Le droit en dehors de l'État et les rapports entre ordres normatifs chez Hans Kelsen

Xavier Magnon

▶ **To cite this version:**

Xavier Magnon. Le droit en dehors de l'État et les rapports entre ordres normatifs chez Hans Kelsen. Mare & Martin. Un classique méconnu : Hans Kelsen, pp.405-428, 2019, 978-2-84934-397-5. hal-02379405

HAL Id: hal-02379405
https://amu.hal.science/hal-02379405

Submitted on 25 Nov 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le droit en dehors de l'État et les rapports entre ordres normatifs chez Hans Kelsen

> « *The idea of the state as a superman or as a superhuman organization is the hypostatization of this personification. Sovereignty in the sense of supreme authority can be nothing else but the quality of the legal order* »
> H. Kelsen, "*Sovereignty and international law*", 48 *Geo. L. J.*, 627, 1959-1960, p. 628.

« Kelsen, Hart et Ross, quelques-uns des meilleurs interprètes de la pensée juridique encore dominante aujourd'hui dans le sens commun des juristes, ont écrit l'essentiel de leurs œuvres aux alentours du milieu du vingtième siècle, à un moment où, en dépit des catastrophes politiques et des bouleversements théoriques qu'annonçaient les sciences fondamentales, prévalait encore une vision du monde caractérisée par l'ordre et la stabilité. Ordre politique centré sur l'Etat, puissance suprême dans l'ordre interne, figure souveraine dans les relations internationales ; ordre juridique fondé sur la norme, commandement impératif et unilatéral, s'imposant sous la menace de la contrainte. C'était l'« ordre westphalien » qui assurait l'égale souveraineté à l'extérieur, tandis que, à l'intérieur, prévalait le *Rechtsstaat* fondé sur une rigoureuse séparation des pouvoirs et un système de distribution strict et hiérarchisé des habilitations et des compétences »[1].

Construite dans un contexte qui, aujourd'hui, n'est plus, la pensée juridique supposée dominante de l'ancien monde devrait être abandonnée et laisser la place à un nouveau mode de pensée. C'est moins la pensée en elle-même qui est discutée, que le contexte dans lequel elle s'est développée. Il s'agit moins de connaître cette pensée classique et d'en proposer une lecture critique, que de la remettre en cause – seulement – parce que le contexte dans lequel elle s'est développée a changé ; or, s'il est incontestable que le contexte a changé, il n'est pas certain que la pensée n'en soit pas, pour autant, toujours valable. Mieux, une théorie du droit, telle que celle développée par Hans Kelsen, si elle est une bonne théorie du droit, doit être capable de décrire son objet et la manière dont il s'organise quels que soient les contextes d'application. Telle est, en l'occurrence, l'ambition de cette contribution que d'éprouver la théorie de Kelsen, relative à l'Etat et aux rapports entre les ordres juridiques[2], au contexte actuel de la globalisation. Ce nouveau contexte, entendu en général comme désignant les « interconnexions croissantes entre les choses qui

---

1 F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 2002, p. 11.

2 Nous utiliserons de manière synonymique les expressions d'*ordre* normatif ou juridique et de *système* normatif ou juridique pour désigner un ensemble de normes appartenant à un ensemble présentant une unité autour d'une même norme fondamentale à laquelle toutes les normes du système ou de l'ordre peuvent être, plus ou moins directement rattachées sous l'angle de leur validité.

adviennent dans le monde »[3], se traduit, dans le monde normatif, à la fois par la multiplication d'ordres normatifs en dehors de l'Etat et en concurrence avec celui-ci et par les interconnexions corrélatives entre cette multitude d'ordres normatifs. Le changement de contexte ne saurait affecter qu'une mauvaise théorie du droit. La qualité d'une théorie se mesure à sa capacité explicative de la réalité déterminée qu'elle est censée décrire.

Au-delà de la question de la capacité explicative de la théorie de Kelsen, demeure un malentendu sur ce qu'elle est. La volonté de réduire cette pensée au contexte contingent dans lequel elle s'est développée est un moyen de ne pas la discuter, tout en la discréditant de manière tout à fait redoutable. La pensée de Kelsen se serait inscrite dans un cadre politique contingent ; la figure consubstantielle de l'Etat, à savoir la hiérarchie des normes, révélant alors pleinement les limites de cette pensée. Cette thèse constitue sans doute « La » référence critique du modèle kelsénien, qui s'inscrit plus largement dans le courant de pensée qui peut être qualifié de jurisglobaliste[4]. Elle illustre et résume pleinement toutes les ambiguïtés de la réception de la pensée de Kelsen sur l'Etat et les rapports de systèmes. Elle témoigne de la position qui semble la plus partagée par les jurisglobalistes[5] qui rangent Kelsen et « sa » hiérarchie des normes dans la pré-pensée juridique, forcément anachronique dans un monde post-moderne[6]. Il faut d'ailleurs en convenir, l'épistémè juridique contemporaine exclut la hiérarchie comme figure représentative du monde normatif[7]. La hiérarchie des normes, en tant que concept explicatif des rapports entre les normes, serait incapable d'expliquer les rapports entre l'Etat et le droit international et, au-delà, entre les différents ordres normatifs existants aujourd'hui, des « GAFA » (Google, Apple, Facebook, Amazon) aux organisations internationales et supranationales, en passant par les Etats, et

---

3 D. B. Goldman, *Globalisation and the western legal tradition*, Cambridge Université Press, 2007, pp. 3, 25, 34.

4 Nous retiendrons avec O. Pfersmann, malgré la diversité des formes de ces théories, comme jurisglobalistes les « théories qui, au-delà de la recherche et l'analyse de phénomènes juridiques nouveaux, entendent montrer que la globalisation juridique révoque en doute les théorèmes fondamentaux d'une théorie du droit considérée comme classique et en général assimilée à une variante de positivisme et en particulier de normativisme intégrant une conception « hiérarchisée » du droit » (O. Pfersmann, « Monisme revisité contre *jurisglobisme* incohérent », in *La science du droit dans la globalisation*, sous la direction de J.-Y. Chérot et B. Frydman, Bruylant, Penser le droit, 2012, p. 66).

5 Voir pour une présentation critique des théories jurisglobalistes au regard de leur caractère « hétérarchique », c'est-à-dire comme rejetant le principe de la hiérarchie des normes : S. Gottot, *La concurrence entre contrôle de conventionnalité et de constitutionnalité dans l'ordre juridique français. La conciliation des contrôles de régularité de la loi par le juge ordinaire*, Thèse de doctorat, Université de Toulouse 1 Capitole, 2016, dactyl. § 27 et s., pp. 25 et s.

6 Voir, par exemple, parmi les représentants les plus célèbres, évoquant l'existence d'un *non hierarchical deliberative network* : 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 ; refusant l'analyse hiérarchique : I. Pernice, « Multilevel constitutionalism in the European Union », *European Law Review*, 2002, p. 8 ou N. Walker, « *The idea of Constitutional Pluralism* », *EUI Working papier Law*, n° 2002/1, p. 27 ou encore M. Poiares Maduro, « *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action* », in N. Walker, *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, p. 550-537.

7 Voir à cet égard, l'ouvrage, réunissant 126 auteurs, sous la direction de B. Bonnet qui invite à repenser les rapports entre ordres juridiques : *Traité des rapports entre les ordres juridiques*, LGDJ-Lextenso, 2016, 1821 p. La supposée pensée dominante « kelsénienne » apparaît pour le moins (ultra-)minoritaire dans cet ouvrage. La majorité des auteurs pensent hors ou contre la hiérarchie ; ce dernier concept apparaissant comme dépassé ou à dépasser.

Voir, en particulier et notamment, pour des contributions qui traitent plus directement de cette question : L. Azoulai, E. Dubout, « Repenser la primauté. *L'intégration européenne et la montée de la question identitaire* », pp. 567-583 ; P. Deumier, « Repenser les outils des conflits de normes entre systèmes », pp. 497-512, précis. p. 497 ; E. Picard, « La hiérarchie des normes confrontée aux rapports entre ordres juridiques », pp. 513-546.

Plus nuancée, C. Grewe, « Repenser les fondements des rapports de systèmes », pp. 547-565, précis. p. 549.

marquerait donc les limites, non seulement du concept en général, mais également du cadre dans lequel il semble le mieux fonctionner, à savoir l'Etat. Le rejet de la hiérarchie des normes est un rejet de l'Etat.

Il reste que cette réception de la pensée de Kelsen interroge ; d'autant plus, que la lecture de l'œuvre de Kelsen ne semble souffrir d'aucune ambiguïté quant à la place de l'Etat en elle-même ou dans ses rapports avec l'ordre juridique international. Kelsen pense déjà l'après-Etat : « toutes les transformations de technique juridique [qui sont exposées dans la *Théorie pure du droit*] tendent, en dernière analyse, à estomper puis effacer la ligne-frontière qui sépare le droit international et le droit étatique, en sorte que la fin ultime de l'évolution réelle du droit, qui s'oriente vers une centralisation croissante, apparaît être l'unité organique d'une communauté universelle ou mondiale, fondée sur un ordre juridique, ou, en d'autres termes la formation d'un Etat mondial »[8]. Pour Kelsen, l'Etat n'est pas le modèle indépassable des systèmes juridiques et l'avenir du droit semble emprunter la voie du droit international. Nombreuses, on le verra, sont encore les illustrations de la « (post-)modernité » de sa pensée[9].

