



Revus

21 (2013)

Les juristes et la hiérarchie des normes

Riccardo Guastini

Lex superior

Pour une théorie des hiérarchies normatives

Warning

The contents of this site is subject to the French law on intellectual property and is the exclusive property of the publisher.

The works on this site can be accessed and reproduced on paper or digital media, provided that they are strictly used for personal, scientific or educational purposes excluding any commercial exploitation. Reproduction must necessarily mention the editor, the journal name, the author and the document reference.

Any other reproduction is strictly forbidden without permission of the publisher, except in cases provided by legislation in force in France.

revues.org

Revues.org is a platform for journals in the humanities and social sciences run by the CLEO, Centre for open electronic publishing (CNRS, EHESS, UP, UAPV).

Electronic reference

Riccardo Guastini, « Lex superior », *Revus* [Online], 21 | 2013, Online since 25 February 2014, connection on 03 March 2014. URL : <http://revus.revues.org/2664> ; DOI : 10.4000/revus.2664

Publisher: Klub Revus - Center za raziskovanje evropske ustavnosti in demokracije

<http://revus.revues.org>

<http://www.revues.org>

Document available online on: <http://revus.revues.org/2664>

This document is a facsimile of the print edition.

All rights reserved

Riccardo Guastini*

Lex superior

Pour une théorie des hiérarchies normatives

Après un bref examen de la littérature théorique existante sur la hiérarchie de normes au sein d'un ordonnancement juridique, l'auteur introduit quatre concepts de hiérarchie : (i) la hiérarchie formelle, qui existe entre les normes réglant la création du droit et le droit créé conformément à celles-ci ; (ii) la hiérarchie matérielle qui existe entre deux normes lorsqu'une troisième norme positive interdit à l'une de contredire l'autre ; (iii) la hiérarchie logique qui existe lorsqu'une norme porte sur l'autre au niveau de méta-langage ; (iv) la hiérarchie axiologique qui dépend d'un jugement de valeur des interprètes attribuant à une norme une valeur supérieure à l'autre. Ensuite, l'auteur utilise cet appareil conceptuel pour éclaircir le concept de validité et de méta-norme ainsi que le statut du principe *lex superior derogat inferiori*. Finalement, sur la base de la dite distinction, l'auteur analyse le problème des auto-contraintes du législateur et le régime juridique des lois de révision constitutionnelle.

Mots-clés : hiérarchie normative, validité, méta-norme, *lex superior*, auto-contraintes du législateur, révision constitutionnelle

1 ÉLÉMENTS D'UNE MÉTATHÉORIE

On sait bien, depuis la *Théorie pure du droit*, que tout ordonnancement juridique a une structure hiérarchisée. Mais il faut se demander : en quel sens exactement ?

(i) Chez Kelsen,¹ il n'y a qu'un seul type de hiérarchie : il s'agit de la relation entre les normes sur la création du droit et le droit créé conformément à ces normes. Une telle relation subsiste chaque fois qu'une norme – une norme « sur la production juridique »² – règle la création de l'autre : la première est supérieure, la seconde inférieure. La norme inférieure trouve son « fondement de validité formelle » dans la norme supérieure. En ce sens, par exemple, les normes constitutionnelles sur la législation sont supérieures aux lois. *Même si la constitution est souple*, il faut remarquer. De la même façon, une loi qui règle la production des lois futures est supérieure aux lois qui seront créées selon la procédure établie par cette loi.

* guastini@unige.it | Professeur de théorie du droit à l'Université de Gênes, Dipartimento di giurisprudenza.

1 Cf. Kelsen (1962 : titre V).

2 Cf. Bobbio (1994 : 233 ss).

(ii) Chez Merkl,³ d'autre part, on trouve, à côté de la précédente, un deuxième type de relation hiérarchique : il s'agit de la relation qui subsiste entre deux normes lorsque l'une ne peut faire l'objet de dérogation, ni abrogation, ni contradiction de la part de l'autre. C'est la relation qui subsiste, dans la plupart des ordonnancements juridiques, entre la loi et le règlement, entre la loi et la constitution. Remarquez, cependant, qu'une telle relation ne subsiste entre la constitution et les lois que *si la constitution est rigide*. Cela permet de comprendre comment, dans un ordonnancement juridique à constitution souple, la constitution est bien supérieure à la loi (d'après un certain critère), mais en même temps susceptible d'être modifiée par la loi (et donc au même niveau que la loi selon un autre critère).

