



ANNALES DE L'UNIVERSITE MARIEN NGOUABI

Sciences Juridiques et Politiques

VOL. 19, N° 2 – ANNEE: 2019

ISSN : 1815 – 4433 - www.annalesumng.org

ANNALES DE L'UNIVERSITE MARIEN NGOUABI

SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES



VOLUME 19, NUMERO 2, ANNEE: 2019

www.annalesumng.org

SOMMAIRE

Directeur de publication
J-R. IBARA

Rédacteur en chef
J. GOMA-TCHIMBAKALA

Rédacteur en chef adjoint
D. E. EMAANUEL ADOUKI

Comité de Lecture :
J.M. BRETON (Pointe-à-Pitre)
J. ISSA SAYEGH (Abidjan)
E.J. LOKO-BALOSSA (Brazzaville)
F. M. SAWADOGO (Ouagadougou)
YAO- NDRE (Abidjan)

Comité de Rédaction :
D. E. EMMANUEL ADOUKI
(Brazzaville)
G. MOYEN (Brazzaville)

Webmaster
R. D. ANKY

Administration - Rédaction
Université Marien Ngouabi
Direction de la Recherche
Annales de l'Université Marien
Ngouabi
B.P. 69, Brazzaville – Congo
E-mail : annales@umng.cg

ISSN : 1815 - 4433

- 1 La responsabilité de protéger : mythe ou réalité ?**
EMMANUEL ADOUKI D. E., KHIESSIE BASSONGA Q.
- 33 Les nouvelles figures de la délinquance mal saisies par le droit pénal des mineurs**
MAKOSSO A. C.
- 60 Les dispositions transitoires dans les constitutions des états d'Afrique noire francophone**
BININGA A. A. W.
- 89 L'obligation alimentaire : un devoir de solidarité familial**
LOKO-BALOSSA E. J., NKONO C. J.
- 142 La théorie Kelsenienne de la hiérarchie des normes juridiques à l'épreuve de la doctrine constitutionnaliste**
HOUNAKE KOSSIVI
- 174 L'intervention sur la vie et le droit pénal Congolais**
BIMBOU LOUAMBA A. M.
- 208 Réflexion sur la nature juridique des annexes aux constitutions africaines**
ABIRA GALEBAY



LA THEORIE KELSENIENNE DE LA HIERARCHIE DES NORMES JURIDIQUES A L'EPREUVE DE LA DOCTRINE CONSTITUTIONNALISTE

HOUNAKE KOSSIVI

*Faculté de Droit
Université de Lomé
République du Togo*

RESUME

L'ordre juridique des Etats dits démocratiques est fondé sur le principe sacro de la hiérarchie des normes juridiques. Ce principe dégagé et exposé par Hans Kelsen dans son ouvrage Théorie pure du droit énonce que les normes juridiques d'un système juridique ne sont pas toutes placées au même niveau. Elles sont disposées sous la forme d'un édifice à plusieurs niveaux. L'unité de cet édifice est assurée par le fait que chacune des normes de l'ordre juridique doit sa validité à la norme qui lui est supérieure. Cette démarche régressive aboutit finalement à la Constitution qui tire quant à elle sa validité de la norme fondamentale. Ce principe d'un maniement facile gouverne l'ordre juridique des Etats et constitue la base de l'Etat de droit. Il reste que malgré sa réussite, le principe résiste difficilement aux critiques. L'édifice Kelsénien se révèle incapable à prendre en compte les réalités concrètes du droit et ses incompatibilités avec certaines techniques juridiques sont de plus en plus soulevées en doctrine. Celle-ci n'hésite d'ailleurs à recourir à d'autres formes de hiérarchies ou de modalités d'organisation du droit jugées plus adaptées à l'évolution du système juridique dans son ensemble.

Mots-clés : *Principe, hiérarchie des normes, Hans Kelsen, pyramide*

ABSTRACT

The legal order of so-called democratic states is based on the sacred principle of the hierarchy of legal norms. This principle, developed and described by Hans Kelsen in his book The Pure Theory of Law, states that the legal norms of a legal system are not all placed at the same level. They are arranged in the form of a multi-level building. The unity of this building is ensured by the fact that each of the norms of the legal order owes its validity to the norm which is superior to it. This regressive approach finally leads to the Constitution, which derives its validity from the fundamental norm. This principle of easy handling governs the legal order of states and is the basis of the rule of law. It remains that despite its success, the principle resists the critics with difficulty. The Kelsenian building is unable to take into account the realities of the law and its incompatibilities with certain legal techniques are increasingly raised in doctrine. The latter also hesitates to resort to other forms of hierarchy or modalities of organization of the law considered more adapted to the evolution of the legal system as a whole.

Keywords: *Principle, hierarchy of legal norms, Hans kelsen, pyramid*

INTRODUCTION

Au commencement de la contestation était Paul Amselek¹. Et pour cause ! En 1978, Paul Amselek publiait un article très critique sur la conception kelsénienne de l'ordre juridique². Après une démonstration, dont il faut saluer la clarté et la cohérence, l'auteur en est arrivé à dénoncer « le caractère très irréal »³ de cette conception, car, pour lui, « la réalité...est beaucoup plus complexe, plus enchevêtrée que le schéma kelsénien ne le laisse paraître »⁴. Cette critique a reçu immédiatement la réplique de Michel Troper, disciple de Charles Eisenmann, lui-même disciple de Hans Kelsen⁵. A la fin de sa réplique publiée dans la même revue de la même

année⁶, et en réponse à cette conclusion presque provocante de Paul Amselek : « Ce n'est pas sur la pyramide kelsénienne que je conclurai ; je crains, en effet, qu'il n'en reste pas grand-chose après le feu meurtrier auquel je l'ai soumise »⁷, Michel Troper écrivait : « Il semble que le « feu meurtrier » de Paul Amselek ait manqué son but... la Théorie pure du Droit ne paraît pas le moins du monde entamée par les critiques qui lui sont adressées »⁸. Pourtant, en 2005, dans les *Mélanges Paul Amselek*, Michel Van De Kerchove intitulait sa contribution comme suit : « La pyramide est-elle toujours debout ? » C'est dire donc qu'une partie de la doctrine constitutionnaliste doute, toujours, de la pertinence et donc de la conformité de la théorie

1 Voir P. AMSELEK, « Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1978, n°1, p. 5-19. Certes, nous ne perdons pas de vue la réalité selon laquelle la pyramide kelsénienne avait, avant 1978, fait l'objet de critiques de la part d'autres auteurs et non des moindres. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous pouvons citer R. CARRE de MALBERG, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés-avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey, 1933 ; S. ROMANO, *L'ordre juridique*, trad., par L. FRANCOIS, et P. GOTHOT, Paris, 1975, Ch. LEBEN, « Compagnolo et Kelsen, ou les mésaventures d'un maître avec son disciple », *L'architecture du droit*, Mélanges en l'honneur de Michel Troper, Paris, Economica, 2006, p. 602-623. Mais, il reste que c'est Paul Amselek, qui, le premier, a consacré une critique entière et aussi détaillée à la théorie de la pyramide des normes. Voir égal. P. AMSELEK, *Etudes de droit public*, Paris, LGDJ, 2009, Chapitre IV, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », p. 117-147.

2 On remarquera que chez N. Bobbio comme chez H. Kelsen de même que Santi Romano, l'ordre juridique et système désignent une seule et même réalité. Selon N. BOBBIO, « le droit est non une collection de normes, mais un ensemble coordonné de normes, qu'une norme ne se trouve jamais seule, mais liée à d'autres normes, avec lesquelles elle forme un système normatif », in *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Turin, 1960, p. 6.

Un ordre juridique se caractérise donc par son unité, sa cohérence ou la complétude. Selon Kelsen, il se distingue de tous les ordres normatifs parce qu'il est un « ordre immanent de contrainte », H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. française de la 2^e éd., par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 46. Voir également, ABI-SAAB, et M. GRANGE, « Repenser la notion d'ordre juridique », in B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre les ordres juridiques*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2016, 1821 p.

3 P. AMSELEK, « Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *op. cit.*, p. 13.

4 *Ibid.*,

5 M. TROPER, « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek », *Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger*, 1978, n°6, p. 1523-1536.

6 *Ibid.*, p. 1524. V. égal., et du même auteur, « Ross, Kelsen et la validité », *Droit et société*, n° 50, 2002, p. 43-57.

7 P. AMSELEK, « Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *op. cit.* p. 18 ; du même auteur, « Le rôle de la volonté dans l'édition des normes juridiques selon Hans Kelsen », *RRJ*, 1999, p. 37 et s.

8 M. TROPER « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek », *op. cit.*, p. 1523 ; voir égal. M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 85-94. A contrario voir X. MAGNON, « En quoi le positivisme-normativisme-est-il diabolique ? », *RTD civ.*, 2009, p. 269 et s.

de la hiérarchie des normes, à la réalité telle que présentée par Kelsen. Aussi, la permanence et l'ampleur des critiques adressées à l'endroit de la théorie de la formation du droit par degrés, justifient-elles que l'on consacre une réflexion sur la théorie kelsenienne de la hiérarchie des normes juridiques dans ses rapports avec la doctrine constitutionnaliste.

La théorie de la hiérarchie des normes, dont François Ost et Michel Van De Kerchove disaient qu'elle est la représentation qui paraît traditionnellement dominer la pensée juridique⁹, est de Hans Kelsen¹⁰, adepte de la doctrine du positivisme juridique¹¹, auteur de la *Théorie pure du droit* ¹²(*Reine Rechtslehre*). Cet ouvrage demeure l'un des plus lus et certainement l'un des plus critiqués dans la doctrine constitutionnaliste, entendue ici, en substance, comme les opinions émises sur le droit constitutionnel par des personnes qui ont pour fonction de l'étudier ¹³ ou encore comme l'ensemble des travaux qui réunit les opinions émises et les conceptions élaborées au cours des siècles par les personnes qui s'attachent à étudier le droit¹⁴ constitutionnel.

9 F. OST et M. Van de KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, « Création et application du droit. Structure linéaire ou circulaire du système juridique ? », Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 342.

10 Hans Kelsen (1881-1973) est un philosophe américain d'origine autrichienne, théoricien du droit et fondateur du normativisme ou de l'Ecole de Vienne. Il est l'auteur de la *Théorie pure du droit*. Il fut professeur aux universités de Vienne, Cologne, Prague (Université allemande de Prague). Exilé aux Etats-Unis, il enseigna à Harvard et à Berkeley.

11 Le positivisme juridique comprend plusieurs courants doctrinaux : le positivisme impérativiste (Hobbes, Austin), la jurisprudence des concepts (Von Ihering), l'Ecole de l'exégèse (Demolombes), le positivisme analytique (Hart,

C'est justement dans la *Théorie pure du droit* que le maître viennois a développé « de la manière la plus radicale ce qu'on pourrait appeler une conception linéaire et hiérarchisée du système juridique, dont l'image d'une pyramide, solidement assise sur sa base, constitue l'expression la plus parlante »¹⁵. De l'analyse de la *Théorie pure du droit*, nous retiendrons que la conception kelsénienne de l'ordre juridique se résume autour de deux idées fondamentales. On y découvre, d'une part, que la norme fondamentale est le fondement de la validité des ordres normatifs, et, d'autre part, que les normes dans un système juridique s'organisent sous la forme d'une pyramide.

L'auteur apporte des précisions à la première idée en partant d'un ensemble d'interrogations. Pour lui, « si l'on conçoit le droit comme un ordre normatif, comme un système de normes qui règlent la conduite d'êtres humains, une question se pose aussitôt : qu'est-ce qui fonde l'unité d'une pluralité de normes, pourquoi une norme donnée fait-elle partie d'un ordre déterminé ? »¹⁶ Cette question suscite selon l'auteur une autre non moins importante. « Pourquoi une certaine norme

Bobbio), le néo-institutionnalisme (Mc Cornick, Weinberger) et les théories pures du droit dont se réclament Hans Kelsen et Weyr.

12 Dans le cadre de cette réflexion nous avons utilisé la version de la *Théorie pure du droit*, traduite par Charles Eisenmann et publiée chez Dalloz en 1962.

13 A. WEILL, *Droit civil*, Tome I, Paris, Dalloz, 1968, p. 153 ; F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 1998, p. 253.

14 H. BEKAERT, *Introduction à l'étude du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1956, p. 300.

15 F. OST et M. VAN de KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, « Création et application du droit. Structure linéaire ou circulaire du système juridique ? », *op. cit.*, p. 342.

16 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 255.

est-elle valable, quel est le fondement de sa validité (Geltungsgrund) ? »¹⁷

A cette série de questions, Kelsen répond « 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 de se conduire de la façon qu'elle prévoit »¹⁸. Mais, cette réponse entraîne logiquement une autre interrogation de la part des détracteurs de Hans Kelsen. Ceux-ci se demandent pourquoi les destinataires d'une norme sont obligés de se conduire conformément à ses prescrits. Le maître de Vienne répond : « De ce que quelque chose est, il ne peut pas s'ensuivre que quelque chose doit être ; non plus que, de ce que quelque chose doit être, il ne peut s'ensuivre que quelque chose est »¹⁹. A partir de ce postulat, l'auteur énonce que « la validité d'une norme ne peut avoir pour fondement que la validité d'une autre norme »²⁰.

Relativement à la norme fondamentale, la *Théorie pure du droit* avance qu'elle «...est la source commune de la validité de toutes les normes qui appartiennent à un seul et même ordre ; elle est le fondement commun de leur validité »²¹ ; c'est elle qui « fonde l'unité d'une pluralité de normes ». Il convient de rappeler que pour le fondateur de l'Ecole de Vienne, deux sortes de principes d'unité sont susceptibles de caractériser un système normatif. Il s'agit respectivement du

principe statique et du principe dynamique²². Alors que le principe statique est le propre des systèmes moraux²³ dans lesquels toutes les normes du système peuvent être rapportées à une norme supérieure « dont on peut déduire par voie d'opération logique, en concluant du général au particulier »²⁴, le principe dynamique se caractérise par « le fait que la norme fondamentale présumée ne contient rien d'autre que l'institution d'un fait créateur de normes, l'habilitation d'une autorité créatrice de normes »²⁵. Kelsen en conclut qu'« une norme juridique n'est pas valable parce qu'elle a un certain contenu, c'est-à-dire parce que son contenu peut être déduit par voie de raisonnement logique d'une norme fondamentale supposée, elle est valable parce qu'elle est créée d'une certaine façon qui est déterminée par une norme fondamentale ». Il va sans dire que seul le principe dynamique peut servir de base à la théorie de la production du droit par degrés.

Il ne peut en être autrement puisque selon le maître viennois, « en accord avec le caractère dynamique de l'unité des ordres juridiques, une norme est valable si et parce qu'elle a été créée d'une certaine façon, celle que détermine une autre norme ; cette dernière constitue ainsi le fondement immédiat de la validité de la première »²⁶. C'est bien pour exprimer cette relation de validité de normes à normes que Kelsen utilise « l'image

¹⁷ *Ibid.*, p. 255.

¹⁸ *Ibid.*, p. 255.

¹⁹ *Ibid.*, p. 255-256.

²⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.* p. 256.

