

J-S. Bergé, Hiérarchies des normes et application du droit au niveau national, international et européen, CEJEC WP - 2011/5

Version provisoire au 4 oct. 2011 – Version définitive à paraître dans l'ouvrage : LA HIÉRARCHIE DES NORMES - Editions L'Harmattan - collection des travaux de l'association des lauréats de la Chancellerie des Universités de Paris (ALCUP) – sous la direction de G. Teboul et L. Soubelet – avec les contributions de D. de Béchillon, J. Ghestin, Ph. Jestaz, G. Teboul et J.-S. Bergé.

## *Hiérarchies des normes et application du droit au niveau national, international et européen*

par Jean-Sylvestre Bergé<sup>(\*)</sup>

### *Résumé*

Dans un contexte de pluralisme juridique mondial, l'application du droit peut être appréhendée à plusieurs niveaux : national, international et régional notamment (I.). A chaque niveau, des systèmes juridiques s'organisent autour de constructions (plus ou moins élaborées) de type « hiérarchie des normes ». La question se pose de l'articulation de ces constructions dans une perspective éminemment pratique d'application multiniveau du droit (II.). Pour tenter d'y répondre, deux démarches sont envisageables : une première démarche qui étudie la mise en œuvre des hiérarchies des normes niveau par niveau et, au-delà, système juridique par système juridique ; une seconde qui se donne pour objectif d'explicitier les interactions pouvant résulter de la coexistence de différents niveaux. Cette étude propose de privilégier la seconde démarche, en s'efforçant d'apprécier l'utilité à la fois matérielle (III.) et formelle (IV.) des constructions de type « hiérarchie des normes » chaque fois que le juriste s'interroge sur une application du droit à différents niveaux. Les conclusions qui peuvent être tirées de cette recherche sont au nombre de deux : la hiérarchie des normes se décline au pluriel dans un contexte de pluralisme juridique mondial ; dans un processus d'application multiniveau du droit, elle termine un raisonnement plutôt qu'elle l'initie (V.).

### *Summary*

In a context of global legal pluralism, the implementation of the law could be understood on several levels: national, international and regional levels including (I). At each level, legal

---

(\*) Professeur de droit privé à l'Université Jean Moulin – Lyon 3, Equipe de droit international européen et comparé (EDIEC), Réseau universitaire européen ELSJ (GDR CNRS), membre associé du CEJEC – [jean-sylvestre.berge@univ-lyon3.fr](mailto:jean-sylvestre.berge@univ-lyon3.fr). Le style oral de cette communication a été parfois conservé.

systems are organized around constructions (more or less developed) such as "hierarchy of norms." The question arises of the articulation of these constructions in a very practical perspective of the application of the law (II). To answer this question, two approaches are possible: a first approach that examines level by level and beyond, legal system by legal system, the implementation of the norms hierarchy and a second approach that has the objective of explain the interactions that may result from the coexistence of different levels. This study proposes to focus on the second approach, trying to assess the material (III.) and formal (IV.) usefulness of constructions of "hierarchy of norms" when the lawyer questioned an application of the law at different levels. Two conclusions can be drawn from this research : the hierarchy of norms is plural in the context of global legal pluralism, in a process of multi-application of the law, it finishes a reasoning rather than it introduces it (V.).

-----

## **Sommaire**

### **I. Pluralisme juridique mondial et application multiniveau du droit**

*Le pluralisme juridique mondial*

*L'application du droit à différents niveaux*

### **II. Signification des constructions de type « hiérarchie des normes » dans un contexte d'application multiniveau du droit**

*Les constructions de type « hiérarchie des normes » aux différents niveaux d'application du droit*

*Deux constantes : la hiérarchisation des normes équivaut à un repli du système sur lui-même et conduit à une stigmatisation de la norme « étrangère »*

### **III. Quelle utilité matérielle des constructions de type « hiérarchie des normes » dans un contexte d'application multiniveau du droit ?**

*Approche matérielle des conflits et hiérarchie des normes*

*Faible utilité de la hiérarchie des normes en présence de droits différents*

*Faible utilité de la hiérarchie des normes en présence de droits complémentaires*

### **IV. Quelle utilité formelle des constructions de type « hiérarchie des normes » dans un contexte d'application multiniveau du droit ?**

*Approche formelle des conflits et hiérarchie des normes*

*Relativité de la hiérarchie des normes en présence d'une circulation des situations juridiques*

*Recherche stratégique de la « meilleure » hiérarchie des normes*

### **V. Conclusions**

## **I. Pluralisme juridique mondial et application multiniveau du droit**

### *Le pluralisme juridique mondial*

1. Conçu par Santi Romano<sup>1</sup> comme un instrument de définition de l'ordre juridique, le pluralisme juridique a été largement utilisé en théorie, sociologie ou anthropologie du droit<sup>2</sup> pour décrire la diversité des systèmes juridiques et des liens qui se nouent entre eux.

Il a sans doute une signification propre, à la fois plus simple et plus modeste, dans l'environnement mondial<sup>3</sup>. Synonyme d'internationalisation et de régionalisation du droit, le pluralisme juridique mondial<sup>4</sup> décrit, dans un contexte de globalisation des échanges, la multiplication des lieux de fabrication et d'application du droit qui apparaissent en dehors ou au-delà du modèle strictement étatique. Le droit ne se construit plus seulement à l'intérieur des sphères nationales. Il est le résultat de l'activité propre d'organisations internationales et régionales, notamment européennes, que ces organisations aient une origine étatique (Organisation des Nations Unies, Organisation Mondiale du Commerce, Organisation Internationale du Travail, Union européenne, Conseil de l'Europe, etc.) ou privée (organisations non gouvernementales, multinationales, syndicats professionnels, etc.). Le

---

1 Santi Romano, *L'ordre juridique*, trad. P. Gothot et L. François, éd. Sirey 1975, rééd. Dalloz, 2002, préface P. Mayer.

2 Pour approche d'ensemble, voir avec les nombreuses références bibliographiques, A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, LGDJ, 2e éd. 1993, Verbo « Pluralisme juridique ». Voir également, plus récemment, *Cahiers d'Anthropologie du droit, Les pluralismes juridiques*, éd. Karthala, 2003 ; *Archives de philosophie du droit, Le pluralisme*, éd. Dalloz, 2006.

3 Sur cette signification propre : M. Delmas-Marty, *Les Forces imaginantes du droit – 1. Le relatif et l'universel*, éd. Seuil 2004, spéc. p. 228.

4 L'expression « pluralisme juridique mondial » ou « Global Legal Pluralism » est régulièrement utilisée depuis la fin des années 1990 par un auteur : F. Snyder, *Governing Economic Globalisation Global Legal Pluralism and European Law*, *Eur. Law Rev.* 1999, p. 334 (pour une version en français : *Droit et Société* 2003/2, p. 435). Elle connaît un beau succès, spécialement dans la littérature juridique en anglais. Voir notamment : O. Perez, *Ecological Sensivity and Global Legal Pluralism : Rethinking the Trade and Environment Conflict*, Hart Publishing, 2004 ; P. S. Berman, *Global Legal Pluralism*, *South. Calif. Law Rev.* 2007, p. 1155 ; R. Michaels, *Global Legal Pluralism*, *Annual Review of Law & Social Science*, 2009, p. 45.

niveau national, qui connaît également des formes de pluralisme juridique, ne disparaît pas. Mais il coexiste avec les méthodes et solutions juridiques définies dans le contexte international et européen.

### *L'application du droit à différents niveaux*

2. Le juriste consacre une part importante de son travail à la maîtrise de l'application du droit de manière à anticiper, autant que possible, ses effets. Qu'il soit praticien ou universitaire, conseiller, plaideur ou décideur, le juriste est amené à créer et manipuler des outils de nature à l'aider à mettre en œuvre le droit.

Dans un contexte de pluralisme juridique mondial, cette application du droit peut se concevoir à différents niveaux. L'expression « niveau d'application du droit » n'a pas nécessairement de valeur théorique forte. Elle n'a pas vocation notamment à désigner précisément un « système » ou un « ordre juridique » en particulier<sup>5</sup>. Elle renvoie de manière volontairement vague à l'idée que le juriste peut être conduit dans sa réflexion ou sa pratique à faire application du droit dans des environnements juridiques différents. Il peut s'agir d'un environnement purement interne à un Etat, c'est le niveau national, lequel inclut également le niveau local. Cet environnement peut déborder des frontières nationales, soit qu'il désigne une relation entre plusieurs Etats, soit qu'il ait une dimension proprement transnational, c'est le niveau international. L'environnement juridique peut, enfin, avoir une dimension régionale, visant une région du monde, c'est le cas, par exemple, du niveau européen.

3. Une approche « multiniveau » de l'application du droit se donne pour objectif de recenser l'ensemble des données utiles à la résolution d'un cas que ces données appartiennent au niveau national, international ou européen. Il s'agit pour le juriste de repérer le ou les niveaux de droit pertinents, c'est-à-dire ceux qui sont susceptibles de livrer les méthodes et solutions utiles à la résolution du cas. S'agit-il d'une situation purement interne à un Etat, relevant *a priori* du niveau national ? S'agit-il, au contraire, d'une situation internationale, mobilisant les ressources du droit international (privé ou public) ou d'un droit transnational ? S'agit-il, enfin, d'une situation de dimension régionale soumise, par exemple, au droit européen (Union européenne ou Conseil de l'Europe) ? Les réponses à ces questions livrent une première

---

<sup>5</sup> Sur la distinction entre ces deux notions, voir, avec les nombreux renvois bibliographiques, la présentation synthétique proposée par P. Deumier dans sa récente Introduction générale au droit, éd. LGDJ, 2011, spéc. n° 128 et suivants.

indication sur ce que l'on pourrait appeler le niveau de référence, celui auquel est principalement rattachée la situation en cause.