(iii) D'ailleurs, la relation entre les normes sur la création du droit et le droit créé est souvent conçue comme une relation logique : la relation entre *deux « niveaux » de langage*, un méta-langage et son langage-objet.⁴

Ce qui, pourtant, ne permet pas de distinguer entre cette relation et une relation tout à fait différente, à savoir la relation qui subsiste *entre deux normes lorsque l'une porte sur l'autre*, « parle » de l'autre, la mentionne : c'est la relation qui existe, par exemple, entre une norme d'abrogation explicite et la norme abrogée par celle-ci.

(iv) Et finalement personne ne met en relation les hiérarchies normatives avec l'interprétation.⁵ Tout le monde semble croire que toute hiérarchie pré-existe à l'interprétation, de telle façon que les interprètes ne peuvent que se borner à la reconnaître.

En revanche, il est tout à fait évident que certaines relations hiérarchiques ne sont pas « trouvées » : elles sont créées par les interprètes. C'est le cas, par exemple, de la relation axiologique (de valeur) entre les principes fondamentaux ou généraux et les règles particulières d'une certaine matière.⁶ C'est également le cas de la relation entre principes constitutionnels établie par un tribunal constitutionnel afin de résoudre un conflit entre ces principes. C'est le cas, encore, de la relation entre la constitution et les principes supra-constitutionnels qui, d'après la jurisprudence de certains tribunaux constitutionnels,⁷ ne peuvent pas être modifiés ou bouleversés ni même au moyen d'une révision constitutionnelle.

Bref, il n'y a pas une seule structure hiérarchique. Il y en a plusieurs.⁸

3 Cf. Merkl (1987 : 37 ss).

4 Cf., chez Hart 1961, la distinction entre règles « primaires » et « secondaires ». Également Bobbio (1970 : 180 ss.) ; Bobbio (1994 : 235) ; Gavazzi (1967 : cap. II).

5 Deux exceptions (remarquables) sont : Tarello (1977 : 499 ss.) ; et Troper (1975 : 133 s. ; d'après Troper toute hiérarchie est, dans un certain sens, produit de l'interprétation).

6 Cf., par exemple, l'art. 117, alinea 3, de la constitution italienne (les conseils régionaux peuvent voter des normes particulières en accord avec les principes fondamentaux établis par les lois étatiques).

7 Cf., par exemple, l'arrêt 1146/1988 de la Cour constitutionnelle italienne.

8 Cf. Guastini (1997 : 463 ss.) ; Guastini (2001 : ch. V).

2 QUATRE TYPES DE RELATIONS HIÉRARCHIQUES

A mon sens, il faut distinguer entre quatre types de relations hiérarchiques.

(i) *Hiérarchies formelles ou structurelles* : formelles car elles ne regardent pas le fond (le contenu) des normes ; structurelles car elles relèvent de la structure de l'ordonnancement juridique. Il s'agit de la relation qui subsiste entre les normes réglant la création du droit et le droit créé conformément à celles-ci. Si la norme N1 règle la production de la norme N2, alors N1 est formellement supérieure à N2.

Par exemple, dans tout ordonnancement juridique les normes constitutionnelles (souples ou rigides, peu importe) sont structurellement supérieures aux normes législatives, car la constitution règle la législation (notamment : la procédure législative).

(ii) *Hiérarchies matérielles ou substantielles* : elles regardent le fond (le contenu) des normes, notamment le fond des normes inférieures. Une première norme N1 est matériellement supérieure à une deuxième norme N2 lorsqu'une troisième norme N0 établit que N2 ne peut pas contredire N1. Autrement dit, il s'agit d'une hiérarchie « positive » : c'est-à-dire, positivement établie par le droit lui-même (notamment par N0).

