prend ainsi l'exemple de la contrainte exercée sur un individu que l'on emprisonne à la suite de sa condamnation par un tribunal : "pourquoi, demande-t-il, cette contrainte est-elle un acte juridique appartenant à un ordre juridique déterminé ? Parce qu'elle a été prescrite par une norme individuelle établie par un tribunal. Cette norme elle-même est valable parce qu'elle a été créée conformément au code pénal. A son tour, la validité du code pénal résulte de la Constitution de l'Etat qui fixe la procédure pour l'édiction des lois et désigne l'organe compétent"<sup>13</sup>. L'on voit par là que les normes composant un ordre juridique formeraient une pyramide ou hiérarchie d'un type assez spécial : au premier échelon, on trouverait les normes juridiques A déterminant comment certains organes peuvent édicter les normes juridiques B ; au deuxième échelon, les normes B détermineraient comment certains organes peuvent édicter les normes C ; et ainsi de suite. Les normes juridiques de chaque couche tireraient leur principe de validité des normes de la couche supérieure déterminant les conditions de leur édicition, et en même temps elles énonceraient les conditions d'édiction et donc de validité des normes de la couche inférieure, sauf au bas de l'échelle où l'on trouverait les normes juridiques finales prescrivant seulement une certaine conduite humaine, normes auxquelles correspondent non plus d'autres normes mais des actes matériels d'exécution. C'est un tel schéma qui rendrait compte, en particulier, de la hiérarchie allant des normes administratives et juridictionnelles aux normes législatives, puis aux normes constitutionnelles.

Mais précisément, observe Kelsen, si l'on remonte ainsi les degrés de la hiérarchie d'un ordre juridique, à un certain moment on arrive à un échelon dernier au bord du vide, faute de normes juridiques positives supérieures : c'est l'échelon des normes juridiques originaires. Tel est le cas, si l'on fait abstraction du droit international, de la Constitution. Pourquoi, en effet, la Constitution est-elle valable ? S'il s'agit d'une Constitution dérivée, issue de la révision d'une précédente Constitution, on peut certes répondre que c'est parce qu'elle a été édictée conformément aux dispositions de cette précédente Constitution fixant les conditions de sa révision. Mais on arrivera ensuite nécessairement à une Constitution historiquement première dont la validité ne peut plus être rapportée à une norme juridique positive supérieure et antérieure. Or

<sup>12</sup> Kelsen reconnaît que la norme supérieure peut contenir des dispositions relatives, non seulement à la procédure d'édiction de la norme inférieure, mais aussi au contenu – au fond – de cette dernière (**Théorie pure**, 2<sup>ème</sup> éd., p. 310 s.) ; mais même dans ce cas la norme inférieure n'est jamais valable que si – et parce que – elle est édictée selon les conditions prescrites, et non simplement parce qu'elle aurait de par elle-même un certain contenu.

<sup>13</sup> **Théorie pure**, 1<sup>ère</sup> éd., p. 115.

pour Kelsen il n'y a de norme que valable ; une norme est valable ou n'est pas : la validité est "le mode d'existence spécifique des normes"<sup>14</sup>. En conséquence, pour que les dispositions de la première Constitution puissent être considérées comme des normes authentiques et fonder la validité de toutes les autres normes positives de l'ordre juridique, force est de supposer leur propre validité ; et comme celle-ci ne peut découler que d'une norme, on doit supposer derrière elles – ultime échelon – une norme fondamentale : une norme fondamentale par définition même non posée, mais supposée, hypothétique, ne faisant pas partie du droit positif mais correspondant, dit Kelsen, à "une hypothèse logique-transcendantale"<sup>15</sup>. Selon cette norme fondamentale, "on doit se conduire de la façon que la Constitution prescrit"<sup>16</sup>, "il faut observer les règles contenues dans la première Constitution"<sup>17</sup>.

## B. Examen critique

1/ Les idées exposées par Kelsen appelleraient bien des observations. On peut, pour l'essentiel et en se cantonnant au seul droit interne, les articuler autour de trois axes.

- En premier lieu, ces idées reposent sur des pétitions de principe arbitraires et, à vrai dire, indéfendables. La conception même de l'ordre juridique ne saurait être retenue : ce qui donne à une norme sa nature de norme juridique, ce n'est pas sa prétendue appartenance à un ordre dont elle tirerait sa validité, mais la qualité de dirigeant public de son auteur et finalement la fonction même de direction publique des conduites – de gouvernance d'un peuple, dirait-on aujourd'hui – à laquelle elle participe<sup>18</sup>. C'est ce qui fait, notamment, que les

---

<sup>14</sup> **Théorie pure**, 2<sup>ème</sup> éd., p. 13.

<sup>15</sup> **Théorie pure**, 2<sup>ème</sup> éd., p. 266 s.

<sup>16</sup> **Théorie pure**, 2<sup>ème</sup> éd., p. 267.

<sup>17</sup> **Théorie pure**, 1<sup>ère</sup> éd., p. 38. Pour exposer plus fidèlement la pensée du maître autrichien, il faut préciser que, selon lui, on n'est fondé à supposer cette norme fondamentale derrière l'ensemble des normes juridiques positives que si ces dernières sont bien positives, c'est-à-dire si elles sont "en gros et de façon générale appliquées et observées" (**Théorie pure**, 2<sup>ème</sup> éd., p. 287) : pour Kelsen, en effet, le droit positif c'est, non seulement le droit posé, mais le droit posé "efficace", effectivement à l'œuvre. De sorte que, pour interpréter un ensemble de normes juridiques posées comme formant un ordre juridique "positif", il faut supposer à la fois que ces normes sont effectivement pratiquées, au moins d'une manière générale, et qu'une norme fondamentale fonde la validité de ces normes effectives et les constitue en ordre juridique positif.

<sup>18</sup> Je me permets de renvoyer sur ce point à des écrits antérieurs : "L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann", *in La pensée de Charles Eisenmann*, sous ma direction, Economica-P.U.A.M., 1986, p. 49 s. ; "Le droit, technique de direction publique des conduites

normes édictées par le premier Constituant apparaissent d'emblée comme des normes juridiques. Ce qu'on appelle "ordre" ou "système" juridique, c'est simplement l'ensemble des normes juridiques en vigueur dans un Etat, avec la connotation d'arrière-plan que les normes juridiques ainsi mises en vigueur, pour être des outils de direction des conduites satisfaisants et praticables sans problème, doivent s'accorder entre elles, former – mais au niveau de leur contenu, que Kelsen prétend précisément ne pas prendre en considération en tant que tel – un ensemble harmonieux, cohérent, "ordonné" ou "systématique". Il y a, du reste, une contradiction chez Kelsen lui-même puisqu'il définit par ailleurs les normes juridiques en fonction d'un élément qui leur serait intrinsèque, en l'occurrence un élément de leur contenu : les normes juridiques seraient, en particulier à la différence des normes morales, des normes prescrivant des comportements sous peine de sanctions coercitives ; dès lors, une norme édictée par le législateur conformément à la procédure législative organisée par la Constitution devrait être considérée comme appartenant à l'ordre juridique et cependant, selon Kelsen, si cette norme prescrit un comportement sans que soit prévue une sanction à caractère contraignant, elle "ne peut pas être interprétée comme une norme juridique"<sup>19</sup>.

Est également une pure pétition de principe l'affirmation selon laquelle il n'y a que des normes "valables" et qu'une norme est "valable" ou n'est pas. Comment peut-on sérieusement soutenir qu'une réglementation édictée par une autorité publique selon une procédure irrégulière ne serait pas une réglementation, une réglementation entachée d'irrégularité certes, mais une réglementation ? Comment une chose pourrait-elle perdre sa nature propre, qui lui est donnée par ses éléments constitutifs intrinsèques, en fonction de la valeur qui lui est imprimée de l'extérieur par un jugement ? La pensée de Kelsen sur ce point encore a, de toute évidence, un parfum d'aporie.

---

humaines", *Droits*, 1989-10, p. 7 s. ; "Le locutoire et l'illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques", *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1990-3, p. 405 s.

<sup>19</sup> *Théorie pure*, 2<sup>ème</sup> éd., p. 71. Le caractère paradoxal des vues de Kelsen apparaît clairement dans ces lignes bien embarrassées : "Si par le terme *droit* on entend ce qui appartient à un certain système juridique, alors est droit tout ce qui est créé suivant la procédure prescrite par la Constitution sur laquelle se fonde l'ordre. Cela ne veut pas dire toutefois que tout ce qui est créé selon cette procédure est du droit au même titre qu'une norme juridique. Le produit de cette procédure est une norme juridique seulement s'il a pour objet de régler la conduite humaine, et s'il règle la conduite humaine en prévoyant un acte de contrainte à titre de sanction" (*Théorie générale du droit et de l'Etat*, trad. Béatrice Laroche et Valérie Faure, Bruylant-L.G.D.J., 1997, p. 177). On notera que la norme fondamentale supposée à la base de l'ordre juridique n'est pas elle-même une norme juridique (même hypothétique) puisqu'elle n'est assortie d'aucune sanction.

- En second lieu, ce que Kelsen nous présente, à propos des ordres juridiques, comme une hiérarchie "dynamique" de normes n'est pas, à proprement parler, une hiérarchie de normes. Quels sont, en effet, les termes de la relation hiérarchique dont il fait état ? A l'échelon supérieur, on trouve la norme (ou la couche de normes) A qui règle, non pas la norme B, mais l'opération d'édiction de la norme B, - ce qui est normal puisque les normes juridiques sont des règles *de conduite* : par exemple, les normes constitutionnelles énoncent les conditions d'édiction des lois ; ce qui est soumis à ces normes constitutionnelles supérieures, ce ne sont pas les normes législatives elles-mêmes, mais les actes d'édiction des normes législatives qui doivent être en conformité avec les conditions prescrites. Autrement dit, la relation hiérarchique décrite est une relation de norme juridique à acte juridique, à acte d'édiction d'une norme : ce n'est pas une relation de norme à norme. Ce n'est que médiatement, par l'intermédiaire de l'acte normateur qu'elle régit, qu'une norme juridique constitue le fondement de validité d'une autre. Kelsen confond ainsi norme et acte normateur, norme juridique et acte d'édiction d'une norme juridique<sup>20</sup>.

Cette mise au point éclaire du même coup le dernier échelon, de prime abord assez insolite, au bas de la hiérarchie conçue par lui : à ce niveau ultime, il est question justement d'une relation de norme à acte matériel d'exécution, alors que selon Kelsen à tous les autres échelons on aurait une relation de norme à norme. En réalité, à tous les échelons de sa prétendue "hiérarchie des normes juridiques", on se trouve en présence d'une relation de norme à acte ; mais tantôt il s'agit d'acte normateur, d'*acte juridique* comme on dit, tantôt il s'agit d'acte non normateur, d'*acte matériel*.

- Enfin, en troisième lieu, les vues développées par Kelsen sont entachées d'irréalisme à bien des égards. Que le droit "présente cette particularité de régler lui-même sa propre création"<sup>21</sup> ne confère pas nécessairement aux ordres juridiques positifs la structure pyramidale qu'il leur prête : on ne trouve nullement en pratique dans tous les systèmes juridiques une distribution linéaire des normes juridiques par couches qui régleraient chacune les

<sup>20</sup> Comme il lui a été justement reproché par Duguit (cf. Carlos Miguel Herrera, "Duguit et Kelsen : la théorie juridique de l'épistémologie au politique", *in La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, sous la direction d'Olivier Beaud et Patrick Wachsmann, Presses Univ. Strasbourg, 1997, p. 325 s.) ou encore par Carl Schmitt à travers son opposition du "décisionnisme" au pur "normativisme" Kelsénien (voir les pertinentes observations d'Olivier Beaud dans sa Préface à l'édition française de l'ouvrage de Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., 1993, p. 26 s. ; également Jean-Cassien Billier et Aglaé Maryoli, *Histoire de la philosophie du droit*, Armand Colin, 2001, p. 170 s.).