Pour illustrer cette recherche des différents niveaux d'application potentielle du droit, imaginons différents cas. Paul et Marie sont de nationalité française. Ils se sont mariés en France, pays de leur résidence habituelle. Leurs trois enfants sont nés en France. Leur patrimoine immobilier et mobilier est localisé sur le seul territoire français. Ils souhaitent divorcer, liquider leur régime matrimonial, définir les modalités d'exercice de l'autorité parentale sur leurs enfants et contester, le cas échéant, le lien de filiation établi par mariage pour le troisième enfant. La situation est franco-française. *A priori*, elle relève principalement du niveau national. Parfois la situation de fait présente des éléments de localisation dans plusieurs États européens, membres de l'Union européenne, par exemple. Adaptons le cas précédent. Paul est de nationalité allemande et Marie est de nationalité française. Ils se sont mariés en France et ont leur résidence habituelle en Allemagne. Leur premier enfant est né en France et les deux autres en Allemagne. Ils possèdent des comptes en banque dans les deux pays et ont acheté une résidence de vacances en Espagne. Ils souhaitent divorcer, liquider leur régime matrimonial, définir les modalités d'exercice de l'autorité parentale sur leurs enfants et contester, le cas échéant, le lien de filiation établi par mariage pour le troisième enfant. La situation est intra-européenne. *A priori*, elle relève principalement du niveau européen. La situation de fait peut également présenter des éléments de localisation dans un pays tiers à l'Union européenne. Si dans l'exemple précédent on substitue la Suisse à l'Allemagne, on est en présence d'une situation internationale.

4. Une fois ce premier travail réalisé, le juriste peut être amené à s'interroger sur l'aptitude du cas à être projeté à d'autres niveaux que celui qui lui sert *a priori* de niveau de référence. Il se peut, en effet, qu'une situation purement interne à un Etat soit malgré tout soumise au jeu de règles élaborées à un niveau international ou européen. Dans un ordre d'idée comparable, on peut concevoir qu'une situation proprement internationale ou européenne mette en scène l'application d'un droit national. Enfin, on peut imaginer qu'un cas localisé principalement au niveau international soit transportable au niveau européen ou inversement. Certains liens entre les niveaux peuvent être apparents. D'autres, au contraire, sont plus difficiles à identifier. Pour pouvoir les déceler, il faut donc avoir la dextérité de projeter la situation hors de son niveau de référence.

Dans l'exemple précédent du couple français qui entend divorcer en France, la projection de la situation hors du niveau national de référence conduit le juriste à s'interroger sur l'impact exercé sur son cas par des instruments internationaux et européens potentiellement applicables, y compris à des situations purement internes. On songe, par exemple, à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, 1950) ou, encore, à la Convention de New York relative aux droits de l'enfant (ONU, 1989). Dans l'hypothèse ci-dessus décrite du divorce d'un couple franco-allemand, la situation relève notamment d'instruments de type européen<sup>6</sup>. Mais elle est soumise également à des droits nationaux<sup>7</sup> et internationaux<sup>8</sup>. Le niveau européen définit ainsi un certain nombre de solutions juridiques qui est complété par le niveau national et international. Dans le cas de figure précédemment exposé du divorce d'un couple franco-suisse, la situation relève potentiellement au niveau international de textes internationaux<sup>9</sup>. Elle demeure soumise néanmoins dans l'espace intra-européen (Union européenne) à des instruments applicables en ce domaine<sup>10</sup>. Enfin, comme dans le cas précédent, elle laisse naturellement une place à l'application du droit national.

5. Ce premier travail de repérage est très utile. Il permet, en effet, de confronter les méthodes et solutions puisées aux différents niveaux. Mais il n'est pas suffisant. Dans une perspective de mise à plat de l'ensemble des données extraites de leur environnement d'origine, le juriste qui applique le droit ne peut se contenter d'avoir une approche terre à terre et sans doute rudimentaire de la comparaison des droits<sup>11</sup>. La comparaison des potentialités offertes par les

---

<sup>6</sup> Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale ; Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires ; Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.

<sup>7</sup> Règles de conflits de lois de sources nationales applicables en matière de divorce en l'absence d'harmonisation européenne et, naturellement, loi nationale applicable au divorce proprement dit.

<sup>8</sup> On songe à l'application, le cas échéant, de la Convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

<sup>9</sup> Par exemple : Convention de La Haye de 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires.

<sup>10</sup> Règlement (CE) n° 2201/2003, Règlement (CE) n° 4/2009 et Règlement (UE) n° 1259/2010, préc., applicables dans l'hypothèse où un juge français est saisi de la demande en divorce ou d'un différend relatif à la définition d'une obligation alimentaire.

<sup>11</sup> Sur cette critique, formulée essentiellement dans le contexte traditionnel de la comparaison des droits nationaux (mais qui pourrait être également menée pour la comparaison des droits nationaux, internationaux et européens), voir, en particulier, P. Legrand (dir.), *Comparer les droits, résolument*, éd. Puf, 2009. Voir également, critiquant cette approche en termes de clivage entre les privatistes et les publicistes, M.-C.

différents niveaux d'application du droit doit également avoir une dimension dynamique où le travail du comparatiste prend en compte, non seulement les sources applicables puisées aux différents niveaux (national, international ou européen), mais également l'environnement juridique dans lequel ces sources s'intègrent. Ainsi, par exemple, l'application du droit national, international et européen ne répond pas aux mêmes logiques selon qu'elle est envisagée par un juge<sup>12</sup> national, international ou européen.

6. Reprenons les trois cas précédemment décrits du divorce d'un couple français, franco-allemand ou franco-suisse. Dans le cas du couple français, vont s'appliquer les règles du Code civil français (divorce, obligations alimentaires, filiation) et les droits fondamentaux de source internationale ou européenne de nature à infléchir le cours de la procédure (par exemple, sur la question de l'audition des enfants mineurs devant le juge français aux affaires familiales) ou la solution (par exemple, sur le traitement égalitaire des époux dans l'octroi du droit d'hébergement et de visite des enfants). Toutes ces règles sont mises en œuvre par le juge national mais la question peut se poser à un stade ultime de la procédure d'un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme en cas de manquement à la CEDH. Dans cette hypothèse, deux systèmes juridictionnels sont successivement mobilisés : interne puis européen, chacun correspondant à un niveau différent d'application du droit<sup>13</sup>.

Dans le cas du couple franco-allemand, plusieurs droits nationaux (notamment allemand, espagnol et français) peuvent s'appliquer, différents juges étatiques sont potentiellement compétents et des règles européennes existent pour arbitrer les compétences juridictionnelles et législatives concurrentes et permettre une circulation des décisions de justice intervenues dans l'espace européen. En cas de difficulté, le juge national peut poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne. La Cour de justice, qu'elle soit interrogée sur l'interprétation d'un texte de droit dérivé ou sur sa validité, rendra sa décision eu égard aux principes et règles de fonctionnement de l'ordre juridique de l'UE. Dans sa décision, la Cour de justice peut être amenée également à faire une place à une convention de

---

Ponthoreau, Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s), Ed. Economica, 2010, spéc. p. 43 et s.

<sup>12</sup> La figure du juge est la plus commode pour illustrer l'intervention d'un acteur juridique aux différents niveaux national, international ou européen d'application du droit. Mais il n'y aurait aucun inconvénient à lui substituer un autre acteur institutionnel (un législateur ou une autorité exécutive) ou non (un juriste habitué à travailler plutôt dans un environnement de droit national, international ou européen).

<sup>13</sup> Pour une illustration, voir *infra*, à propos de CEDH, 12 nov. 2008, Demir et Baykara c/ Turquie, Req. 34503/97.

La Haye ou un traité des Nations Unies liant la France et l'Allemagne, par exemple, de manière à compléter le dispositif européen<sup>14</sup>.

Dans le cas du couple franco-suisse, la situation est à cheval sur trois niveaux : le niveau international concrétisé ici, notamment, par des instruments juridiques définis par les États au sein de la conférence de La Haye sur le droit international privé ou sein des Nations Unies, le niveau de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe qui ont vocation à déployer pleinement leurs effets, dès lors, par exemple, que c'est le juge d'un Etat membre de l'UE qui est saisi de la demande en divorce et le niveau national qu'il soit français, espagnol ou suisse notamment. Trois juges peuvent ainsi avoir à connaître de la situation : le juge national et européen dans les conditions décrites précédemment mais aussi la Cour internationale de justice dans le cas d'un différend interétatique à propos de l'interprétation d'un instrument international<sup>15</sup>.

