

L'APPORT DES THÉORIES « HÉTÉRARCHIQUES » DANS LA COMPRÉHENSION DES RAPPORTS ENTRE LES ORDRES JURIDIQUES.

Salomé GOTTOT

A.T.E.R.

Université Toulouse 1 Capitole

Membre de l'Institut Maurice Hauriou

Les études relatives aux rapports entre les ordres juridiques sont confrontées à un constat : la complexification et l'accentuation de leur objet d'étude. Une telle étude ne se limite pas à une simple analyse des rapports entre normes internationales et normes étatiques qui pouvait s'inscrire dans une échelle unique. À présent, il faut concilier, articuler, ordonnancer et expliquer les rapports entre des normes qui se situent dans des dimensions multiples. Il y a différents espaces normatifs, chacun doté de ses propres institutions et de ses propres logiques internes conduisant à un enchevêtrement de ces espaces de plus en plus interdépendants.

En plus de l'espace étatique, trois espaces normatifs sont à présent identifiés. Le premier est l'espace régional. L'espace européen est le plus remarquable, marqué par les normes de l'Union européenne et par les normes issues du Conseil de l'Europe. Cet espace « diplomatique renforcé » s'autonomise au point de se doter d'institutions et de normes propres¹. Ces espaces régionaux ont provoqué une métamorphose spectaculaire du droit, notamment dans son lien avec l'État au regard de l'influence qu'ont eue ces régionalisations sur la souveraineté étatique. Les transferts de souveraineté conduisent nécessairement à la naissance d'un ensemble de normes propres à ces espaces régionaux².

Le deuxième espace est celui qui se développe au niveau mondial. Cet espace mondial est caractérisé par des prises de décisions internationales et la création de normes juridiques sur un espace mondial basé sur des accords interétatiques de reconnaissances mutuelles. Cet espace est aussi marqué par un autre phénomène : la transnationalité³, c'est-à-dire un droit qui n'est pas un droit commun aux États qui s'inscrit dans le mouvement d'uniformisation de certains domaines, mais qui se caractérise par la création d'un droit spécifique né, principalement, de la régulation du marché⁴. La spécificité de ce droit transnational est qu'il n'est pas produit par des institutions uniformes créant un corpus de règles cohérentes et générales. Chaque domaine à ses propres institutions, ses propres normes, et ses propres logiques créant ainsi une forte sectorisation et une grande hétérogénéité dans cet espace normatif.

¹ M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006, p 139 et s.

² A.-J. ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation. Leçon d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 2004, p. 125.

³ S. CASSESE, *Au-delà de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 52 et s.

⁴ Cette distinction entre droit international et droit transnational est aussi repris par M. DELMAS-MARTY dans l'opposition entre mondialisation du droit et droit de la mondialisation dans : *Le pluralisme ordonné, op. cit.* p. 166 et s.

Enfin, un troisième espace normatif se développe avec les institutions dotées de la capacité à produire des normes : l'espace infraétatique. L'extension des compétences des collectivités locales fait d'elles des producteurs de normes autonomes dont l'action s'étend sur le territoire de la collectivité locale.

Cet ensemble d'espaces normatifs constitue un véritable système de production de normes « multicouche »⁵ qui n'est plus limité seulement à l'État. Par suite, cet état des choses a eu des conséquences sur les relations entre les ordres juridiques qui se sont multipliées. En plus des relations classiques entre les normes internationales et étatiques, des rapports entre les ordres juridiques s'établissent avec chacun des espaces régionaux, locaux ou transnationaux. Ces relations se sont ainsi complexifiées, car elles nécessitent une articulation entre ces espaces.

Pour certains auteurs, ces évolutions conduisent à un rejet des théories classiques d'appréhension des rapports de systèmes - le monisme et le dualisme - considérées comme trop simplistes et idéalisées. Elles nécessitent la reconstruction des connaissances antérieures constituant une « révolution scientifique » au sens de Thomas KUHN⁶. Ces théories, hétérarchiques⁷, invitent à une nouvelle perception du droit et à l'obsolescence des modèles théoriques anciens.

Par "hétérarchie", nous entendons l'ensemble des théories, nombreuses et parfois dissemblables, mais qui ont pour point commun et pour prémisses de considérer que les rapports entre les ordres juridiques ne peuvent plus s'envisager sous un angle strictement hiérarchique et vertical, mais doivent être appréhendés par une approche horizontale. Elles ne proposent pas seulement une description de phénomènes normatifs anarchiques. Elles entendent, au contraire, présenter des modèles inédits d'explication des rapports entre ordres juridiques.