L'écart entre ce qu'est la pensée de Kelsen et sa réception incite à mettre en évidence les ressorts généraux sur lesquels celle-ci repose pour mieux la situer. Sans procéder à une analyse systématique des critiques qui lui sont adressées, ce qui n'est pas l'objet premier de cette contribution, il est toutefois possible d'identifier plusieurs caractéristiques générales empruntées par le discours critique à l'égard de la théorie kelsénienne. Ce discours critique se situe ainsi avant tout sur le terrain factuel (1), il témoigne d'une approche pragmatique des rapports entre les systèmes normatifs (2) et repose sur un rejet global de Kelsen en tant que penseur supposé dominant de la pensée juridique (3).

(1) La critique est d'abord une critique d'ordre factuel et contextuel. En raison de l'état du monde, qui marque(rait) un retrait de l'Etat en tant que structure dominante du monde normatif, le modèle étatique, et avec lui la hiérarchie des normes, ne serait plus un modèle explicatif valable de cet état du monde en général et du droit en particulier. Toute pensée qui repose sur l'Etat serait alors, par là même, dépassée. Le contexte remet en cause une proposition d'analyse ; ce qui présuppose qu'une proposition d'analyse n'a de pertinence que dans un contexte donné. Pour le dire autrement, la critique s'inscrit dans une dimension empirique : les faits, la globalisation normative, invalident la proposition d'analyse qui est censée les décrire, la théorie kelsénienne de

---

8 H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2ème édition, 1962, Traduit par Charles Eisenmann, Bruylant-LGDJ, La pensée juridique, 1999, p. 318. Ci-après *TPD*.

Pour une autre formulation en ce sens en 1926 : « L'idée qu'il n'y a pas entre l'Etat et la communauté internationale, même en son état actuel, de différence de nature, et que dès lors, rien ne s'oppose théoriquement à ce que celle-ci évolue, par un progrès technique, vers la forme proprement étatique, à ce qu'elle s'organise en Etat *stricto sensu*, cette idée se confirme lorsqu'on examine la nature des unions d'Etats, - formations, ordres juridiques intermédiaires qui s'insèrent, pour ainsi dire, entre la communauté internationale universelle et les Etats, entre l'ordre international et les différents ordres étatiques » (H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, 1926, T. 4, p. 319).

9 Voir *infra*, l'introduction de la seconde partie.

l'Etat et des rapports entre les ordres juridiques. Cette dimension empirique pose deux difficultés au moins, tant sur le constat du changement de contexte que sur la pertinence elle-même d'une critique de type empirique de la théorie explicative d'Hans Kelsen. Le constat de la fin de l'Etat repose-t-elle sur des données empiriques ? Pour pouvoir invalider de manière empirique une proposition d'analyse, encore faut-il disposer de données empiriques précises, à même d'appuyer son analyse. Par ailleurs, peut-on invalider une théorie du droit à partir de données d'ordre empirique ?

Sur le premier point, quelles données empiriques sont disponibles et même utilisables pour pouvoir constater le déclin ou la dilution de l'Etat dans un monde globalisé ? A ceux qui évoqueront l'existence de l'Union européenne, et donc l'existence d'une organisation supra-étatique en mesure de concurrencer et même de dépasser les Etats qui la composent, le *brexit*, l'impuissance de l'Union européenne à freiner les dérives autoritaires de la Hongrie ou de la Pologne, l'incapacité de l'Union à se réformer pourront être évoqués comme autant d'éléments qui témoignent de la vigueur de l'Etat en tant qu'entité politique. Quelles données empiriques permettent, en outre, de mesurer la concurrence de l'Etat avec d'autres systèmes ou ensembles normatifs quels qu'ils soient, des entreprises privées de type multinationales, aux systèmes religieux ou mafieux ? Le phénomène est-il nouveau ? Faute de données empiriques fiables et pertinentes, le sentiment général domine et, surtout, tout argument avancé peut être facilement discuté et retourné.

Sur le second point, l'usage de données empiriques pour invalider une théorie pose question. Déjà, il est clair que pour pouvoir invalider une proposition d'analyse sous l'angle empirique, encore faut-il que cette proposition repose elle-même sur des données empiriques. Si ce n'est pas le cas, les données empiriques ne pourront que mettre en évidence la faible portée explicative du réel de la proposition d'analyse. La théorie pure du droit n'est pas une théorie empirique ; elle s'inscrit dans une logique analytique. Elle n'apparaît donc pertinente qu'en elle-même, dans sa cohérence et sa logique interne ainsi que dans la précision du vocabulaire qu'elle utilise. Il n'en est pas moins vrai que, dans l'exposé de son approche sur les rapports entre les ordres juridiques ou sur la nature du droit international, Kelsen s'appuie sur des exemples de droit positif, mais seulement pour illustrer la pertinence de sa lecture et non pas pour apporter une preuve de celle-ci[10]. Sa lecture ne saurait donc être invalidée par des données d'ordre empirique ; tout au plus celles-ci peuvent-elles apparaître comme dépourvues de capacité explicative. Des éléments d'ordre empirique, loin de pouvoir invalider une théorie, ne sont susceptibles que d'éprouver, dans sa capacité explicative, une proposition d'analyse. La théorie n'est pas remise en cause en elle-même, mais dans sa capacité à expliquer les objets qu'elle est censée décrire. Sous cet angle, la critique jurisglobaliste consiste à soutenir que la lecture kelsénienne de l'Etat et des rapports entre les ordres juridiques ne permettrait pas de décrire de manière satisfaisante le monde normatif globalisé.

---

10 Voir *infra*, § I, B.

(2) La critique globaliste s'inscrit ensuite, même si l'on pourrait apporter des nuances, dans une dimension pragmatique forte, ce qui apparaît lié à son origine géographique anglo-saxonne, même si, aujourd'hui, elle est diffusée bien au-delà. L'appréhension des phénomènes normatifs s'inscrit dans des perspectives profondément différentes, pour ne pas dire radicalement différentes. D'un côté, ce qui importe ce n'est pas le droit dans les textes, *law in book*, mais dans la pratique, *law in action*, ce qui implique en particulier l'appréhension du droit à partir de cas concrets, tels qu'ils seront appréciés par des juges. Poser une théorie générale du droit importe moins que d'étudier des cas concrets et, peut-être, et il faut y voir une lecture sans doute excessive, le droit global pourrait apparaître comme une tentative de systématisation de la manière dont sont réglés les litiges dans un monde globalisé, comme une systématisation « empirique », de bas en haut. La démarche de Kelsen est tout autre. Il pense de haut en bas et pose, de manière analytique, un cadre conceptuel d'analyse à même d'appréhender toutes les situations déterminées. La pensée anglo-saxonne pragmatique s'oppose à la pensée conceptuelle de la vieille Europe.

(3) Il faut enfin préciser, ce qui relève peut-être d'une part d'irrationnel, que l'image de Kelsen et de son œuvre apparaît comme étant surannée, d'un autre temps, très loin du *global turn*[11]. La perception est donc forcément négative. Dans le prolongement, et ce qui renforce ce sentiment, le cadre général théorique d'analyse du droit proposé par Kelsen, qui identifie son objet et décrit comment il fonctionne en général, apparaît comme étant rigide et fermé. Face à un monde qui s'ouvre sous l'effet de la mondialisation, dans lequel les frontières disciplinaires s'estompent, le cadre préétabli par Kelsen, exclusivement juridique – il propose en effet une théorie *pure* du droit[12] -, apparaît comme étant un *a priori* sur un monde dont la nouveauté ne saurait être enfermée dans aucun cadre. D'une autre manière, le cadre de Kelsen apparaît spontanément comme anachronique : élaboré dans un contexte déterminé, il ne serait pas en mesure de décrire le « nouveau monde », quelle que soit par ailleurs sa prétention à décrire le droit en général, quels que soient les contextes d'application mais, aussi, quelles que soient les époques.

Ainsi situées, les critiques appellent une réponse, aussi bien pour restituer la pensée de Kelsen sur l'Etat et les rapports de systèmes, que pour montrer en quoi elle éclaire encore sur les rapports normatifs existants dans un monde globalisé. Il s'agira donc de prendre l'exact contrepied de cette réception de la pensée de Kelsen. La théorie normativiste du droit que celui-ci défend pose un cadre d'analyse qui, par une formalisation de l'Etat en tant qu'ordre juridique, aboutit à une dépolitisation et une relativisation de la spécificité de celui-ci au regard des autres ordres juridiques, ainsi qu'à une lecture du point de vue du droit international de son existence. Loin

---

11 Pour une défense enthousiaste du *global turn*, comme marqueur de l'ancien et du nouveau monde de la pensée juridique, voir M. Xifaras, « Après les Théories générales de l'Etat : le Droit global ? », *Jus politicum*, n° 8, 2012, sur le *global turn*, p. 16 de l'article.