## **II. Signification des constructions de type « hiérarchie des normes » dans un contexte d'application multiniveau du droit**

*Les constructions de type « hiérarchie des normes » aux différents niveaux d'application du droit*

7. Une application du droit à différents niveaux qui intègre une comparaison des systèmes juridiques en présence est de nature à mettre en évidence une pluralité de constructions de type « hiérarchie des normes ». Quel que soit le niveau national, international ou européen auquel ils se situent, les systèmes juridiques ont tous en commun de reposer sur une structure normative. Des systèmes étatiques coexistent ainsi avec des systèmes de droit international et droit européen. Chaque système est potentiellement porteur de sa propre « hiérarchie des normes », même si certaines hiérarchies sont plus explicitées ou élaborées que d'autres. Les systèmes étatiques offrent aujourd'hui les figures hiérarchiques les plus apparentes<sup>16</sup>. Même s'il est plus discuté, le phénomène de hiérarchisation des normes peut être également observé

---

<sup>14</sup> Pour une illustration, voir *infra*, à propos notamment de CJCE, 22 oct. 2009, Bogiatzi, aff. C-301/08.

<sup>15</sup> Pour une illustration, voir *infra*, CIJ, 28 nov. 1958, Boll.

<sup>16</sup> Voir, dans cet ouvrage, la présentation historique du professeur Ph. Jestaz mettant en évidence le caractère récent des constructions de type « hiérarchie des normes » dans les configurations étatiques, p. xxx



à l'échelle du droit international<sup>17</sup>. Le système juridique de l'Union européenne et, dans une moindre mesure, celui du Conseil de l'Europe se prêtent également volontiers à des analyses de ce type<sup>18</sup>.

8. Cet aperçu des différents systèmes juridiques potentiellement présents à l'échelon national, international et européen montre que, contrairement à ce que l'on pourrait penser, les constructions de type « hiérarchie des normes » ne sont pas menacées par le phénomène contemporain de pluralisme juridique mondial. C'est plutôt le contraire qui se produit. La propension des systèmes juridiques à proliférer aux différents niveaux d'application du droit (prolifération des Etats et, surtout, prolifération des organisations internationales et régionales, propension de plus en plus forte de ces organisations à dire et appliquer le droit) conduit à une véritable inflation de hiérarchies des normes. Ces dernières n'échappent donc pas à une lecture plurielle du droit, c'est-à-dire au phénomène de pluralisme juridique mondial. C'est pourquoi il est préférable de parler de « hiérarchies » (au pluriel) des normes quand on s'intéresse à l'application multiniveau du droit.

*Deux constantes : la hiérarchisation des normes équivaut à un repli du système sur lui-même et conduit à une stigmatisation de la norme « étrangère »*

9. La pluralité des systèmes juridiques et le pluralisme qui en résulte en termes de « hiérarchies des normes » soulèvent la question du mode opératoire que ces hiérarchies utilisent au stade qui nous intéresse ici de l'application du droit à différents niveaux. Comment se manifeste, en effet, la mise en œuvre d'une hiérarchie des normes dans un contexte de pluralisme juridique mondial ?

La réponse à cette question demeure sensiblement toujours la même, quel que soit le cas de figure envisagé. En effet, la hiérarchisation des normes se traduit généralement par un repli du système juridique sur lui-même, que ce dernier appartienne au niveau national, international ou européen. Dans un contexte pluraliste, la hiérarchie des normes n'apparaît pas comme un

---

<sup>17</sup> Voir sur ce point, l'analyse proposée dans cet ouvrage par le professeur G. Teboul, p. xxx. Voir également du même auteur, « Remarques sur le rang hiérarchique des conventions inter-étatiques et du droit international coutumier dans l'ordre juridique international », JDI 2010, 705.

<sup>18</sup> Sur le développement d'une « loi européenne » reposant sur une hiérarchie des normes au sein de l'Union européenne et, plus modestement, du Conseil de l'Europe, voir avec les nombreuses références citées : J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, Droit européen, PUF, 2<sup>me</sup> éd., 2011, p. 337 et s.

outil de coordination des systèmes<sup>19</sup>. Elle est, au contraire, un instrument de préservation du système quand il est menacé ou, plus modestement, perturbé par d'autres systèmes. La hiérarchie des normes est utilisée pour faire prévaloir une ou plusieurs normes fondamentales d'un système sur les méthodes ou solutions juridiques extérieures à ce système, chaque fois l'application de ces dernières est considérée comme incompatible avec le système.

10. Pour atteindre ce résultat, la hiérarchie des normes est maniée comme un outil de stigmatisation du caractère « étranger » des méthodes ou solutions juridiques qui menacent l'équilibre du système que la hiérarchie s'efforce de préserver. Tout se passe comme si le système se repliait sur lui-même, en distinguant les normes qui le « fondent » de celles qui lui sont « fondamentalement » étrangères<sup>20</sup>.

L'illustration la plus connue de ce phénomène est puisée dans les ordres juridiques nationaux, chaque fois qu'ils cherchent à faire prévaloir une norme constitutionnelle interne sur toutes autres normes « étrangères », issues du niveau international ou européen (et *a fortiori* national). En France, par exemple, le juge ordinaire et le juge constitutionnel se sont prononcés sur le sujet. Usant de formules identiques, le Conseil d'État<sup>21</sup> et la Cour de cassation<sup>22</sup> ont décidé que « la suprématie conférée aux engagements internationaux par la Constitution (art. 55) ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de valeur constitutionnelle ». Quant au Conseil constitutionnel, il a notamment décidé, en 2006<sup>23</sup>, à la suite d'une série de décisions rendues en 2004<sup>24</sup> que « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle. Il appartient par suite au Conseil constitutionnel, saisi dans les conditions prévues par l'article 61 de la Constitution d'une loi ayant pour objet de transposer en droit interne une directive communautaire, de veiller au respect de cette exigence. Toutefois, le contrôle qu'il exerce à cet effet est soumis à

---

<sup>19</sup> Pour une observation de ce type au départ des outils de droit international privé, voir la thèse de L. Gannagé, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé – Etude de droit international privé de la famille*, LGDJ, 2001.

<sup>20</sup> Un parallèle tout à fait intéressant peut être mené avec le questionnement formulé dans cet ouvrage par le professeur J. Ghestin à propos de la participation du contrat à l'élaboration des normes juridiques supérieures extérieures à l'État français (voir supra, p. xxx) et celui qui est ici le nôtre. Dans les deux cas, il s'agit de s'interroger sur le sens, la valeur ou la portée d'un acte juridique (contrat, convention internationale, loi, etc.) quand il est considéré en dehors du système qui lui a donné naissance. Cette interrogation intéresse la hiérarchie des normes chaque fois que l'acte juridique en cause est confronté à une norme saisie dans sa dimension supérieure ou fondamentale.

<sup>21</sup> Cons. d'État, ass., 30 oct. 1998, Sarran et Levacher, Req. n<sup>os</sup> 200286 et 200287.

<sup>22</sup> Cour de cass., ass. plén., 2 juin 2000, Fraisse, pourvoi n<sup>os</sup> 99-60274.

<sup>23</sup> V. notamment, Décision n<sup>o</sup> 2006-540 DC, 27 juill. 2006.

<sup>24</sup> V. notamment, Décision n<sup>o</sup> 2004-496 DC, 10 juin 2004.

une (...) limite (...). La transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti ». La préservation de la Constitution nationale peut donc conduire les juges à refuser de faire application de la norme internationale ou européenne.

Mais des situations comparables peuvent être constatées dans les systèmes juridiques qui se sont constitués au niveau international ou européen. La démarche y est généralement la suivante. Pour écarter la possibilité, pour une norme nationale, de remettre en cause les constructions hiérarchiques établies dans l'ordre international ou européen, les juges internationaux et européens considèrent que le droit national n'est pas juridiquement opposable. Dans une décision restée célèbre, la Cour permanente de justice internationale (CPJI) n'a-t-elle pas déclaré que « (...) un État ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre État sa propre Constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur »<sup>25</sup> ? De la même manière, La Cour de justice de l'Union européenne n'a-t-elle pas considéré que « l'invocation d'atteintes à des normes constitutionnelles [nationales] ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou ses effets sur le territoire de l'État en cause »<sup>26</sup> ou, de manière plus générale, que « le recours à des dispositions d'ordre juridique interne afin de limiter la portée des dispositions communautaires... ne saurait être admis »<sup>27</sup> ?

11. Le phénomène n'est pas simplement marqué par quelques grands arrêts restés célèbres dans les annales de la jurisprudence nationale, internationale ou européenne. Il est en réalité relativement fréquent. Chaque fois que l'acteur d'un système juridique, notamment un acteur institutionnel (juge, gouvernant et, éventuellement, législateur), éprouve une réticence à appliquer une méthode ou une solution juridique venue d'ailleurs au motif, plus ou moins déclarée, qu'elle ne trouve pas naturellement sa place dans les constructions hiérarchiques du système auquel cet acteur appartient, il procède ni plus ni moins à un repli de son système sur lui-même.

Les résultats pratiques auxquels conduit cette forme de repli des systèmes sur eux-mêmes sont parfois contestables. Il en va ainsi chaque fois que cette attitude traduit une sorte de réflexe, consistant exclure, *a priori*, sans nécessité aucune, l'application de toutes méthodes ou

---

<sup>25</sup> CPJI, 3 mars 1928, Traitement des tribunaux nationaux polonais de Dantzig, série A/B, n° 44.