²¹ *Ibid.*, p. 256.

²² *Ibid.* p. 258.

²³ Emmanuel Kant établit « le commandement moral comme « factum rationis », pour lui conférer nécessité et universalité, et en faire par là même un fondement de connaissance possible, puisqu'on pourra déduire, avec autant de nécessité

que celle du commandement, les conditions du commandement ». « Il demeure que, dans la pensée kantienne-construction rigoureuse d'une pensée de l'obligation-, un lien est établi entre connaissance de soi et obligation ». Emmanuel Kant cité par L. VINCENTI, « Philosophie des normes chez Kant », *Multitudes*, 2008/3, n°34, p. 207. Voir aussi E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, AK, IV, 449 et AK IV 450, Pléiade 319.

²⁴ *Ibid.*, p. 258.

²⁵ *Ibid.*, p. 259.

²⁶ *Ibid.*, p. 299.

spatiale de la hiérarchie, du rapport de supériorité-subordination : la norme qui règle la création est la norme supérieure, la norme créée conformément à ses dispositions est la norme inférieure »²⁷.

A partir de ce constat, Kelsen pose ce qu'il est convenu d'appeler la théorie de la hiérarchie des normes, ou la théorie de la formation du droit par degré ou encore le normativisme kelsénien. Selon cette théorie, « l'ordre juridique 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 [...] d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques ». L'unité de cette pyramide est assurée selon Kelsen par « la connexion entre éléments qui découle du fait que la validité d'une norme qui est créée conformément à une autre norme repose sur celle-ci ; qu'à son tour, la création de cette dernière a été elle aussi réglée par d'autres, qui constituent à leur tour le fondement de sa validité ; et cette démarche régressive débouche finalement sur la norme fondamentale, norme supposée [...] La norme fondamentale hypothétique [...] est par conséquent le fondement de validité suprême, qui fonde et scelle l'unité de ce système de création »²⁸. Mais, Kelsen précise que « si l'on s'en tient aux seules normes positives, le degré suprême de ces ordres est formé par leur Constitution »²⁹.

La pyramide kelsénienne est comparable à cette figure géométrique dont la base est large et le sommet effilé. En effet, alors que le sommet est constitué d'une seule et unique norme, la Constitution, le nombre des normes infra-constitutionnelles augmente au fur et à mesure que l'on descend la pyramide. C'est pour cette raison que la doctrine avance que la pyramide kelsénienne des normes est arborescente, elle est le reflet dans une certaine mesure d'un arbre généalogique reposant sur le côté. Seulement, alors que la pyramide des normes s'est imposée comme le socle commun des démocraties constitutionnelles, de plus en plus de voix s'élèvent pour relever les infirmités, contradictions et incohérences congénitales de la théorie de la hiérarchie des normes³⁰. C'est alors de cet enracinement presque ferme de l'Etat de droit dans une théorie très discutée qu'émerge l'intérêt de cette contribution. Elle ambitionne de déceler, à travers une analyse aussi détaillée que possible des critiques formulées par des auteurs au regard des faiblesses du modèle en cours et les raisons qui militent en faveur d'un changement de paradigme.

Il ne s'agira donc aucunement d'exposer une controverse doctrinale sur la question. En revanche, l'étude prendra en compte la conception kelsénienne de l'Etat, selon laquelle l'Etat est le droit lui-même³¹, en ce sens qu'il se confond avec l'ordre juridique. Dans son ouvrage intitulé *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, et

²⁷ *Ibid*,

²⁸ *Ibid.*, p. 299.

²⁹ *Ibid.*, p. 300.

³⁰ Voir à ce propos B. BONNET (dir.), *Traité de rapports entre les ordres juridiques*, LGDJ-Lextenso, 2016, 1821 p.

³¹ L'auteur rejette la thèse de Jellinek qui considère que l'Etat doit être envisagé au double

point de vue des sciences sociales et du point de vue de la science juridique. Il est rejoint par Santi Romano pour qui «...là où il y a un Etat, il ne peut pas ne pas y avoir du même coup un ordre juridique, lequel représente précisément le régime étatique, de même que, là où un tel régime existe, il ne peut pas ne pas y avoir d'Etat », in *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, rééd., 2002, p. 35.

se plaçant dans une perspective néo-kantienne, selon laquelle chaque science constitue son objet, que l'objet de la science du droit, c'est le droit³², le maître viennois définit l'Etat comme « une unité normative spécifique et non une entité susceptible d'être appréhendée selon les lois causales ». L'Etat est donc « la personnification de l'ordre juridique comme volonté superindividuelle (*sic*) ». En effet, la « volonté d'une personne juridique trouve au-dessus d'elle une volonté supérieure. Mais il y a un moment où l'on ne trouve plus de volonté supérieure et on personnifie la totalité de l'ordre juridique grâce au concept d'Etat »³³. Pour Kelsen, Etat et ordre juridique sont deux termes qui dénotent un seul et même concept³⁴. Toutefois, pour distinguer l'ordre juridique international de l'Etat, il précisera que « tout Etat est un ordre juridique, mais tout ordre juridique n'est pas un Etat, il n'est un Etat que s'il est relativement centralisé³⁵. Ainsi, « l'Etat et le droit se confondent toutes les fois qu'il existe un Etat au sens étroit »³⁶. C'est en cela que se justifie l'approche kelsénienne du droit constitutionnel³⁷ en tant droit de l'Etat dont le non-respect par les organes étatiques est susceptible de faire l'objet de sanction³⁸.

Il reste que notre approche se limitera à l'analyse des critiques de la doctrine constitutionnaliste

qu'elle provienne de l'Europe ou des Etats-Unis d'Amérique. Ce choix est dicté par deux raisons. La première tient au fait que ces deux espaces ont été les plus influencés par les enseignements du Chef de l'Ecole de Vienne ; l'auteur ayant enseigné aux Universités de Vienne, Prague, Cologne, Harvard, Berkeley et Californie. Roscoe Pound, l'un des plus grands maîtres de l'Ecole réaliste américaine dira de Kelsen qu'il est « *the leading jurist of our time* ». La deuxième, conséquence logique de la première, vient du fait que c'est également dans ces deux espaces que le normativisme Kelsénien a essuyé de pertinentes critiques. Mais, une question persiste et elle mérite d'être posée : l'ordre juridique constitutionnel est-il toujours soluble dans la théorie kelsénienne de la hiérarchie des normes ? En d'autres termes, face à des ordres juridiques en mouvement, dans un monde lui-même en mouvement, la pyramide des normes est-elle toujours en mesure de refléter fidèlement l'organisation des ordres juridiques étatiques ? Telle est la question fondamentale autour de laquelle sera construite notre réflexion. Bien entendu la question de l'existence ou non d'une hiérarchie des normes juridiques en droit international public ne sera pas abordée par cette étude³⁹. L'on retiendra que la doctrine constitutionnaliste ne rejette pas le

32 H. Kelsen cité par M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, p. 144.

33 *Ibid.*, p. 148.

34 H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, New York, Russell and Russell, 1945, p. 181 et s. ; *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, 2^e éd., Tübingen, 1928.

35 H. Kelsen cité par M. TROPER, *op. cit.* p. 156.

36 *Ibid.*

37 H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 1997, 517 p.

38 H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution-La justice constitutionnelle », in *RDP*, 1928, p. 197-257.

39 Sur cette question, lire A. KPODAR, « L'échelle de normativité du droit international public », *Annales de l'Université Marien N'gouabi*, 2011, p. 137-168. Voir égal. O. BEAUD, *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996, J. BENTHAM, *Introduction aux principes de la morale et de la législation*, 1789, rééd. Paris, Vrin,

normativisme kelsénien en tous ses points. Les mérites lui sont certainement reconnus, notamment sa simplicité académique et son maniement facile par les juges. Mais, il lui est reproché son caractère partiellement obsolète, donc son incapacité à refléter les transformations qui ont affecté la structure des systèmes juridiques contemporains⁴⁰. Ce constat interdit de laisser le modèle kelsénien inchangé. Aussi, les détracteurs du modèle pyramidal n'ont-ils manqué ni de créativité ni d'ingéniosité dans l'élaboration de nouveaux modèles théoriques supposés rendre plus compte de la complexité contemporaine des systèmes juridiques.

Au bénéfice de ces considérations liminaires, l'on démontrera que les critiques formulées par la doctrine constitutionnaliste à l'endroit de la théorie kelsénienne de la hiérarchie des normes connaissent un mouvement en deux temps : le temps de la « mise à nu » des faiblesses du modèle kelsénien (I) et le temps de la mise en orbite de modèles concurrents (II).

I-LA « MISE A NU » DES FAIBLESSES DU MODELE KELSENEN

Le modèle kelsénien de formation des normes juridiques est fondé sur le principe selon lequel les

normes de tout ordre juridique sont agencées par couches successives sous la forme d'une pyramide. Il reste que cette architecture a subi l'épreuve du temps. On comprend dès lors qu'il lui est reproché d'être à la fois inadapté (A) et incompatible (B) avec une réalité de plus en plus complexe.

A- Le caractère inadapté du modèle pyramidal

Le caractère inadapté du modèle pyramidal tient au fait qu'il renvoie un reflet déformé des modalités de formation du droit que l'on se place sous l'égide de la tradition juridique romano germanique⁽¹⁾ ou sous la Common law ⁽²⁾.

1-L'approche de la doctrine de tradition romano germanique

Même si elle continue d'être enseignée, notamment, dans les facultés ou Ecoles de Droit, la conception pyramidale de l'ordre juridique est de plus en plus contestée par la doctrine constitutionnaliste. Au nombre des adversaires du maître de Vienne figurent en ligne de mire Paul Amselek, François Ost, Michel Van de Kerchove, G. Gurvitch, M. Hauriou, Santi Romano, Herbert Lionel Adolphus Hart, Alf Ross, Carlos Nino, et dans une certaine mesure Fritz Sander⁴¹. Les

2011, 384 p. ; D. de BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit*, Paris, Odile Jacob, 1997.

40 M. VAN De KERCHOVE, « La pyramide est-elle toujours debout ? », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p.471. Pour une approche africaine du sujet, voir A. KPODAR, « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone », Bordeaux, *Afrilex*, 2013, 33 p.

41 Fritz Sander est souvent présenté comme « l'enfant terrible » de l'Ecole de Vienne, dont il fut l'un des premiers élèves et fervent défenseur de la théorie pure du droit et de son fondement néokantien. Mais, il deviendra très tôt un adversaire farouche de son maître, Hans Kelsen. En 1921, il écrit un essai sur le dogmatisme en droit ou

la théorie de l'expérience où il adressa de sévères critiques à la théorie pure du droit. (F. SANDER, « *Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung ? Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens* » (dogmatique juridique ou théorie de l'expérience ? Etude critique de la théorie du droit de Hans Kelsen), *Zeitschrift für öffentliches Rechts*, band II, Heft 5-6, 1921, p. 511-670. En 1922, Sander réclame la paternité de la Théorie pure du droit et accuse son maître de plagiat. Kelsen voit dans le comportement de son ancien élève une « animosité personnelle. Voir *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Verlag von JCB Mohr, Tübingen, 2^e ed., 1923, Pour une étude détaillée de cette affaire voir S. PINA, « Les dissensions au sein de l'école

critiques adressées par ces auteurs à la conception pyramidale de l'ordre juridique ont porté sur un certain nombre d'éléments clefs qui en constituent les piliers.

Dans la *Théorie pure du droit* Hans Kelsen pose le principe ci-après : « La validité d'une norme ne peut avoir d'autre fondement que la validité d'une autre norme. En termes figurés, on qualifie la norme qui constitue le fondement de la validité d'une autre norme de norme supérieure par rapport à cette dernière, qui apparaît donc comme une norme inférieure à elle »⁴². Paul Amselek, rappelons-le, dénonçait « le caractère très irréal » de la conception kelsénienne, en ce que « la réalité...est beaucoup plus complexe, plus enchevêtrée que le schéma kelsénien ne le laisse paraître »⁴³. La discorde, réside dans le fait que selon Paul Amselek, le maître de Vienne fait une confusion entre « valeur » et « vigueur ». Tant il est vrai « une norme non valable peut parfaitement être applicable, produire effet, et donc fonder la validité d'autres normes »⁴⁴. L'ordre juridique des Etats regorge de ces situations où des normes potentiellement « illégales » ont pu échapper à la censure pour se glisser dans le système normatif et produire des effets. Sont illustratives de cette situation, les nombreuses décisions d'abrogation de lois ou d'annulation *ex nunc* rendues par le

Conseil constitutionnel français depuis l'entrée en vigueur de la réforme instituant la « Question prioritaire de constitutionnalité »⁴⁵.

Ce n'est donc pas le processus d'intégration de la norme dans un ordre juridique qui confère à celle-ci sa validité, mais la capacité légalement reconnue à celui ou à l'organe qui l'édicte. C'est pour cette raison que Riccardo Guastini propose de définir la validité comme le caractère de « toute norme qui est formellement conforme et matériellement non incompatible avec les normes et métanormes qui lui sont formellement et matériellement supérieures »⁴⁶. La doctrine belge reproche également à la théorie pure du droit, l'incohérence de sa conception pyramidale de l'ordre juridique. Michel Van de Kerchove avançait que « la nature et l'étendue des transformations essentielles qui ont affecté la structure des systèmes juridiques contemporains entament réellement la conception kelsénienne et commandent l'élaboration de nouveaux modèles théoriques pour en rendre compte »⁴⁷. L'auteur relève par exemple qu'en dehors des normes posées conformément à un acte juridique et selon un mode de formation « dérivée », « il existe également d'autres normes, telles que la coutume, la jurisprudence et les principes généraux du droit, procédant d'un mode de formation « originaire »

viennoise de théorie du droit : La controverse Fritz Sander/Hans Kelsen », in *Archives de philosophie du droit*, t. 55, 2012, p. 295-307 ; voir égal. C. KLETZER, « Fritz Sander », in *Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der reinen rechtslehre*, Robert Walter, Clemens Jabloner, Klaus Zeleny, eds., Vienna, Manz, 2008, p. 445-470.

⁴² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 256.

⁴³ M. VAN De KERCHOVE, « La pyramide est-elle toujours debout ? », p. 471.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Cons. const., n° 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *Mme Viviane L. [Loi dite "anti-Perruche"]*, *JORF*, 12 juin 2010, p. 10847, *Rec.* p. 105. Voir Cons. const., n°

2010-93 QPC, 4 février 2011, *Comité Harkis et vérité, [Allocation de reconnaissance]*, *JORF* 5 février 2011, p. 2351 Cons. const., n° 2011-222 QPC, 17 février 2012, *M. Bruno L. [Définition du délit d'atteintes sexuelles incestueuses]*.

⁴⁶ R. GUASTINI, *Leçons de théorie constitutionnelle*, Paris, Dalloz, trad. Véronique Champeil-Desplats, 2010, p. 47.