Il existe de nombreux modèles hétérarchiques, mais nous avons choisi d'en présenter trois au regard de l'écho particulier qu'elles ont reçu de la part de la doctrine francophone, favorisées probablement par le fait qu'elles soient accessibles en langue française, ce qui a facilité leur diffusion.

En premier lieu, le modèle en réseau ou *non hierarchical deliberative network*⁸ décrit par François OST et Michel VAN DE KERCHOVE⁹ revoie à l'image d'un « maillage » entre différents « nœuds » reliés entre eux par des « interactions » variées dans lesquels aucun de ces nœuds n'est privilégié par rapport aux autres : il est donc impossible d'identifier une forme de hiérarchie. Ces interactions sont capables de s'adapter et d'intégrer de nouveaux « nœuds » à l'infini à partir du moment où ces nouveaux éléments correspondent à un certain nombre de critères communs au réseau déjà constitué.

En deuxième lieu, le modèle du pluralisme ordonné décrit cette fois par Mireille DELMAS-MARTY¹⁰ propose un moyen de décrire la complexité des rapports des ordres juridiques sans supprimer leur ordonnancement. Ce modèle recherche un moyen d'assouplir la rigidité des

⁵ A.-J. ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation. Leçon d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, op. cit., p. 152.

⁶ T. KHUN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 2008, 286 p.

⁷ Nous empruntons la formule à K. CAUNES, « Et la fonction exécutive européenne créa l'administration à son image ... Retour vers le futur de la comitologie », *RTDE*, 2007, p. 297.

⁸ M. KUMM, « Constitutional Democracy Encounters International Law: Terms of Engagement », *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, 2006, paper 47, p. 4.

⁹ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? , pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 480 p.

¹⁰ M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006, 304 p.

normes sans renoncer à l'unité. L'ordonnement de ces normes se fait « sans majesté, par ajustements successifs, toujours partiels, toujours imparfaits »¹¹ vers des valeurs communes.

Enfin, nous pouvons citer, en troisième lieu, le modèle du droit global, décrit notamment par Sabino CASSESE¹², qui renvoie cette fois à la description de phénomènes juridiques transnationaux qui constitue des relations juridiques hypercomplexes au point de rendre indissociables les différents espaces normatifs : internationaux, régionaux, nationaux et locaux. Le développement des phénomènes normatifs ne se fait pas selon un modèle centralisé, mais par coopération et sous une forme « volontaire », « non planifiée » et « spontanée » en dehors de toute intervention de gouvernement étatique ou global. Les relations et « la mise en harmonie » entre les différentes normes se font par ajustements successifs, formant un ensemble de « droit contrapunctique »¹³.

Il existe de nombreux modèles de descriptions de ces relations horizontales entre les ordres juridiques. Cependant, un certain nombre de constantes peuvent être relevées. En premier lieu, ce sont des modèles construits sur la constatation empirique de l'incohérence du modèle hiérarchique. En second lieu, ces approches revendiquent une approche globalisée des phénomènes juridiques, rejetant la vision trop stato-centrée qui serait défendue par la hiérarchie des normes. L'État est affaibli par le développement de nouveaux droits et de nouvelles relations juridiques qui le dépassent largement¹⁴. Il est débordé par la multiplication des lieux de production du droit et la multiplication des espaces normatifs. Des droits « extraétatiques », « supraétatiques » ou encore « infraétatiques » se développent et ne peuvent plus se raccrocher à des territoires déterminés, encore moins aux frontières des États. Ces phénomènes conduisent à une « marginalisation du rôle de l'État » dans la production du droit¹⁵. L'État est « relayé »¹⁶ par de nouveaux espaces normatifs, il est « suppléé »¹⁷ par de nouveaux acteurs et « supplanté »¹⁸ par de nouveaux droits créés en dehors des ordres juridiques étatiques. Une théorie construite à partir de l'État ne peut pas rendre compte de ces nouveaux phénomènes juridiques globaux. Par ailleurs, le droit connaît des mutations dans la structure de sa normativité avec l'apparition de la *soft law* qui consiste à élaborer des normes qui ne comportent que des recommandations et non des obligations. En troisième lieu, ces théories hétérarchiques ont pour objectif de décrire ces relations horizontales et l'interpénétration des ordres juridiques. L'imbrication de ces derniers ne permet plus d'envisager les rapports entre deux normes seulement sous l'aspect de la subordination et nécessite l'élaboration de nouveaux outils de description et de compréhension des rapports entre les ordres juridiques.