<sup>26</sup> CJCE, 17 déc. 1970, International Handelsgesellschaft, aff. 11/70.

<sup>27</sup> CJCE, 5 mars 1996, Commission c/ Grand-Duché, aff. C-473/93.

solutions juridiques étrangères au système. On citera deux exemples relativement récents, d'importance inégale, mais qui ont le mérite d'être tirés de deux environnements juridiques très différents, ce qui tend à montrer l'ampleur du phénomène. Le premier s'appuie sur une jurisprudence française qui a mis plus de vingt ans à tirer les conséquences de l'effet d'invocabilité normalement produit par les directives de l'Union européenne dans l'ordre juridique national<sup>28</sup>. Le second vise la décision d'un tribunal arbitral CIRDI (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements) qui a refusé d'apprécier la compatibilité d'un traité international avec le droit de l'Union européenne, aux motifs notamment que ce dernier devait être considéré comme un simple « fait » dans l'ordre international<sup>29</sup>.

12. Ce type de décisions et les raisonnements qui les sous-tendent sont probablement la conséquence d'une analyse des rapports de systèmes obnubilée par des lectures dualistes et monistes<sup>30</sup> qui, bien que relativisées aujourd'hui<sup>31</sup>, se montrent incapables de rendre compte d'une approche pluraliste des systèmes juridiques<sup>32</sup>. Dans les théories dualistes, le phénomène de repli du système sur lui-même est patent, puisqu'il s'agit toujours pour le juriste d'utiliser les ressources présentes dans son système pour recevoir (théorie de la réception) le droit venu d'ailleurs. Le monisme, qui prétend fondre tous les systèmes en un seul, doit également faire un choix entre une primauté conférée au droit interne ou une primauté conférée au droit

---

<sup>28</sup> Voir, par exemple, en France, les difficultés éprouvées par le Conseil d'Etat à revenir sur sa jurisprudence « Cohn-Bendit » (CE Ass., 22 déc. 1978, *Rec. Lebon*, 524) refusant de faire produire aux directives européennes un effet de substitution quand il était en présence d'un acte administratif individuel. Il a fallu attendre plus de vingt ans de jurisprudence (CE Ass., 30 oct. 2009, Perreux Req.n° 298348).

<sup>29</sup> Affaire *AES Summit Generation Ltd ea c/Hongrie* (ARB/07/22, sentence du 23 sept. 2010). Voir l'analyse critique de S. Manciaux, chronique CIRDI, JDI 2011, spéc. p. 587. Voir également l'étude plus générale de M. Forteau, Le juge CIRDI envisagé du point de vue de son office : juge interne, juge international, ou l'un et l'autre à la fois ?, Mélanges J.-P. Cot, Bruylant 2009, 95. Sur la confrontation du droit européen et du droit international en ce domaine très sensible de l'arbitrage d'investissement, voir C. Kessedjian (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement – European Law and Investment Arbitration*, éd. Panthéon-Assas, 2011.

<sup>30</sup> Pour une présentation synthétique des différentes thèses dualistes et monistes, voir par exemple, A. Berramdane, *La hiérarchie des droits – Droits internes et droits européen et international*, L'Harmattan, 2002, spéc. p. 17 et s.

<sup>31</sup> M. Virally, "Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes", Mélanges Rolin, Pedone 1964, 488 ; voir plus récemment, militant en faveur une lecture irréductiblement dualiste du système juridique français présenté généralement comme moniste : A. Pellet, Vous avez dit « monisme » ? Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française, publié in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, 827 ; M. Troper, *Le pouvoir constituant et le droit international*, Recueil des cours de l'Académie de droit constitutionnel, 2007, vol. XVI, 357.

<sup>32</sup> Voir sur ce point précis, la démonstration très convaincante de D. Boden, *Le pluralisme juridique en droit international privé*, Arch. de Philo du droit 2006, t. 49, *Le pluralisme*, préc., p. 275.

international. Le système, fût-il unique, se replie sur ses fondamentaux, sur sa norme fondamentale. C'est donc le même phénomène de hiérarchisation qui est à l'œuvre.

Sans doute, pourrait-on faire l'économie de ces grilles de lecture qui inscrivent volontiers les rapports de normes et, au-delà, les rapports de systèmes dans une représentation hiérarchique, largement simplifiée au demeurant<sup>33</sup>. C'est ce que nous voudrions essayer, à présent, de montrer en désignant les situations dans lesquelles les constructions de type « hiérarchie des normes » n'ont pas de véritable utilité dans un contexte d'application multiniveau du droit.

### **III. Quelle utilité matérielle des constructions de type « hiérarchie des normes » dans un contexte d'application multiniveau du droit ?**

#### *Approche matérielle des conflits et hiérarchie des normes*

13. La hiérarchisation des systèmes juridiques a une dimension statique<sup>34</sup> selon laquelle le rapport de validité entre les normes repose sur l'existence de normes impératives. Le juriste s'intéresse alors au contenu, à la substance des normes en présence pour savoir si elles sont ou non compatibles les unes avec les autres. Vue sous cet angle, la hiérarchie des normes sert à hiérarchiser des contenus. Qu'en est-il dans un contexte de pluralisme juridique mondial où le juriste est amené à concevoir l'application du droit à différents niveaux ? Les constructions du type « hiérarchie des normes » y ont-elles une utilité que l'on qualifiera ici de « matérielle » ? Notre sentiment est que, dans un contexte de pluralisme juridique mondial, l'approche matérielle des conflits de normes se heurte à deux réalités dont le juriste n'a pas toujours pleinement conscience : les droits conçus à des niveaux différents ne portent pas nécessairement sur le même objet et ils sont très souvent complémentaires dans leur mise en œuvre.

#### *Faible utilité de la hiérarchie des normes en présence de droits différents*

---

<sup>33</sup> Pour une approche critique de la conception de la hiérarchie des normes, vue comme l'expression d'un simple empilement de normes les unes sur les autres à l'intérieur d'un système donné, voir avec les différents travaux cités (notamment les travaux de **D. de Béchillon, renvoyer à sa contribution dans cet ouvrage**) l'analyse synthétique de O. Pfersmann, *V° « Hiérarchie des normes », in Dictionnaire de la culture juridique* (dir. D. Alland et S. Rials), éd. Puf 2003, p. 779.

<sup>34</sup> Pour une présentation synthétique de cette dimension que H. Kelsen a opposée à la dimension dynamique que nous évoquerons dans la partie suivante, voir notamment M. Troper, *La philosophie du droit*, éd. PUF, 3<sup>ème</sup> éd. 2003, p. 77 ; E. Millard, *Théorie générale du droit*, éd. Dalloz, 2006, p. 72.

14. Le juriste est habitué à penser le droit autour de grandes institutions : les personnes, les biens, les obligations juridiques, etc. Le fait qu'il ait été formé pour l'essentiel à l'intérieur d'un seul et même niveau (très souvent au niveau national), le conduit naturellement à considérer que ces institutions existent de manière équivalente à tous les niveaux du droit. Or ça n'est pas toujours le cas. Il arrive, en effet, qu'une institution construite à un niveau du droit n'obéisse pas aux mêmes caractéristiques que celles qui peuvent être observées à un autre étage du droit. En toutes matières, il faut donc pouvoir déterminer si les notions en présence sont plutôt identiques ou si elles souffrent d'une altérité.

À cet égard, une distinction entre les droits « sources » et les droits « objets » peut aider le juriste à mener son travail de confrontation des droits en présence. L'expression « droits sources » désigne l'hypothèse la plus communément admise selon laquelle les différents niveaux de droit sont aptes à alimenter, telles différentes sources, une seule et même institution juridique. Par exemple, on peut être amené à considérer qu'il existe un seul modèle juridique de contrat, lequel est alimenté par des sources nationales, internationales et européennes. On peut tenir le même raisonnement pour la marque protégée par un droit de propriété intellectuelle. La marque est un signe distinctif protégé par un droit exclusif. Le droit des marques fait notamment l'objet de trois niveaux de réglementation : nationale<sup>35</sup>, internationale<sup>36</sup> et européenne<sup>37</sup>. Ces différentes sources alimentent un seul et même objet juridique : la marque conçue comme un titre national de propriété industrielle. Il n'y a pas de différence de nature de l'objet appréhendé par du droit national, international ou européen.

Un autre exemple porte sur le droit de la nationalité. Chaque État est libre de définir comme il l'entend les conditions d'attribution, d'acquisition ou de perte de « sa » nationalité. Aucune autre source n'a vocation à définir l'existence d'un droit à la nationalité dans un Etat étranger. Le droit national coexiste néanmoins avec des sources internationales et européennes. L'obligation pour les États de respecter leurs engagements internationaux et européens peut les contraindre parfois, dans des situations souvent très précises (pluralité de nationalités ou risque d'apatridie, par exemple), à respecter des principes ou solutions définis en commun. Ces différentes sources internationales et européennes coexistent ainsi avec le droit de la nationalité réglementé par chaque État. Dans ce cas de figure, on peut dire qu'une même

---

<sup>35</sup> Par exemple, en France, le Code de la propriété intellectuelle.

<sup>36</sup> Par exemple, la Convention d'Union de Paris de 1883 pour la protection de la propriété industrielle.