⁴⁷ M. VAN De KERCHOVE, « La pyramide est-elle toujours debout ? », *op. cit.*, p. 471. Sur l'approche en droit international public, v. A. KPODAR, « L'échelle de normativité du droit international public », *Annales de l'Université Marien N'gouabi*, 2011, p. 137-168.

et, à ce titre, s'intégrant difficilement dans un modèle de type pyramidal ou hiérarchique »⁴⁸. Ces auteurs dénoncent également « l'impossibilité de maintenir de manière cohérente la conception du maître viennois de la structure du système juridique au regard de la théorie de la norme fondamentale ». Ils avancent à ce propos que si l'on reste dans la logique kelsénienne « ...la modification de la norme fondamentale suit la modification de la Constitution ». Pourtant l'application du principe de la hiérarchie des normes juridiques devrait aboutir à la supériorité de la norme fondamentale sur la Constitution⁴⁹. Enfin, à l'idée kelsénienne d'une distribution linéaire des normes juridiques par couches, les théoriciens belges opposent une « ...réalité, [...] beaucoup plus complexe, plus enchevêtrée »⁵⁰. Ils sont soutenus sur ce point par Etienne Picard, selon qui « la nécessité de « repenser la hiérarchie des normes confrontée aux rapports entre ordres juridiques » ressort du rapprochement de deux constats : -le caractère extraordinairement simpliste de cette assertion...selon laquelle les diverses normes applicables...se hiérarchiseraient... ; -les écarts considérables que la réalité jurisprudentielle accuse par rapport à cette hiérarchie si inconsiderablement (sic) affirmée »⁵¹.

Pour tenir compte justement de la complexité avancée, Herbert Lionel Adolphus Hart propose de distinguer les règles primaires et secondaires de sorte que le droit serait conçu comme l'union de ces deux types de règles⁵². Autrement dit, Hart dénie toute hiérarchie au système juridique. Même si les règles secondaires dépendent des règles primaires, cette relation n'établit nullement une hiérarchie entre les règles primaires et celles secondaires. Comme l'affirme d'ailleurs l'auteur, « les règles du premier type imposent des obligations ; les règles du second type confèrent des pouvoirs, publics ou privés. Les règles du premier type visent des comportements qui impliquent un mouvement ou des changements d'ordre physique ; les règles du second type pourvoient à des opérations qui entraînent non seulement un mouvement ou un changement d'ordre physique, mais la création ou la modification de devoirs ou d'obligations »⁵³. L'absence d'hiérarchie est d'autant plus avérée que les règles secondaires peuvent aussi créer de nouvelles obligations qui sont susceptibles de remplacer les anciennes obligations. La conséquence qu'on peut tirer de cette théorie est que l'ordre juridique selon H. L. A. Hart, se conçoit en termes d'interactions entre les règles

48 M. VAN de KERCHOVE, « La pyramide est-elle toujours debout ? », *op. cit.*, p. 474.

49 F. OST et M. Van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 46.

50 *Ibid.*, p. 47.

51 E. PICARD, « La hiérarchie des normes confrontée aux rapports entre ordres juridiques », in B. BONNET, *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2016, p. 513.

52 Pour H.L. A. Hart « les règles du premier type, que l'on peut considérer comme fondamental ou

primaire, prescrivent à des êtres humains d'accomplir ou de s'abstenir de certains comportements, qu'ils le veulent ou non. Les règles de l'autre type sont, en un certain sens, parasites ou secondaires par rapport aux premières ; elles veillent en effet à ce que les êtres humains puissent, en accomplissant certains actes ou en prononçant certaines paroles, introduire de nouvelles règles de type primaire, en abroger ou en modifier d'anciennes, ou, de différentes façons, déterminer leur incidence ou contrôler leur mise en œuvre » (H. L. A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 105).

53 *Ibid.*, p. 105.

primaires et les règles secondaires⁵⁴. Enfin, la critique qui secoue véritablement la pyramide kelsénienne, tient à l'absence de la juridicité de la norme fondamentale. Si l'on s'accorde avec Hans Kelsen que la validité d'une norme vient de sa conformité à la norme supérieure, il est en revanche difficile, dans une démarche positiviste, d'admettre que la Constitution tient son contenu normatif d'une supposée norme fondamentale dépourvue, elle-même de toute normativité. L'édifice kelsénien vacille, à défaut de se reposer sur une norme fondamentale juridiquement valide. Ce vacillement devient de plus en plus inquiétant lorsqu'on sait que dans le système de la Common Law, c'est le juge qui construit le droit. C'est lui qui confère à la Constitution sa normativité et non une quelconque norme fondamentale dépourvue de juridicité.

2-L'approche de la doctrine américaine

Il s'agit de la doctrine dite du réalisme américain. Elle comprend plusieurs courants de pensée qui peuvent être regroupés dans les deux grandes écoles américaines de théorie du droit. Il y a d'une part, la *sociological jurisprudence*, d'approche plus radicale, et, d'autre part, le *legal realism*, ou encore le courant réaliste, plus modéré⁵⁵.

Généralement, la doctrine constitutionnaliste classe dans la *Sociological jurisprudence*, les travaux⁵⁶ de O. W. Holmes Jr., Roscoe Pound, L. D. Brandeis, B.N. Cardozo, F. Frankfurter. En revanche, appartiennent au mouvement réaliste J-W. Bingham, F. S. Cohen, C. J. Keyser, K. Llewellyn, Joseph C. Hutcheson, Junior W. O. Douglas, et J. Frank. Ces deux courants, malgré leur opposition, se rapprochent par le fait que leurs principaux représentants plaident en faveur du rôle accru de l'interprétation dans la formation du droit⁵⁷. Leur thèse centrale se cristallise autour de l'idée selon laquelle « le droit ne consiste pas en un devoir-être, un ensemble de règles, mais bien en une réalité matérielle, un ensemble de comportements »⁵⁸.

Aussi soutiennent-ils que « plutôt que de se consacrer à une tâche de systématisation logique des règles, elle (la science du droit) devra se livrer à une description de la pratique effective des autorités, afin d'être en mesure d'opérer des prédictions de leurs comportements à venir... » Il reste que cette tâche n'est effective qu'à travers « ... d'une recherche explicative des multiples facteurs, d'ordre psychologique et socio-politique, qui déterminent la démarche des décideurs ». C'est en ce sens que O. W. Holmes, contestant la hiérarchie classique entre les règles de droit et la

⁵⁴ *Ibid.*, p. 106.

⁵⁵ F. MICHAUT, *L'école de la sociological jurisprudence et le mouvement réaliste américain, le rôle du juge et la théorie du droit*, Université de Paris X-Nanterre, 1985 ; F. Michaut, « L'école de la sociological jurisprudence et le mouvement réaliste américain, le rôle du juge et la théorie du droit, 1985 », in *Droit et société*, n°3, 1986, p. 303-305.

⁵⁶ Voir N. R. POUND, « La nécessité d'une sociologie de la jurisprudence », *Sac vert*, 1907, p. 608-615 ; B. N. CARDOSO, *The nature of the judicial process*, New Haven and London, 1921, (nouvelle édition : 1971), p. 113-121 ; O. W. HOLMES, *The path of the law*, (1897),

reproduit in *The Bobbs-Merrill law review reprint series*, p. 461 ; K. N. LLEWELLYN, *A realistic jurisprudence, the next step*, 1930, reproduit in *Jurisprudence. Text and reading on the philosophy of Law*, (G. Christie), Saint-Paul, 1973, p. 729-735.

⁵⁷ Cinq des membres de ces deux Ecoles furent juges à la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique. Il s'agit de O.W. HOLMES, L. D. BRANDEIS, Benjamin N. CARDOZO et Félix FRNKFURTER pour le compte de la sociological jurisprudence et W. O. DOUGLAS pour le compte du mouvement réaliste.

⁵⁸ H. KANTOROWICZ, « Some rationalism about realism », in *Yale Law Review*, 1934, vol. 43, p. 1240.

décision de justice, définissait le droit comme « les prophéties de ce que feront effectivement les cours et les tribunaux, et rien de plus prétentieux, voilà ce que j'entends par droit »⁵⁹. Ainsi, alors même que la pensée classique, proche de la conception kelsénienne de l'ordre juridique, place les règles au cœur du système juridique desquelles elle croit tirer les décisions d'espèce, Holmes et le mouvement réaliste opèrent une révolution copernicienne en plaçant au centre du système normatif les décisions⁶⁰. Les décisions de justice constituent donc le noyau du système normatif, autour duquel se construit le droit⁶¹. Cette place première qu'occupe le juge dans la formation du droit est sous-tendue par le caractère évolutif et vivant du droit, qui ne serait donc être figé uniquement dans un document. Le mouvement réaliste estime que dans une société en perpétuelle mutation, le droit ne peut qu'évoluer et il doit évoluer. Le droit doit subir une mise à jour régulière pour ne pas être en déphasage avec les exigences de la société. Pour ce faire, le juge doit non seulement être l'artisan de cette production permanente du droit, mais également, produire la bonne solution. On a pu parler de « *slot machine theory* »⁶².

Ainsi donc, chez Holmes, il n'est plus question pour l'individu de se référer aux textes normatifs pour repérer ses devoirs, mais plutôt s'interroger sur la probabilité pour qu'une juridiction

sanctionne son comportement⁶³. On comprend dès lors que « la règle ne constitue plus une justification de la décision dans la mesure où elle ne s'impose pas a priori au décideur ; tout au plus représentera-t-elle une prédiction de la future décision ». Il s'en déduit que la décision n'est plus dirigée par la règle, mieux la règle n'oriente plus le décideur. La règle dérive de la décision. Dans ce cas de figure, la règle peut être dotée d'une valeur juridique supérieure à celle de la décision. Il en est ainsi d'une décision du juge constitutionnelle instituant un principe supraconstitutionnel. Cette conclusion nous paraît très intéressante.

Dans la conception kelsénienne de l'ordre juridique : « ...La validité d'une norme ne peut avoir d'autre fondement que la validité d'une autre norme »⁶⁴. Cette réponse ne résiste pas à la critique surtout lorsqu'on se réfère aux systèmes juridiques où règnent des constitutions coutumières. On sait d'une part, que ceux-ci n'instituent pas de contrôle de constitutionnalité et que, d'autre part, une loi contraire à une norme constitutionnelle peut être valide. En conséquence, la norme prise sur le fondement de la nouvelle loi peut être valide alors même qu'elle serait contraire à la norme constitutionnelle. De même, dans les systèmes de constitution écrite et rigide, il est vrai que c'est l'interprétation, donc la décision, qui « constitue la Constitution »⁶⁵, c'est

59 O.W.HOLMES, *The path of the law*, 1897, reproduit in The Bobbs-Merrill law review reprint series, p. 461.

60 J. FRANK, *Mr Justice Holmes and non-euclidean legal thinking*, (1932), Reproduit in Reading in jurisprudence, (J. Hall), indianapolis, 1938, p. 368.

61 Sur le rôle de la Cour suprême des Etats-Unis dans la résolution des conflits majeurs de la société américaine, V., P. VIALLE, *La Cour suprême et la représentation politique aux Etats-Unis*, Paris, LGDJ, 1972.

62 Expression rapportée par G. SCUBERT, « Judiciary », in *International Encyclopedia of the Social sciences*, David L. SILLS (éd.), New-York. The Mac Millan. Co and the Free Press, 1968, vol. 8, p. 308.

63 O.W. HOLMES, *The path of the law*, *op. cit.*, p. 459.

64 H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 255-256.

65 M. TROPER, « L'interprétation constitutionnelle », in F. MELIN-

elle qui détermine la règle et lui confère une nature. Autrement dit, c'est la décision rendue par le juge « qui construit la relation hiérarchique entre la constitution et d'autres normes »⁶⁶. Ainsi, dans le cadre de la décision *Marbury*, la Cour suprême des Etats-Unis ne « s'est pas fondée sur une suprématie préexistante pour justifier sa décision, mais par sa décision, elle a instauré la suprématie »⁶⁷.

En revanche, pour les partisans du réalisme américain, « il ne convient plus de parler de validité de la règle ; tout au plus peut-on accorder qu'une règle est vérifiée a posteriori s'il s'avère que la prédiction qu'elle formulait se réalise effectivement »⁶⁸. Ainsi, quelle que soit la forme sous laquelle elles se présentent, les règles ne constituent qu'une rationalisation de prophéties⁶⁹ relatives au futur comportement des tribunaux⁷⁰. Les règles ne sont qu'une source du droit et en aucune façon le droit lui-même, celui-ci résultant exclusivement de l'activité des tribunaux. Comme

le fait observer Arthur Kaufmann « ce n'est que lorsque je sais ce qu'est un vol aggravé que je peux comprendre le cas concret comme un cas de vol aggravé ; mais je ne peux pas savoir ce qu'est un vol aggravé sans une analyse pertinente du cas concret. L'interprétation qui fait d'une norme légale une prévision normative (Tatbestand) a lieu dans le cas concret, et la construction qui transforme le cas concret (les faits) dans un cas d'espèce (Sachverhalt) a lieu dans la norme légale »⁷¹. De ce fait, « la conception traditionnelle de l'application, marquée par la vision d'une hiérarchie entre le normatif abstrait et le factuel concret à lui être « subsumé », ne peut plus tenir dès que l'on comprend que le contenu du « normatif » ne peut pas être déterminé abstraitement, mais uniquement en fonction de la solution concrète à décider »⁷².

De ce point de vue, la doctrine américaine rejoint la conception de Michel Troper sur

SOUCRAMANIEN (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 22.

66 *Ibid.*, p. 23.

67 *Ibid.*, p. 23

68 K. N. LLEWELLYN, « My philosophy of law », in *My philosophy of law*, Boston, 1941, p. 22-23.

69 Voir à ce propos F. AST, *Les principes fondamentaux de la grammaire, de l'herméneutique et de la critique*, Landshut, 1808 ; F. NIETZSCHE, *La volonté de puissance*, n°481 ; AUGUSTIN, *La doctrine chrétienne*, Institut d'études augustiniennes, 1997 ; AUGUSTIN, *La genèse au sens littéral*, t. I, Desclée, 1972, p. 83 ; F. SCLEIERMACHER, *Hermeneutik und Kritik (Huk)*, éd. M. Frank, Frankfurt, suhrkamp, 1977, p. 76 ; W. DILTHEY, *Origines et développement de l'herméneutique* (1900), Le monde de l'esprit, Aubier, 1947, t. I, p. 313. Pour aller plus loin lire J. GRONDIN, « Le passage de l'herméneutique de Heidegger à celle de Gadamer » in J. GRONDIN (dir.), *Le tournant herméneutique de la phénoménologie*, Paris, PUF, 2003, p. 57-83 ; du même auteur *L'herméneutique*, Paris, PUF, 2017, 128 p. ; G. VATTIMO, *L'herméneutique comme nouvelle koinè, Ethique de l'interprétation*, Paris, La

Découverte, 1991, p. 45-58 ; G. MISCH, *Der Aufbau der Logik auf dem Boden der Philosophie des Lebens* [L'édification de la logique sur la philosophie de la vie], Alber, 1994 ; M. HEIDEGGER, *Herméneutique de la facticité, Œuvres complètes*, t. 63, Klostermann, 1988 ; du même auteur, *Interprétations phénoménologique d'Aristote* (1922), TER-Repress, 1992, 19, p. 23 ; *D'un entretien de la parole, Acheminement vers la parole* (1959), Gallimard, 1967, p. 118, 120, 126.

