

VI^e Congrès de l'AFDC, Montpellier, 9, 10, 11 juin 2005.

Atelier n° 4

Jérôme Favre, doctorant,

CERCoP.

Le juriste, entre pathologie de la normalisation et normalité du pathologique : le cas des conflits de normes fondamentales

Les conflits entre normes internationales et normes nationales se sont transformés en conflits de normes fondamentales. Il n'est plus seulement question d'un simple contentieux de l'applicabilité des règles. La consécration de l'écran constitutionnel et sa confirmation dans la matière communautaire¹ révèlent un conflit dont l'enjeu est l'ordonnement des normes, une lutte des fondements de validité de l'ordre juridique. Concrètement, les juges nationaux opposent leur hiérarchie interne à l'application unilatérale du droit communautaire et le juge communautaire garantit la pleine validité de « la charte constitutionnelle de base qu'est le traité »². Désormais, « Lorsqu'on évoque la notion de "suprématie" ou de "primauté", on entend celle de "hiérarchie" »³. D'un côté, la Constitution nationale doit préserver sa position centrale de source ultime de la validité juridique. De l'autre, le droit communautaire originaire doit dominer l'ordre juridique sans obstacle possible⁴. De ce fait, la Constitution est en mesure de priver le droit communautaire de ses effets et le droit communautaire est susceptible de condamner un Etat du fait de sa Constitution. Le cas des conflits de normes nationales et communautaires⁵ peut être ainsi présenté comme un conflit de souverainetés⁶, tant leur mariage semble impossible⁷. Il est, en outre, loin d'être sûr que l'entrée en vigueur d'un traité établissant une Constitution pour l'Europe réduise le conflit⁸.

Dans leurs analyses de ce cas, les juristes usent de références à un malaise, une inquiétude, un paradoxe. Le conflit heurte le sentiment de rationalité des juristes en introduisant une « confusion sur la hiérarchie des normes »⁹ que le Conseil constitutionnel ne contribue pas à atténuer, dans le respect du raisonnement des juges ordinaires relatif à la primauté du droit communautaire¹⁰. La rationalisation positiviste du droit est perturbée. Elle porte en effet, une exigence d'ordre formel des normes juridiques. Aux théories de l'ordre

¹ CE, 3 déc. 2001, *SNIP*, Rec. p. 624 ; CE, 30 juillet 2003, *Assoc. Avenir de la langue française*, Europe, 2004, comm. p. 30.

² CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste Les Verts c/ Parlement européen*, aff. 294/83, Rec., p. 133.

³ P.-Y. GAHDOUN, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle, premier semestre 2004 », *Rev. Adm.*, 2004-342, p. 590.

⁴ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos c/ Administration fiscale*, aff. 26/62, Rec. p. 1 ; 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, Rec. p. 1141.

⁵ O. DORD, *Les Cours constitutionnelles nationales et les Normes européennes*, thèse, Paris X, 1996 ; O. TAMBOU, *Les rapports entre l'ordre juridique communautaire et les ordres juridiques nationaux français et allemand*, thèse, Strasbourg III, 1997 ; Th. De BERRANGER, *Constitutions nationales et construction communautaire*, LGDJ, t. 178, 1995.

⁶ F. CHALTIEL, *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français*, LGDJ, 2000.

⁷ P. M. MABAKA, « Suprématie de la Constitution et primauté du droit européen : mariage impossible ? », *RRJ*, 2001-2, p. 691.

⁸ P. CASSIA, « L'article I-6 du traité établissant une Constitution pour l'Europe et la hiérarchie des normes », *Europe*, déc. 2004, p. 6.

⁹ *Ibid.*, p. 10.

¹⁰ C.C., 2004-496 DC, 10 juin 2004, *JORF*, 22 juin 2004, p. 11182 ; C.C., 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, *JORF*, 10 juillet 2004 ; C.C., 2004-498 DC, 29 juillet 2004, *JORF*, 7 août 2004 ; C.C., 2004-405 DC, 19 novembre 2004, *JORF*, 24 novembre 2004.

moral ou factuel des normes positives, elle substitue un ordre spécifique, propriété du droit positif décrite par une science juridique autonome. Cette rationalisation agit comme idéologie contemporaine des juristes qui évaluent les conflits de normes fondamentales : le cas des jurisprudences divergentes des Cours françaises et communautaire sur le rapport de primauté existant entre la Constitution nationale et le traité sur l'Union Européenne révèle la quête d'un ordre chez les juristes qui l'étudient. Ceux-ci diagnostiquent une pathologie et tente de rétablir l'ordre de leur objet (I), quand seule leur conception de la normalité juridique est contrariée. C'est pourquoi, précisément en vue de rester dans le champ de l'analyse juridique et d'une science neutre, il convient de restituer sa normalité à la pathologie et de proposer dès lors une redescription de l'ordre juridique qui prenne acte du conflit de normes fondamentales (II).

I. La normalisation d'une pathologie au regard du juriste

Pour quelle raison les juristes vivent-ils le conflit de normes fondamentales comme une perturbation de l'ordre juridique ? Parce que ce conflit normatif apparaît irrégulier au regard de ceux qui estiment l'ordre juridique nécessairement hiérarchisé. Ceux-ci ont fait de la hiérarchie des normes la condition *sine qua non* de l'existence du droit, condition qui est à la fois le principe de régulation des normes par le droit et principe de régularisation du droit par la science juridique. D'où l'unité de diagnostic d'un désordre, d'une pathologie au regard d'un ordre hiérarchique qui motive la tentation de la normalisation du phénomène ainsi stigmatisé (A). Mais tous, dans leur entreprise de normalisation par rétablissement de l'ordre, n'administrent pas les mêmes remèdes (B). Le pathologique se révèle indifférent voire rétif, aux rationalisations que lui opposent les juristes. Il est dès lors impossible de se livrer à une nomination de la norme fondamentale qui n'exprime aucune présupposition idéologique, relative à une éventuelle suprématie d'un organe institutionnel ou juridictionnel.

A- L'unité de diagnostic : la tentation de la normalisation

Le juriste ne regarde pas le conflit de normes fondamentales comme une propriété du droit mais comme un fonctionnement éventuel de l'ordre juridique qui, s'il devenait régulier c'est-à-dire normativement non réglé, devrait s'analyser comme un dysfonctionnement structurel, une altération profonde de la structure du droit. C'est pourquoi le conflit doit être réglé. Cette exigence de pacification du droit par le droit est peut-être, en fait, la norme fondamentale de la pratique juridique devant laquelle tout juriste, savant ou agent, se croit obligé. D'elle résulte en effet « l'universalisme de la hiérarchie des normes comme mode de raisonnement des juristes »¹¹, lequel conditionne la possibilité du droit et de sa science. La hiérarchie des normes est la loi des juristes (1) qui répond au souci positiviste¹² d'ordre de la pensée et du droit, c'est-à-dire de normalisation du pathologique (2).

1) La hiérarchie, une question de loi

La hiérarchie des normes est une nécessité logique aussi bien qu'empirique qui permet de répondre à la question suivante : « les normes morales et juridiques trouvent-elles dans l'action humaine, elle-même, et dans le monde pratique qu'elle constitue, un fondement qui soit à la fois non arbitraire, objectif et rationnel, et, si c'est le cas, de quel côté, par quelle

¹¹ A. VIALA, in D. ROUSSEAU (dir.), J. ARLETTAZ et autres, *Désordres et reconstructions du droit sous l'effet des principes fondamentaux dégagés par les Cours suprêmes nationales et européennes*, CERCoP, Mission de recherche Droit et Justice, 2004, p. 243.

¹² Ce souci n'est bien évidemment pas la propriété exclusive du positivisme et caractérise tout rationalisme qui rationalise par présupposition d'un ordre.

méthode, en employant quels instruments théoriques, ce fondement peut-il être exhumé, et mis au jour ? »¹³ Elle est la réponse à la question de la fondation rationnelle du droit et s'impose au juriste comme loi scientifique : « dans la mesure où la hiérarchie des normes n'est pas prescrite par une volonté, elle ne saurait être transgressée »¹⁴. C'est pourquoi paraît indiscutable le constat que « nos esprits juridiques modernes perçoivent, désirent et façonnent le Droit (...) sous une forme très globalement hiérarchisée. Et de fait, nos règles se distribuent effectivement de cette manière, tout au moins pour l'essentiel »¹⁵. La pensée juridique est ainsi appelée à se conformer à la pensée hiérarchique.