<sup>21</sup> *Théorie pure*, 2<sup>ème</sup> éd., p. 299.

conditions d'édiction des normes de la couche inférieure. En particulier, ce n'est certainement pas sur un tel schéma que s'articulent, dans le droit positif français, les normes constitutionnelles, les normes législatives et les normes administratives et juridictionnelles : ainsi, par exemple, actuellement le pouvoir du Premier ministre de prendre des décrets n'est pas reconnu par la loi mais par la Constitution, ce qui devrait revenir selon la conception Kelsénienne à placer les lois et les décrets dans la même couche, sur le même échelon hiérarchique ; de la même façon, les ministres ne sont pas nécessairement habilités à prendre des arrêtés en vertu de décrets du Premier ministre mais aussi, le cas échéant, de dispositions législatives (c'est le cas pareillement pour bien d'autres autorités administratives). En d'autres termes, la réalité, c'est-à-dire en l'occurrence la réglementation juridique des édictions de règles de droit, est beaucoup plus complexe, plus enchevêtrée que ne l'expose Kelsen : les différentes autorités publiques tirent le principe de leurs compétences normatrices de catégories de normes juridiques les plus diverses qui ne s'articulent nullement, de ce point de vue, selon un fil continu d'édications, sur le fondement de normes supérieures antécédentes, de normes fondant l'édiction de normes inférieures subséquentes.

Mais l'irréalité culmine, assurément, avec la "norme fondamentale supposée" imaginée par le maître autrichien et que je serais tenté de tenir pour la coquecigrue la plus fameuse de toute la littérature philosophico-juridique : cette *Grundnorm*, en effet, est censée être à la fois à dimension subjective ou transcendantale, fruit discrétionnaire du cerveau du théoricien dans l'exercice de la "fonction de connaissance"<sup>22</sup>, et à dimension objective ou transcendante, en tant que norme de conduite à suivre ajoutée à la réalité juridique observée par le théoricien et complétant, en s'y intégrant, la hiérarchie des normes juridiques posées par des actes de volonté. D'un côté, un acte de connaissance qui aurait des effets prescriptifs, et, de l'autre côté, une norme de conduite supposée en vigueur comme par enchantement, sans avoir fait l'objet d'un acte de commandement ! Finalement, Kelsen a admis à partir de 1964 que la supposition de cette norme fondamentale ne correspondait pas vraiment à une "hypothèse logique-transcendantale" comme il l'avait longtemps soutenu en se réclamant, de manière totalement inappropriée, de l'analytique transcendantale développée par Kant dans sa **Critique de la raison pure**<sup>23</sup> : il s'agirait,

<sup>22</sup> **Théorie pure**, 2<sup>ème</sup> éd., p. 273 note 1.

<sup>23</sup> Si Kelsen a souvent invoqué dans ses écrits la pensée Kantienne, il n'en a jamais eu en réalité qu'une connaissance assez superficielle, spécialement s'agissant de la logique transcendantale (cf. à ce propos : A. Wilson, "Is Kelsen really a Kantian ?", *in Essays on Kelsen*, sous la direction de R. Tur et W. Twining, Oxford, 1986 ; Günther Winkler, **Rechtstheorie und Erkenntnislehre**, Vienne, 1990, p. 134 s.). Le maître autrichien a d'ailleurs reconnu lui-même les limites de ses lumières dans ce domaine et sollicité l'indulgence des philosophes chevronnés



désormais, non plus d'une démarche logique, mais d'une démarche d'imagination du théoricien, consistant à affabuler des faits historiques fictifs, à supposer (au sens de : *faire comme si*, inventer une réalité virtuelle) une autorité – imaginée pour les besoins de la cause – supérieure au premier Constituant, qui aurait édicté une norme imposant d'obéir aux règles émises par ce dernier<sup>24</sup>. Prêter une telle démarche à la "science du droit" est une attitude pour le moins étonnante de la part de celui qui s'est constamment fait le champion de la pensée positiviste et le pourfendeur impitoyable des égarements métaphysiques. Plus étonnant encore : c'est uniquement grâce à une fiction discrétionnairement imaginée par le théoricien<sup>25</sup> que les *Sollen* effectivement émis par les autorités publiques seraient des normes juridiques "valables", donc réelles et constitueraient un ordre juridique véritable, hiérarchiquement structuré. Autrement dit en matière juridique, la réalité dépendrait de la fiction ...

L'irréalisme de l'analyse Kelsénienne de la hiérarchie de l'ordre juridique a fait couler beaucoup d'encre ; en particulier, on le sait, Raymond Carré de Malberg l'a magistralement mis en lumière en examinant cette analyse à l'aune des données du droit positif français dans un célèbre ouvrage publié en 1933<sup>26</sup>. Il s'était, à l'époque, attiré cette bizarre réplique d'un zélateur de la théorie pure, le tchèque Frantisek Weyr : "un ordre juridique n'a pas pour tâche d'établir des théories, et il ne saurait être invoqué ni contre ni pour une conception scientifique donnée. Or Carré de Malberg prétend justement confronter dans son livre ce qui, de par sa nature, ne saurait être confronté, à savoir un système de normes ... avec une théorie scientifique"<sup>27</sup>. Quel intérêt peut bien avoir alors cette soi-disant "théorie scientifique" des ordres juridiques si elle ne rend pas compte des ordres juridiques positifs ? C'est justement le

---

(*Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen, 1920, p. VI ; cf. Carlos Miguel Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Ed. Kimé, 1997, p. 37).

<sup>24</sup> Kelsen se situe ici, non plus dans le lignage de Kant, mais dans celui d'un autre philosophe allemand, Hans Vaihinger, et de son étrange théorie du "*als ob*". Sur cette évolution de la pensée Kelsénienne, voir ma contribution déjà citée dans *Etudes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, p. 45 s.

<sup>25</sup> Kelsen a toujours reconnu que la "science du droit" n'était pas obligée de faire la "supposition fondamentale" : *Théorie pure*, 2<sup>ème</sup> éd., p. 294 ; *Théorie générale des normes*, trad. Olivier Beaud et Fabrice Malkani, P.U.F., 1996, p. 343 s.

<sup>26</sup> *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degré avec les institutions et les idées consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Sirey, 1933.

<sup>27</sup> Frantisek Weyr, "La *Stufentheorie* de la théorie pure du droit vue par un français", *Revue Internationale de Théorie du Droit*, VIII-1934, p. 236 (cette revue avait été fondée en 1926 par Kelsen, Duguit et Weyr).

mérite – le seul – de cette réflexion de Weyr que d'inviter à sonder les préoccupations d'arrière-plan de la conception Kelsénienne.

2/ Effectivement, le souci véritable de Kelsen n'est pas de rendre compte des expériences juridiques positives, mais bien plutôt de chercher des solutions à deux problèmes métaphysiques qui le hantent.

- Son premier problème est de fournir un habillage théorique ayant des apparences de cohérence et de crédibilité à son idée de base qu'il a reprise de Kant mais qu'il n'a jamais vraiment approfondie<sup>28</sup>, qui est toujours restée vague et obscure dans sa pensée avec des contours extrêmement flous, à savoir l'idée d'une séparation radicale du *Sein* et du *Sollen*, de l'être et du devoir-être, ces deux termes étant confusément conçus chez lui à la fois comme deux principes logiques – deux registres de pensée différents – mais aussi comme deux réalités ou mondes différents, le monde des faits et celui des normes. Cette conception dualiste – dichotomique – l'a notamment amené à forger le curieux concept de "substrat modalement indifférent" pour tenter laborieusement d'expliquer le jugement des conduites humaines par rapport à des normes, c'est-à-dire la mise en relation de deux données en principe irréductibles, relevant d'univers différents, et donc "incommensurables"<sup>29</sup>. Mais surtout la coexistence de ces deux mondes parallèles impliquait nécessairement de concevoir le monde des normes comme un monde en circuit fermé, s'alimentant à lui-même : de là l'idée de Kelsen qu'il ne peut y avoir des normes pures et simples, mais seulement des normes *valables*, c'est-à-dire pour lui à la fois édictées conformément à d'autres normes et obligatoires en conséquence (comme si les deux choses étaient les facettes indissociables d'une même réalité)<sup>30</sup>. Un simple acte d'autorité, accompli dans l'espace et dans le temps, ne saurait suffire à ses yeux à créer une norme : du *Sein* ne peut jaillir du *Sollen* ; une norme n'est norme qu'en fonction d'une autre dont elle tire son existence même. Ce qui conduit à cette vision "dynamique" de l'ordre juridique ramené à des cascades d'édictions de normes inférieures en vertu de normes supérieures, avec en dernier lieu une norme

<sup>28</sup> Il l'a reconnu lui-même de nombreuses fois : par exemple, **Théorie pure**, 2<sup>ème</sup> éd., p. 7 s., ou encore **Théorie générale des normes**, p. 79.

<sup>29</sup> **Théorie générale des normes**, p. 77.

<sup>30</sup> "Par le mot *validité* (*Geltung*), nous désignons le mode d'existence spécifique des normes ... Dire qu'une norme se rapportant à la conduite d'êtres humains est *valable* (*gilt*), c'est affirmer qu'elle est *obligatoire* (*verbindlich*), que ces individus doivent se conduire de la façon qu'elle prévoit" (**Théorie pure**, 2<sup>ème</sup> éd., p. 13 et 255). Les expériences juridiques laissent pourtant apparaître de multiples exemples de normes non valables, irrégulièrement édictées, mais qui n'en restent pas moins applicables et auxquelles on est tenu d'obéir tant qu'elles ne sont pas mises hors vigueur.

fondamentale supposée qui est en quelque sorte la béquille – la pièce rapportée ou prothèse – qui soutient tout le système et a pour fonction d'en assurer la fermeture. Comme s'il ne pouvait pas y avoir – et que l'histoire ne montrait pas de multiples exemples – d'actes proprement "constituants" ou originaires de commandement juridique, sans habilitation d'une autre norme juridique antérieurement édictée. Mais la norme fondamentale supposée était nécessairement impliquée dans la présupposition – parfaitement gratuite – qu'une norme est "valable" ou n'est pas<sup>31</sup>.

- Le second problème qui préoccupe Kelsen, à l'instar de beaucoup de positivistes, est un étrange héritage de la pensée jusnaturaliste : ce problème, c'est celui dit du "fondement du droit", - entendons du caractère obligatoire du droit. Dans l'optique du jusnaturalisme, il ne s'agit pas d'un simple problème d'analyse des actes d'autorité des dirigeants publics, problème qui appellerait une réponse de caractère tautologique : on doit obéir aux normes juridiques posées, c'est-à-dire mises en vigueur, par les dirigeants publics parce que justement elles ont été mises en vigueur, cet acte d'autorité impliquant de par sa nature même (et ceci vaut pour tous les actes d'autorité qui sont couramment accomplis, pas seulement dans le domaine juridique) que les normes énoncées sont "applicables", à appliquer, qu'elles doivent être mises en œuvre à travers leur conduite par ceux qu'elles concernent. Dans la tradition moraliste du jusnaturalisme, ce problème du "fondement du droit" est un problème d'éthique civique qui concerne le fond de la politique juridique et les relations entre les dirigeants publics et les citoyens dirigés : pourquoi ceux-ci doivent-ils effectivement se plier aux normes juridiques édictées par ceux-là, à partir de quand au contraire sont-ils fondés à cesser de s'y conformer ? A ces questions la réponse apportée, c'est que l'on n'est tenu d'obéir au droit positif que dans la mesure où il s'agit, par son contenu, d'un droit authentique, "valable", conforme à un modèle transcendant – droit naturel ou justice naturelle – conçu comme émanant de la volonté divine ou inscrit dans la nature des choses.