70 O. W. HOLMES, *op. cit.* p. 457-458.

71 A. Kaufmann, cité par G. JUST, *Interpréter les théories de l'interprétation*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 72

72 G. JUST, *op. cit.*, p. 72 ; J. Ch. GRAY, « The nature and sources of the law », (1931), reproduit in *Readings in jurisprudence*, (J. Hall), Indianapolis, 1938, p. 404 ; M. HEIDEGGER, *Être et temps*, Paris, Gallimard, 1986 ; P. RICOEUR, *Le conflit des interprétations*, Paris, Le Seuil, 1969 ; G. VATTIMO, *Au-delà de l'interprétation. La signification de l'herméneutique pour la philosophie*, éd., de Boeck, 1997 ; W. DILTHEY, « Origines et développement de l'herméneutique », in *Le monde de l'esprit*, Paris, Aubier, 1947, t. I, p. 313-340.

l'interprétation⁷³. Le juge, mieux l'herméneute, n'est pas un être de pure raison, mais un citoyen comme les autres qui va devoir essayer d'accomplir aussi bien que possible une tâche ardue dans laquelle les exigences de son métier, les techniques de l'art d'interpréter - l'herméneutique - vont lui venir en aide. Il n'est pas l'esclave des précédents ou du texte constitutionnel mais l'habile orfèvre qui va découper de la norme brute⁷⁴ : le modèle de norme adéquate. Celle qui conduit à la solution juste. Il s'agit pour le juge de découvrir à partir de la lecture du système juridique, la solution qui conviendra le mieux pour le cas dont il est saisi⁷⁵. On comprend dès lors que J. Frank s'insurge contre ce qu'il appelle « l'illusion du jeu intellectuel » qui consiste à systématiser les prétendues règles de droit qui ne forment qu'un droit formel très éloigné de la pratique réelle des cours et tribunaux⁷⁶. Il ne fait aucun doute que cette doctrine remet fondamentalement en cause le modèle pyramidal des normes juridiques au double point de vue matériel et formel.

Sur le plan matériel, et selon la doctrine de ces deux écoles américaines, la validité d'une norme ne tient pas à sa conformité à une quelconque norme supérieure. La Constitution, le *paper rule*, ne tient sa validité que par le juge, il ne peut donc pas lui servir de cadre de référence. La validité

d'une règle juridique tient surtout à sa capacité à « prédire » le futur comportement des tribunaux. Alf Ross écrivait à juste titre que « ...la science du droit est une branche de la théorie du comportement humain, et que par suite le phénomène juridique doit être trouvé dans le domaine de la psychologie et de la sociologie »⁷⁷. Sur le plan formel, on retiendra que le juge est en quelque sorte en dehors du système juridique, tout au moins il n'est pas lié par cet ordre juridique. C'est lui qui crée cet ordre en toutes ses pièces à travers la jurisprudence. Il est le pilier de l'ordre juridique. Tout part de lui et tout lui revient. L'ordre juridique ne repose pas sur une constitution posée par la jurisprudence.

Il est clair que le modèle pyramidal dans sa conception traditionnelle ne reflète ni l'approche romano germanique du droit, encore moins celle de l'Ecole réaliste américaine⁷⁸. C'est pour cette raison que son caractère inadapté est de plus en plus dénoncé en doctrine. Mais, les critiques sont loin de s'éteindre, puisqu'il lui est également reproché son incompatibilité avec l'organisation normative des systèmes juridiques contemporains.

B- Les incompatibilités décriées du modèle pyramidal

L'analyse des incompatibilités du modèle pyramidal avec les systèmes juridiques se fera en

⁷³ M. TROPER, « L'interprétation constitutionnelle », *op. cit.* p. 22 et s.

⁷⁴ F. MICHAUT, « Le rôle créateur du juge selon l'école de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », *Revue internationale de droit comparé*, vol., 39, n°2, Avril-juin, 1987, p. 8.

⁷⁵ D. ACHESON, « Working with Brandeis », in Aaron WILDEVSKY and Nelson W. POLSBY (eds), *American Government Institutions*, Chicago, Rand MC. Nally and Co., 1968, p. 228.

⁷⁶ J. Frank, « What courts do in fact, (1932 »), reproduit in *Readings in jurisprudence, op. cit.*, p. 1104 et s.

⁷⁷ A. ROSS, *Towards a Realistic Jurisprudence : a criticism of dualism in Law* (1946), scientia verlag ; n.e., réed., 1989, p. 78.

⁷⁸ Il semble, aux dires de certains auteurs, que Kelsen aurait rallié au soir de sa vie la théorie réaliste de l'Ecole américaine voir O. PFERSMANN, « Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique », *Droits*, 1999, n°28, p. 83 et s; L. GIANFORMAGGIO, « La conception volontariste du droit du dernier Kelsen », *Droits*, 1999, n°28, p. 99 et s.

empruntant un chœur à deux voix. On relèvera d'une part, que la cohérence du modèle est entamée (1), et que, d'autre part, en affirmant que la constitution tire sa valeur juridique d'une norme fondamentale transcendantale, le normativisme kelsénien semble ne pas avoir renoncé à son héritage jusnaturaliste (2).

1-Un modèle à la cohérence entamée

Si nous partons de l'hypothèse qu'« un organe chargé d'appliquer un texte doit au préalable déterminer le sens de ce texte, c'est-à-dire la norme qu'il contient, avant de poser une norme de degré inférieur », on peut affirmer contrairement à Kelsen qu'un texte posé conformément à une disposition supérieure n'est porteur d'aucune norme. En effet, « tout texte est affecté d'un certain degré d'indétermination et est porteur de plusieurs sens entre lesquels l'organe d'application doit choisir [...] »⁷⁹. C'est l'organe d'application qui détermine le contenu normatif

exact d'un texte. C'est lui qui, en conférant un sens à la règle juridique posée construit ou recrée son contenu normatif. A l'opposé de l'affirmation de Kelsen selon laquelle : « Être valide signifie « devoir-être observé » »⁸⁰. Il s'en suit qu'un énoncé peut être valide, mais dépourvu de valeur normative⁸¹. Kelsen reconnaît lui-même que l'organe d'application du droit «... crée du droit »⁸². Ainsi, si hiérarchie il doit y avoir, celle-ci ne peut s'établir qu'à travers l'interprétation authentique des actes normatifs. N'ayant pas la qualité de norme à leur édicition, les « normes supérieures », au sens kelsénien, ne peuvent servir de fondement à l'édition de normes inférieures.

Comme l'observent François Ost et M. van de Kerchove, « les organes d'application d'une norme juridique...se trouvent amenés, malgré leur situation de subordination, à déterminer partiellement sa signification, voire à créer une norme qui ne trouverait pas son fondement en elle »⁸³. Dans cette perspective, il apparaîtrait

79M. TROPER « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, éditions CUJAS, 1975, p. 135. V. égal. A. KPODAR, « Quand l'interprétation constitutionnelle menace la lisibilité du bloc référentiel. Contribution doctrinale sur la fausse vraie idée du contrôle de constitutionnalité », *Constitutions-Revue de droit constitutionnel appliqué*, Janvier-mars, 2015, p. 7-19.

80 H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, Paris, Léviathan PUF, 1996, p. 35 ; V. également, M. TROPER « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, éditions CUJAS, 1975, p.135 ; A. KPODAR, « Quand l'interprétation constitutionnelle menace la lisibilité du bloc référentiel. Contribution doctrinale sur la fausse vraie idée du contrôle de constitutionnalité », *Constitutions-Revue de droit constitutionnel appliqué*, Janvier-mars, 2015, p. 7-19 ; D. ROUSSEAU, P. Y. GAHDOUN et J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, 11e éd., Paris, LGDJ, 2016, p. 300 ; M. TROPER, « Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnel », in E.

Zoller (dir.), *Marbury v. Madison 1803-2003*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p. 215 ; J. GRONDIN, *Le passage de l'herméneutique de Heidegger à celle de Gadamer*, in J. GRONDIN (dir.), *Le tournant herméneutique de la phénoménologie*, Paris, PUF, 2003, p. 57-83 ; T. ASCARELLI, « *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione* », in *Rivista di diritto processuale*, Anno XIII (1957), n°1-3, p. 10.

81 M. TROPER, « L'interprétation constitutionnelle », *op. cit.*, p. 24, du même auteur « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », in *Revue internationale de philosophie*, n°138, p. 520 et s.

82 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 461.

83 F. OST et M. VAN de KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1987, « Chapitre IV. Création et application du droit. Structures linéaire ou circulaire du système juridique », p. 183 ; M. TROPER, « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », in *Revue internationale de philosophie*, n°138, 1981, p. 520 et s. M. TROPER, « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre

que l'organe d'application renverse la hiérarchie des normes⁸⁴, dans la mesure où « l'existence juridique d'une norme législative ne résulte pas de sa conformité à la Constitution, mais de l'interprétation par le juge⁸⁵ ». Il en est ainsi de la jurisprudence du Conseil constitutionnel français sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Malgré leur position infra-constitutionnelle, ces lois de la République ont reçu valeur constitutionnelle du fait du juge constitutionnel, un organe infra-constitutionnel. C'est également le cas, lorsque la Cour constitutionnelle du Bénin dégage « les options fondamentales de la République »⁸⁶ qu'elle impose au pouvoir constituant. L'organe créateur d'une norme peut dégager un principe auquel il accorde une valeur supérieure à la norme qu'elle est supposée appliquée. C'est en ce sens que François Ost et Michel Van de Kerckove soulignent que « si l'on envisage le problème juridique du fondement de validité des normes, il convient d'apercevoir que la "direction" que suit un tel processus va exclusivement du bas vers le haut, en ce sens que le fondement de la validité d'une norme réside toujours dans une norme supérieure autorisant la création de la norme inférieure »⁸⁷. En revanche, si « inversement, [...] l'on envisage le problème juridique de la création d'une norme nouvelle, ce processus va au

contraire exclusivement du haut vers le bas, en ce sens que la création d'une norme constitue toujours l'application d'une norme supérieure et se caractérise par « une individualisation ou concrétisation constamment croissantes »⁸⁸ »⁸⁹. C'est donc l'organe d'application d'une norme qui l'identifie et qui lui confère le rang auquel elle se situe parmi les autres normes. De la norme inférieure qu'elle est appelée à donner plein effet, l'organe d'application peut tirer une norme ayant une valeur supérieure à celle-ci. Ainsi, « loin d'exercer exclusivement une fonction créatrice de normes inférieures dont le fondement se trouverait dans les normes matérielles et formelles supérieures, l'organe d'application se voit reconnaître à son tour, la fonction de déterminer la signification générale de celles-ci, voire même de créer des normes qui ne trouveraient pas leur fondement dans celles-ci »⁹⁰.

On ne peut pas reconnaître l'invalidité d'une norme à partir de son rang inférieur, préalablement identifié, de même, la validité d'une norme ne tient pas seulement à son rang supposé supérieur. Il en découle qu'« une norme ne prévaut pas sur une autre parce qu'elle est supérieure mais elle est dite supérieure parce que l'organe qui en fait application l'impose à une autre »⁹¹. Contrairement aux allégations de Kelsen, est dite supérieure, la norme qui est

juridique », *Revue inter. de philosophie*, 1981, n°136, p. 518 ; Michel TROPER, « Hans Kelsen et la jurisprudence », *op. cit.* p. 83.

⁸⁴ D. DE BECHILLON, « L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation. Réflexions critiques », in *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1994, n°1, p. 252.

⁸⁵ M. TROPER, « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », p. 526.

⁸⁶ Cour constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 11-067 du 20 octobre 2011, Rec. 2011, p. 25 et s.

⁸⁷ F. OST et M. VAN de KERCKOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, *op. cit.*, p. 187.

⁸⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 51.

⁸⁹ F. OST et M. VAN de KERCKOVE, *op. cit.*, p. 187.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 189.

⁹¹ P. BRUNET, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », in *L'architecture du droit*, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper, Paris, Economica, 2006, p. 217.

déclarée telle par l'organe d'application⁹². En partant des postulats posés par le maître viennois dans la présentation de sa théorie, on peut dire que dans la dynamique des normes, le rang d'une norme n'est pas définitivement figé. La « cinétique juridique »⁹³ est de plus en plus complexe, au point où la pyramide n'est plus à même de rendre compte de la réalité.

Paul Amselek observe à ce propos que « la réglementation juridique des édictions de règles de droit, est beaucoup plus enchevêtrée que ne l'expose Kelsen ». La raison tient au fait que « les différentes autorités publiques tirent le principe de leurs compétences normatives de catégories de normes juridiques les plus diverses qui ne s'articulent nullement, de ce point de vue, selon un fil continu d'édictions, sur le fondement de normes supérieures antécédentes, de normes fondant l'édition de normes inférieures subséquents »⁹⁴. Cette réflexion est d'autant plus vraie que dans les systèmes juridiques bâtis sur le modèle kelsénien, le décret ou l'arrêté ne tient pas forcément sa validité d'une loi ordinaire ou organique. Celle-ci peut provenir directement de la Constitution. De la même façon comme le précise l'auteur, « 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 »⁹⁵. Le normativisme Kelsénien comporte des germes qui fondent l'idée de son incompatibilité avec la pyramide des normes. Telle est l'expression contemporaine du positivisme juridique. Toute autre considération, notamment celle consistant à tirer la validité d'une norme d'une autre prétendue norme fondamentale, dépourvue quant à elle de toute normativité, irait en « porte à faux » avec le positivisme juridique.

2- Une théorie en « porte à faux » avec la doctrine positiviste

Il s'agit ici d'analyser la doctrine positiviste, dont la théorie du droit positif constitue la réalisation la plus achevée, et de démontrer ensuite que la *Théorie pure du droit* qui fonde la conception kelsénienne de l'ordre juridique comporte des contradictions qui la rapprochent en réalité du jus-naturalisme. Le positivisme kelsénien serait en dernière analyse un jus-naturalisme déguisé, même si Kelsen a l'habitude d'affirmer que « la théorie pure du droit est la théorie du positivisme juridique »⁹⁶.

Le positivisme dans son essence signifiait avant tout « le refus, si nettement formulé par Auguste Comte, des prétendues errances de la métaphysique »⁹⁷. Norberto Bobbio, quant à lui,

⁹² *Ibid*, p. 217-218.

⁹³ L'expression de M. DELMAS-MARTY. Voir « Vers une cinétique juridique : D'une approche statique à une approche dynamique de l'ordre juridique », in B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, op. cit.

⁹⁴ P. AMSELEK, *Etudes de droit public*, op. cit., p. 123.

⁹⁵ *Ibid*.

⁹⁶ H. KELSEN, « La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit », *Revue de métaphysique et de morale*, n° 41 1934, p. 204. Cf égal. « Justice et droit naturel », in *Le droit naturel*, Paris, PUF, 1959, p. 119-123.