La hiérarchie des normes s'impose en effet, en premier lieu, à la science du droit comme condition d'intelligibilité des systèmes normatifs. Le droit se conçoit nécessairement comme un ensemble hiérarchisé dans lequel chaque norme tient sa validité, autrement dit son existence juridique, d'une prescription supérieure. Le droit se comprend donc logiquement en partant d'un « postulat de normativité »¹⁶ qui, ordonnant production et destruction normatives, ordonne les normes. Cette procédure « découvre dans tout ordre de droit la fondation pure de sa possibilité (...), c'est-à-dire le principe rationnel interne qui le rend intelligible pour nous de manière universelle »¹⁷. Cette fondation pure est donc fondation de la science du droit, pour laquelle « les systèmes juridiques ne sont pas seulement complexe en un sens linéaire, ils sont également – et nécessairement – hiérarchisés ». *A contrario*, en l'absence de l'existence d'une norme fondamentale, un système, dans lequel l'identification de la norme unique de production des normes est indécidable, « n'a pas de sens »¹⁸. Penser la normativité juridique requiert de se représenter une hiérarchie qui mène ascensionnellement à un point, source de la normativité. La hiérarchie des normes est la nécessaire architecture de la construction intellectuelle par les juristes de leur objet, nommé « Droit ». Elle désigne la propriété immuable du droit qu'est sa structure formelle, seule digne d'être objet de science à la différence de son contenu matériel, variable parce que idéologique. Pour faire œuvre scientifique et connaître son objet, le juriste doit donc adopter le vocabulaire kantien restitué par la *Théorie pure du droit* : « la pyramide juridique n'est pas une métaphore. Elle offre une maquette philosophique en laquelle, comme dans la doctrine du droit selon Kant, c'est une exigence pure et *a priori* de la raison humaine qui seule permet de « penser » la possibilité d'un ordre juridique. Tout système de droit est donc un espace normatif en quoi se déchiffre la « présentation » (au sens kantien du terme *Darstellung*), d'une idée de la raison. Ainsi, le normativisme kelsénien a-t-il recueilli l'enseignement *le plus profond* de la doctrine du droit de Kant, à savoir, que la raison, sans sortir d'elle-même, trouve en elle et dans ses simples limites la loi de la pensée qui, en tout ordre de droit, ordonne l'autoproduction de ses normes »¹⁹. Le travail juridique est obligé de s'inscrire dans la pensée hiérarchique car la hiérarchie des normes est la condition de possibilité d'une compréhension rationnelle du phénomène juridique.

Loi des juristes dans leur activité cognitive, la hiérarchie des normes s'impose en second lieu aux juristes dans leur activité pratique, comme contrainte inhérente aux méthodes d'interprétation du juge qui résulte de la spécificité du raisonnement juridique. Cette loi de l'entendement se vérifie donc en droit, par l'observation du comportement des juges. Le

¹³ J.-L. PETIT, « Introduction » à *La querelle des normes*, Cahiers de philosophie politique et juridique, Centre de Publications de l'Université de Caen, 1995-27, p. 23.

¹⁴ A. VIALA, *préc.*, 244.

¹⁵ D. de BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica, 1996, p. 4.

¹⁶ O. PFERSMANN, « Pour une typologie modale de classes de validité normative », *La querelle des normes*, *loc. cit.*, p. 94.

¹⁷ S. GOYARD-FABRE, *La philosophie du droit de Kant*, Vrin, 1996, p. 54-55.

¹⁸ O. PFERSMANN, « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques », *R.R.J.*, 1994-1, p. 225.

¹⁹ S. GOYARD-FABRE, *loc. cit.*, p. 277.

réalisme juridique, science causale du droit comme empirie, déduit en effet la hiérarchie des normes de l'interprétation juridictionnelle. L'ontologie juridique réaliste indique que les normes ne précèdent pas l'interprétation des textes juridiques mais y succèdent car la signification normative se distingue de l'énoncé juridique²⁰. La norme juridique n'a pas d'existence avant que d'être créée par l'interprétation du juge ; la validité juridique est entièrement fonction de la volonté des juges, interprètes des énoncés juridiques²¹. De cette affirmation résulte la proposition selon laquelle aucun texte, fût-il constitutionnel, n'impose une hiérarchie des normes qui, en réalité, dépend de la résolution juridictionnelle des conflits de normes, de la validation et l'annulation des normes par le juge, en particulier constitutionnel²². La théorie réaliste de l'interprétation décrit alors une hiérarchie des significations des textes juridiques données par les sentences judiciaires et établit par suite, une hiérarchie des normes « identique à la hiérarchie telle qu'on la présente habituellement », à ceci près qu'elle est « interne au discours de l'interprète »²³. L'interprétation juridictionnelle apporte ainsi une vérification de la croyance des juristes en l'existence d'une hiérarchie des normes comme propriété consubstantielle du droit. Les théories contemporaines enregistrent donc et valident le principe hiérarchique qui constitue « le mode spécifique dominant d'organisation, d'expression et de symbolisation du juridique en Occident (...). Il n'est peut-être pas de droit sous nos contrées qui ne se fasse et ne se médite d'abord en référence à un modèle de rationalité hiérarchique »²⁴. La hiérarchie des normes est la législation que se donnent les juristes parce qu'elle exprime leur rationalité. Aussi, cette rationalité convertie au raisonnement hiérarchique suscite la tentation de la normalisation qui les anime.

2) *La normalisation, une question d'ordre*

La mise au jour de la rationalité hiérarchique des juristes par la science du droit a une dimension épistémologique qui met en question son intangibilité et explicite un sens assigné aux systèmes juridiques. Elle dévoile une normativité cachée sous la forme d'un double héritage, comtien et kantien, « qui se propose comme un mode possible d'unification d'un divers, de résorption d'une différence, de règlement d'un différent »²⁵. Précisément, elle consiste à mettre en œuvre les primats de l'ordre et de la paix sur, respectivement, le désordre et le conflit. Plus précisément encore, la rationalité hiérarchique est une valorisation d'un ordre théorique en vue d'une paix pratique. Dans un sens pragmatique, elle est rationnelle parce qu'elle satisfait les attentes des juristes en matière d'ordre de pensée et de paix normative. Elle apparaît dès lors autant comme fin de la pensée juridique que moyen de connaissance, c'est-à-dire comme critère d'évaluation qui distingue le normal du pathologique.

La rationalité hiérarchique est héritière de la philosophie comtienne en ce qu'elle construit une science normale qui postule la primauté de l'ordre sur le désordre : après l'état théologique ou fictif, l'état métaphysique ou abstrait, COMTE présente la nouvelle phase de

²⁰ O. CAYLA, *La notion de signification en droit. Contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, thèse, Paris II, 1992, 1112 p.

²¹ « La validité ne provient pas de la norme supérieure mais du processus de production de normes inférieures ». Cf. M. TROPER, « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », *Rev. Int. de Philosophie*, 1981-136, p. 526.

²² Voir M. TROPER, « Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste », in Elizabeth ZOLLER (dir.), *Marbury v. Madison, 1803-2003, un dialogue franco-américain*, Dalloz, 2003, p. 215 et s. ; O. CAYLA, « Lire l'article 55 : comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 1999-7, p. 77 et s.

²³ M. TROPER, « Réplique à Denys de Béchillon », *R.R.J.*, 1994-1, p. 269.

²⁴ D. de BECHILLON, *loc. cit.*, p. 4-5.