---

<sup>31</sup> On relèvera, au passage, une double incohérence chez Kelsen. D'une part, sa norme fondamentale, pour rendre valable la première Constitution, devrait être elle-même valable, ce qui condamne (même en imagination) à une *regressio in infinitum*, - à moins que la supposition fondamentale ne soit ambivalente et ne revienne à supposer à la fois une norme fondamentale valable et dont la validité ne découlerait pas d'une autre norme ; mais cette dernière supposition est un non-sens dans le système de pensée du maître autrichien puisque la valeur d'une norme ne peut lui être donnée que par une autre norme. D'autre part, les positions positivistes de Kelsen l'ont amené, de toutes manières, à tempérer par ailleurs ses vues dualistes et à admettre que l'effectivité d'une norme (donc du *Sein*) conditionnait le maintien de sa validité (découlant pourtant d'une autre norme) et commandait ainsi sa survie.

Assez bizarrement, tout en prétendant répudier catégoriquement les démarches moralistes et métaphysiques des jusnaturalistes, mais sous l'emprise insidieuse du mode de pensée multiséculaire enraciné par eux dans les esprits, les positivistes ont continué à se poser la question du "fondement du droit", du "fondement du caractère obligatoire du droit", mais comme s'il ne s'agissait pas d'un problème de morale civique, mais d'un problème de connaissance du droit qui se posait à eux et qui appellerait une réponse purement objective, "positiviste", à la différence des réponses jusnaturalistes. C'est ce problème moral qu'il prétend traiter autrement que comme un problème moral qui se trouve lui aussi chez Kelsen en arrière-plan de sa conception de la hiérarchie de l'ordre juridique. Tout en continuant à penser comme dans les courants jusnaturalistes – et ainsi que le lui a justement reproché le penseur danois Alf Ross – qu'il n'y a de normes juridiques véritables que "valables" et que ce n'est que parce qu'elles sont valables qu'elles sont "obligatoires" et doivent être obéies par les citoyens, Kelsen a cru pouvoir se démarquer radicalement du jusnaturalisme en soutenant que cette validité ne leur vient pas des modalités de leur contenu envisagé en lui-même et pour lui-même, mais des modalités de leur édicition : chaque norme juridique tire sa validité, et conséquemment son caractère obligatoire, de la conformité de son édicition aux conditions prescrites par une norme juridique supérieure, elle-même édictée conformément à une norme supérieure, jusqu'à la première Constitution édictée elle indépendamment d'une norme supérieure posée ; son caractère obligatoire pour les citoyens, dont dépend le caractère obligatoire de toutes les autres normes de l'ordre juridique, ne pourrait s'expliquer objectivement – si l'on ne veut pas verser dans des échappatoires métaphysiques – qu'en supposant une norme fondamentale prescrivant précisément d'obéir à ses dispositions. Aux prises avec un faux problème, il n'est pas surprenant que Kelsen aboutisse en définitive à une pseudo-solution, qui se ramène à cette lapalissade : pour pouvoir objectivement avancer qu'on doit obéir au droit, il faut supposer ... qu'on doit obéir au droit<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Tout à son souci de fonder le caractère obligatoire du droit, Kelsen ne s'est pas rendu compte d'une inconséquence dans sa pensée : la norme fondamentale, en effet, ne règle pas les modalités d'édicition de la première Constitution et ne confère donc pas de validité à cette dernière, même si elle prescrit de s'y conformer ; la première Constitution ne devrait donc pas être considérée comme une norme véritable, c'est-à-dire valable, et ne devrait pas davantage être susceptible de rendre valables et donc obligatoires les édicitions effectuées sur sa base.

## II

### Essai d'élucidation de la hiérarchie des normes juridiques à travers l'exemple du droit français

Derrière les vues exposées par Kelsen, il y a une intuition exacte suggérée par l'expérience juridique et qui leur donne une apparence de crédibilité. Mais cette intuition demande à être élucidée correctement, sans arrière-pensée visant à répondre à d'autres préoccupations. Et surtout elle doit être élucidée à la lueur des données contingentes du droit positif et non pas, comme l'a fait Kelsen dans le sillage du mode de pensée criticiste de Kant, d'un point de vue purement logique et abstrait<sup>33</sup> : il s'agit, en effet, d'un problème de dogmatique juridique, d'analyse du droit positif, et non pas du tout d'un problème ontologique touchant à l'essence même du droit et des normes juridiques. C'est pourquoi je m'appuierai ici sur l'exemple du droit français contemporain (précision étant faite que l'on retrouve, comme pour bien d'autres questions juridiques, des données comparables dans les autres systèmes juridiques en vigueur). Je commencerai par esquisser une première approche générale de la hiérarchie des normes juridiques en droit français ; puis j'y apporterai des précisions complémentaires.

#### A. Approche générale

On trouve bien dans le système juridique français l'illustration d'une authentique hiérarchie des normes ; laquelle est l'écho – sous réserve des nuances et approfondissements qui seront apportés plus loin – d'une hiérarchie entre les autorités juridiques elles-mêmes. Cette hiérarchie s'apparente en fait davantage à ce que Kelsen appelle "hiérarchie statique" qu'à ce qu'il dénomme "hiérarchie dynamique" : elle consiste, en effet, en ce que les normes juridiques B, édictées par les autorités B, doivent avoir un contenu en conformité ou en tout cas en compatibilité avec le contenu des normes juridiques A édictées par les autorités supérieures A et applicables dans le même domaine, sinon les actes d'édition des autorités B – et donc les normes B édictées – se trouvent entachées d'irrégularité. On voit la différence par rapport à la conception

---

<sup>33</sup> D'autant qu'en pratique les données juridiques en cause ne sont pas toujours très nettes ni exemptes de contradictions (comme en témoignent, de façon particulièrement éclatante, les divergences actuelles entre la Cour de Justice des Communautés Européennes et la Cour Européenne des Droits de l'Homme, d'une part, et, d'autre part, les juridictions internes françaises au sujet de la primauté des normes constitutionnelles nationales ou des normes européennes).

Kelsénienne : les actes normateurs des autorités B ne tirent pas nécessairement leur principe de validité des normes A qui habiliteraient ces autorités à édicter ces normes et fixeraient les modalités de cette édicition. Simplement, les dispositions B édictées pour réglementer un certain secteur d'activité ne doivent pas être en désaccord avec les dispositions A applicables au même secteur ; en cas d'antinomie, ce sont les dispositions A qui prévaudront sur les dispositions B et feront apparaître ces dernières comme affectées d'incorrection juridique<sup>34</sup>.

Cette hiérarchie des normes permet donc en pratique de résoudre les éventuels conflits entre normes édictées. Mais surtout elle correspond à un principe d'aménagement des compétences respectives des autorités publiques : la subordination du contenu des normes B au contenu des normes A correspond à une limitation des compétences des autorités B par rapport aux compétences des autorités A. Si cette limitation – et la hiérarchie des normes qui la reflète – fait parfois l'objet de dispositions juridiques expresses ponctuelles<sup>35</sup>, elle reste pour l'essentiel purement implicite, inhérente à l'organisation générale des pouvoirs publics et, dans cette mesure, "nulle part exprimée", pour reprendre la formule de Jean-Louis Quermonne<sup>36</sup>. L'organisation des pouvoirs publics est caractérisée, en effet, pratiquement dans tous les Etats, par une structure hiérarchique, pyramidale. Dans son principe général, cette structure hiérarchique correspond au dessein de donner compétence aux autorités supérieures pour édicter des normes s'imposant au respect des autorités subalternes, servant de cadre à leur propre production normative et qu'elles ne

---

<sup>34</sup> Ce qui ne veut pas dire qu'elles cesseront pour autant d'être applicables : tout dépend des mécanismes sanctionneurs prévus par ailleurs. En règle générale, elles resteront en vigueur jusqu'à leur invalidation par voie juridictionnelle ou administrative, encore que dans certains cas leur applicabilité puisse être bloquée au coup par coup par voie d'exception. Leur applicabilité peut se prolonger davantage lorsqu'elles bénéficient d'une immunité juridictionnelle (cas, par exemple, de la loi inconstitutionnelle au fond avant 1958 ou même depuis 1958 quand le Conseil Constitutionnel n'a pas été saisi avant promulgation et tant qu'il n'est pas saisi par la suite d'une nouvelle loi modificatrice ; cas des lois référendaires qui échappent au contrôle du Conseil Constitutionnel ; cas aussi des décisions administratives qui appliquent une loi contraire à la Constitution ou qui sont, de toutes manières, insusceptibles d'annulation par le juge du fait de la forclusion des délais de recours contentieux), voire également d'une immunité administrative (cas des décisions administratives créatrices de droits, qui ne peuvent en principe être retirées ou abrogées au-delà d'un certain délai, actuellement un délai de quatre mois à compter du jour où la décision a été prise : Cons. d'Et. 26 octobre 2001, *Ternon*, **Lebon**, p. 497).

<sup>35</sup> Voir, par exemple, la disposition de l'article 55 de la Constitution selon laquelle "les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie".

<sup>36</sup> Constat repris par Denys de Béchillon : "la hiérarchie des normes n'est nulle part décidée. Ou plutôt, elle l'est partout" (**op. cit.**, p. 36).

pourront contredire, modifier ou abroger totalement ni partiellement, qu'elles pourront seulement *appliquer*, c'est-à-dire mettre en œuvre, préciser, adapter, mais sans remettre en cause l'intégrité de leur contenu et en restant toujours en accord avec elles<sup>37</sup>.

Cette structure du commandement public, que l'on retrouve partout aujourd'hui, n'a rien de mystérieux : il s'agit d'une technique inhérente aux organisations complexes de commandement, par opposition aux systèmes plus frustes de commandement entièrement exercé par un seul et même organe<sup>38</sup>. Les organisations militaires, notamment, reposent sur une technique identique à travers laquelle se déploie, particulièrement en temps de guerre, un processus de concrétisation croissante des prises de décisions, - ce que recouvre l'idée de "manœuvre" : au sommet l'inspiration générale, la grande tactique ou stratégie élaborée par le haut commandement et qui est ensuite mise en œuvre, précisée, adaptée aux différents échelons inférieurs de la hiérarchie. L'organisation du pouvoir public – de la puissance publique – dans les Etats s'articule selon une semblable technique de commandement, avec une chaîne d'autorités publiques

<sup>37</sup> Sur ce qu'implique en l'occurrence l'idée même d'*application*, voir les pénétrantes observations de Jean-Claude Venezia sur "les mesures d'application", *in Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 673 s. Comme l'avait lumineusement aperçu Charles Eisenmann avec sa distinction entre *rapport de conformité* et *rapport de compatibilité* (« Le droit administratif et le rapport de légalité », *Etudes et Documents du Conseil d'Etat*, n°11, 1957, p. 25 s.), la compétence d'application de normes supérieures peut consister à prendre des mesures de concrétisation se déduisant logiquement de ces normes à la manière dont le particulier se déduit du général ; mais elle peut aussi, le cas échéant, consister en l'édiction de mesures d'aménagement ou adaptation qui, sans être un développement logique des normes supérieures, ne soient pas en contrariété -en conflit ou antinomie- avec elles et donc les respectent en ce sens (soient, comme disait Eisenmann, en « rapport d'harmonie » avec elles) : dans les deux cas, il y a bien une « relation de subordination » entre les normes en présence, contrairement à l'opinion émise par Pierre Mouzet (« Le rapport de constitutionnalité », *Rev. Dr. Publ.*, 2007, p. 961 s.). C'est bien à tort, en effet, que cet auteur prétend que « la compatibilité peut être un rapport horizontal, entre normes de même niveau, tandis que la conformité suppose un rapport vertical » (p. 961) : en réalité, on peut établir objectivement une relation aussi bien de conformité ou non-conformité que de compatibilité ou incompatibilité entre n'importe quelles sortes de normes, y compris des normes juridiques et non-juridiques ; par contre, lorsque les normes émises par X doivent être conformes à ou compatibles avec les normes émises par Y, il y a bien par là un rapport « vertical » de « subordination ».