Bien entendu la norme N0 peut bien être exprimée par des dispositions assez différentes. Par exemple : une disposition qui établit directement qu'une certaine source du droit S2 ne peut pas déroger à une autre source S1 ; une disposition qui autorise une autorité juridictionnelle à annuler la source S2 lorsqu'elle contredit S1 ; une disposition qui établit que la source S1 ne peut être modifiée que par une procédure plus compliquée que celle nécessaire à la production de S2 ; etc.

Évidemment, une constitution souple n'est supérieure à la loi qu'au sens formel, tandis qu'une constitution rigide est supérieure à la loi aussi au sens substantiel (c'est la définition même de constitution rigide). Normalement, toute hiérarchie matérielle reflète une hiérarchie formelle, mais l'inverse n'est pas vrai : par exemple, dans une constitution souple les normes législatives sont structurellement, mais non pas matériellement, subordonnées aux normes constitutionnelles.⁹

(iii) *Hiérarchies logiques ou linguistiques* : elles regardent le langage, notamment la structure logique du langage des sources du droit. Il s'agit de la relation entre normes et méta-normes, entre un méta-langage et son langage-objet. Une première norme N1 est logiquement supérieure à une deuxième norme N2 lorsque N1 porte sur (mentionne, se réfère à) N2.

Par exemple : normes d'abrogation explicite et normes abrogées ; la norme qui définit un terme du langage législatif et les normes dans lesquelles ce terme

9 La notion de hiérarchie de Béchillon (1996 : 40) n'est qu'un mélange, me semble-t-il, de hiérarchie formelle et matérielle.

est employé ; la norme qui fait renvoi à une autre norme ; la norme qui détermine le domaine d'efficacité d'autres normes (c'est le cas du principe de non-retroactivité) ; une loi d'interprétation authentique et la loi authentiquement interprétée ; etc.

(iv) *Hierarchies axiologiques* : elles regardent la « valeur » des normes, leur « importance », si vous voulez. Une norme N1 est axiologiquement supérieure à une autre norme N2 lorsque les interprètes attribuent à N1 une valeur supérieure à la valeur de N2. Il faut donc remarquer qu'une telle hiérarchie ne subsiste qu'en conséquence d'un jugement de valeur des interprètes.

Par exemple, il y a une hiérarchie axiologique entre normes spécifiques et principes généraux ou fondamentaux. Mais une telle hiérarchie peut être établie même entre principes : c'est bien une hiérarchie axiologique qu'on établit entre deux principes lorsqu'on résout, au moyen d'une « pondération », un conflit entre principes constitutionnels (par exemple, entre la liberté de la presse et la « privacy »).

Les hiérarchies structurelles et logiques ne dépendent que de la structure du langage des sources du droit, du contenu conceptuel des normes dont il s'agit. Tandis que toute hiérarchie matérielle dépend de l'existence d'une norme positive qui l'établit, et toute hiérarchie axiologique dépend tout simplement d'un jugement de valeur posé par les interprètes.

3 HIÉRARCHIES NORMATIVES ET VALIDITÉ

Il y a une relation évidente entre les hiérarchies formelles et matérielles et la validité. Car est invalide toute norme qui n'a pas été produite conformément aux normes formellement supérieures (c'est-à-dire les normes qui en règlent la création) et/ou qui est en contradiction avec les normes matériellement supérieures.

Par exemple, même si la constitution est souple, est invalide toute loi qui n'a pas été créée en conformité aux normes constitutionnelles sur le procédé législatif, car la loi est formellement subordonnée à la constitution. Si, au contraire, la constitution est rigide, est également invalide toute loi dont le fond contredit une norme constitutionnelle, car la loi est subordonnée à la constitution même du point de vue matériel.

Par contre, il n'y a aucune relation nécessaire entre la validité et les hiérarchies logiques et axiologiques. Cependant, certains tribunaux constitutionnels pensent que certains principes constitutionnels – les principes « suprêmes » – ne peuvent être dérochés, modifiés, ou bouleversés ni même au moyen du procédé de révision constitutionnelle. De cette façon ils traitent une hiérarchie purement axiologique comme une hiérarchie matérielle, car les principes su-

prêmes ne sont surordonnés aux autres normes constitutionnelles qu'en vertu d'un jugement de valeur du tribunal.