²⁵ G. CANGUILHEM, *Le normal et le pathologique*, P.U.F., 1966, p. 177.

l'évolution intellectuelle, selon lui ultime, qu'est l'état positif. Dans celui-ci, « l'esprit humain reconnaissant l'impossibilité d'obtenir des notions absolues, renonce à chercher l'origine et la destination de l'univers, et à connaître les causes intimes des phénomènes, pour s'attacher uniquement à découvrir, par l'usage bien combiné du raisonnement et de l'observation, leurs lois effectives, c'est-à-dire leurs relations invariables de succession et de similitude. L'explication des faits, réduites alors à ses termes réels, n'est plus désormais que la liaison établie entre les divers phénomènes particuliers et quelques faits généraux, dont les progrès de la science tendent de plus en plus à diminuer le nombre »²⁶. Le positivisme donne à la science le projet d'ordonner le désordre brut de l'expérience par la réduction des phénomènes à quelques lois invariables, voire à une seule loi qui les totaliserait dans une unité. Il vise à l'ordonnement du réel sous une législation, à la résorption de l'hétérogène dans l'homogène, des variations dans l'invariable. Or, dans le champ de l'expérience médicale, l'épistémologie historique et critique de CANGUILHEM a montré que ce primat donné à l'ordre était le produit d'une intention normalisatrice au service d'une normativité sociale et qu'elle consistait, en fait, à énoncé le normal théorique en désignant une pathologie empirique. La volonté positiviste d'ordre produit un discours descriptif d'un état normal de son objet qui, devenant un schéma dogmatique d'interprétation, homogénéise les variations concrètes pour les réduire à une unité abstraite. Ce faisant, la normalisation positiviste ôte toute singularité, toute existence propre, à ce qu'elle identifie comme pathologique, c'est-à-dire comme simple altération du normal²⁷. La hiérarchie des normes est la formule retenue par les juristes pour exprimer leur intention normalisatrice, leur exigence sur l'existence qu'est la primauté de l'ordre sur le désordre. Comme telle, elle recouvre une volonté susceptible d'être transgressée. Mais « vu la structure de la rationalité moderne », les juristes s'accordent « dans une valorisation particulière de tout ce qui, participant d'une axiomatique, tend à la formulation d'une règle générale et met en scène le principe d'un Principe, (...) c'est-à-dire d'un point d'origine, d'un facteur isolé susceptible de rendre compte de l'ordre des causes ou des valeurs »²⁸. Ils valorisent après Kelsen un ordre rationnel du droit qui assure l'unité de ses normes dans leur pluralité et à l'aune duquel, « un conflit de normes représente une absurdité »²⁹. La hiérarchie des normes explique le désir de normalisation des conflits de normes par l'exigence de conservation d'un ordre théorique, des causes comme des valeurs.

Cet ordre théorique est lui-même au service d'une finalité normalisatrice des rapports sociaux et juridiques. Cette finalité explique « le nécessaire recours à l'ascension légitimante, le dépassement des conflits de normes par la recherche d'une norme légitime et fondamentale », cette « même logique qui fait que les normes existent en vue de la rationalisation des actions » et qui « fait que les normes elles-mêmes doivent être rationalisées par des normes supérieures ou lois »³⁰. La hiérarchie des normes est la recreation dans le vocabulaire kelsénien de l'autonomie, comprise comme assujettissement à l'impératif

²⁶ *Cours de philosophie positive*, Hermann, 1975, vol. I, p. 4.

²⁷ G. LE BLANC, *Canguilhem et les normes*, P.U.F., p. 33 et s.

²⁸ D. de BECHILLON, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? Réflexions, à propos de la controverse *Perruche*, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », *RTDciv.*, 2002-1, p. 60.

²⁹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. EISENMANN, Bruylant-L.G.D.J., 1999, p. 206. Kelsen reviendra par la suite sur cette impossibilité logique du conflit de normes valides en déclarant les lois de la logique inapplicables aux normes et en admettant la possibilité de l'existence de conflits insolubles. Mais face à ces cas, il exprimera la pensée normalisatrice des juristes, en les confinant dans la classe des hypothèses indésirables : *Théorie générale des normes*, trad. O. BEAUD et F. MALKANI, P.U.F., coll. Léviathan, 1996, p. 161 et s.

³⁰ J. DAHOMAY, « Que peut être une fondation universelle des normes ? », *Cahiers de philosophie politique et juridique*, Centre de Publications de l'Université de Caen, n° 20, p. 63.

catégorique kantien³¹. En ce sens, la hiérarchie des normes implique l'existence d'un fondement de validité qui est aussi, un « fondement de rationalité »³². Elle fonde un ordre logico-formel qui répond à l'exigence de cohérence, d'unité non contradictoire et présente « le droit comme un ordre de paix », selon la formule employée par Kelsen³³. Inspiré par le criticisme kantien, Kelsen réduit l'idéal de justice à l'unité de l'ordre et évacue l'idée de paix éthique au profit d'une « paix logique inscrite dans le système »³⁴. La hiérarchie des normes est l'expression d'un idéal rationnel de paix des normes et présente le droit en ordre non conflictuel de pacification des rapports sociaux³⁵. Elle est l'instrument de normalisation avec pour fonction de garantir le primat de l'ordre sur le désordre et celui de la paix sur le conflit. En se référant à la hiérarchie des normes pour apprécier les phénomènes juridiques, les juristes, tout en se prévalant d'une loi scientifique, défendent le droit normal, le droit tel qu'il doit être pour n'être dépourvu de sens, l'ordre de paix. La hiérarchie des normes est l'outil des juristes pour réduire la pathologie qu'est le conflit de normes et rétablir l'ordre normal du droit, dans lequel la paix domine.

Il n'est pas question ici de mettre en cause l'invention de la hiérarchie des normes comme condition d'intelligibilité du droit, voire des systèmes normatifs en général. Elle peut bien être un moyen de penser le droit. Nul ne saurait dire, avec absolue certitude, qu'elle est le seul mode de description de l'objet « droit » mais une observation s'impose : la loi scientifique de hiérarchie des normes a suscité l'adhésion des juristes, au point de devenir une loi du droit lui-même, une loi positive de l'interprétation. Cette puissance de séduction s'explique par la satisfaction donnée aux attentes des juristes envers le droit positif. Abstraction faite de leurs divergences idéologiques, les juristes distinguent l'aire sociale polémique, de l'espace juridique pacifique. Ils attendent du droit qu'il soit le lieu de la paix, d'où une certaine aversion pour le conflit de normes et l'attrait exercé par la hiérarchie des normes : là où la pathologie transforme le droit en zone de conflit, l'impératif théorique le maintient en paix.

B- La diversité des remèdes : la quête de l'ordre

Face au conflit de normes fondamentales, la quête de l'ordre du droit par les juristes ne mène pas aux mêmes conclusions, selon qu'ils recourent à l'analyse normativiste ou à l'explication réaliste. Ceux qui se réfèrent à la première entrent dans une controverse sur fond de conflit des descriptions monistes de l'ordre (1). Ceux qui se réfèrent à la seconde avancent la nécessité de reconnaître un ordre dualiste du droit (2). Au terme de ces expériences juridiques, le conflit demeure et l'établissement de la norme fondamentale reste indécidable.

1) *La concurrence des monismes chez les juristes normativistes*

La contradiction entre primauté du droit communautaire et suprématie de la Constitution n'est pas soluble dans la pensée normativiste. Au contraire, cette contradiction tirée du droit positif trouve un prolongement dans une controverse doctrinale que la théorie normativiste du droit ne saurait trancher, sans outrepasser sa fonction uniquement descriptive.

³¹ Voir S. GOYARD-FABRE, « L'idée d'ordre dans la théorie juridique de Kelsen », *Cahiers de philosophie politique et juridique*, Centre de Publications de l'Université de Caen, n° 9, p. 41.

³² A. CARRINO, « Le positivisme critique de Hans Kelsen, une fondation logico-formelle des normes », *Cahiers de philosophie politique et juridique*, *loc. cit.*, n° 20, p. 83.

³³ *Ibid.*, p. 82.

³⁴ *Ibid.*, p. 83.

³⁵ « En tant qu'ordre de contrainte, [le droit] est – selon la courbe de son évolution – un ordre de sécurité, un ordre de paix » : H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *loc. cit.*, p. 46.

Le conflit de normes fondamentales se traduit en effet doctrinalement par un débat entre deux monismes : celui avec primauté du droit interne et celui avec primauté du droit international.