Ces théories décrivent l'apparition de mouvements de désorganisation et de construction d'un ordre juridique global. Ces mouvements sont ceux de l'édification d'un ordre juridique caractérisé

¹¹ *Ibid.*, p. 30.

¹² S. CASSESE, *Au-delà de l'État*, préface et traduction de l'italien par Philippe Cossalter, Bruxelles, Bruyant, 2011, 235 p.

¹³ M. POIARES MADURO, « La fonction juridictionnelle dans le contexte du pluralisme constitutionnel. L'approche du droit communautaire », in E. DUBOUT et S. TOUZÉ, *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, p. 200.

¹⁴ A.-J. ARNAUD, *op. cit.*, p. 29 et s.

¹⁵ *Ibid.*, p. 164.

¹⁶ A.-J. ARNAUD, « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques », *Droit et société*, 1997, n°35, p. 14.

¹⁷ *Ibid.*, p. 17.

¹⁸ *Ibid.*, p. 20.

par une certaine unité, tout en permettant la préservation du pluralisme. Ces théories proposent une analyse des rapports horizontaux entre les ordres juridiques. Ces interactions sont étudiées par une approche empirique et casuistique. Cependant, remis dans un contexte plus large de compréhension générale, ces modèles renvoient aux théories classiques des rapports de systèmes : celle de l'étude de la nature du lien entre deux normes appartenant à deux ordres juridiques distincts. En tout état de cause, une théorie relative à l'étude des rapports de systèmes revient à examiner si le lien entre deux normes est de nature juridique ou factuel or, ces questions sont déjà celles qui opposaient les auteurs classiques défenseurs des théories moniste ou dualiste. Plus encore, certains modèles font l'économie de cette étude, traitant ainsi de la même manière des mouvements de nature factuelle et juridique. En définitive, il semble que les propositions faites par ces théories hétérarchiques ne sont que des adaptations nécessaires au regard de la complexification de l'objet d'étude et non un renouvellement des théories classiques des rapports entre ordres juridiques.

Ces théories hiérarchiques décrivent de nouvelles relations qui s'établissent entre les normes appartenant à des ordres juridiques distincts, mais enchevêtrés (I), sans que cela soit une remise en cause des théories et des débats classiques sur la nature du droit (II).

I. LA PROPOSITION D'UNE APPROCHE HORIZONTALE DES RAPPORTS ENTRE LES ORDRES JURIDIQUES PAR LES THÉORIES HÉTÉRARCHIQUES.

La globalisation est un phénomène qui « traverse » les ordres juridiques, entraînant une accumulation de mouvements verticaux et horizontaux. Les mouvements verticaux, classiques, se multiplient dans des sens opposés. La globalisation a eut pour conséquence un développement spectaculaire du droit international et des organisations intergouvernementales, qui sont accompagnés de transfert de compétences par de biais des traités. À l'inverse, les institutions nationales, en plus de leurs fonctions internes, sont devenues les organes d'exécutions indispensables à l'effectivité de ce droit international grandissant. Les mouvements horizontaux se construisent par l'édification d'un droit et d'institutions transnationaux extraétatiques qui se développent en dehors du droit intergouvernemental et de toute intervention étatique¹⁹. Ces interactions sont tiraillées entre circulation et fragmentation qui traduisent les porosités entre les ordres juridiques. Elles expriment une diversité de relations qui n'est plus seulement celle de la subordination ou de la négation. Ces théories hétérarchiques décrivent le développement de coopérations horizontales entre les ordres juridiques constituant ces mouvements horizontaux (A) traduisant l'interprétation inextricable des ordres juridiques (B).

¹⁹ J.-B. AUBY, *La globalisation le droit et l'État*, Paris, LGDJ, 2010, p. 29.

A. La description de mouvements intersystémiques horizontaux.

Les théories hétérarchiques entendent décrire l'apparition de mouvements inédits traduisant la porosité entre les ordres juridiques. En reprenant la typologie proposée par Mireille DELMAS-MARTY, trois catégories de rapports entre les normes peuvent être décrites²⁰.