12 Sans entrer dans les détails sur cette question complexe, il convient d'indiquer que l'existence d'une théorie *pure* du droit ne saurait exclure que cette théorie puisse être nourrie de connaissances issues d'autres disciplines. La pureté renvoie au refus d'un syncrétisme méthodologique et non pas à l'usage de connaissances provenant d'autres disciplines pour construire une théorie du droit.

d'être premier, l'Etat n'est qu'un ordre juridique parmi d'autres, caractérisé par un degré de technicité particulier, demeurant subordonné, selon une approche moniste internationaliste, au droit international public. Ce cadre d'analyse, cette grille de lecture, permet parfaitement de rendre compte du phénomène de globalisation du droit et connaît une portée cognitive autrement plus pertinente que le constat jurisglobaliste. Mieux, Kelsen peut être considéré comme le premier jurisglobaliste, et comme étant encore le seul aujourd'hui au sein de ce courant à proposer une théorie *globale* du droit, en appréhendant le droit en tant que système global dominé par l'ordre juridique international. Ainsi, après avoir rappelé le cadre d'analyse normativiste (§ I), il convient d'en apprécier la pertinence d'un point de vue cognitif quant à l'explication d'un monde normatif (juridique) globalisé (§ II).

§ I - Le cadre d'analyse : la neutralisation formelle de l'Etat au sein d'un ordre juridique international global

« L'Etat en tant que personne juridique est la personnification d'un ordre juridique relativement centralisé soumis au seul droit international »[13]. Cette formule met en évidence deux qualités constitutives de l'Etat : il est un ordre juridique centralisé, soumis au respect du seul droit international. Loin de magnifier l'Etat, la construction théorique de Kelsen conduit, en effet, à une double dissolution de celui-ci : une dilution du concept politique d'Etat grâce à une approche formaliste de celui-ci et une dilution formelle de l'Etat au sein de l'ordre juridique international en tant que partie de celui-ci. Autrement dit, l'Etat n'est pas au centre de la pensée juridique, du moins, s'il l'est, ce n'est que de manière contingente, en raison d'un simple résultat de l'histoire, à un moment donné de l'évolution des organisations sociales. Ainsi, l'Etat est-il réduit par Kelsen à un – simple – ordre juridique, doté cependant de certaines qualités techniques : il est un ordre juridique relativement centralisé (A). Il est également un ordre juridique soumis au respect du droit international, ce dernier, selon une approche moniste internationaliste des rapports entre l'ordre juridique international et les ordres juridiques internes, déterminant la validité juridique des ordres juridiques étatiques (B).

A – L'Etat comme ordre juridique centralisé

S'il existe différents ordres juridiques, dont l'unité se caractérise par l'existence d'une même norme fondamentale sur laquelle repose, en dernière analyse, le fondement de la validité de l'ensemble des normes du système[14], et que l'Etat n'est qu'un ordre juridique parmi d'autres, il ne dispose d'aucune singularité particulière en tant que tel. Il est de la même nature que n'importe quel ordre juridique : il est un ensemble de normes[15]. Il n'a donc pas de particularité constitutive :

---

13 H. Kelsen, « Théorie du droit international public », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 84, 1953, p. 85.

14 *TPD*, pp. 193 et s.

15 Et il est possible d'ajouter ici que, pour un ordre normatif soit un ordre juridique, il faut qu'il soit globalement efficace et sanctionné (voir *infra* § II, A).

« l'Etat est ainsi un ordre juridique. Mais tout ordre juridique n'est pas par là même un Etat ; il ne sera considéré comme tel que s'il établit pour la création et l'exécution des normes qui le constituent, certains organes fonctionnant selon les règles de la division du travail. Mais ce n'est là qu'une différence quantitative et non pas qualitative entre l'ordre juridique étatique et l'ordre juridique primitif »[16].

Cette première qualification de l'Etat en tant qu'ordre juridique est décisive. La « dissolution du dualisme du droit et de l'Etat »[17] conduit à dissoudre « la théorie de l'Etat et du droit [qui] présente la puissance et la volonté comme l'essence de l'Etat »[18]. Si l'Etat n'est que du droit, il perd ainsi tout caractère mythique, là où la « théorie dualiste de l'Etat et du droit affirme tout à la fois la transcendance de l'Etat à l'égard du droit, son existence méta-juridique, et son immanence dans le droit »[19]. La formalisation de l'Etat en tant qu'ensemble de normes juridiques conduit à abandonner toute dimension politico-historique de ce concept et, donc, à en proposer une approche neutre en termes de valeurs. L'Etat n'est pas l'horizon indépassable de l'organisation sociale par la puissance qu'il est censé cristalliser, il n'est qu'un type particulier d'ensemble de normes qui présente une dimension qualitative contingente.

La spécificité de l'Etat par rapport aux autres ordres juridiques, tout en n'étant pas constitutive, n'en est pas pour autant évacuée par Kelsen. Si spécificité il y a, elle sera technique et contingente : « le droit étatique (national) est un ordre juridique relativement centralisé »[20]. L'usage de l'adverbe, « relativement », n'est pas neutre et témoigne de l'indétermination même de la qualité d'Etat. Le seuil n'est pas clairement identifiable. Sans doute est-il possible de retenir qu'il est le reflet d'un ordre juridique le plus centralisé qui soit, sans que cela exclut, en soi, que d'autres ordres juridiques puissent présenter également un tel degré de centralisation. Il reste que la centralisation de l'ordre juridique étatique est appréciée sous un angle dynamique et non pas statique chez Kelsen. L'on sait que le caractère statique de la centralisation/décentralisation d'un ordre juridique s'apprécie « sous l'angle du *domaine de validité territorial* des normes constitutives » de cet ordre[21], et que son caractère dynamique à partir du nombre d'organes chargés de la création, de l'application et de la sanction des normes. Plus les organes sont nombreux et plus l'ordre juridique est décentralisé. L'ordre juridique le plus décentralisé qui soit serait celui dans lequel « toutes les fonctions peuvent être remplies indistinctement par tous les sujets de l'ordre juridique ». Moins ces organes sont nombreux et plus l'ordre juridique est centralisé. L'ordre juridique le plus centralisé qui soit se caractériserait par le fait que « toutes les fonctions doivent

---

16 H. Kelsen, « Droit et Etat du point de vue d'une théorie pure », *Annales de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris*, 1936, p. 47.

17 *TPD*, p. 309.

18 *Ibid.*

19 *Ibid.*

20 H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, 1945, traduit par B. Laroche et V. Faure, Bruyant, LGDJ, 1997, p. 373. Ci-après *TGDE*.

21 *TPD*, p. 305, souligné par nous.

être remplies par un seul et même organe »[22]. Ces éléments, ramenés à l'Etat, conduisent à ce que, sous l'angle statique, « aucun des Etats historiques, c'est-à-dire des ordres juridiques étatiques positifs, n'est ni complètement centralisé, ni complètement décentralisé ; tous et chacun sont partiellement centralisés et, par conséquent, partiellement décentralisés »[23]. Aussi est-ce sous l'angle dynamique que l'Etat présente une centralisation significative.

D'une manière générale, l'ordre juridique étatique apparaît comme particulièrement centralisé face à un ordre juridique international qui se révèle primitif : les organes producteurs de normes, à savoir les Etats, sont ceux-là même qui les appliquent, en tant que destinataires, et qui en assurent la sanction[24]. Face à cette situation, l'ordre juridique étatique est à l'évidence plus centralisé du fait de l'existence d'organes de création, d'application et de sanction, distincts des destinataires des normes. D'une manière plus spécifique, Kelsen semble accorder une place prépondérante à la centralisation de la fonction de sanction du respect du droit aux mains d'une juridiction. La centralisation de cette fonction serait une caractéristique décisive de l'Etat, en tant qu'ordre juridique centralisé sophistiqué. Le caractère « relativement centralisé » de l'ordre juridique étatique « suppose en particulier [pour Kelsen] la centralisation de l'application du droit, l'institution d'organes judiciaires centraux ayant compétence pour établir le délit et pour ordonner et exécuter la sanction, trait caractéristique d'un ordre juridique constituant un Etat. La centralisation de la fonction judiciaire permet de distinguer l'Etat de la communauté juridique proto-étatique »[25]. Cette lecture doit d'ailleurs être rapprochée des intuitions de Kelsen selon lesquelles la création d'une juridiction internationale permettra de construire un ordre juridique international efficace : « tout comme ce fut le cas dans l'histoire des ordres juridiques étatiques, ce processus de centralisation commence tout d'abord par la juridiction : il tend vers la formation d'une juridiction internationale »[26].

Cette neutralisation de l'Etat s'accompagne également d'une dilution du concept caractéristique de l'Etat en tant qu'entité politique dominante, à savoir de la souveraineté. Selon la théorie dominante de l'Etat en effet, « si la puissance publique est souveraine, c'est qu'elle est la puissance suprême, celle à laquelle aucune autre n'est supérieure, et, - en tant qu'on interprète la puissance comme une « volonté » -, qui ne connaît pas de volonté supérieure »[27] ; « le qualificatif « souverain » exprime alors que l'Etat est l'ordre suprême, supérieur à tout autre, dont la validité ne se déduit d'aucune norme supérieure »[28]. Pour Kelsen, « *sovereignty in the sense of the international*

---

22 *Loc. cit.*, p. 308.