Une première version préconise une hiérarchie favorable à la norme nationale. Elle s'appuie sur le constat de l'impossibilité, pour le juge national, de reconnaître une primauté absolue au droit communautaire, pour fonder une hiérarchie qui dérive du texte constitutionnel français. Le constat, d'abord : « toute l'ingéniosité du monde ne permettrait pas de trouver le moyen pour une Constitution ou un de ses organes constitués de placer le droit international au-dessus d'elle-même. D'où leur viendrait la puissance de lévitation permettant de hisser la valeur de quelque norme que ce soit hors de leur propre portée ? »³⁶ La résolution d'un conflit de normes par le juge national s'effectue en référence à un texte de droit interne. Il ne pourrait donc reconnaître la primauté du droit international qu'en vertu de ce texte. Or, il ne serait pas logique de soutenir une telle supériorité qui dépendrait d'un texte subordonné. La situation de juge national implique donc logiquement l'impossibilité de donner une interprétation qui conclurait à la primauté du droit international sur la Constitution. Dès lors, s'il est admis que le droit communautaire a une nature conventionnelle et non constitutionnelle, il se trouve de même placé sous la Constitution dont il dépend. Par exemple, l'immunité constitutionnelle du droit communautaire originaire comme dérivé³⁷, même si elle conférerait au traité « une autorité supérieure à celle des lois constitutionnelles »³⁸, résulte d'une exigence constitutionnelle, en vertu de l'article 88-1 de la Constitution. Le droit communautaire ne doit sa primauté qu'à la Constitution, elle-même étant « l'expression de la maîtrise de l'ordre juridique par le peuple souverain »³⁹. C'est pourquoi « la primauté du droit communautaire (...) sur la Constitution n'est en dernière analyse qu'une fausse primauté puisqu'elle résulte, en fin de compte, de la norme constitutionnelle apparemment subordonnée mais dont la suprématie se révèle ainsi paradoxalement »⁴⁰. Mais ce paradoxe n'est qu'une apparence car la suprématie est « établie sur le plan logique »⁴¹.

Une seconde version préconise une hiérarchie favorable à la norme communautaire, un déplacement de la norme fondamentale⁴² incompatible avec tout « protectionnisme normatif » ou « douane des normes »⁴³. Dans cette branche de l'alternative moniste, « le fondement de la primauté du droit communautaire ne doit pas être recherché ailleurs qu'en lui-même »⁴⁴ et les « prétentions du constitutionnalisme européen » se trouvent « contrariées »⁴⁵, par les décisions des Cours françaises. Car ce courant de doctrine affirme depuis la fin des années soixante que « le droit communautaire forme un système juridique complet, en quelque sorte fermé sur lui-même, c'est-à-dire portant en lui-même toute les ressources nécessaires pour se développer et

³⁶ D. ALLAND, « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international », *RFD adm.*, 1998-6, p. 1101.

³⁷ V. sur ce point, D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, 1998, p. 302 et s.

³⁸ J. ROUX, « Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé et la Constitution », *R.D.P.*, 2004-4, p. 933. Dans le même sens, J.-P. KOVAR indique « que cette primauté n'aurait pas résulté des principes du droit international ou de la spécificité de l'ordre juridique communautaire mais d'une prescription constitutionnelle. La suprématie de la Constitution n'en aurait pas été affectée, la primauté absolue du droit international et communautaire dépendant toujours de la volonté souveraine du constituant » ; note sous C.C., 2004-496 DC du 10 juin 2004 et 2004-297 DC du 1^{er} juillet 2004, *RTD eur.*, 2004-3, p. 594.

³⁹ J.-P. KOVAR, *loc. cit.*

⁴⁰ J. ROUX, *loc. cit.*

⁴¹ J. ROUX, *ibid.*, p. 932. Pour une position contraire, voir D. BAILLEUL, « Quand le juge ressemble au constituant », *Dalloz*, 2004-43, p. 3089.

⁴² R. DEHOUSSE, « Naissance d'un constitutionnalisme transnational », *Pouvoirs*, 2001-96, p. 19.

⁴³ D. SIMON, « L'arrêt Sarran : dualisme incompressible ou monisme inversé ? », *Europe*, mars 1999, p. 6.

⁴⁴ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, 2001, n° 323.

⁴⁵ O. DORD, « Le Conseil constitutionnel face à la « Constitution européenne » : contrôle des apparences ou apparence de contrôle ? », *AJDA*, 31 janvier 2005, p. 212.

pour se réaliser »⁴⁶. Original, le droit communautaire est un droit constitutionnel sans – jusqu’à ce jour, du moins – Constitution. Dès lors, si les juristes français continuent de croire « que la Constitution existe toujours, qu’elle se situe au sommet de l’ordre juridique interne et que le principe de primauté n’y change rien malgré son ancrage constitutionnel, il y a fort à parier que la déception soit au rendez-vous. Les enseignements du droit communautaire autant que la dynamique de la construction le révéleront sans coup férir »⁴⁷. « Il est possible d’affirmer qu’existe d’ores et déjà au plan matériel une Constitution européenne »⁴⁸ : celle-ci prend racine dans les traités fondateurs eux-mêmes. Ils ont engagé un processus politique par l’économie et le droit⁴⁹ et formé un ordre juridique autonome⁵⁰. Les traités fondateurs constituent une « charte constitutionnelle qui est fondée sur la prééminence du droit, fixe un nouvel ordre juridique distinct des droits nationaux, protège les droits de l’homme et les libertés fondamentales »⁵¹. Ils expriment « le patrimoine constitutionnel européen »⁵² qui s’impose par la mise en œuvre du principe d’intégration normative : « ce principe signifie que les normes communautaires ont vocation de par leur nature même à s’appliquer dans l’ordre juridique des Etats membres. Il implique que les normes communautaires pénètrent par elles-mêmes dans l’ordre juridique des Etats membres : c’est le principe d’immédiateté ; en cas de conflit entre une norme communautaire et une norme nationale dans l’ordre juridique interne, c’est la norme communautaire qui doit être appliquée : c’est le principe de primauté »⁵³. Cette primauté s’applique à toute norme du droit interne et nul organe national ne pourrait durablement l’atténuer sans encourir une condamnation pour manquement à ses obligations. Les droits internes s’intègrent en se conformant au droit communautaire qui, autonome, ne dépend pas de son inscription dans les Constitutions nationales : « Admettre la transposition de l’arrêt Sarran (...) à l’application du droit communautaire aux Etats membres reviendrait en effet à nier l’originalité irréductible du processus d’internisation à l’œuvre dans la dimension constitutionnelle autant qu’internationale de la construction communautaire »⁵⁴. Ainsi, le raisonnement qui soutient la suprématie de la Constitution nationale par la constitutionnalisation de la primauté du droit communautaire « ressemble fort à un tour de passe-passe » qui « laisse voir le fondement communautaire » de l’exigence constitutionnelle⁵⁵. La primauté dérive du traité lui-même qui dès lors, est supérieur aux constitutions nationales.

Le conflit normatif se transforme, dans le discours normativiste, en contradiction doctrinale : les juristes s’opposent, dans leurs redescriptions monistes du droit, en s’appuyant sur des textes contradictoires pour faire prévaloir l’un sur l’autre et, rétablir un ordre. La concurrence des monismes ne trouve pas de résolution : les uns estiment que tout procède de la Constitution nationale, les autres avancent la spécificité du droit communautaire dont dérive son autonomie. La théorie normativiste ne saurait décider de l’issue du conflit. Les deux options monistes peuvent s’en prévaloir. Elle peut d’une part servir de théorie critique de l’autonomie du droit communautaire et, par conséquent, de sa primauté. « Un système S

⁴⁶ P. PESCATORE, « Droit communautaire et droit national selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *Dalloz*, 1969, chron., p. 180.

⁴⁷ H. LABAYLE et J.-L. SAURON, « La Constitution française à l’épreuve de la Constitution pour l’Europe », *RFDA*, janv.-fév. 2005, p. 11.

⁴⁸ O. DUBOS, « Une Constitution européenne, des Constitutions nationales », *REDP*, 2003-3, p. 986.

⁴⁹ L.-J. CONSTANTINESCO, « La Constitution économique de la CEE », *RTD eur.*, 1974, p. 244.

⁵⁰ D. SIMON, « Les fondements de l’autonomie du droit communautaire », in J.-C. GAUTRON et L. GRARD, *Droit international et droit communautaire*, Pédone, 2000, p. 207.

⁵¹ J.-C. PIRIS, « L’Union européenne a-t-elle une constitution ? Lui en faut-il une ? », *RTD eur.*, 1999-4, p. 604.

⁵² D. ROUSSEAU, « La notion de patrimoine constitutionnel européen », *Mélanges ARDANT*, Montchrestien, 1999, p. 27.

⁵³ O. DUBOS, *loc. cit.*, p. 1010.