Le premier mouvement est la coordination des ordres juridiques qui « suppose des relations entre des ensembles normatifs non hiérarchisés entre eux, à quelque niveau qu'ils se trouvent dans l'espace normatif » et qui vont s'établir afin de « pallier des discontinuités »²¹ dans la relation normative. Par « renvoi » ou par « imitation », les ordres juridiques empruntent à d'autres ordres certains droits ou certaines procédures constituant un « droit commun » par l'instauration de relations strictement horizontales. Pour les ordres juridiques, ce mouvement consiste à chercher une cohérence par l'intégration et l'appropriation de notions externes afin de dépasser les contradictions issues de la multiplication des ordres juridiques. Ces mouvements ne sont pas toujours formalisés, mais, pour l'auteur, les renvois les plus visibles sont ceux faits entre les deux Europes. Le développement d'une Union européenne protectrice des droits fondamentaux s'est fait par emprunts à d'autres ordres juridiques. La Cour de justice des communautés européennes s'est explicitement servie du droit de la Convention européenne des droits de l'homme et des droits constitutionnels des États membres comme source matérielle des principes généraux du droit communautaire pour constituer le catalogue de droits fondamentaux communautaire²². Par suite, le droit de la Convention européenne des droits de l'homme a été pris en compte au moment de la rédaction de la Charte des droits fondamentaux de l'Union afin d'éviter toute divergence entre les deux systèmes de protection des droits fondamentaux en Europe²³. Les ordres juridiques se rapprochent par un mouvement provoqué par leur affinité réciproque, la similitude de leurs problèmes juridiques à régler ou par leur « autorité persuasive » partagée. Ces emprunts constituent une « consultation bienveillante » d'un ordre juridique externe comme source d'un droit ou de l'interprétation d'un droit interne²⁴.

Le deuxième mouvement est l'harmonisation qui est une combinaison de trajectoires contradictoires qui permet de concilier pluralisme et ordre : « il est question ici de respecter le pluralisme, tout en permettant son expression harmonieuse ; en d'autres termes, il s'agit de composer une mosaïque, ce qu'on ne saurait faire en jetant ses divers éléments au hasard, mais en les combinant de telle manière qu'il en ressorte un dessin d'ensemble, le plus harmonieux possible »²⁵. Ce mouvement est un compromis entre liberté et limitation, entre latitude et mesure qui permettent aux ordres juridiques de résister à une unification des droits tout en préservant un certain ordre²⁶. Cette harmonisation suit une double direction à la fois ascendante et descendante.

²⁰ M. DELMAS MARTY, *Le pluralisme ordonné*, op. cit. 304 p.

²¹ M. DELMAS MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *Dalloz*, 2006, p. 952.

²² CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, Aff. 4/73 : Rec. CJCE, 1974, I, p. 491.

²³ Voir notamment : Conclusion du Conseil européen de Cologne des 3 et 4 juin 1999.

²⁴ N. WALKER, « Au-delà des conflits de compétence et des structures fondamentales : cartographie du désordre global des ordres normatifs », in H. RUIZ FABRI et M. ROSENFELD, *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, Paris, Société de législation comparée, 2011, p. 58.

²⁵ M. DELMAS-MARTY, M.-L. IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit : réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *McGill Law journal*, 2001, p. 937.

²⁶ *Ibid.*, p. 938.

Ces relations s'établissent couramment entre ordres juridiques étatiques et ordre juridique international à plusieurs niveaux : par exemple, lorsque le droit international fixe dans une norme les grandes orientations générales, qu'il appartient ensuite aux États de nationaliser et d'adapter selon les caractéristiques propres à leurs ordres juridiques internes : c'est le cas des directives de l'Union européenne. Ils peuvent également être formés par un ensemble de normes internationales intégralement impératives, mais organisant la possibilité pour les États d'échapper à leurs obligations pour certains motifs, lorsque, par exemple, les États émettent des réserves à un traité international avant sa ratification. Enfin, ce mouvement d'harmonisation peut être issu du caractère subsidiaire de certains mécanismes internationaux notamment le droit de la Convention européenne des droits de l'homme qui laisse aux États une marge nationale d'appréciation. La Cour européenne des droits de l'homme « ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la convention »²⁷. Elle n'a de rôle qu'en cas de défaillance de l'État. Ce mouvement d'harmonisation est porté par l'exigence de compatibilité et non de conformité.