23 *Loc. cit.*, p. 307.

24 *Loc. cit.*, p. 313.

25 *TGDE*, p. 373.

26 *TPD*, p. 318.

Voir également plus spécifiquement sur la création d'une justice internationale : H. Kelsen, « *Essential conditions of international justice* », *AM. Soc'y Int'l L. Proc.*, Vol. 35, 1941, pp. 70-86.

27 H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, 1926, T. 4, p. 254.

28 *Loc. cit.*, p. 255.

law can mean only the legal authority or competence of a State limited and limitable only by the international law and not by the national law of another state »[29] ; « *the so called "sovereignty" of the state would thus be nothing else but the name for the direct dependency of the national on the international legal order* »[30]. La souveraineté n'est plus synonyme de puissance et encore moins de puissance illimitée ; au contraire, elle devient un attribut conféré par l'ordre juridique international à l'Etat, une compétence conférant à l'Etat cette qualité, ce qui lui permet d'intégrer la communauté internationale en tant que sujet de droit. Il faut encore insister sur le fait que cette soumission au respect du droit international est une soumission exclusive au droit international. L'Etat dispose de cette qualité uniquement parce qu'il n'est soumis qu'au seul respect du droit international. Ainsi entendue, la « souveraineté » traduit la soumission juridique de l'Etat à l'ordre juridique international, ce qu'il convient à présent d'envisager de manière plus précise.

B – Un ordre juridique hiérarchiquement subordonné au droit international public

Le choix d'une approche unitaire dans l'analyse des rapports entre le droit international et les droits internes des Etats est pour Kelsen un « postulat épistémologique »[31]. Ce choix d'approche unitaire conduit à ce que deux rapports seulement soient susceptibles de se nouer entre les normes en général et les ordres juridiques en particulier : la hiérarchisation ou la coordination[32]. Soit les normes sont hiérarchisées entre elles selon le rapport de production, une norme A étant supérieure à une norme B si la première détermine les conditions de production de la seconde et, ainsi, sa validité ; soit les normes sont coordonnées entre elles, leur domaine de validité respectif étant alors déterminé par une autre norme, hiérarchiquement supérieure aux normes coordonnées. Selon une approche moniste internationaliste, les Etats, en tant qu'ordres juridiques, sont égaux entre eux, d'un point de vue juridique, et cette égalité est garantie par le droit international, qui coordonne les rapports entre Etats. L'égalité juridique entre les ordres juridiques internes n'est possible que s'il existe un ordre juridique coordinateur qui pose cette égalité et qui, en tant que tel, est supérieur aux ordres juridiques internes[33]. « *According to general international law all the States have the same capacity of being charged with duties and of acquiring rights; equality does not mean equality of duties and rights, but rather equality of capacity for duties and rights* »[34]. Seule l'appréhension de l'ordre juridique international en tant qu'ordre supérieur permet d'expliquer l'égalité juridique des Etats et leur égale capacité à être sujet de l'ordre juridique international.

---

29 H. Kelsen, « *The principle of sovereign equality of states as a basis for international organization* », *The Yale Law Journal*, 1944, p. 208.

30 H. Kelsen, « *Sovereignty and international law* », *Georgetown Law Journal*, 1960, p. 632.

Voir également *TPD*, p. 327.

31 *TGDE*, p. 418.

32 *TPD*, pp. 321-322 ; *TGDE*, pp. 418-419.

33 Voir notamment en ce sens : *TGDE*, p. 397.

34 H. Kelsen, « *The principle of sovereign equality of states as a basis for international organization* », *précit.*, p. 209.

Si l'Etat est subordonné à l'ordre juridique international, cela signifie donc que le fondement de l'ordre juridique interne est à rechercher dans une norme de l'ordre juridique international[35]. Cette norme de l'ordre juridique international, sur laquelle repose la validité d'un Etat, se doit d'être une norme de droit positif existante. Il ne s'agit pas ici de supposer l'existence d'une telle norme. Selon Kelsen, « cette norme du droit international, on la formule habituellement en disant que d'après le droit international général, un gouvernement qui exerce un contrôle effectif indépendant de tous autres gouvernements sur la population d'un certain territoire constitue le gouvernement légitime, et que le peuple qui vit sous ce gouvernement sur ce territoire forme un Etat au sens du droit international » ; « en exprimant cette idée en langage juridique », la norme *posée* qui sert de fondement à la validité des ordres juridiques étatiques est celle qui « habilite ou un individu ou un groupe d'individus à édicter et à appliquer sur la base d'une Constitution efficace, un ordre de contrainte normatif en qualité de gouvernement légitime »[36]. Il s'agit du *principe d'effectivité*[37]. Cette question renvoie à la question de la reconnaissance d'un Etat en droit international public. Trois conditions étant exigées pour qu'une communauté soit reconnue comme un Etat en vertu du droit international : « *the community must be constitued by a coecive, relatively centralized legal order* », « *the order constituting the community must be effective for a certain territory, or, more exactly, for the individuals living in a clearly demarcated territory* » et « *the community thus constituted must be independent, i.e., it must not be under the legal control of another community, equally qualified as a state* »[38]. Juridiquement, le fondement de la validité de l'Etat est donc à rechercher dans une norme existante de l'ordre juridique international, l'Etat devenant ainsi juridiquement subordonné à ce dernier, selon le rapport de production. En ce sens, l'Etat apparaît comme un « organe de droit international »[39].

Parce qu'il s'agit d'un postulat d'ordre épistémologique, Kelsen refuse de trancher entre sa propre conception des rapports entre les ordres juridiques et les autres, moniste interniste et dualiste. Il a ainsi considéré que les approches moniste et dualiste étaient toutes deux concevables d'un point de vue scientifique[40] : « la science du droit ne peut qu'exposer les deux conceptions et établir que lorsque l'on veut définir le rapport entre droit international et droit étatique, il faut nécessairement accepter soit l'un, soit l'autre des deux systèmes de référence. Mais la décision elle-même se situe hors du domaine de la science du droit »[41]. Le choix entre l'une ou l'autre des théories est un choix politique[42] ou moral[43]. Sous l'angle philosophique, la primauté du droit

35 Voir en particulier : *TGDE*, pp. 428 et s.

36 *TPD*, p. 218

37 *TPD*, p. 325. Voir également : *TGDE*, p. 413.

38 H. KELSEN, « *Recognition in international law. Theoretical observations* », *Am. J. Int. L.*, 35, 1941, pp. 607-608.

39 *TGDE* p. 398.

40 H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1ère édition, 1935, adaptée de l'allemand par H. Thevenaz, Editions de la Baconnière, Neuchâtel, 2ème édition, 1988, p. 191.

41 *TPD*, p. 333. Voir également : « *Sovereignty and international law* », Georgetown Law Journal, 1960, p. 640; « Théorie du droit international public », *RCADI*, 1953, t. III, p. 187.

42 *TPD*, p. 333.

43 H. Kelsen, « Théorie du droit international public », *RCADI*, Tome III, 1953, p. 187 (ci-après *TDIP*) ; *TPD*, p. 333.

international s'inscrit dans une conception du monde objectiviste quand la primauté du droit interne renvoie à une conception du monde subjectiviste[44] : « le dogme de la souveraineté de l'Etat et la primauté de l'ordre juridique national qui en est la conséquence se rattachent à la philosophie subjectiviste, tendant en dernière analyse au solipsisme, qui place l'individu, le moi, au centre du monde et ne voit dans ce monde qu'un objet de la volonté et de la représentation du moi »[45]. Il a encore souligné que « les deux hypothèses monistes peuvent être admises ou rejetées au regard de tel ou tel postulat empirique du droit positif étatique ou international car ce sont des hypothèses épistémologiques sans aucune implication dans le domaine du droit positif »[46].

Il n'en a pas moins constamment mis en cause la cohérence des approches moniste interniste et dualiste et a même soutenu[47], parfois, ce qui apparaît discutable au regard de ce que nous avons vu plus haut, que le droit positif invalidait la théorie dualiste[48]. D'un point de vue normatif, si l'ordre juridique international est, pour les dualistes, séparé de l'ordre juridique interne, encore faut-il trouver un fondement à la validité du premier, fondement qui ne saurait être identifié que dans le second[49]. Plus précisément, la validité du droit international ne saurait reposer que, et à la fois, sur chaque ordre juridique étatique et sur l'ensemble de ces ordres juridiques. Si le droit international constitue un ordre juridique dont les sujets sont les Etats, il ne saurait avoir de consistance que si tous les Etats l'acceptent. Le droit international ne saurait à la fois régir les comportements des Etats en tant que destinataires des normes qu'il produit et trouver le fondement de sa validité dans chacun d'entre eux. A cet égard, « aucune norme du droit international positif ne fait dépendre la validité de ce droit de sa reconnaissance par les Etats, avec cette conséquence qu'un Etat ne serait soumis au droit international que s'il en a reconnu la validité. Une telle norme serait en effet inconcevable, car elle présupposerait la validité qu'elle aurait pour but d'établir »[50]. De plus, si la validité de l'ordre juridique international repose sur une norme interne, et en particulier sur la Constitution, il dépend donc de celle-ci que cette validité cesse[51]. Chaque Constitution pourrait librement disposer du droit international public et ainsi le dissoudre totalement, alors pourtant qu'il régit les rapports entre Etats. Enfin, en fondant la validité du droit international sur le droit interne, le droit international n'apparaît, en réalité, que comme une partie du droit interne : « la construction dualiste se voit poussée vers son auto-destruction par la voie de l'idée, dont elle ne peut se passer, que la validité du droit international pour un Etat dépend de sa reconnaissance par cet Etat. Car, si le droit international ne vaut que comme partie intégrante d'un ordre juridique étatique, il ne peut pas être un ordre juridique

---

44 *TPD*, p. 332. Voir également : *TGDE*, pp. 431-432.