<sup>38</sup> Il est à rappeler, à cet égard, que le mot "hiérarchie" (apparu dans la langue française vers 1332 sous la forme *gerarchie*, devenue vers 1545 *hiérarchie*) était à l'origine un terme de théologie dérivé du latin ecclésiastique *hierarchia*, lui-même dérivé du grec ecclésiastique *hierarkhia* qu'on traduit généralement par "gouvernement des choses sacrées" ; il serait plus exact de dire "aménagement du commandement des puissances sacrées", *arkha* évoquant précisément l'idée de commandement et *hieros* l'idée à la fois de sacré et d'auguste, de puissant. On parlait initialement de hiérarchie à propos de l'ordre et de la subordination des différents chœurs des anges ; puis, passant du domaine céleste au domaine terrestre, le terme a été étendu vers la fin du XIV<sup>ème</sup> siècle à l'organisation du pouvoir ecclésiastique, et plus tard (vers le milieu du XIX<sup>ème</sup> siècle) à l'organisation du pouvoir militaire. Le concept même de hiérarchie correspond ainsi, étymologiquement, à l'idée d'une distribution du commandement entre une pluralité d'autorités de rang différent.

hiérarchisées à laquelle correspond (sous les réserves qu'on verra plus loin) une chaîne de compétences normatrices allant de compétences supérieures de principe vers des compétences subordonnées d'application ou exécution de plus en plus concrète, laissant de moins en moins d'espace à l'initiative. Plutôt que d'une "chaîne" de commandement, il faudrait d'ailleurs parler d'un "réseau", pour tenir compte de la complexité que revêt en pratique ce circuit du pouvoir public : il n'est pas purement linéaire ou vertical, en effet, mais se déploie aussi en ramifications, embranchements et sous-embranchements. C'est, en particulier, cette hiérarchie des autorités publiques et de leurs compétences normatives qui est reflétée en droit français par la hiérarchie des normes constitutionnelles, législatives, administratives (avec à l'intérieur de cette dernière catégorie, et pour s'en tenir aux autorités administratives étatiques, la hiérarchie des normes respectivement édictées par le Président de la République et le Premier ministre, les ministres, les préfets, les sous-préfets, les maires).

Cette hiérarchie des normes juridiques illustrée par le droit positif français fait souvent, dans la doctrine, l'objet d'analyses syncrétiques. On tend, sous l'influence notamment des idées mises en circulation par Kelsen, à la ramener à cette idée trop générale que tout acte normateur doit respecter des règles et que celles-ci sont dès lors "supérieures" aux normes à édicter. Particulièrement représentative de cette tendance est l'analyse que Jean Rivéro a longtemps faite du "caractère hiérarchisé des règles de droit" dans son manuel de droit administratif<sup>39</sup> : "du sommet à la base, les règles, selon l'étage où elles se situent, sont tenues de respecter les règles supérieures, et s'imposent à celles des échelons subordonnés ... Lorsque l'on dit d'un acte qu'il doit respecter la règle qui lui est supérieure, on entend par là deux choses. D'une part, l'acte doit se conformer aux dispositions qui le concernent directement, en posant notamment les conditions de compétence et de forme qui commandent sa validité. D'autre part, l'acte, dans son contenu, doit respecter les règles supérieures applicables à la même matière : il ne peut les contredire de façon expresse ou même implicite ; il peut seulement les compléter, les préciser, les adapter aux données concrètes ou les appliquer au cas concret". On voit, à travers ces lignes, que ce grand maître, à l'instar de beaucoup d'autres éminents administrativistes<sup>40</sup>, assimile sous la même idée de hiérarchie des règles deux cas de figure très différents. Seul celui qu'il évoque en second lieu correspond

---

<sup>39</sup> **Droit administratif**, Dalloz. Cette analyse a été maintenue jusqu'à la 19<sup>ème</sup> édition de 2002 (p. 79-81 ; c'est à cette édition qu'il sera fait référence au texte). Elle a été opportunément corrigée en 2004 dans la 20<sup>ème</sup> édition refondue par Jean Waline (p. 268).

<sup>40</sup> Par exemple Jean-François Lachaume, **op. cit.**, p. 89 s.



authentiquement à une hiérarchie de normes, lorsque les normes édictées par une autorité publique A doivent, pour être valables, avoir un contenu s'accordant avec celui des normes émises dans le même domaine par d'autres autorités publiques et que l'autorité A ne peut contredire mais seulement appliquer : on est ici en présence de compétences normatrices s'exerçant parallèlement à différents niveaux. Le second cas de figure mentionné correspond, lui, à la conception Kelsénienne : lorsque la règle A en vigueur énonce les conditions d'édition par telle autorité des normes B, cette autorité est tenue de respecter cette réglementation de ses compétences normatrices. Dans une telle hypothèse, il n'y a pas de problème de conflit entre deux normes antinomiques susceptibles de se poser : il y a simplement soumission d'une autorité à une réglementation qui régit ses actes normateurs ; il n'est pas besoin de parler de hiérarchie de normes pour expliquer que cette autorité, à l'instar de tout sujet de droit, doit respecter les règles qui s'appliquent à ses actes, en l'occurrence ses actes d'édition de normes juridiques. L'amalgame qui est ainsi fait donne une image brouillée de la hiérarchie proprement dite des normes juridiques. Peu importe qu'en pratique il puisse y avoir conjugaison de ces deux cas de figure, qu'une autorité supérieure puisse à la fois énoncer des règles de principe concernant un certain secteur et habiliter sous certaines conditions une autorité subordonnée à les appliquer : il n'empêche qu'on doit, même dans cette hypothèse, distinguer la simple obéissance de l'autorité inférieure à la réglementation de sa compétence normatrice et son obligation, en tant qu'exerçant une compétence d'application, d'édicter dans le secteur en cause des normes ayant un contenu en accord avec les règles de principe édictées par l'autorité supérieure. Et c'est bien ce qu'exprime la distinction en droit administratif, parmi les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir, de l'incompétence ou du vice de forme et de la "violation directe de la loi".

## **B. Précisions complémentaires**

Il se dégage des développements précédents que la hiérarchie des normes juridiques, qui caractérise très généralement les ordres juridiques nationaux, tient à la nature des compétences respectivement en cause, cette nature pouvant être explicitée dans la réglementation juridique elle-même (c'est le cas, par exemple, de la disposition de l'article 21 de la Constitution chargeant le Premier ministre de "l'exécution des lois"), mais pouvant aussi rester purement implicite (par exemple, aucune disposition constitutionnelle ne précise expressément que les décrets du Président de la République, dans la mesure où ils interviennent

dans des matières législatives, correspondent aussi à des compétences d'exécution des lois, ou encore aucune disposition de la Constitution ne pose expressément – il n'en était pas davantage besoin – que le législateur ou les autorités réglementaires ont des compétences exécutives au regard des dispositions constitutionnelles de fond). On voit ainsi que la hiérarchie des ordres juridiques ressortit, non pas à une théorie des normes juridiques envisagées en elles-mêmes et pour elles-mêmes comme l'a cru Kelsen, mais plus exactement à une théorie des compétences des autorités publiques, qui n'a guère été vraiment approfondie par le Chef de l'Ecole Normativiste<sup>41</sup>.

Les analyses couramment répandues qui ne tiennent pas compte de cette donnée introduisent de la confusion dans cette matière et aboutissent inévitablement à se mettre en contradiction avec les solutions du droit positif. Certaines de ces analyses apparaissent totalement erronées, allant chercher le principe de la hiérarchie des normes juridiques dans des directions qui sont impropres à y mener. D'autres vont dans la bonne direction, mais demandent à être infléchies et davantage nuancées.

#### 1/ Les analyses impropres à rendre compte de la hiérarchie des normes juridiques

Il est possible, selon les points de vue où on se place, de faire apparaître diverses sortes de "supériorité" ou de "prééminence" entre des normes juridiques. Ainsi, en cas de conflit entre deux lois incompatibles successivement édictées, la plus récente prévaut sur la plus ancienne qu'elle met implicitement hors vigueur. De même, deux dispositions – constitutionnelles, législatives ou administratives – bien que logiquement non contradictoires peuvent entrer en conflit à l'occasion de leur application : le législateur, par exemple, ne peut respecter intégralement à la fois le droit de grève et le droit à la continuité des services publics, tous deux consacrés par la Constitution ; c'est le rôle du Conseil Constitutionnel d'arbitrer les nécessaires conciliations à opérer en faisant sur certains points prévaloir l'une des deux garanties constitutionnelles

---

<sup>41</sup> On pourrait, bien entendu, faire la même observation pour les rapports hiérarchiques qu'entretiennent les normes du droit international entre elles ou avec les normes juridiques nationales (par-delà, dans ce dernier cas, les dispositifs particuliers de "réception" éventuellement prévus pour rendre ces normes applicables dans les rapports juridiques internes). Particulièrement significatives sont, par exemple, les formules du Conseil d'Etat énonçant que les principes communautaires de sécurité juridique et de confiance légitime prévalent seulement dans le cas des "actes pris par les autorités nationales *pour la mise en œuvre du droit communautaire*" (Cons. d'Et. 5 mars 1999, *Rouquette*, **Lebon** p. 37 ; 16 janvier 2006, *S.A. LVMH-Moët-Hennessy-Louis Vuitton*, **Rev. Jurispr. Fisc.** 2006, p. 294 ; 16 janvier 2006, *S.C.I. Parc de Vallauris*, **Rev. Jurispr. Fisc.** 2006, p. 345).

sur l'autre<sup>42</sup>. Dans les deux cas, la relation "hiérarchique" entre les normes en cause n'a évidemment rien à voir avec la hiérarchie du système juridique que l'on vise lorsque l'on parle de la "hiérarchie des normes juridiques" et qui correspond, encore une fois, à une hypothèse bien précise : celle d'une distribution pyramidale ou "en entonnoir" du commandement public. C'est une pareille incongruité qui entache les tentatives de fonder cette hiérarchie sur de prétendus critères "matériel" ou "formel".

a/ Le prétendu critère matériel – Il a été soutenu au siècle dernier, par l'Ecole de Bordeaux et son chef de file Léon Duguit, qu'il y aurait un principe de hiérarchie "matérielle" entre les normes juridiques, les normes à contenu général étant supérieures et devant être préférées en cas d'antinomie aux normes à contenu particulier ou individuel. C'est ainsi, notamment, que s'expliquerait la hiérarchie des lois par rapport aux décisions administratives. C'est elle aussi qui expliquerait diverses solutions du droit positif : par exemple, le principe *patere legem quam ipse fecisti* qui interdit à une autorité administrative, compétente pour prendre dans le même domaine à la fois des règlements et des décisions particulières, d'adopter des décisions particulières incompatibles avec les règlements édictés par elle-même ; ou encore la célèbre jurisprudence du Conseil d'Etat *Ville de Clamart*, qui avait fait prévaloir un règlement municipal relatif au personnel communal sur une décision individuelle du ministre des Finances relative à la mise à la retraite d'un employé municipal<sup>43</sup>.