Le troisième mouvement est l'unification c'est-à-dire une intégration poussée qui conduit à reconstruire un ordre juridique à l'intérieur duquel les relations verticales et hiérarchiques sont reconstruites. Il conduit à l'« intégration parfaite »²⁸ et à la constitution d'un véritable « patrimoine juridique universel »²⁹. Cette logique est celle qui rencontre le plus d'obstacles, elle est donc plus prégnante dans des espaces limités et s'applique à des États partageant déjà un certain nombre de valeurs communes. Il n'est donc pas étonnant que ce mouvement soit visible particulièrement au niveau des espaces régionaux.

Cette typologie est le reflet de la perméabilisation et de l'enchevêtrement des ordres juridiques qui se traduit par un ensemble de mouvements intersystémiques qui ne sont plus seulement verticaux.

B. La traduction de l'imbrication des ordres juridiques.

Cette imbrication est la conséquence d'une perméabilisation des ordres juridiques de plus en plus forte, c'est-à-dire l'intrusion de normes dans un ordre juridique qui n'aurait pas été produites par lui³⁰. Les États développent des mécanismes de défense freinant ces mouvements. Ces limites peuvent être matérielles comme par exemple les limites constitutionnelles à la primauté du droit de l'Union européenne dérivé. Elles constituent des « résistances » à l'intégration du droit de l'Union, dernier rempart à la préservation des valeurs suprêmes de l'ordre constitutionnel³¹. Dans le même temps, la globalisation place les ordres juridiques dans une situation particulière : leur mise en concurrence. Le *forum shopping* qui s'établit entre les ordres

²⁷ CEDH, 23 juillet 1968, *Aff. Linguistique Belge*, Req. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64.

²⁸ M. DELMAS MARTY, *Le pluralisme ordonné*, *op. cit.*, p. 101 et s.

²⁹ S. CASSESE, *Au-delà de l'État*, *op. cit.*, p. 143.

³⁰ J.-B. AUBY, *op. cit.*, p. 117.

³¹ *Id.*

juridiques favorise leur mise en compétition et la mise en marche vers la convergence des ordres juridiques et des droits³².

La résultante de ces oscillations conduit à de fortes interpénétrations entre les ordres juridiques. En premier lieu, ces imbrications sont formelles c'est-à-dire que la production d'une norme est la résultante d'une relation d'imbrication entre deux ordres juridiques qui conduit à ce que l'un des deux ordres détermine au moins une partie des conditions de production d'une norme d'un autre ordre juridique. Cette situation est classique lorsque l'État se trouve dans la situation de devoir adopter une norme interne pour se conformer à ses obligations internationales. La situation est d'autant plus entremêlée que cette obligation internationale fait suite à un transfert de compétence de l'ordre juridique interne vers un autre ordre juridique. Le cas des normes de transposition des directives de l'Union est singulier, puisqu'il s'agit de norme issue d'institutions étatiques, mais dont le contenu comporte un objectif fixé par les institutions de l'Union. S'il appartient à l'État de choisir « les formes et les moyens les plus appropriés en vue d'assurer l'effet utile des directives »³³, il incombe à la Cour de justice de contrôler l'existence d'un « contexte juridique général » permettant la pleine application des obligations contenues dans la directive³⁴, y compris dans le choix de la nature de la norme de transposition, s'il s'avère que celle-ci n'apporte pas les conditions nécessaires à sa transposition correcte. Dans un arrêt du 15 mars 1983³⁵, la Cour n'a pas reconnu que de « simples pratiques administratives » constituent une application correcte des obligations communautaires issue de la directive à transposer³⁶.