45 H. Kelsen, « Théorie du droit international public », *RCADI*, Tome III, 1953, p. 190.

46 *TGDE*, p. 433.

47 *TGDE*, p. 409.

48 *TGDE*, p. 409, p. 432.

49 *TPD*, p. 322.

50 *TDIP*, p. 191. Voir également : *TPD*, p. 323 ; *TGDE*, pp. 426-427.

51 H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *précit.*, p. 294.

distinct de ce dernier, indépendant de lui dans sa validité »[52]. Le droit international ne saurait alors être que l'ensemble cumulé du « droit international interne » de chaque ordre juridique interne : « il devrait exister autant d'ordres juridiques internationaux qu'il existe d'Etats ou d'ordres étatiques »[53].

Dans le prolongement, et dans le sens d'un choix en faveur du monisme, Kelsen a également soutenu « le caractère inévitable d'une construction moniste »[54]. Seule la lecture du droit international public en tant qu'ordre juridique supérieur aux Etats permet de garantir l'égalité juridique des Etats[55] et de placer l'ordre juridique international comme un ordre répartiteur à même de reconnaître les domaines de validité respectifs des ordres juridiques étatiques[56]. La théorie de la primauté du droit international est d'ailleurs une « doctrine d'esprit strictement positiviste (…) elle ne veut systématiser que les règles incontestablement positives de droit international. Véritable théorie juridique, elle ne prétend pas créer elle-même je ne sais quelles règles de droit, mais uniquement donner une interprétation de l'ensemble de celles qui existent »[57].

§ II - Un cadre d'analyse pertinent pour décrire un monde juridique globalisé

Loin d'être un penseur exclusif de l'Etat, Kelsen envisage déjà l'après Etat. Nombreuses en sont les traces : une approche moderne du droit international en tant qu'ordre juridique coordinateur[58], la relativisation de l'Etat en tant que structure politique originale[59], la porosité de l'opposition/séparation droit interne/droit international[60], le constat que des individus, et non pas seulement les Etats, peuvent être des sujets directs du droit international[61], l'intuition du développement d'organisations régionales constituées d'un ordre juridique centralisé grâce à la mise en place d'une juridiction[62], la création d'organisations internationales ayant les caractères

52 *TPD*, pp. 324-325.

53 *TGDE*, pp. 430-431.

54 *TPD*, p. 322.

55 H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *précit.*, p. 299.

56 Voir en particulier : *TDIP*, pp. 195 et s.

57 H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *précit.*, p. 314.

58 Voir *supra*, § I, B.

59 Voir *supra*, § I, A.

60 « Toutes les transformations de technique juridique que l'on vient d'évoquer tendent, en dernière analyse, à estomper puis effacer (*verwischen*) la ligne-frontière qui sépare le droit international et le droit étatique, en sorte que la fin ultime de l'évolution réelle du droit, qui va vers une centralisation croissante, apparaît être l'unité organique d'une communauté universelle ou mondiale, fondée sur un ordre juridique, ou, en d'autres termes la formation d'un Etat mondial », *TPD*, p. 318.

61 *TGDE*, p. 392, pp. 394-395.

62 « on peut observer […], mais, à l'heure actuelle, seulement au sein de collectivités de droit international particulières, la constitutions d'organes centraux ayant un rôle de création et d'exécution des normes juridiques. Tout comme ce fut le cas dans l'histoire des ordres juridiques étatiques, ce processus de centralisation commence tout d'abord par la juridiction : il tend vers la formation d'une juridiction internationale », *TPD*, p. 318.

d'un Etat[63]. Les évolutions contemporaines du droit international ont ainsi été anticipées. Toutefois, ce sont moins les capacités anticipatives de Kelsen qui sont décisives que le fait que celles-ci sont déductibles de son cadre d'analyse. C'est moins l'intuition de Kelsen qui est déterminante que la force explicative de son cadre théorique.

De plus, et surtout, au-delà de son approche visionnaire sur ce point, le cadre général d'analyse qu'il pose apparaît comme permettant d'expliquer un monde normatif globalisé. Alors même que la pensée juridique contemporaine peine à identifier un cadre d'analyse nouveau en phase avec la supposée originalité d'un tel monde, le droit global s'inscrivant plus dans un constat du nouvel état du monde que dans la proposition d'un cadre général d'analyse explicatif, la théorie de Kelsen semble parfaitement pouvoir expliquer ce « nouveau » monde. Face à la multiplication défendue des ordres normatifs concurrentiels à l'Etat, elle propose une lecture discriminante des ordres normatifs permettant de différencier les ordres juridiques des autres ordres normatifs, sans préjuger que certains ordres normatifs émergents ne puissent pas devenir, un jour, des ordres juridiques : si l'Etat n'est pas un GAFA, un GAFA peut devenir un ordre juridique. La discrimination au sein d'un ordre globalisé entre les ordres juridiques et les ordres normatifs (non juridiques) est nécessaire à la connaissance précise de cet ordre globalisé (A). De plus, le modèle hiérarchique des rapports entre les normes, loin d'être dépassé, à condition toutefois d'être entendu comme il se doit, est en mesure d'expliquer la structuration des différents ordres normatifs entre eux et d'ordonner le désordre supposé entre ces ordres normatifs. Pour s'en convaincre, encore faut-il restituer le concept de hiérarchie des normes dans un monde normatif globalisé (B).

A – La nécessaire discrimination entre les ordres juridiques et les ordres normatifs (non juridiques)

La spécificité de l'ordre juridique, en tant qu'ordre normatif, est de présenter de manière simultanée deux conditions : la sanction et l'efficacité globale. Sera un ordre juridique, l'ordre normatif qui est à la fois globalement efficace, c'est-à-dire que les normes de l'ordre normatif sont plutôt respectées que non respectées, et sanctionné, parce qu'il contient des normes de sanction en cas de méconnaissance des normes de comportement, la mise en œuvre d'une norme de sanction pouvant aller, en dernière analyse, jusqu'à la contrainte physique portant sur les personnes (privation de liberté par exemple) ou sur les biens (saisie de bien notamment)[64]. Sans

---

Voir également, en faveur de la création d'une juridiction internationale pour garantir la paix et la sécurité au sein de la société internationale : H. Kelsen, « *The principle of sovereign equality of states as a basis for international organization* », *précit.*, pp. 213 et s.

63 « Par traité international pourrait être créée une organisation internationale qui serait centralisée à un point tel qu'elle aurait elle-même le caractère d'un Etat, de sorte que les Etats contractants qui en font partie perdraient, eux, ce caractère d'Etat qu'ils avaient antérieurement », *TPD*, p. 331.

64 Sur l'efficacité globale, voir : *TPD*, pp. 211 et s. ; « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *précit.*, p. 237.

Pour N. Bobbio, c'est l'appartenance à un ordre juridique qui permet de distinguer les normes juridiques des normes non juridiques : *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960, § 54, cité par C. Leben, « Ordre juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 1115.

revenir sur l'explicitation de ces éléments de définition, il convient de mettre en évidence leur utilité dans la lecture d'un monde normatif globalisé.

Ces deux critères permettent de classer les ordres normatifs selon qu'ils sont ou qu'ils ne sont pas des ordres juridiques, tout en renseignant sur les qualités que revêtent ces ordres normatifs, non juridiques, concurrents à l'Etat. Dans la multitude des ordres normatifs existants, il semble, tout d'abord, décisif de pouvoir différencier ceux qui sont des ordres juridiques de ceux qui ne le sont pas.

En premier lieu, au regard des critères mis en évidence, il est difficilement discutable de reconnaître que la plupart des ordres normatifs étatiques sont des ordres juridiques et donc, ce qui n'est pas négligeable au regard de la perspective critique des jurisglobalistes, que l'Etat perdure en tant qu'ordre juridique. Il est tout aussi évident que des Etats en situation de guerre civile ne sont pas, au regard de l'efficacité globale, des ordres juridiques. Il est également clair que, pour certaines portions de territoires, telles celle au nord-est de l'Espagne, la question de l'ordre normatif efficace, national ou local, peut se poser, du moins a-t-elle pu se poser en octobre 2017, avant que la sanction consistant en la mise en œuvre d'une contrainte physique et, plus précisément, dans l'arrestation des membres du gouvernement catalan par l'Etat espagnol ne s'impose.