<sup>37</sup> Par exemple, la Directive (CE) n° 89/104 du Conseil, 21 déc. 1988, dite "Première directive", rapprochant les législations des États membres sur les marques, remplacée par la Directive 2008/95/CE.

institution d'origine nationale (la nationalité) s'alimente à d'autres niveaux du droit (international et européen) sans pour autant changer de nature juridique<sup>38</sup>.

15. Dans une autre approche, les institutions juridiques conçues à des niveaux différents ne sont pas tenues pour strictement équivalentes. Elles obéissent à des fondamentaux propres de sorte qu'elles ne sont pas concurrentes ou parfaitement substituables. Au contraire, elles sont amenées à coexister durablement à l'image des différents niveaux d'application du droit qui leur ont donné naissance. Les exemples de ce type sont moins nombreux que les précédents. Le droit atteint ici un degré de sophistication qui n'est pas toujours souhaitable. Mais ils existent et il est important de savoir les identifier.

Reprenons l'exemple de la marque. Dans la perspective qui est la nôtre d'une application multiniveau, la marque n'est pas seulement un droit unique alimenté par plusieurs sources. C'est également un droit « objets » en ce sens qu'il y a potentiellement autant d'objets du droit qu'il y a de sources. Par exemple, le droit de l'Union européenne a créé une marque communautaire (européenne), unique (un seul titre) et unitaire (un seul régime juridique), protégée dans l'ensemble de l'Union européenne<sup>39</sup>. Ce droit de la marque communautaire ne fait pas disparaître le droit national, international et européen des marques nationales. Il s'ajoute à lui. Les acteurs économiques conservent le choix de recourir à l'un des instruments plutôt que l'autre. Dans un domaine spécialisé, on peut également considérer qu'il existe en germe des marques de dimension véritablement internationale. Par exemple, la protection de l'emblème olympique par le Traité de Nairobi de 1981, lequel fait interdiction aux États parties d'accorder une marque nationale pour le signe olympique, accorde une forme de protection internationale au signe en question. D'autres exemples peuvent être imaginés. Ne peut-on pas considérer qu'il existe une différence de nature entre le contrat international, celui qui répond notamment aux besoins du commerce international et le contrat au sens du droit interne ? De même un contrat de dimension européenne, distinct des deux autres formes préexistantes, n'est-il pas en train d'émerger ? Le juriste doit en tout cas y réfléchir.

Un autre exemple peut être recherché dans la citoyenneté européenne. Le Traité sur l'Union européenne a institué une citoyenneté européenne qui s'ajoute à la nationalité des ressortissants des États membres et ne la remplace pas (article 9 TUE). Cette citoyenneté

---

<sup>38</sup> Voir sur les sources du droit de la nationalité, P. Lagarde, *La nationalité française*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 2011, Introduction, p. 13 s.

<sup>39</sup> Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, 20 déc. 1993, sur la marque communautaire, remplacé par le Règlement (CE) n° 207/2009 du Conseil du 26 février 2009 sur la marque communautaire.

comporte des droits de dimension spécifiquement européenne : droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, droit de vote et d'éligibilité au Parlement européen et aux élections municipales, droit d'adresser des pétitions au Parlement européen, droit de recourir au médiateur européen, etc. (articles 20 et s. du TFUE). Même si elle y puise sa source (sont citoyens européens, les ressortissants des États membres), la citoyenneté forme un objet juridique distinct de la nationalité et a vocation à interagir avec elle<sup>40</sup>.

16. En présence d'objets juridiques différents, les grilles de lecture reposant sur une hiérarchie des normes ne sont pas utiles. Au contraire, elles biaisent bien souvent les analyses. En considérant, notamment, que les constructions du droit international et européen priment sur la loi interne, alors que ces mêmes constructions ne portent pas nécessairement sur le même objet, le juriste fabrique artificiellement des rapports de hiérarchie qui n'ont pas lieu d'être d'un point de vue matériel.

Reprenons les illustrations données précédemment en matière de marques et de citoyenneté. Il ne sert à rien de considérer, par exemple, que la marque communautaire prime sur les marques nationales, dès lors que le système de la marque communautaire n'a pas fait disparaître le système des marques nationales mais coexiste avec lui. Il se peut, en effet, que la validité d'une marque communautaire soit contestée par l'existence préalable d'une marque nationale concurrente et inversement. Il n'y a donc pas de rapport de hiérarchie ici entre les deux objets conçus à deux niveaux différents.

Ce même type de raisonnement peut être appliqué à la citoyenneté européenne dans ses rapports à la nationalité. Il n'est pas utile, en effet, d'opposer les deux objets juridiques en considérant, par exemple, que la citoyenneté européenne est utilisée par la Cour de justice pour régler des conflits de nationalité<sup>41</sup>. Cette analyse est tout simplement fautive, dès lors qu'il n'existe pas d'antinomie entre la citoyenneté et la nationalité. Au contraire, les deux notions sont complémentaires, la seconde (la nationalité d'un État membre) permettant de conférer la première (la citoyenneté européenne).

---

<sup>40</sup> Pour une illustration remarquable de cette interaction, voir CJUE, 2 mars 2010, aff. C-135/08, Rottmann. Voir sur le concept de citoyenneté européenne, l'analyse très pertinente de C. Schönberger, La citoyenneté européenne en tant que citoyenneté fédérale – Quelques leçons sur la citoyenneté à tirer du fédéralisme comparatif, Annuaire 2009 de l'Institut Michel Villey, éd. Dalloz 2010, p. 255.

<sup>41</sup> Deux affaires, en particulier, ont donné lieu à ce type d'analyse : CJCE 2 octobre 2003, Garcia Avello, C-148/02 ; CJCE, 14 octobre 2008, Grunkin, C-353/06.



### *Faible utilité de la hiérarchie des normes en présence de droits complémentaires*

17. Les développements qui précèdent sur l'existence potentielle d'institutions juridiques différentes au niveau national, international ou européen laissent à penser que la présence de droits matériellement complémentaires est l'hypothèse la plus fréquemment rencontrée par le juriste qui travaille dans un contexte de pluralisme juridique mondial. D'innombrables exemples existent, en effet, qui montrent que le phénomène est de grande ampleur. Deux de ces exemples seront ici exposés : le premier historique, le second plus contemporain.

Le premier exemple est tiré de l'affaire *Boll* de la Cour internationale de justice<sup>42</sup>. La juridiction internationale a eu à se prononcer en 1958 sur la bonne application d'une convention internationale de droit international privé (Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs) dans un différend l'opposant les Pays-Bas à la Suède. La question se posait principalement de savoir si un Etat (la Suède) pouvait prendre une mesure éducative destinée à protéger un mineur dont le statut relevait, en vertu de la convention, de la loi d'un autre Etat (les Pays-Bas). Pour considérer que la Suède n'avait pas violé ses obligations internationales, la Cour internationale de justice a estimé que « malgré leurs points de contact et malgré les empiétements que la pratique révèle, la Convention de 1902 sur la tutelle des mineurs laisse en dehors de son cadre la matière de la protection de l'enfance et de la jeunesse telle que l'entend la loi suédoise du 6 juin 1924. La Convention de 1902 n'a donc pu créer des obligations à la charge des Etats signataires dans un domaine qui est resté en dehors de ses préoccupations et, dès lors, la Cour ne relève pas, en l'espèce, de manquement à cette Convention à la charge de la Suède ». La solution retenue par la juridiction internationale s'appuie sur une combinaison des deux droits, le droit national sur les mesures de protection des mineurs étant considérées comme complémentaires des règles de droit international privé qui permettent de désigner la loi applicable à la tutelle.

18. Cet exemple historique de complémentarité entre les dispositions d'un instrument international et d'un droit national peut être utilement complété par d'autres exemples, plus contemporains, que livre notamment la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Cette dernière offre, en effet, de très nombreux cas de combinaison matérielle du

---

<sup>42</sup> CIJ, 28 nov. 1958, Rec. 1958, 66.

droit national, international et européen. L'arrêt Bogiatzi<sup>43</sup> est de ceux-là. Dans cette affaire, la Cour de justice a été saisie de questions préjudicielles soulevées par une juridiction nationale ayant eu à connaître d'une action en responsabilité civile dirigée contre un transporteur aérien en raison d'un accident survenu à l'embarquement d'un vol intra-européen. Ces questions mettaient en scène trois droits potentiellement applicables : 1° la Convention de Varsovie pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international (version modifiée à La Haye en 1955), 2° le Règlement (CE) n° 2027/97 du Conseil du 9 octobre 1997 relatif à la responsabilité des transporteurs aériens en cas d'accident (dans sa version applicable aux faits de l'espèce) et 3° les règles de procédure interne permettant à la victime d'introduire une action en justice devant un juge national. L'application du droit national et du droit européen n'était pas discutée devant le Cour de justice. Elle était néanmoins patente. C'est le droit national et lui seul qui a permis à la victime de saisir une juridiction étatique et d'introduire différentes voies de recours, en appel puis en cassation. C'est le droit de l'UE et lui seul qui sous-tendait juridiquement l'action en responsabilité civile dirigée notamment contre le transporteur aérien. En revanche, cette application était discutée pour la Convention de Varsovie qui pose un délai préfix de 2 ans, l'action ayant été introduite 5 ans après l'accident. En décidant que cette convention était « opposable » dans le contexte de cette affaire, la Cour de justice a admis que l'issue du différend devait résulter de l'application combinée de trois droits : le droit national (qui permet de saisir un juge), le droit européen (qui donne à l'action son fondement juridique) et le droit international (qui pose un délai préfix). Le résultat juridique ainsi obtenu est la conséquence d'une application cumulative de trois droits, résultat qu'aucun des droits en présence n'aurait permis d'atteindre seul. En ce sens, il est permis de parler de complémentarité matérielle.