En second lieu, ces imbrications sont matérielles, elles portent « sur les contenus et non plus sur les contenants »³⁷. L'interpénétration des ordres juridiques résulte cette fois de la proximité substantielle de leurs droits. Par unification ou par la construction de standard internationaux, un véritable droit commun se développe. Au niveau européen, « on recense grosso modo un clone européen ou international pour chaque droit constitutionnel fondamental »³⁸. Cette uniformisation de certains corpus permet la reconnaissance de « compatibilité réciproque »³⁹ des ordres juridiques et l'instauration de relations horizontales entre des ordres juridiques par le biais de standards européens transversaux. Cette imbrication matérielle doit néanmoins faire l'objet d'une « reconnaissance systémique »⁴⁰ formalisée par l'ordre juridique « hôte » identifiant la similitude substantielle entre deux ordres juridiques et organisant ainsi leur relation horizontale. C'est cette logique qui est à l'origine d'un schéma de subsidiarité juridictionnelle basée sur l'équivalence de protection entre les ordres juridiques, et qui consiste pour le juge confronté à un autre ordre concurrent, soit de faire respecter simultanément les obligations substantiellement équivalentes des deux ordres juridiques concurrents, soit, au

³² J.-B. AUBY, *op. cit.*, p. 129.

³³ CJCE, 8 avr. 1976, *Royer*, aff. 48/78, Rec. 497.

³⁴ CJCE, 9 sept. 1999, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-217/97, Rec. I-5087.

³⁵ CJCE, 15 mars 1983, *Commission c/ Italie*, aff. 145/82, Rec. 711.

³⁶ M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Sirey, 2012, p. 310-311.

³⁷ P. BRUNET, *op. cit.*, p. 202.

³⁸ D. DE BECHILLON, « De quelques incidences du contrôle de la conventionalité internationale des lois par le juge ordinaire. Malaise dans la Constitution », *RFDA*, 1998, p. 226.

³⁹ F.-X. MILLET, « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *RFDA*, 2012, p. 307.

⁴⁰ N. WALKER, *op. cit.*, p. 53.

contraire, de faire prévaloir son ordre juridique de référence aux fins de pallier les défaillances de l'ordre juridique concurrent⁴¹. C'est la logique bien connue des jurisprudences : *So Lange*⁴², *Bosphorus*⁴³, *Kadi*⁴⁴, ou encore *Arcelor*⁴⁵.

Ces imbrications sont, pour les auteurs des théories hétérarchiques, la preuve de l'obsolescence des théories classiques. Pourtant, il semble que la nature de l'objet d'étude de ces théories soit toujours la même.

II. L'ABSENCE DE NOUVEAUTÉ DES THÉORIES HÉTÉRARCHIQUES DANS LA THÉORIES DES RAPPORTS ENTRE LES ORDRES JURIDIQUES.

L'impossibilité du monisme et du dualisme de pouvoir décrire les relations horizontales entre les ordres juridiques, présumée par les théories hétérarchiques, conduit ces derniers à rejeter ces théories classiques. Pourtant, le simple constat de la complexification des rapports entre les ordres juridiques ne suffit pas à en conclure que les théories classiques ne sont plus opérantes. En effet, il semble que l'objet d'une théorie étudiant les rapports entre les ordres juridiques renvoie toujours à la même chose : l'étude de la nature du lien entre deux normes appartenant à deux ordres juridiques distincts (A). Ainsi, il apparaît que ces théories hétérarchiques fondent leurs appels aux mêmes logiques que les théories anciennes adaptées à l'évolution contemporaine des rapports entre ordres juridiques (B).

A. Le maintien de l'objet d'étude des théories relatives aux rapports entre les ordres juridiques.

L'objet d'étude des théories relatives aux rapports entre les ordres juridiques est d'analyser la nature du lien qui existe entre deux normes appartenant à deux ordres juridiques différents. Il s'agit de quantifier le lien juridique⁴⁶. Cependant, seuls deux types de rapports peuvent s'établir

⁴¹ X. MAGNON, « L'exigence d'un standard de protection des droits fondamentaux : un moyen de pacification des rapports entre cours suprêmes ? », in, M. FATIN-ROUGE STEPHANINI et G. SCOFFONI, *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux ?*, *Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, n° 2, PUAM, 2013, p.

⁴² CCF, 2eme Ch., 29 mai 1974, *So lange I*, RTDE, 1976, p. 316 et s. et CCFA, 22 octobre 1986, *So lange II*, RTDE, 1987, p. 537 et s.

⁴³ CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus c/Irlande*, Req. 45036/98.

⁴⁴ CJCE, 3 sept. 2008, *Yassin Abdullah Kadi c/ Conseil et Commission*, aff. C-402/05 P et C-415/05 P, Rec., 2008, p. I-6351.

⁴⁵ CE, Ass., 8 fevr. 2007, *Société Arcelor Atlantique*, Rec. p. 55.