Il n'y a, en réalité, aucune espèce de hiérarchie matérielle entre les normes juridiques. La loi n'est pas – et n'a jamais été au siècle dernier – supérieure aux décisions administratives par la généralité de son contenu : il y a, d'ailleurs, toujours eu des lois à contenu particulier ou individuel et des décisions administratives à contenu général (ce qui a amené Duguit à prétendre que les premières n'étaient pas de vraies lois "au sens matériel" décrété par lui, ni les secondes de vraies décisions administratives ...). Les normes législatives ne sont supérieures aux normes administratives qu'en vertu de la nature des compétences en cause, dans la mesure où les normes administratives édictées correspondent à l'exercice de compétences d'application ou compétences "exécutives". En vérité, ce n'est pas parce qu'elles ont un contenu moins général que les normes administratives apparaissent "inférieures" aux lois : c'est, au

<sup>42</sup> Voir en l'occurrence : Cons. Const. 105 DC du 25 juillet 1979, in Louis Favoreu et Loïc Philip, **Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel**, Dalloz, 2003, p. 366 s.

<sup>43</sup> Cons. d'Et. 3 juillet 1931, *Ville de Clamart*, **Sirey** 1932.III.1, note Bonnard. Voir J.F. Lachaume, **op. cit.**, p. 134 s.

contraire, dans la mesure où elles sont des mesures d'application qu'elles apparaissent de contenu moins général que les lois. C'est ce qui explique la jurisprudence *Ville de Clamart* : le règlement municipal en cause fixant le statut du personnel communal correspondait, en l'occurrence, à une compétence de principe reconnue en la matière aux autorités administratives locales, la compétence du ministre-autorité de tutelle pour prononcer la nomination ou la mise à la retraite des employés municipaux ayant la nature d'une compétence d'exécution au même titre que si elle avait été attribuée à l'exécutif local. Quant au principe *patere quam ipse fecisti*, il n'est qu'une expression, non pas d'une soi-disant hiérarchie matérielle des normes, mais du principe général d'égalité qui s'oppose à l'édiction de mesures individuelles arbitrairement discriminatoires<sup>44</sup>. C'est pourquoi, du reste, une autorité administrative peut parfaitement adopter dans un certain secteur un règlement contrevenant à un autre règlement de portée plus générale précédemment édicté par elle, dans la mesure où justement le principe d'égalité n'y fait pas obstacle<sup>45</sup>.

b/ Le prétendu critère formel – Il a été aussi soutenu, et cette manière de voir reste encore bien vivace dans la doctrine publiciste française, qu'il existerait un principe de hiérarchie "formelle" entre les normes juridiques, leur autorité augmentant à mesure que le formalisme de leur édicition s'accroît. C'est par là, en particulier, qu'inclinant à imaginer, sous l'inspiration des idées Kelséniennes, que toutes les catégories de normes juridiques sont nécessairement hiérarchisées les unes par rapport aux autres, on prétend rendre compte d'une hiérarchie entre les différentes sortes de normes édictées par une même autorité : les lois organiques auraient ainsi une autorité supérieure aux lois ordinaires ; elles se situeraient "à un niveau intermédiaire entre celui de la Constitution et celui des lois ordinaires"<sup>46</sup> et devraient pour cette raison prévaloir en cas d'antinomie. Il y aurait pareillement une hiérarchie, parmi les décrets du Premier ministre, entre les décrets en Conseil d'Etat et les décrets simples. On prétend même rendre également compte, par ce critère formel, de la hiérarchie entre les normes édictées par des autorités publiques de rang différent, l'intervention de l'autorité occupant le rang le plus élevé étant censée s'accompagner d'un formalisme plus solennel : ainsi s'expliquerait une prévalence des décrets du Chef de l'Etat en Conseil des ministres sur les décrets du Premier ministre, mais aussi la prévalence des normes constitutionnelles

<sup>44</sup> Ainsi que l'a bien relevé Jean-Louis Quermonne, *op. cit.*, p. 219 s.

<sup>45</sup> Voir par exemple : Cons. d'Et. 23 octobre 1974, *Valet, Lebon*, p. 500.

<sup>46</sup> René Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, Montchrestien, 2001, n° 105.

elles-mêmes sur les normes législatives ordinaires, et finalement toute la hiérarchie des normes juridiques<sup>47</sup>.

En réalité, la hiérarchie formelle ainsi invoquée est purement illusoire. C'est le cas, tout d'abord, pour les différentes catégories de normes édictées par une même autorité selon un formalisme différent. Lorsqu'en vertu des textes qui fondent sa compétence, une autorité doit prendre ses décisions dans tel domaine selon une procédure particulière, elle ne peut par hypothèse même modifier ou abroger ses décisions (c'est-à-dire prendre de nouvelles décisions dans le même domaine) que selon la même procédure : elle est tenue de respecter la réglementation relative aux procédures d'exercice de ses compétences ; c'est très exactement ce qu'on vise à exprimer lorsque l'on parle à cette occasion du principe du parallélisme des formes. Les solutions en cause n'ont rien à voir avec la hiérarchie des normes juridiques proprement dite. Elles ne signifient nullement qu'une loi organique est "supérieure" à une loi ordinaire et doit lui être préférée pour cette raison, ou qu'un décret du Premier ministre en Conseil d'Etat est "supérieur" du fait même de ce formalisme à un décret simple. Une loi ordinaire qui modifie une loi organique (comme d'ailleurs celle qui entreprend originairement sur le domaine des lois organiques) est entachée, non pas de contrariété à la loi organique, mais d'inconstitutionnalité pour non-respect des conditions formelles d'adoption des lois organiques<sup>48</sup>. De la même façon, si un décret simple modifiant un décret en Conseil d'Etat est invalidé, ce n'est pas parce qu'il contrevient à ce dernier, mais bien parce qu'il contrevient à la loi qui impose en l'occurrence une procédure particulière<sup>49</sup>. On peut, au surplus, ajouter l'observation suivante : si une décision qui peut être prise par décret simple a été prise par décret en Conseil d'Etat, elle pourra parfaitement être ensuite modifiée ou abrogée par décret simple : c'est que, précisément, l'exigence du parallélisme des formes ne joue en principe que pour les formalités légalement obligatoires. De même, si des dispositions ont été

<sup>47</sup> "A mesure que l'on s'élève dans la hiérarchie des normes, la procédure d'adoption et de modification des actes normateurs devient plus lourde, c'est-à-dire requiert des formalités plus contraignantes et des consentements plus difficiles à obtenir. La stabilité des règles est donc proportionnelle à leur rang dans la hiérarchie" (Patrick Wachsmann, **Libertés publiques**, Dalloz, 2005, p. 77).

<sup>48</sup> Comp. Michel Verpeaux, « Brèves réflexions sur les rapports entre les lois de finances et la loi organique relative aux lois de finances », **Rev. FR. Fin. Publ.**, n°97, 2007, p. 65 S.

<sup>49</sup> Ce qui explique l'impossibilité d'établir une hiérarchie croissante des décrets du Premier ministre en fonction du type d'organisme qu'il est légalement imposé à cette autorité de consulter. Jean-François Lachaume a tenté d'esquisser une telle hiérarchie selon que l'organisme à consulter est le Conseil d'Etat (et même, plus précisément et par ordre, l'assemblée générale ou une section du Conseil d'Etat), le Conseil Economique et Social ou bien un autre organisme consultatif (**op. cit.**, p. 272 s.) ; mais il s'agit là d'une construction purement gratuite de l'esprit : tout ce qu'indique le droit positif, c'est que la non-observation de la formalité prescrite – quelle qu'elle soit – entraîne l'illégalité du décret édicté.

adoptées par voie de loi organique alors qu'elles n'entrent pas dans le domaine réservé à ce type de loi et qu'elles auraient donc pu être prises selon la procédure législative ordinaire, des lois ordinaires suffiront par la suite pour les modifier, sans qu'il soit besoin de recourir à la procédure spéciale requise pour les lois organiques<sup>50</sup>.

S'agissant des normes édictées par des autorités différentes et de la prétendue hiérarchie "formelle" qui s'attacherait nécessairement à l'intervention de l'autorité la plus haute, on ne voit pas qu'il y ait vraiment davantage de formalisme dans l'édition d'un décret simple du Premier ministre que dans l'édition d'un arrêté ministériel ou interministériel, préfectoral ou municipal, d'autant que ces arrêtés sont parfois eux-mêmes assortis de formalités très lourdes. Il n'y a, par ailleurs, aucune supériorité de principe des décrets du Président de la République sur ceux du Premier ministre. Simplement lorsque les premiers attribuent aux seconds mission de les appliquer, dans l'exercice de cette compétence d'exécution le Premier ministre ne peut se mettre en désaccord avec les dispositions qu'il applique. Hormis cette hypothèse, lorsque la Constitution ou une loi prévoit dans un certain domaine l'intervention d'un décret en Conseil des ministres, donc placé dans la compétence et sous la signature du Chef de l'Etat, le Premier ministre ne peut se substituer à celui-ci pour édicter par voie de décret simple hors délibération en Conseil des ministres les mesures prévues, ni pour modifier ou abroger les mesures adoptées en Conseil des ministres par le Président de la République ; mais un tel décret serait entaché d'invalidité, non pas pour contrariété de fond aux décrets du Chef de l'Etat, mais pour contravention aux dispositions constitutionnelles ou législatives attribuant en l'occurrence compétence à ce dernier. De même, l'article 13 de la Constitution donnant formellement compétence au Président de la République pour tous les décrets délibérés en Conseil des ministres, la jurisprudence a conclu que même lorsqu'un décret susceptible d'être pris par le Premier ministre est soumis facultativement au Conseil des ministres, il se trouve par là placé dans la compétence du Chef de l'Etat et n'est plus ainsi susceptible d'être modifié que par un décret de ce dernier (qui peut d'ailleurs – contrairement à l'idée de hiérarchie "formelle" – ne pas être lui-même délibéré en Conseil des ministres, cette formalité n'étant pas en l'espèce juridiquement obligatoire) : là encore il n'y a pas d'infériorité des décrets du Premier ministre ; simplement cette autorité serait incompétente

---

<sup>50</sup> Cons. Const. 62 DC du 28 janvier 1976, **Rev. Dr. Publ.** 1977, p. 479, avec les observations de Louis Favoreu et Loïc Philip, p. 452 s.

pour décider cette modification<sup>51</sup>. A l'inverse, un décret qui pourrait être pris par le Premier ministre et qui est adopté par le Président de la République sans avoir été soumis au Conseil des ministres se trouve lui-même en principe entaché d'incompétence, - la jurisprudence admettant toutefois, lorsque ce décret a été contresigné par le Premier ministre, que son irrégularité est couverte et qu'il doit être considéré comme un décret du Premier ministre, susceptible donc d'être ensuite modifié ou abrogé par lui<sup>52</sup>.

En vérité, si le degré du formalisme d'édiction – même entendu largement en y incluant la plus ou moins grande solennité ou préséance s'attachant aux autorités normatrices – engendrait une hiérarchie entre les normes juridiques édictées, on comprendrait mal pourquoi les lois référendaires, adoptées directement par le peuple détenteur de la souveraineté nationale, peuvent être modifiées ou abrogées par des lois ordinaires ou par des lois organiques, selon les domaines qu'elles concernent<sup>53</sup>. On observera, au demeurant, qu'il serait erroné de ramener la supériorité des lois constitutionnelles sur les lois ordinaires ou organiques à un niveau plus élevé du formalisme de la procédure parlementaire : lorsque le Parlement adopte des normes constitutionnelles, qu'elles soient ou non ensuite soumises au référendum, il ne met pas simplement en œuvre une procédure plus lourde que pour l'adoption de dispositions législatives ordinaires ou organiques ; il exerce un pouvoir d'une autre nature, le pouvoir constituant par opposition au pouvoir législatif constitué. Dans l'exercice de ce dernier, il se trouve, par hypothèse même, tenu d'observer – à l'instar des autres autorités constituées – les normes constitutionnelles qui l'habilitent à légiférer, mais aussi de respecter les règles de fond posées par ailleurs par le Constituant et à l'égard desquelles ses propres compétences normatrices ont, implicitement mais nécessairement, la nature de compétences de mise en œuvre ou application.