⁵⁴ D. SIMON, « L’arrêt Sarran : dualisme incompressible ou monisme inversé ? », *loc. cit.*

⁵⁵ D. ROUSSEAU, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2004 », *RDP*, 2005-1, p. 273.

caractérisé par une autonomie de validité ne peut concevoir de rapport normatif qu'avec des sous-systèmes qu'il contient»⁵⁶. Il faut donc envisager l'ordre juridique dont le droit communautaire constitue la base et contenant les ordres partiels que sont les Etats membres. Deux problèmes se posent alors, relativement à la situation des Etats et au sort du droit international. Le monisme avec primauté du droit communautaire, en termes de validité, aurait en effet deux conséquences. Il suppose « la capacité de poser des critères permettant de savoir si tel Etat doit être considéré comme un Etat juridiquement valide ou non ». En outre, le droit international étant interétatique, « il faudrait alors fonder la validité du droit international (...) sur le système communautaire, ce qui serait admettre une position au moins originale »⁵⁷. Admettre la primauté absolue du droit communautaire conduit donc à construire une hiérarchie des normes qui ne trouve pas de traduction dans les règles de droit positif. C'est pourquoi les juristes devraient reconnaître une hiérarchie dominée par les constitutions nationales. Mais d'autre part, le normativisme peut aussi motiver la primauté du droit communautaire, notamment en raison de l'indétermination kelsenienne du choix entre monisme basé sur le droit national et monisme fondé par le droit international. Ce type de choix est une simple question de point de vue. Ainsi, l'ordre communautaire peut être décrit comme un ordre juridique relativement centralisé par le biais de la primauté des normes communautaires et la supériorité du traité. De ce point de vue, les Etats membres ne sont qu'ordres juridiques partiels. Mais la validité de ceux-ci n'est pas absolument réglée par le système communautaire. Elle est déterminée, de son point de vue, seulement du moment qu'ils demeurent membres de l'Union européenne. Qu'ils sortent de l'ordre juridique en question et ils seront encore valides comme sujets du droit international. L'ordre juridique dont la base est communautaire ne règle la validité que de ses Etats membres. Par conséquent, il ne fonde pas non plus tout le droit international. Au demeurant, celui-ci peut être conçu par un autre monisme comme ordre juridique global contenant l'Union Européenne et les Etats-nation comme ordres juridiques partiels. Mais effectivement, du point de vue du système normatif communautaire, le droit communautaire est hiérarchiquement supérieur aux traités internationaux, comme c'est le cas du point de vue du monisme étatique. Il ne semble pas qu'il y ait ici une construction inconcevable. Dénier au système communautaire la qualité d'être un ordre juridique serait probablement occuper une position idéologique. Il suffit pour les juristes de reconnaître en l'Union Européenne, un Etat dont la nature reste à déterminer.

L'invocation d'ordres monistes exprime des préférences subjectives, des entreprises de normalisation et n'épuise donc pas le conflit entre normes communautaires et constitutionnelles. Théoriquement, les monismes sont également concevables. Doctrinalement, ils s'opposent de manière irréductible. En d'autres termes, les deux normes fondamentales restent concurremment en vigueur.

2) *L'émergence du dualisme chez les juristes réalistes*

D'autres juristes tentent de reconstruire un ordre en le déduisant des sentences judiciaires. Ils adoptent ainsi une attitude réaliste, empirique, qui explique le cours du droit par l'analyse des raisonnements et justifications des juges. La quête de l'ordre emprunte ici le chemin de la description d'une configuration juridique créée par les jurisprudences des Cours suprêmes.

La Cour de justice des Communautés européennes construit par sa jurisprudence son propre ordre juridique. L'arrêt *Tanja Kreil*⁵⁸ qui condamne l'Allemagne du fait de sa

⁵⁶ S. MONTEILLET, « Une étude théorique des rapports entre droit communautaire et droits nationaux est-elle d'actualité ? », *RRJ*, 2004-3.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ CJCE, 11 janvier 2000, *Tanja Kreil c/ Bundesrepublik Deutschland*, C-285/98, Rec. I p. 69, n. J. GERKRATH, *Europe*, déc. 2000, p. 5.

Constitution et provoque la révision de l'alinéa 4 de son article 12, afin de permettre l'accès des femmes à la *Bundeswehr*, fait suite à une jurisprudence constante et constructive. Selon la Cour suprême de l'Union en effet, « le droit né des traités ne pourrait (...) se voir opposer (...) un texte interne quel qu'il soit », « même constitutionnel », de telle sorte que l'invocation de « principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet Etat ». Il en va de la « nature spécifique originale »⁵⁹ et de l'existence même de l'ordre juridique communautaire⁶⁰. La Cour crée donc un ordre juridique intégré dont la base est le droit communautaire qui jouit d'une primauté, n'admettant aucune dérogation.

Les Cours nationales ne donnent pas une telle portée à la primauté du droit communautaire. Devant le juge constitutionnel, si le traité régulièrement ratifié bénéficie d'une totale immunité constitutionnelle, le droit communautaire dérivé prime sauf contradiction avec une « disposition expresse (...) de la Constitution ». Mais surtout, le droit communautaire originaire se voit opposé un écran constitutionnel devant les juges ordinaires. A l'instar des engagements internationaux, le traité communautaire est placé, dans l'ordre interne, sous la Constitution : « le principe de primauté (...) ne saurait conduire dans l'ordre interne à remettre en cause la suprématie de la Constitution »⁶¹. La Constitution prime tout traité dans l'ordre interne.

Ces jurisprudences contradictoires décidées par les Cours suprêmes dessinent deux configurations du système juridique qui devraient inciter les juristes à abandonner une interprétation moniste de la Constitution de la V^e République comme du droit international : la « déduction de l'unité de l'ordre juridique à partir d'une constitution n'a guère de sens, sauf à signifier qu'il n'y a pas d'ordre juridique international ». Mais de même, « dans l'ordre juridique national une *hiérarchie interne des normes se substitue entièrement au principe de primauté du droit international* »⁶². Le monisme pourrait n'être bien qu'une « modalité du dualisme »⁶³ car « le problème de l'autorité respective des normes nationales et des normes internationales ne paraît pas pouvoir faire l'objet, en réalité, d'une solution unique, faute pour la question de se poser dans les mêmes termes au regard du droit interne et au regard du droit international. (...) C'est en ce sens qu'il y a bien dualité des ordres de droit, interne et international (...) »⁶⁴. Finalement, « tout dépend de l'ordre juridique dans lequel on se situe » : « si l'ordre juridique national place [la] primauté du droit communautaire en deçà de la Constitution, il en va à l'inverse pour l'ordre juridique communautaire »⁶⁵. Et ces deux hiérarchies imposées respectivement par les deux ordres seraient en fait, les produits de « deux souverainetés parallèles, une souveraineté encore vivace de l'Etat, et une souveraineté naissante de l'ordre communautaire »⁶⁶. Cette conclusion est concevable dans la théorie herméneutique qui conçoit la norme comme le produit de l'interprétation : si la norme est la signification d'un énoncé juridique, celle-ci n'est pas donnée par l'énoncé mais créée par

⁵⁹ Selon la jurisprudence *Costa c/ Enel* du 15 juillet 2004 (Rec. p. 1141), *Internationale Handelsgesellschaft* du 17 décembre 1970 (Rec. p. 1135) et *Simmenthal* du 9 mars 1978 (Rec. p. 629).

⁶⁰ V. J. ROUX, « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe à l'épreuve de la Constitution française », *RDP*, 2005-1, p. 70. Le Professeur ROUX estime par suite que la constitutionnalisation de cette jurisprudence par le traité constitutionnel aurait du conduire le Conseil, selon « une stricte logique juridique », à déclarer l'article 1-6 incompatible avec la Constitution française. *Contra*, v. A. LEVADE, « le Conseil constitutionnel aux prises avec la Constitution européenne », *RDP*, 2005-1, p. 19.

⁶¹ CE, 3 déc. 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, Rec. p. 624.

⁶² D. ALLAND, préc., p. 1103-1104.

⁶³ J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, Montchrestien, 1997, p. 178.

⁶⁴ X. PRETOT, « La Cour de Cassation, la Constitution et les traités. A propos de l'arrêt de l'assemblée plénière du 2 juin 2000 », *RDP*, 2000-4, p. 1048-1049.

⁶⁵ F. CHALTIEL, « Une première pour le Conseil constitutionnel, juger un traité établissant une Constitution », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2005-484, p. 8.