19. La complémentarité des droits ne se limite pas à quelques cas originaux, porteurs de rencontres inattendues entre des droits conçus à des niveaux différents. Elle s'inscrit également dans des processus de grande ampleur qui démontrent que les droits en présence et les systèmes qui les portent, recourent le plus souvent à une autre construction que la hiérarchie des normes pour définir leurs relations. A cette construction, on peut donner le nom de « rapports de mise en œuvre ». Cette expression désigne l'hypothèse fréquente où des droits construits dans des systèmes différents, qui sont amenés à coexister et à être appliqués les uns avec les autres, n'ont pas vocation à s'exclure les uns les autres par un jeu

---

<sup>43</sup> CJCE, 22 oct. 2009, aff. C-301/08.

hiérarchique. Il est donc nécessaire d'inscrire leur application dans un phénomène durable de coexistence des droits si l'on veut pouvoir maîtriser l'ensemble des effets potentiellement produits par une démarche de type combinatoire. Ces effets ne s'épuisent pas au terme d'une application d'un droit à la place d'un autre. Ils s'inscrivent dans la mise en œuvre d'un droit par un autre<sup>44</sup>. Ces rapports de mise en œuvre sont fréquents dans les différents schémas d'application du droit à plusieurs niveaux. Il n'est pas rare, en effet, de rencontrer aux niveaux international et européen des droits hautement spécialisés, compte tenu des principes de spécialité et d'attribution des compétences qui gouvernent les organisations internationales et régionales. Ces droits spécialisés coexistent avec des droits nationaux qui conservent une vocation générale à s'appliquer, compte tenu de la plénitude des compétences reconnue traditionnellement aux Etats. La coexistence des droits spécialisés et généralistes favorise considérablement ces rapports de mise en œuvre quel que soit le niveau national, international ou européen considéré.

20. Les développements qui précèdent montrent que la hiérarchie des normes n'est pas le meilleur outil pour rendre compte de la confrontation matérielle des droits élaborés au niveau national, international et européen. Bien souvent, cette confrontation ne s'inscrit pas dans un rapport de rivalité entre des normes aux contenus impératifs contradictoires. Droits parfois différents, droits souvent complémentaires, ils s'inscrivent dans des rapports de mise en œuvre qui impliquent que le juriste développe cette intelligence qui lui permet combiner, plutôt que de hiérarchiser, les solutions en présence.

#### **IV. Quelle utilité formelle des constructions de type « hiérarchie des normes » dans un contexte d'application multiniveau du droit ?**

##### *Approche formelle des conflits et hiérarchie des normes*

21. La hiérarchisation des systèmes juridiques n'a pas seulement une dimension statique. Elle a également ce que Hans Kelsen appelait une dimension « dynamique »<sup>45</sup>. Le rapport de

---

<sup>44</sup> Voir, pour une illustration détaillée, notre étude sur « Le droit à un procès équitable au sens de la coopération judiciaire en matière civile et pénale : l'hypothèse d'un rapport de mise en œuvre », in F. Sudre et C. Picheral (dir.), *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Bruylant-Némésis (collection Droit et Justice), à paraître.

<sup>45</sup> « Un ordre juridique est un système dynamique de normes », H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. H. Thévenaz, Cahiers de Philosophie n° 37, Etre et penser, 2e éd. 1988, p. 122 ; pour une présentation synthétique

validité entre les normes repose ici sur l'existence de normes d'habilitation. L'approche se veut formelle. On s'intéresse à la forme du droit, à son enveloppe, habilitée en tant que telle à produire un effet juridique dans un système considéré. Appréhendée sous cet angle, la hiérarchie des normes sert à hiérarchiser des formes et non plus des contenus. Qu'en est-il dans un contexte de pluralisme juridique mondial où le juriste essaye de penser l'application du droit à différents niveaux ? Les constructions du type « hiérarchie des normes » y ont-elles une utilité que l'on qualifiera ici de « formelle » ?

Notre sentiment est que, dans un contexte de pluralisme juridique mondial, l'approche formelle des conflits de normes se heurte à deux réalités étroitement liées dont le juriste n'a pas toujours pleinement conscience : les situations juridiques soumises aux différents droits sont susceptibles de circuler d'un niveau à l'autre et la quête, par le juriste, de la « meilleure » hiérarchie des normes déjoue les solutions les plus prévisibles, conçues au terme d'une hiérarchie formelle. Voyons tour à tour ces deux hypothèses.

### *Relativité de la hiérarchie des normes en présence d'une circulation des situations juridiques*

22. L'expression « circulation des situations juridiques » n'est pas d'un usage courant chez les juristes. Le terme « circulation » ne figure pas toujours dans les dictionnaires spécialisés<sup>46</sup>. Elle reçoit ici un sens relativement précis. La circulation désigne l'ensemble des phénomènes qui permettent à une situation de produire un effet juridique (effet « obligatoire », effet « d'opposabilité » ou même effet « de fait ») dans un espace juridique autre que celui où elle a pris naissance. L'effet produit par ces mouvements d'un espace normatif à un autre peut être parfaitement identique, la circulation juridique propageant trait pour trait un effet juridique donné dans deux environnements distincts. Mais cet effet comporte souvent des différences, la circulation étant alors partielle, portant sur tel ou tel aspect de la situation amenée à circuler. Le phénomène intéresse la circulation chaque fois qu'un effet de la situation née dans un environnement juridique donné se manifeste à nouveau dans un autre environnement

---

de la pensée de l'auteur, voir à nouveau M. Troper, *La philosophie du droit*, préc. ; E. Millard, *Théorie générale du droit*, préc.

<sup>46</sup> L'expression est, par exemple, absente du *Dictionnaire de la globalisation* (dir. A.-J. Arnaud, éd. LGDJ, 2010) et si le verbe « circulation » figure dans le *Vocabulaire juridique* (G. Cornu (dir.), Puf, 8ème éd. 2007), les définitions proposées ne recourent pas celle que nous envisageons ici. On lui préfère le terme « d'échanges », « d'influences croisées » ou de « cross-fertilization » (voir sur ce thème, S. Robin-Olivier et D. Fasquelle (dir.), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire : une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, éd. Bruylant, 2008).

juridique en raison de son origine. Si les effets produits sont totalement étrangers l'un à l'autre ou sont purement fortuits<sup>47</sup>, il n'est plus utile de parler de circulation.

Considérée au titre d'une application du droit à différents niveaux (national, international et européen), la circulation des situations juridiques a pour principal vecteur le mode d'intervention des juridictions internationales et régionales qui coexistent avec les juridictions nationales. La circulation des situations juridiques est inscrite, en effet, dans le processus même d'accès à la plupart des juridictions supranationales, lequel est dominé par le principe de l'épuisement des voies de recours internes. Ainsi que l'a fait observer un auteur à propos de l'action en protection diplomatique exercée par un Etat après épuisement des voies de recours nationales, « le juge interne et le juge international sont réputés connaître de la même réclamation »<sup>48</sup>. La situation juridique est soumise successivement à l'analyse de juridictions placées à des niveaux différents. Ce phénomène de circulation peut également être observé au niveau européen. La procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne permet de déplacer une situation juridique d'un juge à un autre. Il en va également ainsi de la requête portée devant la Cour européenne des droits de l'homme.

23. Le fait qu'une situation juridique puisse être examinée successivement à des niveaux différents a un impact sur le jeu de la hiérarchie des normes. Cette circulation relativise considérablement la portée donnée par chaque système juridique à « sa » hiérarchie des normes. Tant que les situations étaient cloisonnées à l'intérieur d'un système à un seul niveau, la hiérarchie des normes porteuse du système en cause était d'une efficacité potentiellement absolue. La norme appliquée dans un système étant habilitée par une norme supérieure du système, le raisonnement fonctionnait en vase clos. Dès lors qu'une même situation peut être soumise à des éclairages juridiques différents, à des niveaux différents, la possibilité se fait jour de voir appliquer à la même situation une autre hiérarchie des normes, celle d'un autre système. Ce pluralisme d'application du droit a pour effet de relativiser considérablement les constructions hiérarchiques présentes à différents niveaux.

Prenons l'exemple de la liberté syndicale qui est reconnue comme un droit fondamental à différents niveaux. En France, elle a une valeur constitutionnelle (al. 6 du préambule de

---

<sup>47</sup> Pour une stigmatisation du caractère fortuit du phénomène d'imbrication des ordres juridiques dans certaines situations : P. Brunet, « L'articulation des normes – Analyse critique du pluralisme ordonné », in J.-B. Auby, *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz 2010, 195, spéc. p. 200 et suivantes.

<sup>48</sup> M. Forteau, *Le juge CIRDI envisagé du point de vue de son office : juge interne, juge international, ou l'un et l'autre à la fois ?*, préc., spéc. p. 101.