4 SUR LE PRINCIPE *LEX SUPERIOR DEROGAT INFERIORI*

Comment résoudre un conflit entre la loi et le règlement, ou entre la constitution (rigide) et la loi ? La réponse est très facile : bien sûr, tout en appliquant le principe ou critère « hiérarchique », *lex superior derogat legi inferiori*, la norme supérieure rend invalide la norme inférieure.

Mais l'application d'un tel principe suppose l'identification préalable des relations de hiérarchie matérielle entre les diverses normes (ou sources) : afin de savoir quelle norme prime sur l'autre il faut savoir quelle norme est supérieure à l'autre. Eh bien, quelle norme est supérieure et quelle norme est inférieure ? Autrement dit : comment identifier le « rang » des normes ? Le principe *lex superior* ne répond pas à cette question. Il faut donc chercher la réponse dans d'autres normes. Notamment dans les normes

(a) qui établissent qu'une certaine source S1 ne peut pas contredire une autre source S2, ou bien

(b) qui autorisent une autorité juridictionnelle à annuler (ou ne pas appliquer) la source S2 quand elle contredit la source S1.

Cela veut dire que le principe *lex superior* n'est qu'une tautologie vide (de sens), parce que le rang d'une norme ne peut pas être identifié indépendamment de sa « primauté » et/ou de son invalidité. Par conséquent, on ne dira pas « la norme supérieure l'emporte sur la norme inférieure » ; on doit dire « la norme qui l'emporte est supérieure ».

Autrement dit, on ne peut pas reconnaître l'invalidité d'une norme à partir de son rang inférieur, préalablement identifié. Au contraire, on reconnaît le rang inférieur d'une norme à partir du fait qu'une telle norme est invalide quand elle se révèle en contradiction avec une autre norme.

5 SUR LE CONCEPT DE MÉTANORME

Prima facie, une métanorme est une norme qui porte, au niveau de métalangage, sur une autre norme.

Pendant, on appelle souvent « métanorme » toute norme réglant la production du droit, c'est à dire la création d'autres normes. Cette façon de parler est critiquable.

Les normes réglant la production du droit ne portent pas sur d'autres normes : elles portent sur des actes normatifs. Par exemple, les normes constitutionnelles sur la législation ne portent pas directement sur les lois : elles portent sur l'acte législatif. Entre ces normes constitutionnelles et les lois il n'y a pas une hiérarchie logique ou linguistique, mais une hiérarchie structurelle ou formelle.

Le concept de métanorme, partant, devrait être employé exclusivement pour se référer aux normes qui mentionnent d'autres normes. On a déjà rappelé une série d'exemples.

Par ailleurs, on devrait distinguer entre les dispositions juridiques (des morceaux de textes normatifs) et les normes (les contenus de signification des dispositions). On s'aperçoit alors que la plupart des métanormes ne portent pas, à proprement parler, sur d'autres normes *stricto sensu*, mais sur des dispositions.

Par exemple, une norme d'abrogation explicite porte directement sur la disposition abrogée (et, bien sûr, indirectement, mais seulement indirectement, sur les normes contenues dans cette disposition). Une loi d'interprétation authentique, également, porte sur le texte interprété, et non pas sur les normes qui sont exprimées par ce texte.

6 APPLICATIONS (I) : AUTO-CONTRAINTE DU LÉGISLATEUR ?

Dans une constitution souple (c'est le cas, par exemple, du Royaume Uni) le procédé législatif peut bien être réglé par une loi. Une telle loi est-elle contraignante pour le législateur futur ?

Imaginons donc une loi L1 qui règle d'une certaine façon le procédé législatif et une autre loi L2 qui règle n'importe quelle matière, par exemple le contrat de location. Or, par hypothèse, L2 n'a pas été approuvée par le procédé prévu par L1, mais par un procédé différent. Peut-on dire que L2 est invalide pour des raisons formelles ? Ou bien doit-on dire que L1 a été tacitement dérogée ou même abrogée par L2 ?