## 2/ Les analyses demandant à être nuancées

Carré de Malberg a durablement accrédité, dans la doctrine publiciste française, l'idée que la hiérarchie des normes juridiques tient – ou, à tout le

---

<sup>51</sup> Cons. d'Et. 10 septembre 1992, *Meyet*, **Lebon** p. 327, conclusions David Kessler ; cf. René Chapus, **op. cit.**, n° 828. Toutefois, un décret ultérieur du Chef de l'Etat, délibéré ou non en Conseil des Ministres, pourra toujours prévoir qu'il sera modifié ou abrogé par décret du Premier Ministre, redonnant ainsi compétence à ce dernier : Cons. d'Et. 9 septembre 1996, *Collas*, **Lebon** p. 347.

<sup>52</sup> Cons. d'Et. 27 avril 1962, *Syndicat national des élèves conseillers au travail et à la législation sociale* et *Sicard*, **Lebon**, p. 276 et 279.

<sup>53</sup> Cons. const. 65 DC du 14 juin 1976, **RJC** I.38 ; 265 DC du 9 janvier 1990, **RJC** I.377.

moins, tient principalement – aux organes eux-mêmes dont elles émanent respectivement. C'est par là qu'il s'est catégoriquement opposé à Kelsen : "les défauts de la *Stufentheorie*, ou plutôt les excès qui la rendent critiquable, proviennent de ce qu'elle raisonne purement sur les règles, sans prendre en considération préalable les organes ou les autorités de qui les règles émanent"<sup>54</sup>. Pour le maître strasbourgeois, le rang de la règle ne dépend pas de sa "nature intrinsèque" ; la qualité de sa "force" se trouverait plus exactement dans le "degré de puissance des organes ou autorités par qui la règle a été édictée, la fonction exercée ou l'acte accompli"<sup>55</sup>. Les normes de l'autorité A doivent être tenues pour supérieures aux normes de l'autorité B dès lors que cette dernière est hiérarchiquement inférieure à l'autorité A, qu'elle occupe une place subalterne dans l'organisation générale – dans l'organigramme – des pouvoirs publics. C'est ce critère organique qui constituerait lui-même, en tant que tel, le principe de la hiérarchie des normes édictées. Tout dépendrait de la "qualité de puissance" des organes publics en présence<sup>56</sup> ; ou, comme le dira par la suite Marcel Waline, "l'échelle des textes correspond à l'échelle des organes"<sup>57</sup>.

Cette analyse va dans la bonne direction et c'est ce qui explique la large audience qu'elle a rencontrée. Elle est, cependant, encore insuffisamment nuancée. C'est qu'en effet, la hiérarchie des normes juridiques découle – on devrait dire plus exactement : est le reflet – non pas de la nature même ou qualité des autorités en cause, mais de la nature de leurs compétences respectives. C'est seulement dans ce sens que l'on doit entendre l'idée de "qualité de puissance" des organes : c'est la qualité de leur pouvoir ou compétence qui se trouve en jeu. Si l'autorité B ne peut pas édicter de dispositions incompatibles avec les dispositions édictées par l'autorité A, c'est uniquement en raison de la nature même de sa compétence, parce qu'il exerce en l'occurrence une compétence subordonnée d'application, une compétence exécutive ou d'exécutant, - une compétence dépendante par rapport à la compétence de A et non pas une compétence propre, autonome. Sans doute, comme il a été exposé plus haut, à l'organisation hiérarchique des autorités publiques correspond d'une manière générale une chaîne, ou un réseau, de compétences elles-mêmes hiérarchisées, allant des compétences d'édiction des normes principielles les plus générales vers les compétences d'édiction de

---

<sup>54</sup> Carré de Malberg, *op. cit.*, p. 165. Voir Otto Pfersmann, "Carré de Malberg et la hiérarchie des normes", in *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918* déjà cité, p. 295 s.

<sup>55</sup> Carré de Malberg, *op. cit.*, p. 27.

<sup>56</sup> Carré de Malberg, *op. cit.*, p. 165.

<sup>57</sup> *Traité élémentaire de droit administratif*, 6<sup>ème</sup> éd., p. 24 (cité par Jean-François Lachaume, *op. cit.*, p. 157).



mesures secondaires d'application de plus en plus concrètes et de plus en plus encadrées. Si l'on s'en tient à cette vue d'ensemble de prime abord, le critère organique paraît parfaitement exact. Mais, en réalité, les choses sont bien plus complexes : la distribution du pouvoir public ne respecte pas de façon absolue le principe général qui l'inspire et qu'elle laisse transparaître. Si l'on veut rendre compte de ces tempéraments, force est d'abandonner un critère purement organique de la hiérarchie des normes juridiques et d'appréhender résolument cette dernière à travers une théorie des compétences des pouvoirs publics et non une théorie de l'organisation de ces pouvoirs<sup>58</sup>.

On peut présenter de manière à la fois schématique et imagée ces tempéraments en disant qu'il y a, dans le réseau en principe hiérarchisé des compétences normatrices des autorités publiques, d'une part, des boucles ou inversions de la hiérarchie et, d'autre part, des courts-circuits ou neutralisations de la hiérarchie.

a/ Le système juridique français actuel laisse apparaître de nombreux exemples de boucles ou inversions dans le réseau de distribution du pouvoir entre les différentes autorités publiques. On a déjà vu, avec la jurisprudence *Ville de Clamart*, qu'il arrive qu'une autorité supérieure exerce une compétence d'application par rapport à des normes édictées par une autorité inférieure. Il

---

<sup>58</sup> Il faut évoquer une autre voie qui a été empruntée pour tenter de remédier aux insuffisances du critère organique : c'est celle suivie par Denys de Béchillon dans son ouvrage déjà cité **Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat**. Selon cet auteur, en effet, la hiérarchie des normes juridiques dans l'ordre interne français ne serait pas liée à une hiérarchie des organes, mais plus exactement des missions ou fonctions qu'ils exercent en édictant des normes. Il distingue ainsi et hiérarchise essentiellement cinq "fonctions normatives" (la sixième qu'il évoque ou "fonction diplomatique", aux contours assez flous, étant de toutes manières – il faudrait s'y "résigner" – impossible à classer en tant que telle par rapport aux autres ; sa place hiérarchique se confondrait avec celle du droit international lui-même) : ces fonctions correspondent respectivement, et par rang décroissant, aux normes édictées par le Constituant, par le Conseil Constitutionnel, par le législateur, par les juridictions ordinaires et par les autorités administratives. Mais il peut y avoir, nous dit l'auteur, des "dédouplements fonctionnels", lorsque des normes édictées en principe par une catégorie d'organes le sont par une autre tout en conservant le même grade, ce qui démontrerait que c'est la fonction normative exercée et non l'organe qui commande le rang hiérarchique des normes édictées. La thèse ainsi soutenue ne résiste pas à l'examen : qu'est-ce exactement que ces "fonctions normatives" ? La "fonction administrative", par exemple, est définie simplement comme l'édition de normes ne se rattachant pas aux autres fonctions. La "fonction législative", elle, est définie comme l'édition de normes par le Parlement selon la procédure législative dans le domaine législatif (p. 80) : dès lors, comment est-il possible ensuite d'assimiler l'édition par le Président de la République d'ordonnances en vertu de l'article 38 de la Constitution ou de décisions dans le domaine législatif en vertu de l'article 16 à l'exercice par cette autorité de la "fonction législative" ? Et n'est-ce pas de "dédouplements organiques" qu'il faudrait plutôt parler dans les cas où des organes ayant principalement des attributions administratives font aussi office de juridiction (en principe, d'ailleurs, à travers des formations spécifiques), ou dans les cas inverses où des juridictions font aussi office d'institutions administratives ?

arrive surtout, beaucoup plus souvent, qu'une autorité inférieure ait à exercer, non pas une compétence normatrice d'application – une compétence d'exécutant – par rapport aux normes édictées par une autorité supérieure, mais une compétence principielle de même nature que celle de cette autorité. Ces "déplacements de compétence", comme disait Laferrière, peuvent être, selon les cas, permanents ou seulement occasionnels et temporaires. Il n'est pas question ici d'en faire un inventaire exhaustif, mais de rappeler rapidement quelques grands cas de figure.

Dans les rapports entre les normes constitutionnelles et les normes législatives, la Constitution elle-même habilite le législateur à modifier, au moins par adjonction, certaines de ses dispositions par la voie de lois organiques : l'article 13 permet ainsi au législateur d'ajouter, aux emplois pourvus en Conseil des ministres qu'il indique, d'autres emplois ; ou encore, l'article 34 permet également à des lois organiques d'apporter des compléments au domaine qu'il fixe aux lois ordinaires.

Dans les rapports entre les normes législatives et les normes administratives, il arrive que des autorités administratives se voient reconnaître des compétences quasi-législatives en se trouvant habilitées à édicter des normes administratives ayant la même valeur – la même "force" – que les lois elles-mêmes, soumises au même statut d'incontestabilité devant les tribunaux ordinaires et pouvant contredire et modifier ou abroger des lois : tel a été le cas pour les ordonnances prises en vertu de l'ancien article 92 de la Constitution pour la mise en place des institutions et tel est toujours le cas pour les décisions que le Président de la République est habilité à prendre dans le domaine de la loi en vertu de l'article 16<sup>59</sup>. Mais même sans se voir reconnaître la force des lois, des normes édictées par des autorités administratives peuvent parfois prévaloir sur des lois antérieurement édictées et les modifier : c'est ce qui peut résulter d'une habilitation constitutionnelle<sup>60</sup>, mais aussi d'une habilitation législative<sup>61</sup>

<sup>59</sup> Cons. d'Et. 2 mars 1962, *Ruben de Servens*, JCP 1962.12613, conclusions Henry.

<sup>60</sup> Cas des ordonnances susceptibles d'intervenir lorsque le Parlement ne s'est pas prononcé dans un certain délai et mettant en vigueur telles quelles les dispositions d'un projet de loi de finances (article 47 de la Constitution) ou d'un projet de loi de financement de la sécurité sociale (article 47-1) ; cas aussi des décrets qui peuvent modifier des lois intervenues dans des matières que la Constitution répute réglementaires, après avis du Conseil d'Etat ou déclaration par le Conseil Constitutionnel du caractère réglementaire des dispositions législatives en cause, selon que ces dispositions ont été adoptées avant ou après l'entrée en vigueur de la Constitution (article 37 alinéa 2).

<sup>61</sup> C'est le cas des ordonnances prises en vertu des lois d'habilitation prévues à l'article 38 de la Constitution ; mais c'est aussi le cas des délégations législatives pouvant résulter de lois organiques (par exemple, l'ordonnance organique du 2 janvier 1959, puis la loi organique du 1<sup>er</sup> août 2001 ont reconnu à diverses autorités administratives – Président de la République, Premier ministre, ministres – différents pouvoirs de modification des dispositions budgétaires

ou encore d'une habilitation référendaire<sup>62</sup>. C'est ce qui peut également résulter de la théorie des circonstances exceptionnelles consacrée par la jurisprudence administrative et qui, on le sait, permet à des autorités administratives (et même d'ailleurs à des "fonctionnaires de fait") d'émettre, pendant toute la durée de cet état de nécessité, des dispositions contredisant des lois.