⁹⁷ S. GOYARD-FABRE, « L'illusion positiviste », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 357 ; M. TROPER, « Positivisme », in O. DUHAMEL et Y. MENY, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 769. V. aussi H. L.A. Hart, *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p.57 ; M. TROPER, « Le positivisme juridique », *Revue de synthèse*, 1986, p. 187-204 ; P. GERARD, « L'idée de règle de reconnaissance : valeur, limites et incertitudes » in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 65, 2010/2, p. 65-83 ; D. HUME, *Traité de la nature humaine*. Livre III : De la morale, trad. Philippe Foliot, ed. Numérique, Chicoutimi (Canada), 2007, p.16. ; S S. PAULSON, « La normativité dans la

le caractérise à travers trois aspects majeurs : un mode d'approche du droit, une certaine théorie du droit, une certaine idéologie de la justice⁹⁸. Mais alors, il faut que la doctrine positiviste soit « ...aussi transparente et neutre possible »⁹⁹, elle doit s'éloigner autant que possible de la métaphysique ou de l'anti-philosophisme. Il s'en déduit que pour les positivistes, le droit est *de lege lata* et jamais *de lege ferenda*. Le positivisme est donc « une manière d'aborder l'étude du droit » ou un « mode d'approche du droit »¹⁰⁰.

C'est de ce courant que se réclame Hans Kelsen par sa théorie pure du droit, qu'il conçoit comme du droit positif en général. Cette dernière, aux dires de l'auteur, « s'oppose...de la façon la plus nette aux théoriciens qui renient la philosophie transcendantale de Kant et le positivisme juridique »¹⁰¹. Le positivisme s'est donc déclaré par principe l'antithèse du jusnaturalisme¹⁰², étant entendu qu'historiquement, il s'est construit en réaction des démarches métaphysiques de l'Ecole du droit naturel. A ce propos, Kelsen affirme que « la théorie pure du droit s'oppose de la façon la plus nette aux théories qui renient la philosophie transcendantale de Kant »¹⁰³. Les positivistes, avec en tête Hans Kelsen, cachent

mal leur proximité avec les jusnaturalistes. Ce péché presque originel se retrouve clairement dans le normativisme kelsénien, non seulement dans ses idées fondatrices, mais également dans certaines de ses démarches les plus essentielles. Paul Amselek dit du positivisme juridique qu'« il s'agit d'un courant de pensée en porte-à-faux entre des aspirations résolument « réalistes » et anti-idéologiques et l'emprise sournoise de séquelles, d'habitudes de pensée, de « réflexes » en quelque sorte, de la métaphysique jusnaturaliste »¹⁰⁴. Pour reprendre les mots de Simone Goyard-Fabre, tirés de l'un de ses écrits au titre très révélateur, « L'illusion positiviste », le terme de positivisme est si « chargé de déterminations différentes qu'il suscite souvent un irrépressible vertige intellectuel »¹⁰⁵. L'on peut ressentir un vertige à la lecture du passage suivant tiré de la *Théorie pure du droit* : « ...une norme qui n'a pas été posée, mais seulement supposée, n'appartient pas au domaine de la réalité »¹⁰⁶. Et pourtant, le postulat de base qui fonde la hiérarchie des normes consiste à supposer l'existence d'une norme fondamentale transcendantale de laquelle la Constitution tirerait sa validité.

Théorie pure du droit peut-elle se prévaloir d'arguments transcendants ? » in *Droit et société*, 1987/7, p. 349-370. ; E. PICAUVET, *Kelsen et Hart. La norme et la conduite*, Paris, PUF, 2000, p. 24.

98 N. BOBBIO, *Giunaturalismo e positivismo*, Milan, Edizioni di Comunità, Diritto e cultura moderna, 1972, p. 103 et s.

99 G. RIPERT, *Le bilan d'un demi-siècle de vie juridique*, Paris, Dalloz, 1950.

100 A. BRIMO, *Les Grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat*, Paris, Pedone, 1967, p. 256 et s.

101 H. KELSEN, *Théorie pure du Droit*, op. cit., p. 60.

102 Le jusnaturalisme est « un courant de pensée, opposé au positivisme, qui privilégie l'étude d'un Droit idéal (le droit naturel), tel qu'il devrait être, plutôt que l'étude du droit positif ou posé, tel

qu'il est ». Voir M. TOUZEIL-DIVINA, *Dictionnaire de droit public interne*, Paris, LexisNexis, 2017, p. 251. Ce courant sera plus tard incarné par l'Ecole du Droit naturel avec notamment GROTIUS (1583-1645), HOBBS (1588-1779) ou LOCKE (1632-1704) comme chefs de file.

103 Ibid, p. 70.

104 P. AMSELEK, « Kelsen et les contradictions du positivisme juridique », *Archives de philosophie du droit*, tome 28, 1983, p. 272 ; G. RIPERT, « droit naturel et positivisme juridique », in *Annales de la Faculté d'Aix-en Provence*, 1918, n°1.

105 S. GOYARD-FABRE, « L'illusion positiviste », op. cit., p. 357.

106 H. Kelsen, *Théorie pure du Droit*, op. cit., p. 19.

C'est ici que le positivisme kelsénien entre dans une zone de turbulence qui le rapproche de la métaphysique. Le positivisme kelsénien repose en dernier ressort sur des relents du droit naturel. Pour s'en convaincre, il suffit de questionner les deux concepts phares qui constituent la base et le sommet de la pyramide des normes : la « norme posée » et la « norme supposée ». Dans la conception kelsénienne de l'ordre juridique, une norme est objectivement valable et doit être obéie lorsqu'elle a été posée conformément à la norme juridique supérieure qui règle ses modalités de création. Il en résulte qu'il n'existe de norme juridique que celle qui est posée¹⁰⁷. Seulement, lorsqu'on remonte la pyramide kelsénienne, la source de la validité des normes se perd dans une sorte de régression à l'infini où il est difficile de fonder la validité de la norme suprême qui constitue la charpente de la pyramide. En d'autres termes, la norme suprême, la Constitution n'a pas de base juridique. L'analyste « se trouve confronté à la difficulté suivante : d'un côté, seule une norme peut donner de la valeur à un acte humain d'édition d'une autre norme et servir ainsi de fondement de validité de cette dernière ; d'un autre côté la première constitution est, par hypothèse même, au commencement du droit positif (entendu ici au sens de droit posé), et donc aucune autre norme juridique posée antérieurement ne peut lui servir de fondement de validité »¹⁰⁸.

Face à cette difficulté, Kelsen écrit : « ...il est impossible que la quête du fondement de la validité d'une norme se poursuive à l'infini... »¹⁰⁹. Celle-ci « ...doit nécessairement prendre fin avec une norme que l'on supposera dernière et suprême »¹¹⁰. Ainsi, « la norme suprême ne peut donc être que supposée. Sa validité ne peut plus être déduite d'une norme supérieure ; le fondement de sa validité ne peut plus faire l'objet d'une question. Nous appellerons une semblable norme, une norme supposée suprême : la norme fondamentale (Grundnorm) »¹¹¹. Kelsen ajoute qu'il s'agit d'« une hypothèse logique-transcendantale »¹¹². Il s'agit ici d'une pétition de principe. La norme qui supporte toute la pyramide kelsénienne est une hypothèse logique, mais une hypothèse insusceptible d'être vérifiée à l'expérimentation. Il s'agit d'une norme dont l'existence « ne peut être logiquement démontrée ou réfutée, ni expérimentalement confirmée ou infirmée »¹¹³. Kelsen n'est pas loin de la théorie de l'immatérialisme développée au XVIII^e siècle par Georges Berkeley. Entre le positivisme kelsénien et le jusnaturalisme, la différence n'est nullement de nature. L'argumentaire du chef de file de l'Ecole viennoise rappelle ce constat d'Antoine Thibau deau : « Ainsi chez un peuple des Indes, la croyance vulgaire est, dit-on, que le monde est porté par un éléphant ; et cet éléphant par une tortue ; mais quand on vient à demander sur quoi repose la tortue, adieu l'érudition »¹¹⁴.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 278.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 257.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 266.

¹¹³ F. HAMON, « Quelques réflexions sur la théorie réaliste de l'interprétation », in *L'architecture du droit*, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper, Paris, Economica, 2006, p. 488.

¹¹⁴ A. C. THIBAUDEAU, *Mémoires sur la Convention et le Directoire*, Paris, Baudoin frères, Libraires, vol. 1, 1824, p. 376.

La poutre maîtresse de la pyramide kelsénienne, portée par les dieux¹¹⁵ repose sur une sorte de « mythologie positiviste »¹¹⁶. Il ne fait l'ombre d'aucun doute qu'« en dépit de ses professions de foi et de sa démarche positiviste, Kelsen n'a pas su s'affranchir de certaines séquelles insidieuses du droit naturel. Il en est ainsi plus précisément du problème moral et jus naturaliste du « fondement du droit »¹¹⁷. On s'accorde avec Alf Ross lorsqu'il relève qu'en raison de sa conception de la validité, Kelsen ne serait qu'un quasi-positiviste, car, il cacherait donc mal son héritage jusnaturaliste¹¹⁸. On comprend dès lors pourquoi Carl Schmitt dit de Kelsen qu'il fait la métaphysique de la positivité¹¹⁹.

Il reste que le modèle pyramidal, comme il vient d'être démontré, comporte des vices rédhibitoires qui le fragilisent fortement. Comme l'affirme avec pertinence M. Van De Kerchove, «...la hiérarchie des normes révèle des limites qui se conjuguent en termes de discontinuité, inachèvement, alternance, où la subordination cède partiellement la place à la coordination et à la collaboration ...»¹²⁰. En conséquence, la doctrine a tenté d'élaborer des modèles qui sans anéantir la pyramide ne la concurrencent pas moins.

II-LA MISE EN ORBITE DE MODELES CONCURRENTS

Dans sa tentative d'élaboration de modèle d'organisation normative des systèmes, la doctrine n'a pas manqué d'ingéniosité. Pour certains, il faut construire autant de modèles pyramidaux susceptibles de prendre en compte « les oubliés » de la théorie kelsénienne (A). D'autres préfèrent un modèle qui puisse rendre compte de la complexité et de la multiplicité des foyers de création du droit. Dans ce cas de figure, tous les systèmes de production de la norme se diluent dans un réseau unique dont les différentes branches sont reliées par des interconnexions (B).

A- L'émergence de modèles hiérarchiques multifformes

Riccardo Guastini affirmait qu'il existe une pluralité de structures hiérarchiques complémentaires susceptibles de rendre compte de l'ensemble des rapports hiérarchiques qui se manifestent concrètement dans les systèmes juridiques¹²¹. Aussi, distingue-t-il les modèles de hiérarchie structurelle, de hiérarchie matérielle, de hiérarchie logique et de hiérarchie axiologique¹²². Seuls les modèles matériels (1) et le modèle axiologique (2) seront retenus par

115 F. OST et M. van de KERCHOVE, « La référence à Dieu dans la théorie pure du droit de Kelsen », in *Qu'est-ce que Dieu ?* Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1985, p. 285 et s.

116 C. ATIAS, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 1999, p. 253.

117 P. AMSELEK, « Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *op. cit.*, p. 5.

118 A. ROSS, « Validity and the conflict between legal Positivism and Natural law », *Revista Juridica de Buenos Aires*, IV, 1961, (trad., française par E. Millard et E. Matzner, in Alf Ross, *Introduction à l'empirisme juridique*, Paris, LGDJ, 2002 ; V. égal. E. PATTARO, « Per una critica della

doctrina pura », in ID. (ed.), *Contributiva realismo giuridico*, Milan, Giuffrè, 1982, p. XI et s.

119 C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 151-155.

120 M. VAN De KERCHOVE, « La pyramide est-elle toujours debout ? », *op. cit.*, p. 478-479.

121 R. GUASTINI, *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Torino, G. Giappichelli, 2006, p. 19.

122 On considère qu'une source ou une norme est formellement ou structurellement supérieure à une seconde lorsqu'elle règle ses modalités de création ou de production. Autrement dit, si la source S1 ou la norme N1 règle le mode de production de la Source S2 ou de la norme N2, alors S1 ou N1 sont formellement supérieures à S2 ou N2 ». Voir R. GUASTINI, *Lezioni di teoria del*

l'analyse qui va suivre. Ce choix tient au fait que le modèle structurel n'est pas loin du modèle kelsénien et que le modèle logique ne se rencontre que rarement dans les faits.

1-Le modèle de hiérarchies matérielles

Le modèle est dit d'hiérarchies matérielles car il se construit au regard du contenu des règles de droit, c'est-à-dire ses prescriptions normatives. Dans la théorisation faite de cette structure hiérarchique, A. Merkl propose de distinguer les normes juridiques « déterminantes » et les normes juridiques « déterminées », étant entendu que le rapport de détermination s'établit au regard du contenu des normes en cause¹²³.

L'hypothèse de base est simple et suit quasiment la même logique que la construction pyramidale de Hans Kelsen : les normes déterminantes sont supérieures aux normes déterminées et conditionnent leur validité¹²⁴. Il importe néanmoins de préciser que les hiérarchies matérielles ne s'établissent pas au regard de la seule lecture du contenu normatif des règles juridiques mises en balance. Comme l'exprime si bien Véronique Champeil-Desplats, de la « coexistence, dans un ordre juridique donné, d'une norme constitutionnelle qui prescrit l'égalité des hommes et des femmes, et d'une norme législative selon laquelle les hommes et les femmes accèdent également aux emplois publics, on ne peut tirer aucune conclusion en termes de la hiérarchie des normes¹²⁵. Bien que sur le plan

formel la norme législative soit inférieure à celle constitutionnelle, il est difficile d'établir substantiellement, une hiérarchie entre les deux textes normatifs. Ceux-ci contiennent des normes d'égale valeur : l'égalité de l'homme et de la femme. Une hiérarchie ne peut donc exister entre eux.

Dans la pensée de R. Guastini, il est nécessaire qu'existe une troisième norme qui consacre ou exige la conformité d'une source ou d'une norme par rapport à l'autre source ou norme. Autrement dit « une source S1 ou une norme N1 est matériellement supérieure à une source S2 ou une norme N2 lorsqu'une troisième source S3 ou une norme N3 établit que N2 ou S2 ne peut pas contredire S1 ou N1 »¹²⁶. L'obligation de la hiérarchie entre ces différentes catégories de normes ou source est donc rendue nécessaire par la troisième source ou norme. C'est elle qui dit comment et à quelles conditions une hiérarchie pourrait exister entre ces deux premières normes. L'ordre juridique regorge de ce type d'hiérarchie prescrite par des normes ou des sources du droit. Plusieurs situations peuvent se présenter : 1- « une certaine source du droit S2 ne peut pas déroger à une autre source S1 » ; 2- une autorité juridictionnelle est compétente pour « annuler la source S2 lorsqu'elle contredit S1 », 3- « la source S1 ne peut être modifiée que par une procédure plus compliquée que celle qui est nécessaire à la production de S2 », ou encore « la

diritto e dello stato, Torino, G. Giappichelli, 2006, p. 18-20. Les hiérarchies axiologiques sont issues d'un jugement ou d'une évaluation relative à la valeur morale, politique, ou philosophique du contenu des normes. Voir V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Hiérarchie des normes, principe justificatif de la suprématie de la Constitution », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, Tome 1, Paris, Dalloz, 2012, p. 741.

123 V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Hiérarchie des normes, principe justificatif de la suprématie de la Constitution », *op. cit.* p. 739.

124 R. GUASTINI, *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, *op. cit.*, p. 42.

125 V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Hiérarchie des normes, principe justificatif de la suprématie de la Constitution », *op. cit.*, p. 739.