Il existe encore des ordres juridiques non-étatiques dont l'existence ne soulève pas de discussion comme les ordres normatifs d'organisations internationales, tels que, par exemple, l'Union européenne. Sans doute convient-il de rappeler, cependant, que, pour ce qui concerne la sanction, qu'il s'agisse de l'existence de normes de sanction en cas de violation de normes de comportement ou de la mise en œuvre de sanction pouvant aller jusqu'à la mise en œuvre d'une contrainte physique, les ordres normatifs des organisations internationales soit prévoient, ou du moins, compte tenu des illustrations existantes de droit positif contemporaines, peuvent prévoir des normes de sanction et les mettent ou peuvent les mettre en œuvre eux-mêmes, soit prévoient des sanctions et renvoient aux Etats le soin de mettre en œuvre des sanctions pouvant aller jusqu'à des contraintes physiques, soit renvoient aux Etats le soin de produire et de mettre en œuvre des sanctions. Les Etats interviennent alors en tant qu'organes internationaux, mais n'en contribuent pas moins à garantir l'existence de la sanction dans l'ordre normatif international. Autrement dit, le fait que la mise en œuvre de la sanction puisse passer par l'Etat n'affecte pas le caractère sanctionné de l'ordre normatif, dès lors que l'Etat intervient en application d'habilitations établies par cet ordre normatif. Il faut encore ajouter qu'un ordre normatif international régional peut parfaitement prévoir des sanctions pouvant consister en la mise en

---

Sur la sanction, voir : *TPD*, p. 41 et s. ; « Théorie du droit international public », *précit.*, p. 13.

Voir, pour une synthèse de la définition kelsénienne des normes juridiques : O. Pfersmann, « Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique », *Droits*, n° 28, 1999, p. 86.

O. Pfersmann, « Pour une typologie modale de classes de validité normative », *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, n° 27, 1995, pp. 69-113.

œuvre de contraintes physiques. Au sein de l'ordre juridique international dans son ensemble, il existe plusieurs types de sanction, de contraintes coercitives. Tel est le cas en particulier des mesures susceptibles d'être prises par le Conseil de sécurité des Nations-Unies dans le cadre du maintien de la paix en vertu de l'article 42 de la Charte[65], qui conduisent, en l'occurrence, à une intervention d'un Etat, en vertu d'habilitations de l'ordre juridique international[66].

Face à ces questions facilement résolues, incluant des ordres normatifs dans la catégorie des ordres juridiques, il convient, en second lieu, d'établir pourquoi certains ordres normatifs sont exclus de la catégorie des ordres juridiques. Dans l'identification de « nouveaux » ordres normatifs, concurrentiels à l'Etat, plusieurs ordres normatifs sont susceptibles d'être mis en évidence : les ordres normatifs issus de multinationales telles que les GAFA, les marchés financiers, la *lex mercatoria*, l'ordre sportif, les ordres normatifs mafieux ou religieux. Avant d'établir ce qu'il en est de ces ordres normatifs, encore faut-il préciser que, s'ils ne sont pas des ordres juridiques aujourd'hui, ils peuvent parfaitement le devenir demain. L'ordre juridique n'est qu'une structure formelle susceptible d'être le réceptacle de n'importe quel contenu normatif, qu'il s'agisse de règles sportives, morales, financières ou mafieuses. Parfois, les ordres normatifs religieux peuvent d'ailleurs devenir des ordres juridiques, tout comme des ordres normatifs, tels des ordres normatifs de type mafieux ou les ordres sportifs, peuvent avoir la prétention de devenir des ordres juridiques.

De manière classique, les ordres normatifs mafieux et religieux sont écartés de la catégorie « ordre juridique » pour des raisons opposées. Là où l'ordre religieux, ordre de morale sociale, est en principe efficace, la sanction est absente, la sanction dans l'au-delà ne pouvant être considérée comme constituant une contrainte physique ; l'ordre mafieux pourra apparaître comme sanctionné mais non efficace. Tout au plus peut-on constater que l'ordre mafieux apparaît, en substance, comme concurrentiel à l'ordre juridique et qu'il peut parfaitement devenir efficace et devenir alors un ordre juridique. Sa concurrence avec l'ordre juridique s'apparente à un rapport de force qui n'est susceptible d'être résolu qu'en terme d'efficacité. L'ordre normatif efficace sera alors celui qui devient un ordre juridique, qu'il soit d'origine mafieuse ou d'origine étatique.

Concernant les GAFA, quelles que soient la puissance et l'influence de ces entreprises vis-à-vis des ordres juridiques, tels les ordres juridiques nationaux, la sanction leur fait défaut. Quand bien même leur emprise sur les marchés qu'ils contrôlent est telle qu'il est difficile, voire parfois impossible, de se passer de leur service, et que donc l'efficacité des normes qu'ils posent est considérable, il n'existe pas de normes de sanction pouvant aller jusqu'à la mise en œuvre d'une contrainte organisée. Certes, si vous disposez d'un téléphone Apple, vous vous devez d'utiliser certains logiciels fournis par cette marque et, si vous ne souhaitez pas les utiliser, alors vous vous

---

65 Voir sur les sanctions dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies : H. Kelsen, « *Sanctions in international law under the Charter of the United Nations* », *Iowa L. Rev.*, Vol. 31,1946, pp. 499-543.

66 Voir sur cette question : « Théorie du droit international public », *précit.*, pp. 31 et s.

privez de certaines fonctions, l'on pourrait y voir une logique de sanction spontanée, mais aucune contrainte physique ne vous sera imposée si vous n'utilisez pas ce logiciel.

L'ordre normatif sportif[67] soulève deux questions distinctes. La première consiste à déterminer en quoi il n'est pas un ordre juridique, avant d'établir si la présentation proposée des ordres juridiques permet de rendre compte de manière satisfaisante de la manière dont s'organise l'ordre sportif.

Sur le premier point, s'il est difficile de remettre en cause l'efficacité globale des normes du système sportif, l'ordre sportif pouvant même imposer des règles à l'Etat, en particulier lors de l'organisation d'évènements sportifs internationaux, il est tout autant incontestable que l'ordre sportif, s'il prévoit des normes de sanction, n'institue aucune sanction pouvant aller jusqu'à la mise en œuvre d'une contrainte physique[68]. Un footballeur, sanctionné au cours d'un match d'un carton rouge, l'obligeant à quitter le terrain, ne saurait être soumis à aucune contrainte physique conduisant à le faire sortir du terrain[69]. Dans le même sens, le suivi longitudinal imposé en matière de lutte contre le dopage n'impose pas, sous peine de contrainte physique, les prélèvements inopinés[70]. Certes, dans les deux cas, le sportif pourra faire l'objet de sanctions sportives mais aucune contrainte physique ne saurait lui être imposée pour quitter le terrain ou pour procéder à un prélèvement sanguin. Faute de tels types de sanction, l'ordre sportif ne saurait être considéré comme un ordre juridique.

Sur le second point, l'ordre sportif semble révéler toute sa complexité au regard de sa structure tout à fait particulière. Se combinent, en effet, des associations sportives nationales, ayant un statut juridique prévu par le droit interne de l'Etat, et une fédération internationale, qui emprunte elle-même une structure juridique d'un Etat. Fédération internationale et fédérations nationales sont donc des structures juridiques créées en vertu de droits étatiques. Toute l'originalité de l'ordre réside dans le fait que la Fédération internationale produit des normes qui s'imposent aux fédérations nationales et donc que du droit produit par une structure couverte par un droit national s'impose sur un autre territoire à une structure elle-même régie par un autre droit national. La Fédération internationale de football est une association de droit suisse qui édicte des

---

67 Sur la question de la nature des ordres normatifs sportifs, voir : E. Lagrange, « L'Etat et les puissances privées. Digressions sur la compétence plénière de l'Etat et « l'autonomie du mouvement sportif », in *Les limites du droit international. Essai en l'honneur de Joe Verhoeven*, Bruylant, 2014, pp. 183-204 ; F. Latty, « La France et les nouvelles formes d'organisations internationales. Entre dogmatise et pragmatisme : la France et le droit de organisations sportives internationales », in *La France et les Organisations internationales*, sous la direction de G. Cahin, F. Poirat et S. Szurek, Pedone, 2014, pp. 357-381; M. Maisonneuve, « L'autonomie des ordres juridiques sportifs nationaux. *Le sport au cœur des systèmes* », in *Traités des rapports entre ordres juridiques*, *précit.*, pp. 1227-1246 ; « Les ordres juridiques transnationaux », *RRJ-DP*, 2005-3, pp. 1563-1597

68 Faisant état des sanctions sportives possibles, sans que la contrainte physique ne soit envisagée, voir : M. Maisonneuve, « Les ordres juridiques transnationaux », *précit.*, pp. 1569-1572.

69 Les « lois du jeu », posées par le *International football association board*, qui régissent le football, et en particulier la loi 5 relative aux pouvoirs des arbitres, ne prévoient aucune contrainte physique en cas de méconnaissance des règles posées mais seulement des sanctions sportives (exclusion du terrain en particulier).