⁶⁶ F. CHALTIEL, « Droit constitutionnel et droit communautaire », *RTD eur.*, 1999-3, p. 408.

l'activité interprétative. Ainsi, les normes juridiques sont des significations d'actes de volontés posés par les acteurs du système juridique, de sorte que si ces acteurs ne sont pas hiérarchiquement organisés, ceux qui sont organiquement autonomes déterminent eux-mêmes un fondement de la validité des normes juridiques, sans pouvoir l'imposer unilatéralement à l'ensemble du système. Par exemple dans le cas de l'existence d'un pluralisme juridictionnel, « la métaphore de la pyramide des normes doit (...) être non abandonnée, mais simplement modifiée : un ordre juridique est formé d'autant de pyramides qu'il y a d'ordres de juridictions, le sommet de chacune de ces pyramides étant constitué des normes que la cour suprême de cet ordre de juridictions énonce par la voie de l'interprétation »⁶⁷. En d'autres termes, le système juridique peut contenir deux ordres, deux normes qui règlent la validité juridique et les Cours suprêmes communautaire et nationale sont toute deux souveraines : elles disposent également « du pouvoir de dernier mot interprétatif »⁶⁸ et sont donc les interprètes authentiques qui disent, voire fondent les droits communautaire et national. C'est pourquoi le conflit de normes fondamentales dénote l'émergence d'une dualité des ordres juridiques communautaire et national.

Mais cette conclusion dualiste s'affaiblit au regard même de la théorie réaliste de l'interprétation. Elle heurte d'abord la requête épistémologique de l'unité de l'objet droit. En distinguant deux droits homogènes et hiérarchisés, le conflit se résout au prix de l'ambition qu'a la science du droit de décrire un seul objet : l'ordre juridique. L'acquis kelsénien et sa critique des dualismes idéologiques seraient remis en cause. Comment en effet, connaître le droit s'il n'existe que des droits ? Comment décrire un ordre juridique segmenté en ordres partiels s'ignorant mutuellement tout en produisant des effets juridiques dans l'ensemble du système ? En conséquence de ceci, le dualisme contredit ensuite le sens donné par la Cour de justice des Communautés européennes aux traités fondateurs. Celle-ci n'admet aucune vue dualiste ; elle ne conçoit qu'un seul ordre juridique englobant les sous-systèmes nationaux dont le fondement est constitué par le droit communautaire. A ce titre, le dualisme est moins réaliste que contrefactuel et semble justifier, nonobstant la volonté de rester fidèle aux sentences judiciaires, la position des Cours nationales contre celle de la Cour communautaire. En prenant acte de la hiérarchie des normes dans l'ordre interne, il invalide la jurisprudence constante de la Cour de justice relative à la primauté absolue du droit communautaire. La théorie réaliste ne saurait donc se satisfaire totalement d'une conclusion qui aurait cette dimension idéologique. Elle ne peut que décrire un ordre juridique et un seul, dans lequel deux hiérarchies sont mises en concurrence par les juges. Dès lors, l'ordre n'est pas rétabli : l'émergence du dualisme dans le discours des juristes ne parvient pas à résoudre les conflits de normes fondamentales.

La quête de l'ordre dans la pensée hiérarchique, à l'aide du vocabulaire de la primauté et de la suprématie, paraît pour l'heure assez vaine : après les tentatives de normalisation, deux normes fondamentales demeurent également valides et en conflit. Et la coexistence de deux normes fondamentales, la concurrence de deux sources exclusives de validité, indique par définition qu'il n'est pas de norme fondamentale. La norme fondamentale, la norme des normes, n'existe pas : les juristes n'ont plus de certitude sur sa localisation. Les juristes, s'ils souhaitent conserver une attitude scientifique, sont désormais invités à se départir de toute velléité normalisatrice pour renouveler l'expérience en termes nouveaux.

II. La normalité du pathologique dans le regard du juriste

Renouveler l'expérience en termes nouveaux nécessite d'analyser le conflit de normes fondamentales sans recourir dans son vocabulaire au désordre, à l'anomalie ou à la

⁶⁷ Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, Léviathan, 1994, p. 94.

⁶⁸ O. CAYLA, préc., p. 83.

pathologie. Il s'agit donc de chercher une relation nouvelle entre l'activité descriptive de l'ordre juridique et le discours qui affirme qu'il existe deux normes fondamentales également valides, qu'il n'existe pas d'unique fondement de la validité juridique. Autrement dit, il convient d'analyser l'effet sur la pensée des juristes de l'expérience d'un droit sans norme fondamentale comme unique fondement. Cet effet est d'abord critique (A) : les habitudes de pensée des juristes, certaines de leurs croyances partagées, doivent être sinon révisées, au moins relativisées. La relativisation de ces convictions permet ensuite d'ouvrir la voie à une formulation de l'effet heuristique de l'expérience juridique en question (B) : certaines hypothèses peuvent être en effet envisagées, sans mettre en cause l'acquis kelsénien de la pureté de la science du droit ; elles esquissent une redescription de l'ordre juridique qui revêt la forme d'un pluralisme juridique compris comme théorie des volontés normatives.

A- L'effet critique de l'expérience juridique

Restituer sa normalité au pathologique et abandonner le vocabulaire discriminatoire du discours normalisateur obligent les juristes à revenir sur leur fonds précédemment acquis de croyances. L'expérience de l'absence d'une norme fondamentale met en question leur croyance en l'existence d'une loi scientifique de hiérarchie des normes : elle implique une critique de l'épistémologie de la vérité (1). De plus, elle induit une conséquence dissolvante à l'égard des théories de la validité des normes juridiques : elle implique une critique de l'ontologie de l'objectivité (2).

1) *La critique de l'épistémologie de la vérité*

Les juristes se font encore une conception naïve de la vérité de leurs énoncés ou des énoncés de la science du droit. Ils croient, dans leur activité doctrinale, refléter fidèlement le droit tel qu'il est et adhèrent à des redescriptions théoriques des ordres juridiques, en les jugeant seules valables. Ils retiennent ainsi une signification dogmatique du concept de vérité qui distingue l'absolument vrai de l'absolument faux et indirectement, l'absolument normal de l'absolument anormal. De ce fait et sous l'influence du néopositivisme, le monisme méthodologique qui cherche à fonder la théorie qui s'imposera comme vraie, supprime le pluralisme épistémologique qui voit dans la concurrence des théories, des vérités, le moteur de l'amélioration de la connaissance⁶⁹. C'est pourquoi les juristes estiment qu'ils ne peuvent se passer de la hiérarchie des normes pour connaître le droit, cette dernière étant une loi scientifique, c'est-à-dire une vérité absolue de la science du droit.

Pourtant, l'incapacité dans laquelle se trouvent les juristes à désigner la norme fondamentale, devrait les conduire à douter du statut de loi nécessaire de la science du droit attribué à la hiérarchie des normes. Car norme fondamentale et hiérarchie sont indéfectiblement liées : la hiérarchie des normes implique l'existence d'une et une seule norme fondamentale ; la norme fondamentale qui règle la validité juridique, agence et produit cette hiérarchie. Sans norme fondamentale, unique et indiscutablement établie, il n'est point de hiérarchie possible.

C'est pourquoi peut naître une certaine circonspection à l'égard des croyances que les juristes trouvent satisfaisantes à un moment donné, auxquelles ils attribuent une valeur de vérité universelle à l'aide de redescriptions théoriques en adéquation avec leurs besoins logiques, moraux, voire esthétiques. Pour l'épistémologie pragmatique par exemple, une vérité est une croyance satisfaisante pour la pensée ou pour l'action⁷⁰ en un énoncé qui produit un

⁶⁹ V. VILLA, *La science du droit*, trad. O. et P. NERHOT, story scienta, LGDJ, 1990.

⁷⁰ W. JAMES, *L'idée de vérité*, trad. L. VEIL et M. DAVID, Paris, Alcan, 1913.

nouveau vocabulaire⁷¹. Comme la croyance et le langage, elle est affectée d'un coefficient humain et frappée de contingence. Une idée vraie, une loi scientifique, est un énoncé linguistique, attribut de croyances en vigueur, dont il est impossible d'affirmer avec absolue certitude qu'il correspond à une quelconque nécessité tirée de la raison ou de l'empirie : « dans cette vue, n'étant plus un outil servant à représenter des choses et à véhiculer des sens, le langage se voit assigner la fonction d'interpréter et de refaire le monde. (...) Les sciences, la littérature, les arts et la philosophie produisent au cours des temps de nouveaux vocabulaires qui permettent de dire et de faire des choses qui n'étaient ni faisables ni exprimables auparavant. Mais une fois stabilisés, les nouveaux vocabulaires remplacent les vieux et la pratique sociale se voit enrichie de nouveaux instruments qui abritent de nouvelles possibilités d'action »⁷². La connaissance est en pratique un acte physiologique, psychique au moyen du raisonnement et de l'imagination et physique, au moyen de l'action, qui s'exprime par le langage, c'est-à-dire par la création de métaphores et l'invention de vocabulaires. En ce sens, la connaissance est littéralement et doublement manipulatrice, comme activité de séduction des sujets et d'action sur les objets. C'est pourquoi le concept de vérité n'est pas épistémique ; la connaissance se fait en pratique sans lui⁷³. En fait, vérité et justification se confondent dans la diffusion dans le public concerné de métaphores et vocabulaires.