126 R. GUASTINI, *op. cit.*, p.42.

source S1 ne peut en aucun cas être modifiée »¹²⁷.

Les constitutions des Etats regorgent de pareilles dispositions instaurant l'obligation pour certaines normes ou sources du droit de se conformer à d'autres. C'est le cas par exemple lorsqu'une disposition constitutionnelle interdit toute atteinte à la forme républicaine de l'Etat ou encore, comme il est énoncé à l'article 175 de la Constitution de la VII^e République du Niger ce qui suit : « Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire, la forme républicaine de l'Etat, le multipartisme, le principe de la séparation de l'Etat et de la religion et les dispositions des alinéas 1 et 2 de l'article 47 et de l'article 185 de la présente Constitution ne peuvent faire l'objet d'aucune révision ». Mieux, l'alinéa 2 de cet article 175 précise qu'« aucune procédure de révision du présent article n'est recevable ». Ainsi, si l'on nomme N1 la disposition de la Constitution nigérienne qui régit les modalités de révision de la Constitution, et N2 une norme précisant les conditions d'application des articles, 1^{er}128, 47129 et 185130, de la Constitution, la conformité de N1 à N2 tient au respect des conditions posées par N3, en l'espèce l'article 175 de la Constitution. Ainsi, le juge constitutionnel nigérien, s'il est saisi, doit déclarer N2 non conforme à N1 sur le fondement de N3.

La théorie des hiérarchies matérielles ou substantielles apporte une nuance à la critique

formulée à l'endroit de la pyramide kelsénienne relativement au rapport entre une Constitution souple et une norme ordinaire. Comme le fait remarquer R. Guastini, s'il est vrai que toute hiérarchie matérielle repose, avant tout, sur une hiérarchie formelle, la réciproque est loin d'être vraie. La pertinence et la solidité d'une théorie dépendent de sa capacité à couvrir la totalité des situations pour lesquelles elle a été construite. La théorie kelsénienne devrait donc s'appliquer aux systèmes juridiques construits autour des constitutions souples comme rigides. Or, dans un système de Constitution souple, la loi ordinaire peut matériellement contrevenir à la Constitution, mais, il reste que les normes législatives sont formellement inférieures aux normes constitutionnelles dans la mesure où ces dernières prévoient leur procédure d'adoption. Si matériellement les normes ordinaires ne sont pas soumises à la Constitution souple, elles le sont formellement. Il en est ainsi, « aussi longtemps qu'aucune norme ne prescrit que le contenu des lois doit être conforme au contenu des normes constitutionnelles »¹³¹.

Il n'est donc pas exagéré de soutenir que l'organisation de l'ordre juridique ne suit pas toujours la structure hiérarchique telle que décrite par H. Kelsen. Norberto Bobbio observe que « les systèmes juridiques s'ordonnent selon une structure à la fois formelle et matérielle »¹³². Il en ressort « la validité des normes dépend tout autant des critères formels autour desquels s'articule la

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ L'article 1^{er} dispose en son alinéa 2 que « toute atteinte à la forme républicaine de l'Etat et aux institutions démocratiques est un crime de haute trahison puni comme tel par la loi ».

¹²⁹ Les alinéas 1 et 2 portent respectivement sur les modalités de désignation du président de la République, notamment la question du mandat, et la limitation à deux du mandat

présidentiel et l'interdiction de toute prorogation pour quelque motif que ce soit.

¹³⁰ L'article 185 dispose : « Une amnistie est accordée aux auteurs, coauteurs et complices du coup d'Etat du dix-huit février 2010 ».

¹³¹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Hiérarchie des normes, principe justificatif de la suprématie de la Constitution », *op. cit.*, p. 739-740.

¹³² *Ibid.* p. 740.

dynamique du droit que des critères matériels qui caractérisent la statique du droit »¹³³.

On se rappelle que selon Kelsen, «...un système de normes dont tant le fondement de validité que le contenu de validité (Geltungsinhalt) sont ainsi déduits d'une norme supposée comme norme fondamentale, est un système de normes statique »¹³⁴. En revanche, et selon le même auteur, ce qui caractérise un système dynamique, « c'est le fait que la norme fondamentale présumée ne contient rien d'autre que l'institution d'un fait créateur de normes, l'habilitation d'une autorité créatrice de normes, ou [...] une règle qui détermine comment doivent être créées les normes générales et les normes individuelles de l'ordre qui repose sur cette norme fondamentale »¹³⁵. La validité de la norme tient donc au respect à la fois de la procédure par laquelle elle doit être prise que par sa conformité à la norme de laquelle sa création se justifie. Cette position est partagée par Norberto Bobbio pour qui « une norme est valide si elle est adoptée conformément à la procédure prévue par une norme supérieure et si elle est compatible avec le contenu de celle-ci ou d'autres »¹³⁶. Le mérite de cette hiérarchie matérielle tient au fait qu'elle apporte une solution aux critiques formulées à l'encontre de la *Théorie pure du droit* relativement à la validité de la norme.

2-Le modèle des hiérarchies axiologiques

Le modèle des hiérarchies axiologiques a été défendu dans ses différentes modalités par divers auteurs tels que H. L. A. Hart, R. Dworkin et R. Guastini. Il reste que fondamentalement, cette catégorie des hiérarchies se construit sur la base « d'un jugement ou d'une évaluation relative à la valeur morale, politique, idéologique ou philosophique du contenu des normes »¹³⁷. La hiérarchie des normes n'est pas celle qui s'institue par l'édition d'une chaîne de normes issues les unes des autres dans une relation de subordination. Dans la conception de la hiérarchie axiologique, une norme est axiologiquement supérieure à une autre lorsque l'interprète authentique reconnaît une supériorité de la première norme sur la deuxième. Il en est ainsi puisque la hiérarchie axiologique établit une hiérarchie entre des normes d'égale valeur.

Pour R. Guastini, une « norme N1 est axiologiquement supérieure à une autre norme N2 lorsque les interprètes attribuent à N1 une valeur supérieure à la valeur de N2 »¹³⁸. Le critère le plus important dans ce cas de figure n'est pas le contenu normatif de l'une quelconque des règles en présence. Ce n'est pas non plus le fait pour une norme d'être directement liée à la Constitution ou non. Ce qui importe ici, c'est la valeur de la norme, c'est-à-dire, selon R. Dworkin, l'appel à une considération de poids¹³⁹, de l'« utile »¹⁴⁰,

¹³³ *Ibid.*, p. 740.

¹³⁴ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 258.

¹³⁵ *Idem.*, p. 259.

¹³⁶ N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Turin, G. Giappichelli, 1993, p. 42 ; N. Bobbio : « The is-ought distinction in legal science », in *Sein und Sollen im Erfahrungsbereich des Rechtes*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft, Neue Folge, n° 6.

¹³⁷ V. Champeil-Desplats, « Hiérarchie des normes, principe justificatif de la suprématie de la Constitution », *op. cit.* p. 741.

¹³⁸ R. Guastini, *op. cit.*, p. 34-35.

¹³⁹ R. Dworkin, *Taking Rights seriously*, Cambridge (Mass)-London, Harvard University Press, 1977.

¹⁴⁰ Selon H. L. A. Hart, « le principe de l'utilité permettrait logiquement le sacrifice de la liberté, chaque fois que cela pourrait contribuer à

du « juste »¹⁴¹ ou de « proportion ». L'érection de ces valeurs en critère d'édification de la hiérarchie axiologique rappelle la position d'Aristote, Bentham et d'autres sur la définition du droit. On sait que chez Aristote et Saint Thomas la société est une donnée toujours présente de la nature et le droit est le rapport juste, le rapport socialement juste entre deux ou plusieurs êtres¹⁴². Saint Thomas définira d'ailleurs, le Jus comme la *res justa*.

Il en découle que l'objet du droit est le partage des biens et la réalisation de l'harmonie sociale¹⁴³ ; et la « jurisprudence est la science par laquelle la loi est appliquée à la production du bonheur »¹⁴⁴. C'est au nom de la recherche de ce bonheur ou du juste, que le juge doit, à travers un maniement ingénieux de son pouvoir d'interprétation, régler les conflits entre des normes de valeur égale, souvent des constitutionnelles. En effet, « placées toutes au sommet de la hiérarchie des normes, les règles constitutionnelles ne peuvent trouver de solutions aux conflits dans la théorie de la hiérarchie des normes puisqu'elles sont toutes d'égale valeur »¹⁴⁵.

L'interprète authentique de la Constitution, au regard de la valeur ou du poids accordé aux

principes en conflit, peut créer plusieurs types de solutions au conflit de normes constitutionnelles d'égale valeur. Plusieurs cas de figure s'offrent à lui.

Il peut décider de privilégier l'application d'une seule des normes en conflit. Le conflit est donc réglé sur le fondement de l'une des normes en cause. Ce cas de figure peut se présenter lorsque le juge constitutionnel est appelé à contrôler la constitutionnalité d'une loi L qui traite de la peine de mort, alors que la Constitution qui lui sert de référence comporte deux normes dont la première X affirme le caractère sacré de la vie et l'interdiction de soumettre toute personne à des traitements inhumains et dégradants, et la Y, consacre la peine capitale.

Les normes X et Y sont d'égale valeur mais sont en conflit au regard de la loi L, le juge peut choisir de privilégier la norme X et fonder sa décision uniquement sur celle-ci. Bien entendu, il peut également privilégier la norme Y et rendre sa décision. Dans ces deux cas de figure, au regard du contexte, de la finalité de la norme, il peut estimer qu'il est juste que X soit privilégié au détriment de Y ou l'inverse.

l'augmentation de la masse totale du bonheur collectif », in « Rawls on Liberty and its Priority » (1973), in Reading Rawls, p. 230. Sur ce sujet v. J. S. MILL, « Utilitarianism and Natural Rights », Tulane Law Review, 53, 1979, p. 675 ; R. DWORKIN, Taking Rights Seriously, Cambridge, Mass., Harvard, 1971, p. VIII., E. B. JOSE DE SOUZA, « Droits et utilité chez Bentham », in Archives de philosophie du droit, T. 26, Sirey, 1981, p. 93-119. ; M. A. CATTANEO, *Il positivismo giuridico inglese, Hobbes, Bentham, Austin*, Milano, 1962. ; E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, Librairie Felix Alcan, 1919.

141 C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, L'éditions PUF, 1993, p. 138.

142 ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, V.2, 1129, p. 34.

143 *Ibid.*, p. 32.

144 J. BENTHAM, *Principes de législation*, Chap., XII, Dumont, Œuvres, vol. I, p. 37, M. A.-E.-H EL SHAKANKIRI, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, Paris, LGDJ, 1970, p. 246.

145G. DRAGO, « La conciliation entre principes constitutionnels », Recueil Dalloz, 1991, chron., p. 265 ;

G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », in Mélanges offerts à Marcel Waline, *Le juge et le droit positif*, TII, Paris, LGDJ, 1974, p. 298. Sur la question de la proportionnalité, Voir J.-B. DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, 2014, 712 p.

Il va sans dire que la hiérarchie axiologique ainsi établie peut être fixe ou mobile. La hiérarchie est fixe lorsque le juge « prédétermine un critère de sélection qui lui permet de résoudre de façon inconditionnée tous les cas qui se présentent à lui »¹⁴⁶. En revanche, elle est mobile, lorsque le juge ou l'interprète privilégie tantôt l'une des normes en situation, tantôt l'autre, en fonction des circonstances et de la finalité de la norme. La hiérarchie n'est pas définitive. « L'interprète choisit le fondement normatif qu'il estime le plus adéquat pour justifier la solution dans un cas donné »¹⁴⁷. Il établit dans ce cas un « rapport de prévalence conditionnée »¹⁴⁸, ou encore une « hiérarchie axiologique mobile »¹⁴⁹. L'interprète peut ne pas établir de hiérarchie entre les normes constitutionnelles en conflit. Il instaure une certaine proportionnalité entre les objectifs poursuivis et les limitations nécessaires des droits constitutionnels, ou réalise une conciliation entre les normes en conflit. C'est la technique de la pondération selon laquelle « plus grand est le degré d'application d'un principe, plus petit est celui du principe avec lequel il entre en conflit »¹⁵⁰.

Prenons l'exemple d'une loi L qui autorise l'avortement¹⁵¹. Cette autorisation peut être justifiée par une norme constitutionnelle X qui consacre le droit à la santé notamment de la future mère, mais peut entrer en contradiction avec une

norme Y qui consacre le caractère sacré du droit à la vie. Ici aussi, plusieurs solutions s'offrent à l'interprète du droit : 1- Il peut établir une « hiérarchie axiologique fixe » au profit de la norme constitutionnelle X. La loi L sera déclarée non conforme à la constitution. 2- De même, il peut décider d'établir la même hiérarchie au profit de la norme Y, la loi L sera déclarée conforme à la Constitution. Dans un troisième cas de figure, sa décision sera motivée par la mise en balance des normes X et Y.

Il peut décider de faire passer la loi L dans certaines conditions bien précises : lorsque la grossesse est consécutive à un cas de viol ou lorsqu'il existe des données médicales qui attestent que la conservation de la grossesse serait nuisible ou pourrait compromettre le droit à la vie de la mère. Dans cette dernière hypothèse, le juge va opérer une conciliation entre les deux normes constitutionnelles. Pour ce qui concerne le caractère sacré de la vie, et pour paraphraser Jean Rivero¹⁵², le juge doit veiller à ne pas sacrifier le droit de ceux qui y croient sur l'autel de ceux ne croient pas.

Le modèle de la hiérarchie axiologique montre que la hiérarchie des normes n'existe pas seulement entre les couches superposées mais aussi à l'intérieur desdites couches, et que parfois, il est impossible d'établir une hiérarchie entre les normes. Dans ces conditions, la hiérarchie repose en dernier ressort sur la sagesse et le pragmatisme

146 V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Hiérarchie des normes, principe justificatif de la suprématie de la Constitution », p. 742.

147 *Ibid.*

148R. ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudio constitucionales, 1993, p.160 et s.

149 R. GUASTINI, « Principi di diritto e discrezionalità giudiziale, Diritto pubblico, 1998, n°3.

150 R. ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudio constitucionales, 1993, p. 161.

151 L'analyse portant sur le cas de l'avortement est inspirée de la démonstration menée par V. CHAMPEIL-DESPLATS, relativement à la « Hiérarchie des normes, principe justificatif de la suprématie de la Constitution », *op. cit.* p. 742. L'auteur dans son analyse a mis en balance, l'interdiction de fumer en lien avec le droit à la santé.

152 J. RIVERO « La notion juridique de laïcité », *D.*, 1949, *chron.*, p. 137.

du juge. C'est ce pragmatisme avec en toile de fond la prise en compte de la complexité des systèmes juridiques qu'ambitionne de refléter le modèle du réseau.