On retrouve des solutions similaires à l'intérieur cette fois de la hiérarchie administrative, où jouent également les délégations de compétence d'une autorité supérieure à une autorité inférieure, ainsi que la théorie des circonstances exceptionnelles. La jurisprudence offre, en outre, bien des exemples de cas dans lesquels, en vertu des dispositions législatives applicables, certaines compétences attribuées à des autorités administratives inférieures sont considérées, non pas comme des compétences d'application des mesures édictées par les autorités supérieures, mais comme des compétences autonomes s'exerçant concurremment à celles de ces autorités. C'est ce qu'illustre en particulier la jurisprudence *Commune de Nérès-les-Bains* par laquelle le Conseil d'Etat a reconnu que, dans le cadre de ses compétences propres de police, le maire avait le pouvoir de prendre sur le territoire de sa commune des mesures plus rigoureuses que celles décidées par le préfet pour tout ou partie du département<sup>63</sup>. Cette solution a reçu notamment des applications en matière de police des spectacles cinématographiques : alors même qu'un film a reçu un visa ministériel d'exploitation valant autorisation de le représenter sur tout le territoire national, un maire a le pouvoir d'interdire la projection de ce film sur le territoire de sa commune ou encore de limiter de manière plus rigoureuse l'accès des salles de projection aux mineurs, dès lors que la situation locale justifie ces mesures de police<sup>64</sup>.

Je m'arrêterai, enfin, sur un cas de figure qui appelle des mises au point à contre-courant des idées reçues : c'est celui des relations entre les compétences normatives des juges et celles des autres autorités publiques. Il faut commencer par souligner, à propos des premières, qu'il ne peut s'agir par hypothèse même

---

des lois de finances : cf. les articles 11 à 15, 17, 18 et 21 de la loi de 2001). On peut mentionner aussi les dispositions de l'article 72 de la Constitution (issues de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003) selon lesquelles, dans les conditions fixées par une loi organique (actuellement la loi organique du 1<sup>er</sup> août 2003), les collectivités territoriales peuvent être habilitées, selon le cas par le législateur ou par le pouvoir réglementaire, à déroger à titre expérimental aux lois ou aux règlements régissant l'exercice de leurs compétences.

<sup>62</sup> Voir : Cons. d'Et. 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, **Lebon** p. 552 ; Pierre Stillmunkes, "La classification des actes ayant force de loi en droit public français", **Rev. Dr. Publ.** 1964, p. 283 ; Jean-François Prévost, "Le droit référendaire dans l'ordonnancement juridique de la Constitution de 1958", **Rev. Dr. Publ.** 1977, p. 51 s.

<sup>63</sup> Cons. d'Et. 18 avril 1902, **Sirey** 1902.3.81, note Hauriou.

<sup>64</sup> Cons. d'Et. 18 décembre 1959, *Société "Les Films Lutetia"*, **Lebon** p. 693 ; 19 avril 1963, *Ville de Salon-de-Provence*, **Lebon**, p. 228..

que des compétences juridictionnelles proprement dites juridiquement attribuées aux juges, c'est-à-dire de leurs compétences pour édicter des normes formant le dispositif de leurs jugements et constituant le règlement des conflits qui leur sont soumis : les prétendues "normes jurisprudentielles" (le "droit jurisprudentiel"), exprimées dans la motivation des jugements et qu'on attribue couramment à un "pouvoir normatif" propre du juge, en réalité ne peuvent juridiquement relever que d'une démarche d'interprétation – sans doute plus ou moins libre en pratique – des normes que le juge a mission d'appliquer. Par exemple, les normes que le Conseil Constitutionnel applique, même celles que la doctrine qualifie de "principes prétoriens", ne lui sont pas imputables juridiquement, il n'est pas compétent pour édicter des normes constitutionnelles : elles ne peuvent donc pas être exprimées par la haute juridiction en son nom personnel à titre d'autorité constituante, mais uniquement en tant que porte-parole du Constituant. C'est, en quelque sorte, sa seule voix au chapitre. Il ne lui est pas possible juridiquement de "créer" ou "inventer" du droit autrement que dans cet office d'interprète ; c'est sous cette seule qualité qu'il peut "dire du droit". On peut faire les mêmes observations pour le juge ordinaire : en énonçant que "le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice", l'article 4 du Code civil oblige le juge ordinaire à toujours faire dire quelque chose à la loi ; il ne lui reconnaît nullement – comme il est trop souvent soutenu – une compétence normatrice propre à côté de celle du législateur lui-même. C'est ainsi, notamment, que les principes généraux du droit appliqués par le juge administratif doivent nécessairement, du point de vue juridique, être réputés dégagés de la législation par une démarche herméneutique inductive, même s'ils ne se rattachent pas à un texte précis : ils ne peuvent juridiquement être considérés que comme exprimant la volonté du législateur lui-même, comme faisant partie implicitement de la législation elle-même et ayant valeur de loi ; c'est ce que reconnaissent expressément le Conseil d'Etat ou le Conseil Constitutionnel. Dans cette mesure, prétendre les intégrer distinctement dans la hiérarchie de l'ordre juridique-reflet des compétences normatrices exercées par les autorités publiques, leur attribuer – pour reprendre la formule devenue classique de René Chapus – un rang "infralégislatif" et "supradécrétal" au motif qu'ils s'imposent aux décrets mais pas aux lois, n'a guère de sens<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> N'a pas davantage de sens du point de vue juridique l'idée véhiculée par la "théorie réaliste du droit" de Michel Troper (voir en particulier : **Pour une théorie juridique de l'Etat**, P.U.F., 1994, p. 85 s., 296 s. et 332 s. On retrouve des courants de pensée similaires à l'étranger, notamment aux Etats-Unis ou encore en Allemagne avec Friedrich Müller et sa "théorie

S'agissant des normes proprement juridictionnelles édictées par le juge, Denys de Béchillon s'est fait l'écho d'une opinion largement répandue en soutenant que les normes du juge constitutionnel seraient inférieures aux normes constitutionnelles que ce juge doit appliquer et donc respecter, mais supérieures aux normes législatives puisqu'il peut les censurer et que ses décisions s'imposent au législateur comme à tous les autres pouvoirs publics institués ; mis à part le cas similaire où ils peuvent contrôler la constitutionnalité des lois au regard de l'article 55 de la Constitution, les juridictions ordinaires, elles, émettraient des normes de rang inférieur à celui des lois qu'elles sont tenues d'appliquer, mais de rang supérieur à celui des règlements puisque pouvant les annuler et s'imposant aux autorités administratives<sup>66</sup>.

Cette analyse n'est pourtant pas tout à fait exacte : le juge ordinaire, en réalité, ne peut prendre de décisions contraires ni aux lois ni aux décisions administratives réglementaires ni même aux décisions administratives individuelles ou particulières qui ont été régulièrement édictées par le législateur ou par les autorités administratives compétentes ; il n'a à leur égard qu'une compétence d'application. Il peut seulement annuler ou tenir pour inapplicables les décisions qu'il est amené, dans l'exercice même de ses fonctions, à juger irrégulières, mais ceci ne concerne pas la hiérarchie des normes juridiques, du moins tant que ces décisions du législateur ou de l'administration ne sont pas irrégulières et invalidées parce qu'elles seraient incompatibles avec les siennes.

A l'inverse, en effet, et c'est en cela qu'il y a une boucle particulière dans la hiérarchie de l'ordre juridique, les décisions rendues par les juridictions ordinaires, en tant qu'elles sont revêtues de l'autorité de la chose jugée, s'imposent aussi bien au législateur qu'aux autorités administratives : toutes ces

---

structurante du droit" : cf. **Discours de la méthode juridique**, trad. Olivier Jouanjan, P.U.F., 1996), selon laquelle le pouvoir des autorités publiques inférieures d'interpréter les normes juridiques qu'elles ont à appliquer ferait d'elles les véritables créateurs de ces normes et aurait ainsi pour conséquence d'altérer en l'inversant la hiérarchie des normes juridiques : au lieu que les autorités inférieures aient à moduler leurs décisions sur les normes édictées par les autorités supérieures, c'est elles qui moduleraient ces normes supérieures en fonction des normes inférieures d'application qu'elles veulent édicter. Dans la mesure où elles se trouvent placées sous le contrôle des juges et en dernier lieu des Cours suprêmes, Michel Troper parvient à cette conclusion : "un ordre juridique est formé d'autant de pyramides qu'il y a d'ordres de juridictions, le sommet de chacune de ces pyramides étant constitué des normes que la Cour suprême de cet ordre de juridictions énonce par la voie de l'interprétation" (**op. cit.**, p. 94). Cette analyse "réaliste" méconnaît, elle aussi, que l'interprète juridique n'intervient par hypothèse même et ne jouit éventuellement d'une certaine liberté qu'en porte-voix de l'autorité interprétée, de sorte que la hiérarchie des normes juridiques est insusceptible de s'en trouver affectée.

<sup>66</sup> Denys de Béchillon, **op. cit.**, p. 243 s.

autorités publiques doivent respecter et mettre en œuvre ces décisions juridictionnelles ; elles n'ont à leur égard qu'une compétence d'application qui leur interdit de les contredire, les modifier ou les annuler. Le Conseil Constitutionnel a eu l'occasion de s'exprimer à ce propos en termes particulièrement nets : "Il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement ; ainsi il n'appartient ni au législateur ni au Gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence"<sup>67</sup>. Une loi ne peut, en particulier, remettre en vigueur une décision administrative qui a été annulée par le juge administratif ; les seules validations législatives admises – et encore avec d'importantes réserves – sont les validations préventives ou *a priori*, qui interviennent avant que le juge se soit prononcé sur l'acte administratif en cause, se bornant ainsi à "modifier les règles que le juge a mission d'appliquer" sans entrer en conflit avec ses décisions.

On se trouve donc bien en présence d'une hiérarchie de normes en boucle, d'une sorte d'effet juridique boomerang : dans un sens une compétence d'application des juges ordinaires à l'égard des lois et décisions administratives, mais en sens contraire également une compétence d'application des autorités législatives et administratives à l'égard de la chose jugée.

b/ A côté de ces boucles ou inversions de la hiérarchie des normes, le droit positif laisse aussi apparaître des espèces de courts-circuits emportant à certains niveaux interruption ou neutralisation de cette hiérarchie. J'évoquerai, à titre d'illustration, trois cas de figure assez différents.

On sait qu'en principe, en dehors des hypothèses de conflits entre des lois et des traités internationaux ou des normes de droit communautaire, les juridictions de l'ordre administratif autant que de l'ordre judiciaire ne s'estiment pas compétentes pour apprécier la régularité et donc la constitutionnalité des

---

<sup>67</sup> Cons. Const. 119 DC du 22 juillet 1980, *in* Louis Favoreu et Loïc Philip, **Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel**, p. 410 s. Voir aussi Cons. Const. 531 DC du 29 décembre 2005, **Rev. Jurispr. Fisc.** 2006, p. 237, observ. Yohann Benard p. 267 : est déclarée contraire à la Constitution une disposition de loi de finances rectificative qui, sans remettre directement en cause une décision du Conseil d'Etat, "a pour principal objet de (la) priver d'effet" et "porte dès lors atteinte au principe de séparation des pouvoirs et à la garantie des droits".

lois<sup>68</sup>. De sorte que les lois non conformes à la Constitution qui n'ont pas été soumises au contrôle du Conseil Constitutionnel avant leur mise en vigueur bénéficient<sup>69</sup> d'une immunité de juridiction qui non seulement les met à l'abri de tout recours direct en annulation ou invalidation, mais leur confère au plan du droit interne un statut d'incontestabilité : elles sont insusceptibles d'être dites non-conformes à la Constitution et entachées d'irrégularité juridique. Il s'ensuit que les décisions administratives d'application de ces lois qui se conforment à leurs dispositions profitent de la même incontestabilité, même si elles participent aussi de la même incompatibilité avec la Constitution : elles sont elles-mêmes et dans la même mesure insusceptibles d'être dites juridiquement irrégulières. La loi joue ici le rôle d'un "écran" qui coupe ou court-circuite les impacts de la hiérarchie à son propre niveau et, par répercussion, aux niveaux inférieurs. Cet écran peut aussi, d'ailleurs, jouer *a posteriori* avec les ratifications et validations législatives de décisions administratives.