Lorsqu'ils obéissent à la loi scientifique de hiérarchie des normes, les juristes pensent qu'elle exprime une vérité-correspondance et une vérité-cohérence. Ils se persuadent que ce qu'ils disent est vrai parce que réel et cohérent, nonobstant la complexité et le cours éventuellement incohérent du droit. Or dire du droit qu'il est un ordre juridique ne signifie pas qu'il existe effectivement un tel ensemble de normes qui soit ordonné, de même que dire qu'il est un système juridique ou un droit naturel ne signifie pas qu'il s'organise conformément aux théories systémiques ou naturalistes. Le fait de dire qu'il est un ordre juridique hiérarchisé consiste à employer une métaphore dans le but de disposer d'une forme communicable des relations juridiques et d'offrir un vocabulaire particulier aux juristes, lesquels ont tendance à croire que ledit vocabulaire exprime la réalité juridique. Ils assignent à leur langage une fonction épistémique, le voient tel un médium transparent entre leur science et leur objet de connaissance. Or le droit n'est nullement assujéti à la science. Kelsen a prévenu qu'il fallait distinguer l'interprétation scientifique et l'interprétation authentique : la première ne saurait être univoque et normative⁷⁴. Cette prévention s'applique aussi à la hiérarchie des normes qui est une métaphore de l'ordre juridique, certes très performante et suggestive, qui vise à répandre le vocabulaire de l'objectivité des normes juridiques. Mais en l'absence de norme fondamentale unique et précisément identifiable, la pyramide perd avec son sommet, une part de sa puissance de séduction. Elle ne permet plus de soutenir l'ontologie objectiviste du droit.

2) *La critique d'une ontologie de l'objectivité*

L'expérience juridique d'un droit sans source unique de validité n'est pas non plus sans conséquence pour l'activité des juristes, de description des normes en vigueur. La hiérarchie des normes apparaît au mieux comme une norme du droit positif dont le traitement est

⁷¹ R. RORTY, *Contingence, ironie et solidarité*, trad. P.-E. DAUZAT, Armand Colin, coll. Théories, 1993.

⁷² V. PETEV, « L'interprétation des faits et l'interprétation du droit », in P. AMSELEK (sous la dir.), *Interprétation et Droit*, Bruylant, PUAM, 1995, p. 54.

⁷³ R. RORTY, *L'espoir au lieu du savoir*, Albin Michel, Bibliothèque du Collège international de philosophie, 1995. Pour une théorie pragmatique de la connaissance qui se distingue du néopragmatisme de RORTY et tente de conserver le concept épistémique de vérité, v. J. HABERMAS, *Vérité et justification*, trad. R. ROCHLITZ, Gallimard, 2001.

⁷⁴ *Théorie pure du droit*, loc. cit., p. 341-342.

aléatoire⁷⁵, non comme la propriété universelle des ordres juridiques⁷⁶. Nul ne peut plus décrire objectivement une hiérarchie du droit sans éprouver quelque doute. L'ordre juridique n'est pas assurément hiérarchique. Or la hiérarchie des normes n'est pas seulement conçue comme réquisit épistémologique. Elle a aussi une fonction ontologique : elle permet de décrire un ordre normatif dans lequel la validité des normes est objective.

La science du droit distingue en effet les normes juridiques des normes morales, sociales ou de quelque commandement de bandits, par le fait qu'elles sont des prescriptions en vertu du droit. Elles sont objectivées par le droit, valent par delà la volonté de leur auteur et pour tous, à la différence des autres normes en vigueur dans une société donnée. Car si ces dernières sont des significations subjectives d'acte de volonté, les normes juridiques sont des significations objectives : elles ne se réduisent pas à l'acte de l'organe qui les énonce mais voient leur validité déterminée par une autre norme juridique, précisément celle supérieure. En droit, les actes de volonté par lesquels une conduite est ou prescrite, ou permise et en particulier habilitée, reçoivent leur signification juridique des normes supérieures qui les habilitent. D'où la formation d'une hiérarchie des normes jusqu'à la norme fondamentale en vigueur, et plus loin jusque celle historiquement première ou présumée. La hiérarchie des normes résulte de la définition de la norme juridique comme signification objective d'un acte de volonté. Inversement, sans hiérarchie, la norme juridique se subjectivise chaque fois que la détermination de la norme supérieure est indécidable.

C'est sur ce sujet que l'admission de l'absence de source exclusive de la validité se révèle la plus subversive : elle implique que nulle norme juridique n'est objectivement valide et par conséquent, que les juristes qui énoncent ce qu'est l'état du droit positif ou qui disent connaître la norme en vigueur à l'exclusion de tout autre, produisent une littérature de politique juridique. Qu'elle précède ou succède à une interprétation juridictionnelle, dire d'une norme qu'elle vaut pour tous dans l'ordre juridique, sans concurrence possible, n'exprime qu'une opinion dogmatique. Tel est l'effet critique de l'expérience du conflit de normes fondamentales : les normes juridiques perdent leur dimension objective en l'absence de certitude sur le fondement de leur validité. Leur validité est relativisée dans l'ordre juridique même : une norme juridique peut cesser de valoir après que le vouloir qui l'a créée a cessé d'exister. Selon le traité, la norme communautaire semble être en vigueur dans tout l'ordre juridique et les constitutions ne peuvent l'empêcher de valoir mais selon celles-ci, le droit communautaire ne peut entamer la validité des normes constitutionnelles. Le conflit relativise les normativités communautaire et constitutionnelle⁷⁷. Plus généralement, les problèmes d'applicabilité des normes internationales et nationales traduisent la relativité de la validité juridique. Il convient dès lors d'inaugurer une redescription de l'ordre juridique qui admette les conséquences du conflit de normes fondamentales.

B- L'effet heuristique de l'expérience juridique

L'expérience de l'ordre juridique dénué de centre doté de la maîtrise exclusive de la validité juridique conduit à inventer une nouvelle redescription. Celle-ci peut employer une métaphore pluraliste de l'ordre juridique (1) en recourant à un vocabulaire intersubjectif pour caractériser la normativité (2).

⁷⁵ Pour un aperçu des variations de la hiérarchie en droit, se reporter aux développements à la charge de C. LOUIS, in D. ROUSSEAU (sous la dir.), J. ARLETTAZ et autres, *Désordres et reconstructions du droit sous l'effet des principes fondamentaux dégagés par les Cours suprêmes nationales et européennes*, loc. cit.

⁷⁶ P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD civ.*, oct-déc. 2001, p. 749.

⁷⁷ H. GAUDIN, « Primauté absolue ou primauté relative ? », in *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect réciproque mutuel ?*, Economica PUAM, 2001, p. 100.

1) La métaphore pluraliste de l'ordre juridique

Si le traité prime la Constitution et que la Constitution est supérieure au traité, alors aucune des deux normes n'occupe de position hiérarchique à l'égard de l'autre et chacune se trouve en concurrence avec l'autre. Ce constat accepté, la description hiérarchique de l'ordre juridique peut laisser place à une redescription d'un « régime d'énonciation concurrentiel des normes »⁷⁸ qui se passe des concepts de primauté et de hiérarchie.