B- La célébration du modèle de réseau

La conception théorique de ce modèle est l'œuvre de François Ost et Michel Van de Kerchove et dans une certaine mesure Mireille Delmas-Marty¹⁵³. Les deux premiers auteurs avancent que le modèle a le mérite de prendre en compte l'ensemble de la complexité des systèmes juridiques contemporains, en plus d'offrir une liberté de circulation des normes en son sein. Le troisième, relève néanmoins au modèle du réseau, quelques lacunes. Afin de rendre compte de la capacité de ce modèle à répondre aux lacunes du modèle kelsénien, il nous paraît judicieux d'analyser les raisons qui ont motivé sa création, c'est la question de la conception (1), avant d'aborder les avantages qu'il présente par rapport aux autres modèles développés, c'est la question de la confection (2).

1-Le réseau dans sa conception

Le modèle du réseau diffère fondamentalement des autres modèles développés pour deux raisons. D'une part, il ne s'agit pas d'une autre façon de présenter la pyramide des normes, même si le modèle ne la rejette pas totalement. Il n'est pas bâti sur les incohérences ou les contradictions du modèle pyramidal. D'autre part, le modèle du

réseau a été conçu ou pensé pour prendre en compte une réalité présente mais toujours ignorée : la dégénérescence ou le séisme qui ébranle les principes de base de l'ordre juridique sur lequel repose le modèle kelsénien. En effet, il suffit d'évoquer l'affaiblissement de la capacité d'action des Etats, les processus d'intégration communautaire, l'apparition d'organes mi-personne publique mi- personne privée, la montée en puissance des juges pour se rendre compte que « nous sommes en train de passer de formes de pouvoir autoritaire, hiérarchique, vertical à des formes négociées, réticulaires, horizontales, consensuelles, plus civilisées, mais plus complexes »¹⁵⁴.

Le Léviathan, Tout-puissant, est un personnage artificiel de Thomas Hobbes : le « *non est potestas super terram quae comparetur ei* »¹⁵⁵. Il incarne, dans la théorie hobbesienne, le Souverain, titulaire exclusif et inconditionnel du pouvoir, celui qui irrigue de son autorité tous les organes de l'Etat. Il est celui dont les attributs des pouvoirs temporel (l'épée) et spirituel (la cosse) dessinant deux lignes convergentes, l'ébauche d'une pyramide, a perdu sa couronne¹⁵⁶. Désormais, le pouvoir est partout, et comme le dit si bien M. Foucault, « si le pouvoir est partout, ce n'est pas qu'il englobe tout, c'est qu'il vient de partout »¹⁵⁷. L'observation des systèmes juridiques démontre à suffisance des transformations profondes de l'Etat et du droit moderne, que G. Zagrebelsky a pu qualifier de « mutation génétique »¹⁵⁸. Mais,

153 A. BERTEN, « Mireille Delmas-Marty, Les forces imaginantes du droit, vol. II : Le pluralisme ordonné », in *Revue Philosophique de Louvain*, Quatrième série, tome 105, n°4, 2007, p. 768-773.

154 I. RAMONET, *Géopolitique du chaos*, Paris, Gallimard, 2001, p. 7-8.

155 Traduction française « Il n'est, sur terre, aucune puissance qui surpasse la sienne ».

156 F. OST et M. Van De KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. IV.

157 M. FOUCAULT, *La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1975, p. 128.

158 G. ZAGREBELSKY, *Le droit en douceur* (Il diritto mite), trad., par M. Leroy, Paris, Economica, 2000, p.35.

derrière cette mutation génétique s'est constitué un chaos juridique qui remet en cause la plupart des principes fondateurs de la doctrine de la théorie de la confection du droit par degré. En effet, l'Etat n'est plus le seul foyer exclusif de la souveraineté. Selon F. Ost et M. Van De Kerchove, « la souveraineté étatique ne se déploie pas seulement à d'autres échelles, entre pouvoirs publics infra et supra-étatiques, elle se redistribue également entre de puissants pouvoirs privés ». De même, « la volonté du législateur cesse d'être reçue comme un dogme ; on ne l'admet plus que sous conditions, au terme de procédures complexes d'évaluation tant en amont qu'en aval de l'édiction de la loi »¹⁵⁹.

Sur le plan communautaire, les organisations internationales d'intégration ont pour la plupart dupliqué le système juridique des Etats. Certaines d'entre elles se sont dotées de véritable constitution à l'image des Etats. Elles ont un organe Exécutif, Législatif et Judiciaire. Bien entendu, ces institutions légifèrent, administrent et jugent « dans les domaines qui leur ont été attribués et dont les règles se voient reconnaître effet direct et primauté dans les ordres juridiques internes »¹⁶⁰. Mais beaucoup de questions demeurent sans réponses claires : entre la Constitution de l'Etat et le Traité de la Communauté, à quel instrument revient la primauté ? Les partisans de la thèse moniste et dualiste ne manquent pas d'arguments d'égale rigueur scientifique. Dans le cadre européen par exemple, le Tribunal constitutionnel allemand et

la Cour constitutionnelle italienne avaient jugé que la primauté du droit communautaire sur le droit interne était subordonnée au respect par les instances européennes des principes fondamentaux consacrés par leurs systèmes constitutionnels¹⁶¹. Or, déjà en 1964, la Cour de Justice de la communauté européenne avait affirmé la primauté du droit communautaire sur les droits internes en ces termes : « Issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait, en raison de sa nature spécifique originale, se voir opposer un texte interne sans que soit mis en cause la base juridique de la Communauté elle-même »¹⁶².

Mais, la Cour de Karlsruhe n'est pas de cet avis. Dans un premier arrêt du 29 mai 1974 dit « Solange I », elle a fait observer que la participation de l'Allemagne à la Communauté européenne n'autorisait pas le droit communautaire européen à porter des atteintes aux bases constitutionnelles de la République fédérale d'Allemagne, et notamment à la garantie des droits fondamentaux. Douze ans plus tard, avec l'arrêt du 22 octobre 1986 dit « Solange II », elle a jugé que : « aussi longtemps que les Communautés européennes, et notamment la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés, garantiront de façon générale une protection efficace des droits fondamentaux à l'égard de la puissance publique des Communautés, protection qui soit essentiellement équivalente à celle prescrite comme impérative et inaliénable par la loi fondamentale, et qui assure

¹⁵⁹ F. OST et M. VAN De KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit. p. 51.

¹⁶⁰ *Ibid*, p. 65.

¹⁶¹ Dans son arrêt Costa/ENEL du 15 juillet 1964, La Cour de justice de la communauté européenne a posé le principe de la primauté absolue

du droit communautaire sur le droit national. Voir également Cour constitutionnelle du Bénin, du 22 août 2019. M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, p. 98-99.

¹⁶² C.J.C.E., n°6/64, 15 juillet 1964, Costa c. Enel, Rec., p. 1160.

de façon générale la substance même des droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle n'exercera plus sa juridiction sur l'applicabilité du droit communautaire dérivé ». Cette position est également celle de la Cour constitutionnelle du Bénin lorsqu'elle considère que « le droit communautaire antérieur ou postérieur [s'applique] aussi longtemps qu'il ne diminue ni ne restreint les droits reconnus par la Constitution et les lois en général en faveur des personnes. Il n'en irait autrement que si la disposition contenue dans les législations nationales antérieures ou postérieures fixe des obligations et impose des suggestions plus élevées que ces conventions régulièrement ratifiées par la République du Bénin »¹⁶³. La question du rapport entre la Constitution et le traité communautaire est loin de trouver une réponse satisfaisante.

Afin de mettre le droit à l'abri de ce chaos, Mireille Delmas-Marty fait recours au concept de *Pluralisme ordonné* par lequel elle cherche à contenir le droit dans un espace commun susceptible de préserver la pluralité et la diversité des systèmes juridiques tout en favorisant une harmonisation progressive des valeurs. Elle fait appel aux « instruments nouvellement apparus dans la sphère juridique : des concepts régulateurs, comme la subsidiarité ou la complémentarité, pour une intégration souple, par ajustements et réajustements entre les niveaux nationaux et internationaux ; mais aussi des

techniques de réglage, comme la marge nationale et les indicateurs de variabilité, pour éviter qu'une souplesse excessive entraîne la désintégration au nom de la différenciation ; enfin des mécanismes d'évaluation et de contrôle pour tenter de réduire les risques d'arbitraire »¹⁶⁴.

Relativement au modèle de la pyramide des normes et de son succédané celui du réseau, l'auteur relève que premier qui semble satisfaire au principe de la sécurité juridique, « est politiquement redoutable, car il contredit ouvertement la souveraineté des Etats »¹⁶⁵, tandis que, le second, « s'il est pensé de façon strictement horizontale, présuppose un ordre autorégulé et risque, comme le montre l'ultralibéralisme, de favoriser d'autres formes d'hégémonie, celle des pouvoirs économiques privés »¹⁶⁶. Pour sortir du « grand désordre », et espérer « une communauté de valeurs »¹⁶⁷, l'auteur estime qu'il faudra procéder à *La refondation des pouvoirs*¹⁶⁸. D'où la thèse de la "réinstitution" des pouvoirs publics qui va de paire avec le questionnement du principe de la séparation classique des pouvoirs dans l'Etat avec en toile de fond une « transformation plus radicale », de la distinction laquelle serait susceptible, d'une part, de dépasser l'opposition public/privé et, de l'autre, de permettre « la mise en relation des différents acteurs »¹⁶⁹. C'est, notamment à ces préoccupations que les modalités de montage du modèle de réseau semblent répondre.

¹⁶³ Cour constitution du Bénin, Décision DCC 19-287 du 22 août 2019.

¹⁶⁴ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit. Vol II : Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006, p. 267.

¹⁶⁵ A. BERTEN, « Mireille Delmas-Marty, Les forces imaginantes du droit, Vol. II : Le pluralisme ordonné », *Revue Philosophique de Louvain*, Quatrième série, tome 105, n°4, 2007, p. 771.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit. Vers une communauté de valeurs ?*, t. 4, Paris, Seuil, 2011, 432 p.

¹⁶⁸ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit. La refondation du pouvoir*, Paris, 2007, 303 p.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 30-31.

2-Le réseau dans sa confection

La doctrine n'a pas manqué d'ingéniosité et d'inventivité dans la recherche de nouveaux concepts, une sorte de succédané à la hiérarchie des normes¹⁷⁰. Il reste que la doctrine dominante semble opter pour le concept de « réseau »¹⁷¹. Il s'agit donc « d'un nouveau paradigme »¹⁷². La doctrine propose de retenir deux significations du concept dont l'une est positive et l'autre négative. Dans sa signification positive, l'on peut comprendre que le réseau constitue une « trame » ou une « structure » composée d'« éléments » ou de points, souvent qualifiés de nœuds ou de « sommets », reliés entre eux par des « liens » ou « liaisons », assurant leur interconnexion ou leur « interaction » et dont les variations obéissent à certaines « règles de fonctionnement »¹⁷³. Le réseau est donc l'agencement de l'ensemble résultant de ces éléments, une sorte de maillage constitué de fils et de nœuds. Cette construction renvoie à l'organisation d'un réseau informatique permettant la circulation d'information d'un point à un autre. Dans sa conception négative, la doctrine relève que contrairement à une structure

pyramidale, hiérarchique, linéaire et arborescente, le réseau ne privilégie aucun point par rapport à un autre. Il s'ensuit qu'il n'existe pas d'obligation de subordination d'un point par rapport à un autre.

Les avantages d'un tel système sont bien connus. Selon les promoteurs du paradigme de réseau, « si la hiérarchie classique poursuivait les valeurs de cohérence, de sécurité, de stabilité et d'obéissance, le réseau, en revanche, cultive les valeurs de créativité, de souplesse, de pluralisme et d'apprentissage permanent. On a pu notamment lui associer la qualité de « douceur », comprise au sens de « convivialité », ou aptitude à faire coexister, plus ou moins harmonieusement, des valeurs diverses, parfois opposées »¹⁷⁴. En plus il est avancé que le concept a le mérite de « permettre un maximum de liberté dans un ensemble...aux contours mal définis, sans stabilité dans le temps »¹⁷⁵.

Le modèle de réseau a ceci de particulier qu'il rassemble en son sein toutes les formes d'organisation possible de l'ordre juridique des Etats. Cet ordre juridique n'est pas que vertical ; il est également horizontal. Relativement à son

¹⁷⁰ On a pu ainsi parler de « pyramides inachevées », « hiérarchies discontinues », « hiérarchies alternatives », « hiérarchies inversées » (M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, p. 91), « archipel de normes » (G. TIMSIT, *Archipel de la norme*, Paris, PUF, 1997), « rhizome » (M. DELMAS-MARTY, « Introduction » au thème, in *Les transformations de la régulation juridique*, J. CLAM et G. MARTIN (dir), Paris, LGDJ, 1998, p. 212 « polycentricité » (A. Hirvonen, *Polycentricity. The multiple scenes of law*, Londres-Sterling, Pluto press, 1998, p.32), « structuration réticulaire », « compénétration » (F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 181 ; « coordination » (F. RIGAUX, *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 230-231), « interlégalité » (B. DE SOUZA SANTOS, « Law : a map of misreading. Toward a postmodern conception of law », in *Journal of law and society*,

vol. 14, n°3, 1987, p. 298-299), « rhapsodie » (M. VOGLIOTTI, « La rhapsodie : fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n°46, 2001, p. 141 et s) ; « interpénétrations » de systèmes (M. VIRALLY, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », in *Mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris, Pedone, 1964, p. 491).

¹⁷¹ F. OST et M. VAN De KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? op. cit.* p. 55.

¹⁷² L. BOLTANSKI et E. CHIAPELLO, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard, 1999, p. 208.

¹⁷³ F. OST et M. VAN De KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, op. cit.*, p. 24.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 18

¹⁷⁵ H. BAKIS, *Les réseaux et leurs enjeux sociaux*, Que sais-je ?, Paris, PUF, 1993, p. 5.

organisation verticale donc hiérarchique, d'autres formes de hiérarchie des normes ont été défendues en doctrine. Il était admis que le modèle kelsénien ne peut plus prendre en compte les réalités contemporaines de l'ordre juridique. En soutenant par exemple que la validité d'une norme dépend de sa conformité à la norme supérieure, le maître de Vienne fait de la hiérarchie des normes, un ordre d'intégration. En effet, le système kelsénien est un système d'intégration, en ce sens qu'il n'existe pas de norme valide en dehors de la pyramide.

Or, l'environnement d'un système juridique comporte, d'une part, du « non-droit » ou de « l'infra-droit »¹⁷⁶, et, d'autre part, d'autres systèmes juridiques distincts de lui et avec lesquels il est susceptible d'entretenir des relations spécifiques. Dans le premier, nous évoquerons le droit coutumier, qui dans plusieurs Etats africains héritiers de la Common Law ou de la tradition romano-germanique, cohabitent avec le droit moderne. D'ailleurs, il arrive souvent que des individus ou des communautés se reconnaissent mieux dans les institutions coutumières que dans celles créées par le droit moderne. Il en est ainsi que ce soit en droit privé de la famille¹⁷⁷, en droit foncier¹⁷⁸, etc. La conception « moniste du droit » a vécu, et avec elle l'affirmation kelsénienne selon laquelle « personne ne peut servir deux maîtres »¹⁷⁹, et que s'est développée en son lieu et place, celle pluraliste. Ainsi, à la

suite de N. Bobbio, on peut parler d'un « pluralisme étatique ou national »¹⁸⁰. Cette conception pluraliste est donc susceptible d'admettre la coexistence pacifique et stable « d'une pluralité de systèmes juridiques de nature différente, tels que des systèmes juridiques supra-étatiques (ordre juridique international ; ordres juridiques supra-nationaux, comme l'ordre juridique des Communautés européennes), des systèmes juridiques infra-étatiques (ordres juridiques corporatifs) ou des systèmes juridiques transnationaux ou déterritorialisés (ordre juridique propre à un groupe transnational de sociétés commerciales, ordre ecclésiastique) »¹⁸¹. C'est ce que N. Bobbio appelle le « pluralisme institutionnel » consistant à la coexistence de systèmes juridiques de types différents, correspondant à la diversité des « institutions » ou groupes sociaux organisés¹⁸². Santi Romano, parle quant à lui du principe de la « pluralité des ordres juridiques » reflétant « la nécessité de concevoir l'existence d'ordres qui, tout en demeurant distincts à certains points de vue, sont susceptibles d'entretenir entre eux certains rapports de relevance juridique »¹⁸³.