1946). Elle est consacrée par des textes internationaux (par exemple : Convention OIT n° 87) et européens (CESHHLF, art. 11). Son exercice peut être tour à tour discuté devant les juridictions nationales puis européennes. C'est ainsi que des situations juridiques faisant l'objet d'instances nationales ont été appréhendées par des juridictions européennes à propos de la mise en œuvre des objectifs de libre circulation définie par l'Union européenne<sup>49</sup> ou des objectifs de protection des droits fondamentaux par le Conseil de l'Europe<sup>50</sup>. Chaque système y va, à son niveau, de sa hiérarchie. Nous savons, par exemple, qu'au sein de l'Union européenne, la Cour de justice confère aux libertés de circulation une valeur fondamentale qui contraint fortement l'application d'autres droits fondamentaux, notamment la liberté syndicale<sup>51</sup>.

Les juges nationaux assument d'ailleurs de plus en plus souvent cette dimension fondamentale du pluralisme juridique mondial<sup>52</sup>. Le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, par exemple, n'hésitent pas à multiplier les visas aux sources nationales, internationales et européennes<sup>53</sup> en dépit du format laconique de leurs décisions.

---

<sup>49</sup> CJCE, 11 déc. 2007, Viking, aff. C-438/05 et 18 déc. 2007, Laval, aff. C-341/05.

<sup>50</sup> CEDH, 12 nov. 2008, Demir et Baykara c/ Turquie, Req. 34503/97

<sup>51</sup> Pour une analyse comparée de la jurisprudence de la Cour de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme dans cette matière, voir S. Robin-Olivier, Normative interactions and the Development of Labour Law, A European Perspective, Cambridge Yearbook of European Legal studies, 2009, Hart Publishing, p. 377.

<sup>52</sup> Sur cette dimension, voir E. Dubout et S. Touzé S. (dir.), Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques, Pedone 2010.

<sup>53</sup> Voir, à titre d'exemples (pas nécessairement les plus cités), Conseil d'Etat, 11 mars 2011, req. 324071, qui vise successivement la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 relatif à la circulation, à l'emploi et au séjour des ressortissants algériens et de leurs familles, la convention internationale relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 26 janvier 1990 et différents textes de droit français. La référence aux deux conventions multilatérales est intéressante dans cette affaire : la Convention de New York permet au Conseil d'Etat d'exercer sa censure au nom de l'intérêt de l'enfant ; la CESDHLF est l'occasion pour lui de rappeler que les atteintes à la vie privée et familiale doivent satisfaire à une exigence de proportionnalité. Comparer, Cour de cassation, ch. soc., 16 février 2011, pourvoi n° 10-60.189 10-60.191 qui débute par le visa suivant : « Vu les articles 3 et 8 de la convention n° 87 de l'Organisation internationale du travail (OIT), 4 de la convention n° 98 de l'OIT, 5 de la convention n° 135 de l'OIT, 11 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 6 de la Charte sociale européenne, 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et L. 2122-1, L. 2122-2 et L. 2143-3 du code du travail ». Dans cette affaire, la décision d'un tribunal d'instance est censurée pour avoir vu, pêle-mêle, dans l'ensemble de ces textes internationaux et européens, une cause de non-application de la loi nouvelle française soumettant à une condition de représentativité, les syndicats susceptibles de participer à des élections de représentants des salariés. Il ressort, en effet, de l'arrêt et du moyen annexé que l'un de ces instruments n'était pas applicable à cette situation et que les autres n'étaient pas contredits par le dispositif législatif français. En visant tous ces textes, la Cour de cassation assume pleinement son contrôle de l'absence de violation de la loi, toutes lois nationales internationales ou européennes confondues.

*Recherche stratégique de la « meilleure » hiérarchie des normes*

24. La prise de conscience par les juristes, spécialement par ceux qui détiennent un pouvoir (législatif, exécutif ou judiciaire), de la possibilité pour une situation juridique de circuler potentiellement d'un niveau à l'autre, alimente des visées stratégiques. Le juriste peut être tenté, en effet, de rechercher ce qu'il considère (à tort ou à raison) être la meilleure hiérarchie des normes en anticipant, empêchant ou provoquant un déplacement de la situation juridique à appréhender d'un niveau (national, international ou européen) à l'autre.

Cette capacité du juriste à se jouer des niveaux en présence doit être clairement assumée comme une forme d'instrumentalisation de la hiérarchie des normes. Derrière cette instrumentalisation, on ne peut s'empêcher de voir une forme de fragilisation de la figure d'une hiérarchie formelle, capable de dessiner la « dynamique » d'un système. Une autre dynamique concurrente se met en place qui s'appuie sur un pluralisme juridique, c'est-à-dire pour ce qui intéresse notre sujet, sur une pluralité de hiérarchies des normes utilisées les unes pour ou contre les autres mais de manière plurielle.

25. Pour illustrer le phénomène, on prendra deux cas : l'un vise la stratégie d'un législateur (européen en l'occurrence), l'autre celle d'un juge (national, *i.e.* français ici).

Le premier cas porte sur l'articulation de deux instruments de droit international privé : le règlement (CE) n° 4/2009/CE du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires et le protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Dans le règlement (CE) n° 4/2009/CE, il a été notamment prévu que « La loi applicable en matière d'obligations alimentaires est déterminée conformément au protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires pour les États membres liés par cet instrument » (art. 15). Pour définir l'ensemble des solutions au conflit de lois, le texte de droit européen dérivé s'en remet ainsi à l'application d'un instrument international liant, le cas échéant, les États membres, là où il définit des règles propres en matière de conflit de juridictions *lato sensu* (compétence des tribunaux, reconnaissance et exécution des décisions). Cette combinaison conditionnelle du texte européen et du protocole international a radicalement changé de nature avec l'adoption de la décision 2009/941/CE du Conseil du 30 novembre 2009 relative à la conclusion, par la Communauté européenne, du protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Le Conseil a estimé, en effet, que la l'Union

européenne « dispose d'une compétence exclusive pour toutes les questions régies par le protocole », de sorte qu'elle peut y adhérer, ce qu'elle a fait. Excepté pour un État non lié par le règlement (CE) n° 4/2009/CE (le Danemark en l'occurrence), l'application combinée du règlement européen et du protocole de La Haye devrait être effectivement contraignante au jour de l'entrée en vigueur de ce dernier. Tel est, en tout cas, le vœu exprimé par le Conseil de l'Union européenne dans cette décision. Le changement opéré par ce texte est très important, pour ne pas dire spectaculaire. Alors que le règlement du Conseil semblait soumettre l'applicabilité du protocole de La Haye à la volonté des États membres, une lecture littérale de la décision implique que lesdits États sont dorénavant liés par l'instrument de La Haye, sans même avoir à le ratifier.

Cet exemple s'inscrit clairement dans une perspective de hiérarchisation. En considérant que l'Union européenne avait une compétence exclusive pour adopter le protocole de La Haye de 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, le Conseil de l'Union européenne a clairement manifesté le souhait d'intégrer le texte international au droit européen. Avec cette décision, la Convention internationale devient une source européenne du droit à part entière. Le système juridique européen se replie ainsi sur lui-même et intègre à ses propres constructions hiérarchiques un texte venu d'ailleurs. Ce positionnement de la norme internationale dans le droit de l'Union européenne n'est pas sans risque. Le choix du Conseil de l'Union européenne de passer en quelque sorte en force, en devançant par sa décision, les éventuelles ratifications du protocole de La Haye à intervenir dans les différents États membres qui le souhaitent, fait naître une discussion sur l'exercice de cette compétence dite « exclusive ». On imagine assez bien que deux thèses puissent s'affronter sur ce sujet difficile. La thèse qui considère que le règlement (CE) n° 4/2009/CE vaut harmonisation des règles de droit international privé en matière d'obligations alimentaires dans leur ensemble de sorte qu'il y aurait eu préemption de la compétence nationale au sens où l'a précisé la Cour de justice (voir notamment l'avis 1/2003 rendu à propos de la Convention de Lugano). La thèse opposée, qui aurait notre préférence, selon laquelle le règlement (CE) n° 4/2009/CE n'a pas eu pour ambition d'harmoniser les règles de conflits de lois, seules les règles sur la compétence des juridictions, la reconnaissance ou l'exécution des décisions étant concernées, de sorte que les États membres continueraient, en matière de conflit de lois, de partager leur compétence avec l'Union européenne. Les voies envisageables pour résoudre la difficulté sont de deux ordres : la remise cause par un biais préjudiciel (les délais de recours en annulation étant dépassés) de la validité de la décision 2009/941/CE ou la ratification par les États membres qui le



souhaitent du protocole de La Haye. Dans le premier scénario, essentiellement juridique, la Cour de justice aura à déterminer la nature - exclusive ou partagée - des compétences externes exercées par l'Union européenne. Dans le second scénario, de nature plus politique, les États membres décideraient, à l'image de ce qui se fait en matière d'accord mixte, de conforter la volonté de l'Union européenne de combiner ses règles propres de droit international privé avec celles d'un instrument international.