Le pluralisme juridique comme théorie du droit ne décrit pas le même ordre juridique que la théorie positiviste. Celle-ci use d'une métaphore pyramidale dans laquelle les normes sont préformées dans la norme fondamentale. Dans une démocratie constitutionnelle par exemple, le fondement de validité pose des conditions de forme et des limites de fond qui contiennent potentiellement les normes juridiques en vigueur : de la norme individuelle à la norme générale, chacune doit pouvoir se prévaloir de l'onction constitutionnelle qui est la validité ultime. D'où l'emploi du vocabulaire de l'ordre qui exclut celui du conflit, dans lequel la hiérarchie des normes est un agencement des sources du droit, des modes de créations des normes, par voie d'habilitation. Dans la métaphore pluraliste, le droit est une trame de créations normatives dans laquelle chaque création juridique est une épigénèse des normes : il n'existe pas de préformation des normes dans un germe juridique qui détermine leur développement. Celles-ci sont le produit d'une édicition qui recrée la configuration du système juridique pour énoncer la prescription. Le pluralisme juridique redécrit un droit comme système non de sources, mais de ressources pour les prétentions normatives qui s'expriment devant chaque instance de création juridique. Par exemple, le pluralisme juridique fait sienne la présentation de la jurisprudence du Conseil d'Etat, relative aux rapports entre normes internationales et normes internes, comme reconfiguration continue et contingente du droit, dans laquelle le juge répond à la question suivante : tel énoncé est le texte de quelle norme, avec quelle force normative ?⁷⁹ Dans cette présentation, l'instance juridique décide du sens et de la valeur des normes juridiques en retenant une configuration du droit. Ainsi, un décret ou une loi organique peuvent trouver application en écartant celle d'un traité. Le Conseil d'Etat pourrait même progressivement cesser de fonder son raisonnement sur la primauté d'une norme⁸⁰. De même, le pluralisme juridique trouve une illustration de son propos dans le cas de la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux rapports entre textes internationaux et législatifs. Selon la description positiviste, les traités s'imposent aux lois même postérieures, devant le juge judiciaire, depuis l'arrêt *Société des cafés Jacques Vabre* du 25 mai 1975. Dans la description pluraliste, ces normes étaient en concurrence avant comme après ledit arrêt de principe. Alors que le traité était censé s'effacer devant la loi postérieure déjà, de nombreuses juridictions avaient créé des configurations juridiques contraires : dès le 16 février 1952, la Cour d'appel de Dijon⁸¹ « s'appuie sur les termes des articles 26 et 28 de la Constitution de 1946 pour faire prévaloir une convention internationale du 7 janvier 1862 sur un décret-loi du 12 novembre 1938 »⁸². Le choix de cette configuration se confirmera continuellement⁸³, jusqu'à un arrêt de la Chambre d'accusation de la Cour

⁷⁸ D. ROUSSEAU, « Le Conseil constitutionnel, une assemblée de légistes ? », *RSMAO*, 1987, n°16-17, p. 4 et « Remarques sur l'activité récente du Conseil constitutionnel », *RDP*, 1989, p. 54.

⁷⁹ O. CAYLA, préc.

⁸⁰ B. BONNET, « Le Conseil d'Etat, la Constitution et la norme internationale », *RFDA*, janv.-fév. 2005, p. 56, à propos de l'arrêt *Mlle Deprez et Baillard*, req. n° 257341, 257534.

⁸¹ *Dalloz*, 1952, p. 801.

⁸² A. TOUFFAIT, « Du conflit du traité avec la loi postérieure », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, Mél. ANCEL, 1975, I, p. 13.

⁸³ Paris, 22 mai 1950, *Gaz. Pal.*, 1950, II, p. 106 ; Paris, 1^{er} avril 1954, *Dalloz*, 1954, p. 280 ; CA Poitiers, 3 juillet 1962, *Dalloz*, 1962, p. 69 ; CA Nîmes, 22 mai 1968, *RDIP*, 1969, p. 448 ; s'agissant de la Cour de cassation en outre, « la Chambre criminelle, dans des arrêts en date des 3 décembre 1969, 22 octobre 1970 (B.

d'appel de Paris qui énonce « qu'il ne suffit pas que la législation interne soit postérieure à la convention internationale pour rendre celle-ci caduque » et dans l'affaire *Jacques Vabre*, celui de la Cour d'appel de Paris qui considère « que, selon l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, les traités régulièrement ratifiés ont une autorité supérieure à celle des lois, qu'il en résulte que les dispositions du Traité de Rome priment les dispositions législatives, même postérieures à ce traité... »⁸⁴. Et après l'arrêt de la Cour de cassation, des dispositions législatives continuent d'écarter des dispositions conventionnelles selon l'issue que les juges donne à leur contrôle d'applicabilité de ces normes en conflit. Elles demeurent en concurrence. Chaque instance de création normative est à même de décider de l'agencement des normes ; chacune est un lieu de recréation du droit. Dans cette redescription, le droit n'est plus ordre normatif hiérarchisé, un ordre de paix mais une zone de conflit des volontés normatives, un système de conflits normatifs. Si le droit a pour fonction de résoudre les litiges de fait, d'orienter les comportements, les conflits normatifs qui s'ouvrent en son sein ne peuvent être définitivement scellés : aucune norme juridique ne dispose d'une vigueur indiscutable.

2) *Le vocabulaire intersubjectif de la normativité juridique*

Dans le sens commun des juristes, une norme juridique est la signification objective d'un acte de volonté : sa signification n'est pas celle que lui donne l'acte de création mais celle que lui donne la norme supérieure qui est un schéma d'interprétation. La norme juridique ne se réduit pas à la signification subjective que lui attribue l'auteur de l'énoncé. La loi n'est pas loi parce qu'une majorité de parlementaires l'adoptent mais parce qu'ils l'adoptent en vertu de la Constitution qui lui donne sa validité juridique, son existence objective comme acte législatif. La métaphore pluraliste de l'ordre juridique offre une conception inversée de la normativité. Selon celle-ci en effet, l'auteur qui produit un énoncé est seul dans l'ordre juridique à lui donner une signification objective. Il considère en pratique qu'il produit une norme objectivement valide, c'est-à-dire qui vaut pour tous, en reconfigurant l'ordre juridique au moment de sa création : les parlementaires qui adoptent une loi ne croient pas que celle-ci n'a qu'une signification subjective. Ils estiment agir en vertu du droit, notamment constitutionnel et entendent produire une norme objectivement valide, une loi qui s'impose au-delà de leur volonté. Ce n'est que devant le Conseil constitutionnel ou devant les juges chargés de l'interpréter que cet énoncé n'aura qu'une signification subjective. A leur tour, ces derniers croiront créer des normes objectivement valides par leur contrôle ou leur interprétation. Dans ces instances, le texte que le législateur estime objectivement valide ne représente plus que la volonté subjective du Parlement, à laquelle il peut être fait obstacle. Il en va de même pour les Etats qui concluent un traité ou les juges et autorités administratives qui disent le droit. Chacun de ces organes pense que leur création normative a le statut de norme valide. Mais parmi ceux qui ont à connaître celle-ci après sa création, aucun ne la voit telle ; ils voient un commandement subjectif qu'il s'agit de contrôler ou d'interpréter. Dit plus abstraitement, soit une norme donnée ; l'organe créateur comme l'organe applicateur croient tout deux qu'ils posent une norme juridique, que leur acte a une signification objective. Pourtant pour l'un, l'autre n'énonce qu'une prescription subjective qu'il doit respectivement contrôler ou interpréter. Autrement dit, la norme n'a jamais d'existence objective. La norme juridique objectivement valide qu'un acteur entend édicter devient proposition normative adressée aux autres acteurs du système. Dans cette redescription intersubjective de la normativité, la norme

crim., 1970, n° 276, p. 657) et 18 février 1971 (D. 1971.525), la Chambre commerciale dans un arrêt du 19 novembre 1957 (B. 317, p. 271) et les chambres réunies, le 16 novembre 1966 (B. 5, p. 5), marquent nettement leur tendance à s'appuyer sur l'article 55 pour faire prévaloir le traité sur la loi interne » : A. TOUFFAIT, *ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*, p. 12.

juridique est donc toujours en même temps signification objective d'un acte de volonté pour l'auteur et proposition subjective de norme pour les acteurs du système.

C'est pourquoi le pluralisme juridique n'est pas une théorie de la norme. L'existence objective de la norme juridique est une croyance subjective. Penser le droit sans norme fondamentale, sans hiérarchie des normes comme propriété universelle, requiert l'abandon de l'ontologie de la norme juridique et la substitution d'une théorie des volontés normatives. Celle-ci conçoit le droit comme le lieu conflictuel d'expression des volontés normatives. A ce titre, le pluralisme juridique comme théorie du droit se distingue des pluralismes juridiques institutionnalistes, anthropologiques et sociologiques qui décrivent des plurimonismes normatifs et rarement juridiques.