On peut déduire de la coexistence harmonieuse des systèmes juridiques qu'une norme jugée non valide dans un système juridique peut être valide dans l'autre. Le droit se trouve ainsi bouleversé par la théorie einsteinienne de la relativité.

¹⁷⁶ M. VAN De KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, p. 187.

¹⁷⁷ G. A. KOUASSIGAN, *Quelle ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, Pedone, 1974, 310 p.

¹⁷⁸ M. L. FOLI, *Le régime juridique des terres au Togo*, thèse de doctorat, Faculté de droit et

sciences économiques, Université de Paris, juin 1970, 394 p.

¹⁷⁹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 431.

¹⁸⁰ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Turin, G. Giappichelli, 1960, p. 188.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 189-190.

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ S. ROMANO, *L'ordre juridique*, op. cit., p. 106.

Le modèle du réseau prend en compte tous les cas possibles d'agencement des normes d'un système juridique. Il ne permet pas seulement d'« opposer une forme générale à la pyramide et à l'arbre, linéaire et hiérarchisée »¹⁸⁴. Il permet de regrouper les systèmes juridiques dans un ensemble interconnecté de normes et de principes de nature différenciée dans une relation qui peut être verticale ou horizontale, mais intégrée. Le modèle du réseau prend la mesure du séisme qui ébranle les bases du modèle kelsénien et organise en un système interconnecté les formes de structurations juridiques rejetées par la théorie de la formation du droit par degré. Mais, la question qui demeure sans réponse est celle de savoir si les modèles proposés sont en mesure de concurrencer réellement le modèle pyramidal kelsénien.

CONCLUSION

Et pourtant, elle est encore debout, a-t-on envie de s'exclamer pour paraphraser Galilée. En effet, en dépit des insuffisances pertinemment relevées par

la doctrine, les racines de la pyramide sont loin d'entamer l'épreuve de la décomposition¹⁸⁵. La pyramide a certainement vacillé, elle a été endommagée ; mais elle n'est pas prête à céder. Elle a tellement marqué les esprits à tel point que « l'idée que le système juridique se structure objectivement et ontologiquement de façon hiérarchique domine très largement tant dans la pensée théorique et dogmatique contemporaine que dans la représentation qu'ont les acteurs du droit »¹⁸⁶. Son influence est telle que les modèles concurrents les plus pertinents sont ceux qui empruntent l'image de la pyramide, qu'ils s'inspirent de celle de Saqqarah ou de Khéops, gardée par le sphinx de Gizeh : le juge constitutionnel.

Il reste que le modèle kelsénien est fondamentalement menacé par un autre phénomène juridique de taille : la mondialisation du droit¹⁸⁷ ou la globalisation du droit ou encore le droit global¹⁸⁸. La théorie est soutenue et défendue par ceux qu'il est convenu d'appeler,

184 P. MUSSO, *Télécommunications et philosophie des réseaux, La postérité paradoxale de Saint-Simon*, Paris, PUF, 1997, p. 53.

185 Sur la dichotomie juridicisation et déjuricisation du droit, voir N. LUHMANN, « La restitution du douzième chameau : du sens d'une analyse sociologique du droit », *Droit et société*, 2001, n°47, p. 37.

186 V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Hiérarchie des normes, principe justificatif de la suprématie de la Constitution », *op. cit.* p. 756.

187 E. LOQUIN et C. KESSEDJIAN (dir), *La mondialisation du droit*, Dijon, Litec, Vol., 19, 2000, 612 p. Lire J. VERHOVEN, « Souveraineté et mondialisation : libres propos », in E. LOQUIN et C. KESSEDJIAN (dir), *La mondialisation du droit*, Dijon, Litec, vol. 19, 2000, p. 43-57, C. BRICTEUX et B. FRYDMAN, *Les défis du droit global*, Bruxelles, Bruylant, 2018, 274 p ; H. RABAULT, « Théorie des systèmes : vers une théorie fonctionnaliste du droit », *Droit et société*, 2014, n°1, p. 209 et s ; V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, Paris, LexisNexis, 2015, 369 p. Du fait de l'évolution importante du phénomène juridique, au regard de la multiplicité de ses sources, la doctrine se pose la question de savoir si le système juridique est encore

capable de séparer « le normatif » de « l'a-normatif ». Voir en ce sens E. PEZET et J. SENECHAL (dir), *Normes juridiques et normes managériales. Enjeux et méthodes d'une nouvelle normativité*, Paris, LGDJ, coll. « droit et société », 2014, J.-S. BERGE, « De la hiérarchie des normes au droit hiérarchisé : figures pratiques de l'application du droit à différents niveaux », *JDI*, janv., 2013, n°1, doctr., p.1.

188 Selon Mikhail Xifaras le terme « Droit Global » ne désigne donc pas un ordre juridique indépendant qui planerait au-dessus des ordres juridiques existants, quelque chose comme un droit universel planétaire, mais plutôt l'émergence de phénomènes juridiques *supra-* et *transnationaux* qui s'inscrivent dans un tissu de relations juridiques assez denses pour rendre indissociables les différents niveaux « sub-globaux » que sont les ordres juridiques régionaux (Union Européenne, Mercosur, etc.), nationaux et *infranationaux* (États fédérés, villes, régions etc.) ; mais aussi les réseaux transversaux (églises, mafias, communautés linguistiques, anciennes colonies etc.) ou encore les flux sectoriels (flux migratoires, activités fortement intégrées — industrie automobile, internet etc.). M. XIFARAS, « Après les Théories générales de l'Etat : le Droit global ? », *Jus politicum*, n° 8, 2012

faute de mieux, les jurisglobalistes¹⁸⁹. Quelle que soit la dénomination retenue, « l'approche met clairement en cause le statut et les fonctions traditionnelles de l'Etat. »¹⁹⁰. Comme le souligne Joe Verhoven, « l'Etat est devenu une entité dont on se sert tout autant, sinon plus, qu'on la sert, ce qui en réduit inévitablement l'emprise »¹⁹¹. Ce phénomène se traduit par la multiplicité des ordres juridiques et normatifs internes ou externes à l'Etat, lesquels sont appelés à coexister au sein d'un même Etat. Les implications du phénomène du droit global sur l'ordre juridique dans sa conception traditionnelle sont multiples. D'abord, une même situation déterminée peut être couverte par plusieurs ordres normatifs parfois contradictoires. Ensuite, des normes de même valeur juridique peuvent trouver leur validité dans différentes sources n'ayant pas la même valeur juridique. Enfin, le droit des multinationales, même contraire au droit national peut réussir à s'imposer au droit de l'Etat¹⁹². Dans ces conditions, « l'application irrégulière prend le pas sur l'application régulière, de sorte que c'est la norme irrégulière qui est appliquée et qui s'impose, renversant ainsi la hiérarchie des normes... »¹⁹³. La pyramide se construirait par le

bas. La priorité est donnée au droit tel qu'il est dit par le juge, *Law in action*, et non au droit tel qu'il est écrit, *law in book*. La pyramide kelsenienne ne peut pas prendre en compte cette réalité complexe dont avait parlé Michel Van De Kerchove en instituant le modèle du réseau.

Il nous semble même que les promoteurs du modèle du réseau ne soient pas allés au bout de leur logique. En effet, si l'on veut rester fidèle à l'image du réseau et le rapprocher du domaine où il est le plus utilisé, c'est-à-dire l'informatique, on se rend compte que quelle que soit l'étendue du réseau, tout part d'un serveur, d'un noyau dur qui demeure le cerveau du réseau. Le modèle du réseau devrait avoir, sinon un sommet, au moins une source unique d'où sortent les informations qui seront distribuées à l'ensemble du réseau à travers les interconnexions. Faute de ce dispositif, le réseau ne pourrait se substituer à la pyramide. Mais nous pensons qu'on pourrait garder l'esprit du modèle de réseau et évoluer vers un modèle plus structuré, mieux organisé dans lequel les violations des normes et principes supérieurs pourraient être sanctionnées. C'est le modèle de la Toile¹⁹⁴, plus précisément de la toile en nappe. On sait que cette forme de toile comporte trois

189 Selon O. Pfersmann, sont considérées comme jurisglobalistes les « théories qui, au-delà de la recherche et l'analyse de phénomènes juridiques nouveaux, entendent montrer que la globalisation juridique révoque en doute les théorèmes fondamentaux d'une théorie du droit considérée comme classique et en général assimilée à une variante de positivisme et en particulier de normativisme intégrant une conception « hiérarchisée » du droit » O. PFERSMANN, « Monisme revisité contre jurisglobisme incohérent », in *La science du droit dans la globalisation*, J.-Y. CHEROT et B. FRYDMAN (dir.), Bruylant, *Penser le droit*, 2012, p. 66.

190 J. VERHOVEN, « Souveraineté et mondialisation : libres propos », E. LOQUIN et C. KESSEDJIAN (dir), *La mondialisation du droit*, Dijon, Litec, vol., 19, 2000, p. 45. V. égal. D. B. Goldman, *Globalisation and the western legal tradition*, Cambridge University Press, 2007, p. 3, 25, 34.

191 J. VERHOVEN, « Souveraineté et mondialisation : libres propos », *op. cit.* p. 49.

192 X. MAGNON, « Le droit en dehors de l'Etat et les rapports entre ordres normatifs chez Hans Kelsen », in T. HOCHMANN, X. MAGNON et R. PONSARD (dir), *Un classique méconnu : Hans Kelsen*, Société européenne d'épistémologie juridique appliquée, 2019, p. 405-428.

193 Voir sur ce point : O. PFERSMANN, « La Constitution comme norme », in *Droit constitutionnel*, L. FAVOREU (dir.), Dalloz, Précis, 20^e éd., 2018, § 94 ; J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, traduit de l'allemand par Rainer Rochlitz et Christian Bouchindomme, Paris, Gallimard, 1997, p. 97-149.

194 Le modèle s'inspire de la structure de la toile d'araignée.

parties : le cadre, les rayons et la spirale. Le cadre, de forme quasi circulaire, contient les rayons et la spirale. Les rayons partent du cadre et se rejoignent au milieu de la toile formant le centre de la toile.

Ramenée à l'ordre juridique, les rayons de la toile représentent les différentes sortes d'agencement normatif qu'offrent les systèmes juridiques. Ces agencements peuvent épouser différents modèles : modèle pyramidal ou regroupement de normes d'égale valeur normative ou encore le modèle pyramidal inversé. Chaque rayon ou système juridique se construit selon ses propres règles. La spirale réalise l'interconnexion entre les rayons donc entre les systèmes juridiques. Elle permet de favoriser la circularité des normes d'un système juridique à un autre. La forme de la toile permet de prendre en compte la diversité des systèmes juridiques à l'intérieur du cadre. Mais, à la différence du réseau, la toile aura un noyau dur qui n'est autre chose que le point de jonction des rayons, c'est-à-dire des systèmes juridiques.

Deux normes et un instrument constitueront le noyau dur de la toile. Il s'agit du Juste et de l'Utile. Leurs maniements seront guidés par le recours à un instrument, en l'espèce le Raisonnable. Chaque système juridique aura pour normes de référence celles que leurs juridictions suprêmes respectives auront adoptées par la voie de l'interprétation¹⁹⁵. Tout l'édifice normatif sera surplombé par le Juste et l'Utile. Le juge se servira du Raisonnable pour décider en cas de concurrence entre l'Utile et le Juste. Lorsque deux normes suprêmes sont en concurrence, celle qui paraît la plus juste ou la plus utile s'imposera à celle qui ne l'est pas. Mais,

lorsque deux normes d'égale valeur sont en situation, et qu'au regard des circonstances, l'une est juste et que l'autre est utile, le juge se décidera grâce au critère du raisonnable. La norme qui paraît plus raisonnable s'imposera à celle qui l'est moins ou ne l'est pas du tout. Une norme qui n'est ni juste, ni utile n'est pas pour autant nulle. Elle ne quitte pas la toile. Elle peut être retranchée du système juridique auquel elle appartient. Mais elle prend la voie des interconnexions en attendant d'intégrer un autre ordre juridique qui pourrait l'accepter. Il est possible, qu'au regard de l'évolution des circonstances, qu'elle pourrait réintégrer son système juridique d'origine ou que le juge pourrait s'en servir. Comme l'affirme Jürgen Habermas, « le droit n'est pas un système narcissiquement fermé sur lui-même, mais se nourrit à la fois de la « morale sociale démocratique » des citoyens et d'une culture politique libérale qui en favorise le développement »¹⁹⁶. Tout dépend du contexte dans lequel le droit est appelé à être appliqué. Les manifestations du phénomène juridique «...ont lieu à l'intérieur d'un contexte socioculturel et à un moment donné d'un processus, celui du devenir humain. Elles se trouvent donc insérées dans un univers contingent et plus ou moins complexe de structures organisationnelles, de besoins, de problèmes, d'attentes, de pratiques, de goûts, de valeurs, de savoirs, de visions du monde, de relations avec le passé, d'expectatives envers l'avenir »¹⁹⁷.

Dans un passé récent, « l'ordre juridique identifié à l'Etat et enraciné dans un territoire pouvait être décrit de façon statique et hiérarchique,

195 M. TROPER, « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », in *Revue internationale de philosophie*, n°138, 1981, p. 520.

196 J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, op. cit., p. 492.

197 G. JUST, *Interpréter les théories de l'interprétation*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 9.

l'émergence d'un ordre mondial, à la fois global, interactif et évolutif, suggère une approche dynamique, une sorte de cinétique juridique qui associe énergie et mouvement, espace et temps »¹⁹⁸. Il en résulte que « quel que soit le domaine considéré, ni les gouvernements d'Etats « indépendants ni les législateurs de parlements « souverains », ni les juges appartenant à des cours « suprêmes » ne peuvent totalement ignorer l'existence des autres ensembles juridiques, nationaux, régionaux et internationaux »¹⁹⁹. Au-delà du réseau, le droit se construit en toile. Après les théories de la hiérarchie des normes et du réseau, voici venue l'heure de la toile !

¹⁹⁸ M. DELMAS-MARTY, « Vers une cinétique juridique : D'une approche statique à une approche dynamique de l'ordre juridique », in B.

BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, op. cit. p. 141.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 142.