⁴⁶ O. PFERSMANN, « Monisme revisité contre *juriglobisme* incohérent », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruyant, 2012, p. 71 et s.

entre les ordres juridiques : la nature de ce lien est soit normative c'est-à-dire qu' « un lien entre deux objets juridiques est un rapport entre deux normes juridiques, lui-même organisé par une norme »⁴⁷, soit factuelle, c'est-à-dire que « le rapport qui peut exister entre deux ou plusieurs données juridiques (est) un fait empirique »⁴⁸.

Si l'on considère que ce lien est normatif, cela signifie que les relations entre les deux ordres juridiques peuvent être de deux types. Le premier est un rapport de subordination c'est-à-dire qu'« un système de normes est subordonné à un autre système de normes, lorsqu'il tire sa force obligatoire de ce dernier, que l'on considère comme supérieur précisément pour cette raison »⁴⁹. Autrement dit, le fondement de validité du système de norme subordonné se trouve dans le système de norme qui lui est supérieur. Le second rapport entre deux normes est la coordination, c'est-à-dire que deux systèmes de normes peuvent entretenir des relations juridiques non directement hiérarchiques à la condition qu'il existe un troisième système normatif supérieur aux deux autres et qui prévoit et organise les relations entre les deux. Les deux ordres partiels inférieurs entretiennent chacun une relation de subordination avec l'ordre répartiteur supérieur ce qui conduit à faire de la relation de subordination, le « rapport fondamental »⁵⁰. Cette conception de la nature du lien normatif est la thèse moniste selon laquelle « le droit ne peut être pensé qu'en tant que système de système de telle sorte que chaque élément juridique présenterait d'une manière ou d'une autre une relation avec tout autre élément juridique »⁵¹.

Si l'on considère que ce lien est factuel, cela signifie qu'il existe une pluralité d'ordres juridiques juxtaposés distincts les uns des autres et qui ne se superposent jamais, car ils sont chacun issu de sources différentes. Ainsi, si l'on s'intéresse à la relation entre droit international et droit étatique, « un traité international n'est donc jamais en soi un moyen de création du droit interne. Il peut seulement constituer une invitation à créer ce droit, mais la formation de celui-ci repose toujours, dans l'État, sur un acte particulier de volonté de ce dernier, distinct de sa participation au développement juridique international »⁵². Ce qui rend obligatoire un traité international sur le territoire de l'État ce n'est pas le traité lui-même « c'est la norme étatique »⁵³. Par suite et dans la mesure où les ordres juridiques ne sont que des « masses juridiques juxtaposées que ne relient aucun principe commun, isolées les unes des autres »⁵⁴, le seul lien qui peut s'établir entre eux ne peut être que de nature factuelle. Cette conception de la nature du lien est celle du dualisme, qui étendue aux rapports entre les multiples ordres juridiques, et non seulement aux rapports entre ordre international et ordre étatique, devient un pluralisme.

Les nouveaux mouvements décrits par les théories hétérarchiques ne sont pas de nature à remettre en cause la nature du lien, mais au contraire renvoient à la question de savoir identifier, dans ces mouvements, ceux qui poursuivent une obligation juridique de ceux qui poursuivent une

⁴⁷ *ibid*, p. 76.

⁴⁸ *ibid*, p. 74.

⁴⁹ H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, 1926, p. 270.

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ O. Pfersmann, *op. cit.* p. 71.

⁵² H. Triepel, « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *RCADI*, 1923, p. 84.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ H. Kelsen, *op. cit.*, p. 278.

obligation factuelle. En définitive, ces théories hétérarchiques se réfèrent à l'une ou l'autre des conceptions des rapports entre les ordres juridiques.

B. La traduction de la complexification des rapports entre les ordres juridiques.

Ces théories hétérarchiques ne sont pas un renouvellement des théories des rapports entre ordres juridiques, elles ne sont que le reflet de la complexification de ces relations. Les imbrications décrites par ces théories découlent de deux choses : des proximités matérielles et des interpénétrations formelles. Or, ces problématiques renvoient toujours aux mêmes débats théoriques sans qu'ils aient été renouvelés par la globalisation des phénomènes juridiques.