L'existence de deux voies différentes peut nourrir des ambitions potentiellement différentes en termes de hiérarchie des normes. La première place la recherche de solution sur le terrain du droit européen, en particulier sur les règles fondamentales d'attribution et d'exercice des compétences définies par interprétation des traités européens. La seconde s'en remet à un acte d'habilitation nationale, par lequel un Etat décide d'adhérer à un instrument international. Deux normes d'habilitation sont ici clairement offertes aux choix stratégiques des juristes. Elles procèdent chacune à leur niveau d'une hiérarchie formelle des normes distincte.

26. Le second cas a eu un très grand retentissement en France. Il porte sur les discussions suscitées par l'introduction en 2008 dans la Constitution Française d'une « question prioritaire de constitutionnalité » (art. 61-1 de la Constitution). Dans une procédure interne, une juridiction du fond a soulevé devant la Cour de cassation une question prioritaire de constitutionnalité en vue de son éventuelle transmission au Conseil constitutionnel. La question formulée par le premier juge mettait en cause la compatibilité d'une disposition de la loi française (article 78-2 alinéa 4 du code de procédure pénale) avec « les droits et libertés garantis par la Constitution de la République française ». Refusant de s'en tenir au strict énoncé de la question posée par le juge de renvoi, la Cour de cassation a pris appui sur les écritures du demandeur pour déplacer la discussion du terrain de la constitutionnalité de la loi française vers celui de sa conformité à des dispositions de droit européen. Pour ce faire, la haute juridiction judiciaire a procédé à deux sauts successifs dans son raisonnement. Elle s'est d'abord interrogée sur la compatibilité de la règle de procédure pénale avec un article du traité européen relatif à la libre circulation des personnes dans l'espace de liberté, sécurité et justice (article 67 TFUE). Puis remontant d'un cran dans la généralité, elle s'est posé la question sensible de la compatibilité de certaines règles de procédure relatives à la question prioritaire de constitutionnalité (articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, telle que modifiée par la loi organique du 10 décembre 2009) avec les dispositions du traité européen sur le renvoi préjudiciel (article 267 TFUE). Sur ce dernier aspect, la Cour de cassation s'est interrogée sur la compatibilité européenne du dispositif français qui contraint le juge ordinaire

à se prononcer en priorité sur la question de constitutionnalité, lorsqu'il est saisi de moyens contestant également la conformité d'une disposition législative aux engagements internationaux de la France. Ces deux étapes franchies, la Cour de cassation a décidé de surseoir à statuer et de présenter deux questions préjudicielles à la Cour de justice<sup>54</sup>. Sans attendre l'analyse de la Cour de justice, le Conseil constitutionnel Français<sup>55</sup>, ainsi que le Conseil d'Etat<sup>56</sup>, ont estimé qu'il n'y avait pas d'incompatibilité entre la loi organique française et les traités européens. La Cour de justice, statuant en référé préjudiciel, a livré sa réponse en juin 2010<sup>57</sup>. La Cour de justice s'est efforcée de dégager les voies de conciliation entre les exigences des traités européens et la marge de manœuvre reconnue en termes d'autonomie institutionnelle et procédurale, tout en précisant que la règle pénale française était bel et bien contraire à l'article 67 TFUE. En reprise d'instance, la Cour de cassation a décidé de ne pas renvoyer la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel au motif que seul le juge interne des libertés était à même de prendre les mesures provisoires qui s'imposent, compte tenu de l'incompatibilité de la loi pénale française avec le droit de l'Union européenne<sup>58</sup>.

Le choix délibéré de la Cour de cassation de ne pas transmettre la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel illustre assez remarquablement la manière dont le juriste, ici un juge, peut vouloir recourir à ce qui lui semble être la « meilleure » hiérarchie des normes. Dans le contexte de cette affaire, deux hiérarchies formelles étaient à l'œuvre. Une hiérarchie posée par la loi française qui ordonne que priorité soit donnée dans le traitement procédural du contrôle de constitutionnalité sur le contrôle de conventionnalité (articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 précitée, telle que modifiée par la loi organique du 10 décembre 2009). Une hiérarchie posée par le Traité sur l'Union européenne qui fait obligation aux juridictions supérieures nationales de surseoir à statuer et de poser une question préjudicielle à la Cour de justice, en cas de difficulté d'interprétation du droit européen (article 267 TUE). Pour échapper aux contraintes inhérentes à la première règle hiérarchique, le juge français se place délibérément sous la coupe de la seconde règle

---

<sup>54</sup> Cass., QPC, 16 avril 2010, n° 10-4001 & 10-40002.

<sup>55</sup> Décision n° 2010-605, 12 mai 2010.

<sup>56</sup> CE, 14 mai 2010, Req. n° 312305.

<sup>57</sup> CJUE, 22 juin 2010, Melki et Abdeli, aff. C-188 et 189/10.

<sup>58</sup> Cass., QPC, 29 juin 2010, n° 10-40001 & 10-40002.

hiérarchique. La situation juridique soumise à la Cour de cassation dans cette affaire est littéralement délocalisée. Du niveau national, elle passe au niveau européen.

Pour critiquable qu'elle soit, au regard des voies de conciliation possibles entre les deux règles françaises et européennes de procédure<sup>59</sup>, cette attitude tire, de notre point de vue, les conséquences logiques de l'existence d'une pluralité de systèmes juridiques. Un acteur institutionnel majeur fait ici la démonstration de sa capacité à utiliser l'ensemble des outils mis à sa disposition par les différents systèmes pour choisir de se placer, à un moment ou à autre, sous telle hiérarchie plutôt que sous telle autre. Les solutions qui en résultent ne sont pas nécessairement contradictoires. Mais il faut accepter qu'elles puissent emprunter des voies différentes.

Plusieurs systèmes juridiques, plusieurs hiérarchies des normes et des situations susceptibles de circuler d'un niveau national, international ou européen à l'autre, tel est l'environnement dans lequel le juriste évolue parfois.

## **V. Conclusions**

27. Les conclusions qui peuvent être tirées de cette communication sont au nombre de deux : la hiérarchie des normes se décline au pluriel dans un contexte de pluralisme juridique mondial ; dans un processus d'application multiniveau du droit, elle termine un raisonnement plutôt qu'elle ne l'initie.

La première conclusion ne remet pas en cause, en tant que telle, les constructions de type « hiérarchie des normes ». Le pluralisme juridique mondial n'affecte pas le ou les modèles de hiérarchie des normes que le juriste peut être tenté d'utiliser à un moment ou un autre de son raisonnement, dès lors que ce pluralisme ne conteste pas l'existence de systèmes normatifs à différents niveaux national, international ou européen d'application du droit. Il nous invite seulement – certains estimeront que c'est déjà sans doute beaucoup – à considérer ces hiérarchies au pluriel. Il y a potentiellement autant de hiérarchies des normes que de systèmes un tant soit peu organisés de normes.

---

<sup>59</sup> Voir, entre autres analyses, avec les nombreuses références citées : D. Simon, « Les juges et la priorité de la question prioritaire de constitutionnalité : discordance provisoire ou cacophonie durable ? », RCDIP 2011, 1. Voir en contrepoint, l'approche proposée par P. Puig (à propos notamment de la loi organique), « La question de constitutionnalité : prioritaire mais pas première... », RTDCiv. 2010, 66 ; comparer du même auteur : « Hiérarchie des normes : du système au principe », RTDCiv. 2001, 749.

28. La seconde conclusion nous semble impliquer des changements beaucoup plus radicaux dans le travail du juriste qui s'efforce d'explicitier les modalités d'application du droit à différents niveaux. Dans un contexte de pluralisme juridique mondial, la hiérarchie des normes ne constitue pas une bonne entrée en matière pour le juriste. Si ce dernier adhère à une vision pluraliste du droit, alors il doit accepter que différents systèmes coexistent à différents niveaux. Son travail ne va donc pas consister d'emblée à construire une « super » hiérarchie de normes capable de fusionner en un seul tous les systèmes existants à tous les niveaux. Au contraire, le juriste va comparer les systèmes<sup>60</sup>. Il va, au besoin, les combiner<sup>61</sup>. La hiérarchie des normes interviendra alors, éventuellement, en phase finale du raisonnement<sup>62</sup>, si le besoin se fait sentir d'enfermer le raisonnement à l'intérieur d'un système et de lui seul<sup>63</sup>.

Une chose est de construire un système. Une autre est de faire vivre une pluralité de systèmes. Les démarches ne sont pas mêmes. L'une n'exclut pas l'autre bien évidemment, puisque l'une est la condition de l'autre. Mais il faut bien reconnaître que dans une perspective d'application du droit à plusieurs niveaux, la hiérarchie des normes termine un raisonnement plutôt qu'elle l'initie.

-----

---

<sup>60</sup> Voir *supra*, les développements aux §3 et suivants.

<sup>61</sup> Voir *supra*, les développements aux §17 et suivants.

<sup>62</sup> Voir *supra*, les développements aux §24 et suivants.

<sup>63</sup> Sur ces trois étapes dans le raisonnement, voir à propos de la confrontation du droit international privé et du droit européen du marché intérieur : « Le droit du marché intérieur et le droit international privé communautaire : de l'incomplétude à la cohérence » in *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, V. Michel (dir.), Presses universitaires de Strasbourg, 2009, 339. Voir à propos du thème plus général des interactions entre le droit international et le droit européen, la chronique annuelle publiée au JDI (n° 3 de chaque année, depuis 2009).