70 Plus largement, en vertu du Code mondial anti-dopage de 2009, les seules sanctions prévues sont des sanctions sportives (art. 9 à 12), sans qu'aucune contrainte physique ne soit prévue.

règles générales obligatoires à destination des fédérations nationales qui sont, le plus souvent, des associations dans leur Etat de rattachement. Les fédérations nationales se voient ainsi imposer des règles, non pas en vertu du droit interne à l'origine de leur statut, mais en vertu de l'ordre normatif sportif. Alors que les règles de la Fédération sont appliquées par les fédérations, l'ordre juridique étatique se voit imposer, via la fédération nationale, des règles édictées par la Fédération, qui n'a aucune existence juridique sur le territoire de l'Etat. Cette situation semble pouvoir être expliquée par le cadre d'analyse posé par Kelsen. Chaque fédération, qu'elle soit nationale ou internationale, relève de l'ordre juridique à laquelle elle appartient au regard de la structure juridique qu'elle reçoit dans celui-ci. Elle forme ainsi, du fait de cette structure et de la capacité à produire des normes qui en découlent, un sous-ensemble de l'ordre juridique étatique dans lequel elle s'insère. Toutefois, tout en étant des structures juridiques internes, les fédérations nationales s'insèrent également dans un autre ordre normatif, distinct, l'ordre sportif, qui s'ajoute à l'ordre juridique national, en tant qu'ordre normatif prescripteur de comportement, la Fédération internationale imposant aux fédérations nationales tout un ensemble de règles. Il reste que les contraintes étatiques sont des contraintes de droit pour les fédérations nationales, quand les contraintes de la Fédération sont des contraintes d'un ordre normatif non juridique. En opportunité, l'on peut d'ailleurs comprendre que cette situation soit acceptée par les Etats, les règles sportives étant *a priori* totalement indifférentes aux Etats, peu importe que ce soit les fédérations nationales qui les adoptent elles-mêmes et les appliquent dans le cadre du droit national ou qu'elles soient imposées par une Fédération internationale, sans pour autant que le cadre du droit national ne soit écarté. Il est vrai que certains Etats, comme c'est le cas de la France, récupèrent de manière fictive l'ordre sportif en considérant que le pouvoir de réglementation des fédérations sportives est délégué par l'Etat[71] et que les normes internationales de la Fédération ne deviennent des normes en France qu'après réception formelle par les fédérations nationales[72]. Il reste que le respect du droit de l'Etat demeure la règle et que seule une indifférence plus ou moins étendue et plus ou moins bienveillante de l'Etat le permet. En définitive, et nous y reviendrons, la seule difficulté posée consiste à concevoir qu'une même entité puisse être soumise, de manière simultanée, à des normes provenant de divers ordres, juridique et normatif.

La *Lex mercatoria* s'inscrit dans la même logique[73]. Sous l'angle de la caractérisation de l'ordre normatif qu'elle constitue, la sanction fait défaut. Concernant l'explication possible de la production de normes dépassant le cadre des Etats par des entreprises issues de droits nationaux, l'on retrouve le schéma de l'ordre sportif. Cette production normative peut être un simple fait

---

71 Issu de la loi n° 84-610 du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives, l'article L 131-14 du Code du sport dispose que « dans chaque discipline sportive et pour une durée déterminée, une seule fédération agrée reçoit délégation du ministre chargé des sports ».

72 Voir CE, avis consultatif, 20 novembre 2005, *RJES*, n° 72, sept. 2004, p. 65.

CE, 8 novembre 2006, *Hosni A.*, n° 289702.

73 Voir l'article fondateur en France sur la *lex mercatoria* : B. Goldman, « Frontière du droit et « lex mercatoria » », *Archives de Philosophie du Droit*, t. IX, 1964, pp. 177-192.

pour l'Etat, qui lui est alors indifférent ; elle peut être récupérée par l'un d'entre eux, en vertu de son droit national, par plusieurs d'entre eux, par l'adoption de normes internationales conventionnelles ou elle peut également être rejetée par l'Etat et/ou par la Communauté des Etats. A cet égard, les marchés financiers, en tant qu'ordres normatifs défenseurs d'intérêts privés, ont tendance à être encadrés par le droit des Etats et, au-delà, par le droit de l'Union européenne. L'autonomie de ces ordres normatifs souffre, en conséquence, de l'encadrement normatif provenant d'ordres juridiques.

B – Resituer la hiérarchie des normes dans un monde normatif globalisé

La globalisation, qui entraîne la multiplication des ordres normatifs, soulève une difficulté lorsqu'il s'agit de proposer une lecture cohérente des rapports qui sont entretenus : la superposition de plusieurs ensembles normatifs susceptibles de s'appliquer de manière simultanée à une même situation, ce qui soulève un problème de concurrence des ordres normatifs, étant entendu, ce qui accroît la difficulté, que cette superposition n'est pas forcément résolue par les différents systèmes normatifs. Telle est sans doute l'incertitude décisive à laquelle se heurte une explication cohérente des rapports entre les ordres normatifs. Cette situation génère deux tentations tendant à remettre en cause la lecture kelsénienne des ordres juridiques sous l'angle hiérarchique. Ces deux difficultés renvoient à l'inopérance du concept de hiérarchie des normes pour pouvoir valablement expliquer les situations « originales » résultant de la globalisation. Il convient de les reprendre et de montrer en quoi elles ne parviennent pas à remettre en cause avec pertinence la « hiérarchie » des normes. Il faut encore rappeler ici que le concept de hiérarchie des normes ne saurait expliquer que les situations qu'il est censé décrire et non pas d'autres situations, devant être couvertes, en termes cognitifs, par d'autres concepts.

La superposition d'application de différents systèmes normatifs invite, en premier lieu, à une appréhension horizontale des rapports entre ces différents systèmes, et non pas verticale comme avec la hiérarchie des normes. L'appréhension du phénomène s'inscrit dans une perspective de droit international privé, *a priori* rétive à toute appréhension en termes de hiérarchie des normes. La question se pose ainsi moins en termes de conflits entre les systèmes normatifs que de conflits entre normes. Plus précisément, les situations contentieuses étudiées par la discipline du droit international privé sont toutes celles dans lesquelles il existe un élément d'extranéité dans le litige, susceptibles d'appeler l'application d'une règle provenant du droit d'un autre Etat que celui du juge saisi du litige. Dans une telle situation, la « méthode » de l'internationaliste (privatiste) consiste à établir si le juge est compétent, s'il existe un véritable conflit de normes et de le résoudre à partir d'une règle de résolution des conflits de normes en posant ainsi la règle applicable[74]. L'horizontalité s'impose car il peut s'agir, en vertu de la règle de conflit de normes utilisée par le juge, d'appliquer une règle provenant d'un autre Etat. Ainsi, le juge d'un Etat

---

74 Voir sur cette méthode, appliquée en l'occurrence aux rapports de systèmes : P. Deumier, « Repenser les outils des conflits de normes entre systèmes », *précit.*

applique le droit d'un autre Etat dans un litige qu'il est compétent pour résoudre. La hiérarchie ne saurait en effet se concevoir entre deux Etats. Il n'est d'ailleurs pas anodin que cette situation de droit international privé soit précisément l'exemple à partir duquel les jurisglobalistes rejettent la hiérarchie des normes comme critère explicatif des rapports entre les ordres normatifs.

Que faut-il en penser ? Faut-il voir dans cette situation une négation de la hiérarchie ? Dans la situation en question, c'est au regard de la règle de conflit que la question mérite d'être résolue. Cette règle de conflit peut être une règle interne. Elle ne régit aucun rapport de production. Elle pose une règle permettant de déterminer quelle règle appliquer en présence d'un élément d'extranéité, sans qu'aucune question de hiérarchie ne se pose. En réalité, il faut y voir une question de domaine d'application de la règle de droit. Le droit interne peut parfaitement prévoir, à travers les règles de conflit de loi, les limites au domaine d'application de ses propres règles dans des cas déterminés et prévoir l'application de règles provenant d'un autre Etat. La règle de conflit ne crée aucun rapport hiérarchique entre le droit interne et le droit d'un autre Etat ; elle ne fait que délimiter le domaine d'application du droit interne, en établissant les cas dans lesquels une règle d'un autre Etat devra être appliquée. Lorsqu'elle est issue du droit interne, la règle de conflit ne fait qu'établir les limites du domaine d'application des normes internes dans un litige présentant un élément d'extranéité. Elle ne dispose à l'évidence pas du droit d'un autre Etat qui serait appliqué ; elle se contente d'établir, de manière générique, dans quels cas celui-ci pourra s'appliquer. Il n'est certes pas question de hiérarchie, car telle n'est pas ici la situation que ce concept est en mesure d'expliquer.

Si la règle de conflit provient d'une norme internationale ou européenne, comme c'est aujourd'hui de plus en plus le cas au sein de l'Union européenne, la question s'inscrit alors dans une logique de rapport de production et donc de hiérarchie des normes. C'est en vertu de normes supérieures que la question des règles de conflits de normes est résolue. La situation de droit international privé appelle l'usage de règles de droit international public. La règle de conflit n'est plus déterminée librement au niveau interne ; elle est imposée au niveau international.