La première question des interpénétrations formelles découle d'habilitations successives, directes ou indirectes, entre les ordres juridiques. Si l'accentuation et la complexification des rapports entre les ordres juridiques nécessitent de repenser ces relations d'habilitations, elles ne les remettent pas pour autant en cause. Cette conception n'est pas envisageable pour la conception dualiste des rapports entre les ordres juridiques pour qui « le droit international public et le droit interne sont (...) des systèmes juridiques distincts. Ce sont deux cercles qui sont en contact intime, mais qui ne se superposent jamais »⁵⁵. Cependant, dans la conception moniste, l'existence d'un ordre juridique compétent pour déterminer les conditions de validité d'une norme issue d'un autre ordre juridique, n'est pas une nouveauté induite par la globalisation du droit. Dans chaque Constitution étatique, il existe des normes de répartition de compétences entre l'ordre juridique centralisé et les ordres juridiques décentralisés, et ce quel que soit leur degré : « le concept d'ordre juridique centralisé suppose que toutes les normes de l'ordre valent pour l'ensemble du territoire qu'il recouvre ; en d'autres termes, toutes les normes de l'ordre ont la même sphère de validité territoriale. À l'inverse, un ordre juridique décentralisé se compose de normes dont les sphères de validités territoriales diffèrent »⁵⁶. Dans l'exemple des normes de transpositions des directives de l'Union, l'habilitation des institutions étatiques à produire des normes internes, mais contenant des obligations issues d'une directive de l'Union européenne concorde parfaitement avec la description des décentralisations imparfaites. Elles correspondent à la situation où « il existe une loi centrale contenant les principes généraux que la législation locale a pour seule fonction d'appliquer de manière circonstanciée »⁵⁷. La directive est, dans ce cas, la norme centralisée et la norme de transposition est la norme décentralisée. Ces imbrications formelles ne sont que l'amplification de la pression qu'exerce l'Union européenne sur la production du droit des États.

La seconde question est de savoir si ces proximités matérielles sont constitutives d'un lien juridique. C'est une chose de constater les rapprochements substantiels entre deux normes appartenant à des ordres juridiques indépendants, est autre chose d'en déduire que cette proximité est constitutive d'une unité juridique et qu'elle résulte d'une obligation juridique. L'identification de valeurs équivalentes n'est pas sans difficulté même entre des ordres juridiques qui semblent très proches. Pour ne prendre qu'un exemple en matière de droits fondamentaux, le

⁵⁵ H. TRIEPEL, *op. cit.*, p. 83.

⁵⁶ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, traduction française par Béatrice Laroche et Valérie Faure, Paris, LGDJ, 1997 p. 353.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 362.

principe de précaution qui existe en droit de l'Union dérivé et en droit constitutionnel, est susceptible de soulever des difficultés. En effet, ces deux principes s'opposent sur deux points. La première divergence est l'inversion de la charge de la preuve qui repose, en droit interne, sur l'auteur de l'autorisation, alors qu'elle pèse sur l'auteur de la dérogation en droit de l'Union. La seconde est l'obligation européenne de prouver un risque important et manifeste. Cependant, en droit interne, si le risque a déjà été prouvé, il ne s'agit plus du principe de précaution, mais du principe prévention. Cette opposition pourrait-elle être un nœud de conflit entre les deux ordres juridiques ? Ou au contraire doit-on considérer que la proximité entre ces deux principes est suffisante pour constituer un droit commun ? Ce problème soulève de plusieurs questions : celle de l'identification de critères permettant de déceler la proximité substantielle entre de deux normes ou celle du choix des valeurs à promouvoir. En définitive, l'imbrication matérielle des ordres juridiques nécessiterait de s'interroger sur des appréciations axiologiques⁵⁸ et renvoie au débat séculaire entre positivisme et droit naturel.

L'évolution de la place de l'État dans la production du droit, la multiplication des espaces normatifs et l'accentuation des relations intersystémiques ne sont pas en eux-mêmes un renouvellement du droit. En tout état de cause, les théories hétérarchiques qui ont pour objet la description de mouvements inédits entre les ordres juridiques, ne font que soulever des divergences déjà existantes entre les tenants des théories moniste et dualiste (ou pluralistes). Ces imbrications formelles et matérielles, particulièrement marquées en Europe, sont les traits de la construction d'un ordre juridique unique, laissant encore subsister des incompatibilités en l'absence d'une cour suprême unique régulatrice des relations entre les ordres juridiques. Le contenu du droit évolue ; ses caractéristiques propres restent.

⁵⁸ P. BRUNET, *op. cit.*, p. 203.