La réponse intuitive est que L2 ne peut pas être invalide. Il s'agit de deux lois, donc deux textes qui se trouvent au même niveau dans la hiérarchie des sources du droit : entre deux lois il n'y a évidemment aucune relation hiérarchique. En cas d'antinomie entre deux lois c'est le principe « *lex posterior* » qu'il faut appliquer. C'est donc la loi nouvelle, L2, qui a abrogé tacitement la loi plus ancienne, L1.

Une telle réponse, néanmoins, n'est pas convaincante.

En premier lieu, il faut distinguer l'*abrogation* d'une norme et sa *violation*. Bien sûr, en l'absence de toute hiérarchie (matérielle) entre deux lois, le législa-

teur a le droit d'*abroger* une loi précédente. Mais la question est de savoir s'il a également le droit de *violer* une loi précédente.

En deuxième lieu, l'abrogation tacite est un phénomène qui se produit lorsque deux normes règlent la même matière de deux façons incompatibles. Mais dans notre cas il n'y a aucune contradiction entre L1 et L2 : L1 règle le procédé législatif, tandis que L2 règle une matière tout à fait différente. Ce qui contredit L1 n'est pas le fond de L2, mais son procédé d'approbation, c'est-à-dire une conduite : une conduite contraire à ce qui est établi par L1. Eh bien, on a du mal à comprendre comment une conduite pourrait abroger la norme qui la règle.

En troisième lieu, ce n'est pas vrai qu'il n'y a aucune relation hiérarchique entre L1 et L2. Il n'y a pas de hiérarchie matérielle, bien sûr. Mais L1 est formellement ou structurellement supérieure à L2. Par conséquent, L2 doit être formellement invalide. Il se peut qu'il n'y ait aucune sanction positive d'une telle invalidité (aucun organe compétent à la reconnaître et à annuler L2). Mais cela ne change pas les données de la question. Par L1 le législateur a posé une contrainte au législateur futur (ou à lui-même, si vous voulez). Une telle contrainte peut bien être abrogée par la loi, mais elle ne peut pas être tout simplement violée par la conduite du législateur tant qu'elle existe.

7 APPLICATIONS (II) : LE RÉGIME JURIDIQUE DES LOIS DE RÉVISION CONSTITUTIONNELLE (LE CAS ITALIEN)

Dans la constitution italienne (qui ressemble, d'ailleurs, à la constitution française en vigueur : art. 89) on trouve : (a) une norme réglant le procédé de révision constitutionnelle (art. 138) ; (b) une norme interdisant la révision constitutionnelle de la forme républicaine de l'État (art. 139). Quel est donc le régime juridique des lois de révision constitutionnelle (LRC) dans l'ordonnement juridique italien ?

(i) *La hiérarchie structurelle*. Le pouvoir de révision constitutionnelle n'est pas un pouvoir originaire : c'est autre chose que le pouvoir constituant. C'est un pouvoir dérivé, créé par la constitution. La LRC est donc une source qui ne pré-existe pas à la constitution : elle trouve dans la constitution son fondement. Par conséquent, la LRC est structurellement subordonnée à la constitution, notamment aux normes constitutionnelles réglant la révision : la norme sur le procédé de révision ainsi que la norme interdisant un certain type de révision.

(ii) *La hiérarchie matérielle*. Cependant, la LRC est bien habilitée à modifier la constitution. Donc elle est matériellement sur le même plan que les autres normes constitutionnelles ... à l'exception des normes qu'elle ne peut pas tou-

cher. En effet, la norme qui interdit la révision de la forme républicaine pose des limites à la LRC, et de cette façon subordonne matériellement la LRC aux normes constitutionnelles – à identifier au moyen de l'interprétation – qui déterminent la forme républicaine de l'État.