Un autre exemple de court-circuit se trouve dans les dispositions législatives actuellement codifiées sous l'article L 80 A du Livre des procédures fiscales : ces dispositions limitent, elles aussi, les effets de la hiérarchie des normes en permettant de se prévaloir utilement contre l'administration, au besoin devant le juge, de circulaires à caractère réglementaire qui, sous couvert d'interprétation de la législation fiscale, consacrent en faveur des contribuables des solutions incompatibles avec elle et même, le cas échéant, avec des dispositions de la Constitution, de traités internationaux ou du droit communautaire supérieures à la loi<sup>70</sup>.

Le troisième cas de figure est fourni par la jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Les dispositions combinées des articles 21 alinéa 1, 34 et 37 alinéa 1 de la Constitution laissent apparaître que le Constituant a entendu doter le pouvoir réglementaire d'une double compétence normatrice, une

<sup>68</sup> Cons. d'Et. 5 mars 1999, *Rouquette*, **Lebon**, p. 37 ; 9 novembre 2005, *Meyet*, **Dalloz** 2006. Inf. Rap., p. 179. Par contre, en cas de contradiction entre une loi et une disposition constitutionnelle *ultérieure*, il y a (comme dans le cas d'une contradiction avec une disposition législative ultérieure) abrogation implicite de la première et il revient aux juridictions ordinaires de constater cette abrogation : Cons. d'Et. 16 décembre 2005, *Ministre des Affaires Sociales et Syndicat national des huissiers de justice*, **Rev. Fr. Dr. adm.** 2006, p. 187, conclusions Stahl p. 41.

<sup>69</sup> Au moins, s'agissant des lois ordinaires, jusqu'à ce que le Conseil Constitutionnel soit éventuellement saisi de lois modificatives et puisse à cette occasion les déclarer inconstitutionnelles (Cons. Const. 187 DC du 25 janvier 1985, **RJC I.223**). Les lois référendaires, elles, en tant qu'elles "constituent l'expression directe de la souveraineté nationale" comme le rappelle le Conseil Constitutionnel, bénéficient d'une immunité absolue de juridiction (Cons. Const. 20 DC du 6 novembre 1962, **RJC I.11** ; 313 DC du 23 septembre 1992, **RJC I.510**).

<sup>70</sup> Cons. d'Et. 22 décembre 1982, *Société X*, **Rev. Jurispr. Fisc.** 1983, p. 87 ; C.A.A. Paris 17 décembre 1991, *Restauration Gestion Service*, **Rev. Jurispr. Fisc.** 1992, p. 155, conclusions Bernault ; Cons. d'Et. 17 janvier 1996, *S.A. Nike*, **Rev. Jurispr. Fisc.** 1996, p. 186. Voir la chronique de Yohann Benard, **Rev. Jurispr. Fisc.** 2006, p. 186.

compétence traditionnelle d'édiction de règlements d'exécution des lois et une compétence nouvelle d'édiction de règlements autonomes dans les matières autres que celles réservées à la loi. Ce second chef de compétence a manifestement été conçu, dans son essence même, comme ayant la nature d'une compétence de principe, non subordonnée aux lois mais seulement à la Constitution, et donc placée au même niveau hiérarchique que la compétence du législateur lui-même. En conséquence, les lois intervenant en dehors du domaine qui leur est constitutionnellement imparti et empiétant sur des matières réglementaires devraient normalement se trouver entachées d'irrégularité et le Conseil Constitutionnel saisi avant leur entrée en vigueur devrait les déclarer inconstitutionnelles. L'irrégularité de telles lois ressort du dispositif préventif même prévu par l'article 41 de la Constitution, qui permet au Gouvernement de neutraliser les initiatives parlementaires – propositions ou amendements – sortant du domaine de la loi en leur opposant une irrecevabilité. Elle est confirmée également par les dispositions de l'article 37 alinéa 2 : si une loi portant sur des matières réglementaires est entrée en vigueur, elle doit pouvoir ensuite être modifiée ou abrogée par décret, après toutefois que le juge constitutionnel ait formellement reconnu le caractère réglementaire des dispositions en cause. C'est pourtant, on le sait, une autre solution qui a été consacrée par le Conseil Constitutionnel : lequel considère, en effet, que les lois empiétant sur le domaine réglementaire ne sont pas pour autant inconstitutionnelles ; le Constituant aurait implicitement donné au Gouvernement la possibilité de consentir à des extensions occasionnelles et provisoires de la compétence législative<sup>71</sup>. Ce qui revient à admettre, en définitive, que le Gouvernement a la possibilité de court-circuiter ou neutraliser l'autonomie et la parité de rang hiérarchique reconnues à sa propre compétence normatrice par rapport à celle du législateur, sa compétence réglementaire autonome au titre de l'article 37 alinéa 1 se trouvant par là transformée en compétence réglementaire d'application des lois et ramenée au cas de l'article 21. Il pourra ultérieurement mettre fin à cette neutralisation et revenir à une compétence autonome, de rang égal à la compétence législative, après avoir fait reconnaître par le Conseil Constitutionnel la nature réglementaire des

---

<sup>71</sup> Cons. Const. 143 DC du 30 juillet 1982, **RJC** I.130; La haute juridiction se fonde sur le fait que l'article 41 permet au Gouvernement d'opposer l'irrecevabilité aux initiatives parlementaires sortant du domaine de la loi, mais ne l'y oblige pas. L'argument paraît assez faible si l'on observe, d'une part, que le Conseil Constitutionnel saisi sur la base de ce même article a bel et bien l'obligation de reconnaître l'irrecevabilité de telles initiatives et donc leur irrégularité, et, d'autre part, que les initiatives législatives analogues du Gouvernement lui-même (projets de loi et amendements) devraient aussi se trouver entachées de la même irrégularité et donc pouvoir être sanctionnées, le cas échéant, par le Conseil Constitutionnel.



dispositions législatives ainsi édictées. Finalement, d'ailleurs, en raison de la pratique abusive des dispositions législatives adoptées dans des matières réglementaires sur l'initiative des parlementaires et du Gouvernement lui-même, le Conseil Constitutionnel a décidé que, lorsqu'il est saisi avant leur promulgation sur le fondement de l'article 61 alinéa 2, à défaut de les déclarer inconstitutionnelles, il peut d'emblée, par avance et d'office, reconnaître leur caractère réglementaire, permettant ainsi au Gouvernement de les modifier ou de les abroger sans délai dès à compter de leur entrée en vigueur<sup>72</sup>.

Il est à observer, avant d'en terminer, que de toutes façons les règlements autonomes sont affectés d'une infériorité par rapport aux lois en tant que soumis aux principes généraux du droit que le juge administratif, on l'a vu, induit par voie interprétative de la législation, qui sont juridiquement imputés à la volonté du législateur et participent donc de la nature et de la valeur des lois : ces principes généraux, eux, même dans la mesure où ils interfèrent sur des matières réglementaires, ne peuvent faire l'objet d'un quelconque déclassement à la fois du fait de leur généralité même qui les rend indistinctement applicables dans les matières législatives comme dans les matières réglementaires, et du fait qu'ils ne sont pas rattachés à des textes précis : or la procédure de déclassement de l'article 37 alinéa 2 est réservée uniquement aux "textes en forme législative". Il s'ensuit que les règlements autonomes, en dépit de leur autonomie même, sont condamnés à rester à perpétuité subordonnés à ces principes réputés implicites à la législation : pour reprendre des formules de la jurisprudence, "il n'appartient qu'au législateur d'en déterminer l'étendue, d'en étendre ou d'en restreindre les limites"<sup>73</sup> ; et "il ne peut y être dérogé que par une décision législative"<sup>74</sup>. Il s'opère par ce biais, comme l'avait justement relevé Louis Favoreu, une sorte d' "extension" ou même d' "extensibilité" du domaine de la loi au-delà de ce qui est formellement prévu par la Constitution<sup>75</sup>. Le court-circuit résulte ici de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

\*

\*            \*

En conclusion, on voit qu'à bien des égards la hiérarchie des normes juridiques est une fausse idée claire. C'est qu'elle correspond – on s'en est rendu

<sup>72</sup> Cons. Const. 512 DC du 21 avril 2005, *Rev. Fr. Dr. Adm.* 2005, p. 927.

<sup>73</sup> Cons. d'Et. 4 octobre 1974, *David, Lebon*, p. 464, conclusions Gentot.

<sup>74</sup> Cons. Const. 55 L du 26 juin 1969, *RJC* II.36.

<sup>75</sup> Louis Favoreu, "La délégalisation des textes de forme législative par le Conseil Constitutionnel", *in Mélanges offerts à Marcel Waline*, L.G.D.J., 1974, p. 440 ; Louis Favoreu et Loïc Philip, *op. cit.*, p. 229 s. Voir aussi René Chapus, *op. cit.*, p. 120.

compte à travers l'exemple du droit français – à des données à la fois subtiles et complexes. Il n'y a pas, en effet, une hiérarchisation directe et délibérée en tant que telle de l'ordre juridique, mais un certain aménagement des compétences normatrices des autorités publiques qui se traduit – est reflété indirectement – par une certaine hiérarchie des normes que ces autorités édictent. En ce sens, on peut dire que la hiérarchie des normes est un phénomène juridique discret. Il est d'autant plus difficile à déchiffrer et à systématiser qu'il épouse toutes les circonvolutions d'un circuit du pouvoir public aujourd'hui particulièrement dense et sophistiqué. L'image que nous renvoie le système juridique français n'est assurément pas, comme dans la vision Kelsénienne, celle d'une structure hiérarchique pyramidale où toutes les normes juridiques s'étageraient de manière continue par couches successives et se trouveraient du même coup toutes hiérarchisées les unes par rapport aux autres : on doit penser plutôt à une structure arborescente, un peu sur le modèle des arbres généalogiques, dans laquelle les normes juridiques se répartissent selon une échelle sinueuse et discontinue, qui s'arrête à un certain niveau pour certaines catégories de normes tandis qu'elle se prolonge pour d'autres catégories (il suffit de penser à la place à part qu'occupent les autorités administratives indépendantes dans l'organigramme de l'Etat), parfois éclate en plusieurs sous-échelles parallèles (c'est le cas pour les normes édictées par les organes des différentes collectivités décentralisées ou des différents établissements publics), - une structure arborescente qui est, de surcroît, si l'on peut dire, à géométrie variable, la hiérarchie pouvant être interrompue à certains échelons ou même s'inverser.

En tout cas, les clés à utiliser pour pénétrer dans ces arcanes de la hiérarchie de l'ordre juridique ne relèvent pas d'une analyse logique ou ontologique purement abstraite, mais d'une analyse dogmatique prosaïque du droit positif ; et elles ne doivent être recherchées ni au plan des normes juridiques elles-mêmes, ni à celui des organes publics eux-mêmes qui les édictent, mais au niveau des compétences normatrices de ces organes et de l'élucidation de la nature respective de ces compétences les unes par rapport aux autres.