La superposition entre plusieurs systèmes normatifs susceptibles de couvrir des mêmes situations et les conflits normatifs potentiels qui en découlent conduisent, en second lieu, et plus directement encore, à une « négation de la hiérarchie » des normes ou, pour être plus précis, et, sans doute, aussi et déjà, expliquer et reconstruire, à un renversement de la hiérarchie des normes. La multiplication des ordres normatifs conduit à une potentielle multiplication des risques d'irrégularité dans le processus d'application du droit, des droits, par les acteurs concernés, chaque irrégularité pouvant être perçue comme une remise en cause de l'exigence de régularité consécutive à la structuration hiérarchisée d'un ordre juridique. L'application irrégulière prend le pas sur l'application régulière, de sorte que c'est la norme irrégulière qui est appliquée et qui s'impose, renversant ainsi la hiérarchie des normes, ce qui peut être qualifié de paradoxe de la

concrétisation[75]. Ce n'est pas la norme la plus élevée qui l'emporte, mais la norme irrégulière du fait de son application.

Sans doute faut-il commencer par rappeler que la « hiérarchie » des normes n'est qu'un concept, et non pas une norme, explicatif de la manière dont s'agencent, entre elles, les normes au sein d'un système normatif, que celui-ci soit juridique ou qu'il ne le soit pas. Tout ordre normatif, quel qu'il soit, contient des normes sur la production d'autres normes dans le système et la seule existence de normes sur la production d'autres normes inscrit le système dans une dimension hiérarchique. La norme A qui prévoit les conditions de production de la norme B est, de ce fait, hiérarchiquement supérieure à cette dernière. Dans chaque cas, le rapport de production ne permet toutefois pas de déterminer de manière immédiate quelle est la hiérarchie existante entre deux normes. S'il n'existe aucun rapport de production direct entre la norme B et la norme C, il n'est pas possible d'établir un rapport hiérarchique entre ces deux normes. Il est d'ailleurs possible qu'une même catégorie normative, la Constitution par exemple, établisse les conditions de production de plusieurs autres catégories normatives, la loi et les règlements, sans qu'elle ne prévoit par ailleurs les rapports devant exister entre ces deux dernières catégories normatives. La hiérarchie des normes permet de décrire l'agencement normatif, sans pour autant pouvoir apporter de manière systématique une réponse à la question du rapport pouvant exister entre deux normes. Dans le prolongement, il faut rappeler encore que le critère hiérarchique, consécutif à l'existence d'une hiérarchie des normes selon le rapport de production entre deux normes, n'est d'ailleurs pas le seul critère de résolution des conflits. Les conflits normatifs peuvent également être résolus, sans qu'il soit nécessaire ici de développer, par les critères chronologiques, de compétence ou de spécialité. Que la hiérarchie des normes ne puisse résoudre tous les conflits normatifs ne saurait donc étonner.

La simultanéité de l'application de normes provenant de différents ordres normatifs n'a rien d'original et ne semble pas devoir mobiliser d'explications complexes. Une même situation déterminée peut être couverte par plusieurs ordres normatifs. Il peut exister une première série de cas dans lesquels il n'existe pas de conflit entre les normes simultanément applicables. Celles-ci peuvent être, en même temps, applicables sans aucun conflit, soit que les normes des différents systèmes aient le même contenu, le « tu ne tueras point » de l'Ancien testament et la sanction du meurtre par le Code pénal, soit qu'elles n'aient pas le même domaine de validité temporel, matériel, personnel ou spatial. Ce n'est que si les normes des différents systèmes ne sont pas simultanément applicables, c'est-à-dire qu'il est impossible de respecter les deux normes en même temps, en ce qu'elles sont contradictoires et qu'elles disposent du même domaine de validité temporel, personnel, matériel et spatial, qu'il convient d'approfondir la réflexion.

---

75 Voir sur ce point : O. Pfersmann, « La Constitution comme norme », in *Droit constitutionnel*, sous la direction de L. Favoreu, Dalloz, Précis, 20ème édition, 2018, § 94.

En cas de conflit entre des normes provenant d'un système juridique et d'un système normatif non juridique, sans doute la mise en œuvre d'une sanction pouvant aller jusqu'à la mise en œuvre d'une contrainte physique guidera le choix de la personne concernée par la double application en faveur du respect de la norme juridique. L'on peut également penser qu'une forte sanction dans l'au-delà qu'est susceptible de proposer un ordre normatif de morale sociale puisse être plus dissuasive. De telles situations sont possibles, l'ont toujours été et elles ne soulèvent pas de difficulté particulière. Une personne privée est contrainte, en tant que citoyen, aux règles juridiques de l'Etat dont il est le national et sur le territoire duquel il réside et, en tant qu'appartenant à une communauté religieuse, à des règles qui en sont issues. Si les règles provenant de ces ordres normatifs sont contradictoires, il appartiendra à la personne qui en est destinataire de choisir entre la violation de règles dont la sanction est terrestre ou celle de règles dont la sanction de la violation est céleste.

Il faut sans doute encore ajouter, de manière plus rigoureuse, que face à un ordre normatif non juridique, un ordre juridique est susceptible de retenir trois solutions différentes : la neutralité, le rejet ou la récupération. En effet, l'ordre juridique peut être neutre vis-à-vis des règles d'autres ordres normatifs, sous réserve des cas des conflits ou d'aménagements garantissant le respect des normes juridiques et, peut-être, la neutralité se transforme-t-elle alors en tolérance. Il peut également interdire les règles de systèmes normatifs non juridiques. Enfin, il peut se les réapproprier. Chacune de ces trois situations peut être illustrée avec l'ordre juridique français qui s'inscrit dans la neutralité-tolérance vis-à-vis des ordres normatifs religieux, dans le rejet, au regard d'ordre normatifs mafieux et dans la récupération, on l'a vu, avec l'ordre normatif sportif.

En cas de conflit entre normes provenant de deux ordres juridiques, sans doute faut-il transposer l'analyse déjà conduite à propos du droit international privé, dans la mesure où elle semble devoir concerner n'importe quel conflit de normes. Un conflit entre un traité international et une loi nationale ne semble pas devoir présenter plus de singularité que la question de savoir quelle norme appliquer dans un litige présentant un élément d'extranéité. Qu'il s'agisse d'une norme d'un autre Etat ou d'une organisation internationale, il est question de savoir s'il s'agit d'appliquer cette norme ou une norme nationale et tout est question de savoir quelle est la norme de conflit, celle qui établit quelle règle il convient d'appliquer. Sans doute, le premier cas, le rapport entre un traité et une loi, se caractérise par une difficulté supplémentaire liée à la pluralité des normes de conflits potentielles et donc à un conflit entre normes de conflits, mais cette difficulté se retrouve également en droit international privé, domaine dans lequel plusieurs normes de conflit peuvent s'appliquer à une même situation. Pour ne prendre que la question d'un conflit entre norme constitutionnelle interne et une norme issue du droit de l'Union, la norme de conflit n'est pas la même selon l'ordre juridique de référence dans lequel le conflit se pose : vue du droit de l'Union, elle impose l'application de la norme européenne ; vue du droit national, celle de la norme constitutionnelle. En droit international privé, il peut être possible, dans certains cas, d'appliquer la loi personnelle ou la loi du territoire. Selon la règle de conflit, la règle applicable sera, elle aussi, différente. De plus, dans les deux cas, conflit normatif de « droit public » ou conflit de droit

international privé, en l'absence de règle explicite de l'ordre juridique, c'est de manière prétorienne que le juge pose lui-même les règles de conflit pour résoudre un litige. C'est le cas, en France, pour la hiérarchisation des traités et de la Constitution, comme pour les règles de conflit de normes en droit international privé en raison de l'indétermination de l'article 3 du Code civil. Toutefois, l'incertitude en l'absence de norme de conflit ne saurait résulter de la faiblesse explicative du concept de hiérarchie des normes mais, plus précisément, de l'absence de règle de conflit dans les systèmes normatifs ou de l'existence de conflits entre règles de conflits. Il n'en reste pas moins que la hiérarchie des normes permet, en présence d'un rapport direct de production, de résoudre un conflit entre deux normes et, plus largement, elle permet même de résoudre des conflits entre règles de conflit lorsqu'il est question de conflit entre des normes internes et des normes internationales. Le rapport de production entre le droit international et le droit interne commande l'application des normes de conflit du droit international et non pas celle du droit interne.

Il est sans aucun doute difficile de pouvoir prétendre utiliser encore aujourd'hui des concepts nés au début du XX^{ème} siècle et construits par un *dead white male*. Il ne semble pourtant pas que ce soit une question de faiblesse explicative qui en soit à l'origine, mais plutôt un changement de contexte de pensée qui semble vouloir en finir avec des cadres théoriques abstraits préétablis. A l'anathème, nous aurons préféré ici réexposer quelle était la lecture kelsénienne de l'Etat et des rapports de systèmes pour montrer qu'elle apparaissait, encore aujourd'hui, pertinente pour décrire un monde normatif globalisé.