(iii) *La hiérarchie axiologique.* D'après la doctrine et, ce qui est plus important, d'après la jurisprudence de la Cour constitutionnelle,¹⁰ les normes constitutionnelles n'ont pas toutes la même valeur. Certaines normes sont plus importantes que les autres : il s'agit des principes « suprêmes », qui sont surordonnés aux autres normes constitutionnelles et donc, *a fortiori*, aux LRC. La conséquence discutable est que les LRC ne peuvent pas toucher aux principes en question. Ce qui équivaut à transformer une hiérarchie purement axiologique – non pas établie par le droit, mais stipulée par les interprètes – en une hiérarchie matérielle.

Par conséquent:

(a) Les deux normes sur la révision (art. 138 et 139) sont structurellement surordonnées aux LRC. Cela veut dire qu'elles ne peuvent pas être valablement violées par les LRC. Autrement dit, toute LRC adoptée par des procédés différents de ceux établis par l'art. 138 serait inconstitutionnelle (par violation de l'art. 138). Et toute LRC qui prétendrait modifier la forme républicaine de l'État serait également inconstitutionnelle (par violation de l'art. 139).

(b) Cependant les deux normes sur la révision, quoique structurellement surordonnées aux LRC, ne sont pas matériellement supérieures aux LRC. La conséquence est qu'elles ne peuvent pas être violées tant qu'elles sont en vigueur, mais elles peuvent bien être modifiées par une LRC. Donc une LRC, adoptée (bien entendu) selon le procédé prévu par l'art. 138, modifiant le même art. 138 ou bien l'art. 139, ne serait pas inconstitutionnelle.

(c) En vertu de l'art. 139, certaines normes constitutionnelles – les normes qui identifient la forme républicaine de l'État – ne sont pas susceptibles de révision constitutionnelle. Ces normes sont matériellement supérieures aux LRC. Donc toute LRC qui prétendrait bouleverser ces normes serait inconstitutionnelle: bien entendu, jusqu'à ce que l'art. 139 ne soit pas abrogé à son tour (car on a vu que l'art. 139, lui, est bien susceptible de révision constitutionnelle).

(d) Enfin, si l'on accepte la thèse de la primauté axiologique des principes suprêmes, tout en acceptant en même temps de traiter une telle hiérarchie axiologique comme une hiérarchie matérielle, toute LRC prétendant toucher aux principes suprêmes serait inconstitutionnelle.

¹⁰ Corte costituzionale, décision 175/1971.

Bibliographie

Denis DE BÉCHILLON, 1996 : *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*. Paris : Economica.

Norberto BOBBIO, 1970 : *Studi per una teoria generale del diritto*. Torino : G. Giappichelli.

—, 1994 : *Contributi ad un dizionario giuridico*. Torino : G. Giappichelli.

Giacomo GAVAZZI, 1967 : *Norme primarie e norme secondarie*. Torino : G. Giappichelli.

Riccardo GUASTINI, 1997 : Gerarchie normative. *Materiali per una storia della cultura giuridica* XXVII (1997) 2. 463–488.

—, 2001 : *Lezioni di teoria costituzionale*. Torino : G. Giappichelli.

Herbert L. A. HART, 1961 : *The Concept of Law*. Oxford : Clarendon Press.

Hans KELSEN, 1962 : *Théorie pure du droit*. Trad. française de la 2^e édition de la *Reine Rechtslehre* par Charles Eisenmann. Paris : Dalloz.

Adolf J. MERKL, 1987 : Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto. In : Adolf

J. Merkl, *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*. Trad. Carmelo Geraci. Milano : Giuffrè.

Giovanni TARELLO, 1977 : Gerarchie normative e interpretazione dei documenti normativi. *Politica del diritto* (1977) VIII. Fasc. 5. 499–526.

Michel TROPER, 1975 : Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle. *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*. Paris : éditions Cujas. 133–151.

*

Jurisprudence italienne. Cour constitutionnelle (www.giurcost.org):

— 175/1971, 14 juillet 1971.

— 1146/1998, 29 décembre 1988.

Constitution italienne (<http://www.giurcost.org/>)

— art. 117, 138 et 139.

Constitution française (www.legifrance.gouv.fr):

— art. 89.

