

Rafael Encinas de Munagorri*

Droit international privé et hiérarchie des normes

Observations sur une rencontre

Les méthodes traditionnelles du droit international privé pour résoudre les conflits de lois et les conflits de juridictions ont été forgées en dehors de la hiérarchie des normes. Plus encore, certains spécialistes du droit international privé estiment que l'idée même de hiérarchie des normes est inappropriée au sein de leur discipline. Cette opinion est le reflet de prises de positions idéologiques. La hiérarchie des normes présente un intérêt pour comprendre les dimensions historiques, théoriques et épistémologiques du droit international privé.

Mots-clés : conflits de lois, droit international privé, universalisme, ordre juridique, science du droit, Kelsen

Existe-t-il une pyramide des normes du droit international privé ? La question est singulière et contient sa part de défi, sinon de provocation. Du point de vue de la théorie du droit, elle n'est guère classique : la hiérarchie des normes trouve plus souvent à s'illustrer dans l'organisation de l'État¹ que dans celle des relations privées internationales. Du point de vue du droit international privé, elle paraît déplacée : les méthodes utilisées pour résoudre les problèmes de conflits de lois ou de juridictions ont été conçues en dehors de la hiérarchie des normes et comme dans ses interstices. L'étude du droit positif montre d'ailleurs que les méthodes du droit international privé ne sont pas toujours faciles à concilier avec la hiérarchie des normes.²

* rafael.munagorri@univ-nantes.fr | Professeur à l'Université de Nantes, Droit et changement social UMR-CNRS 6297.

1 De Béchillon 1996.

2 Gannagé 2001, Lequette 2001. Gannagé (et plus encore Lequette) visent à restreindre la portée de la hiérarchie des normes afin qu'elle ne porte pas atteinte aux méthodes classiques du droit international privé. Cette « conciliation » est réalisée à partir d'une certaine conception des valeurs. A partir de la différence de culture entre musulmans et « occidentaux » (chrétiens ?), la thèse de Gannagé (2001 : 234 et s.) et la préface de Lequette (2001 : X) distinguent les cas où il existe un « *conflit* de civilisation » de ceux où règne une « communauté de droit ». Tout un programme manichéiste auquel nous ne souscrivons pas. De notre point de vue cosmopolite, la différence ne fonde pas le conflit.

Nombre de spécialistes du droit international privé semblent d'ailleurs trouver moins de ressources théoriques dans la hiérarchie des normes proposée par Kelsen que dans d'autres travaux d'obédience institutionnaliste ou jusnaturaliste. L'on songe en particulier ici à la théorie des ordres juridiques proposée par Santi Romano³ ou encore aux positions d'Henri Batiffol qui reposent sur une hiérarchie des valeurs d'inspiration thomiste.⁴ L'explication de ce relatif désintérêt tient pour une large part à des divergences théoriques. La hiérarchie des normes serait à la fois inutile et nuisible.

Inutile car elle a été conçue pour appréhender les normes au sein d'un ordre juridique et non pour résoudre des conflits entre normes juridiques appartenant à des ordres juridiques distincts.⁵ Or, l'objet du droit international privé est indissociable de cette pluralité. Il en résulte une différence quant à la signification du conflit entre normes. Dans la construction de la théorie pure, le conflit est envisagé entre normes d'un même ordre juridique,⁶ par exemple entre la Constitution et la loi d'un même État. En revanche, les conflits du droit international privé opposent des normes issues de plusieurs ordres juridiques, en particulier de deux ou plusieurs États.⁷

3 Romano 2002. La troisième partie, consacrée à la pluralité des ordres juridiques et à leurs relations, semble avoir séduit nombre d'internationalistes, notamment à partir de la notion de *relevance*, dont le contenu est précisé. Voir Romano (2002 : 106, n. 1).

4 Voir notamment Batiffol (2002 : n° 22, 47-50). Décivant l'évolution du droit international privé comme un ordre de systèmes l'auteur se démarque de Kelsen en affirmant porter son attention sur le contenu des règles et les valeurs qu'elles véhiculent.

5 Il faut alors partir d'un double constat : d'une part, le droit applicable dans un État A est *souvent autre* que celui d'un État B ; d'autre part les juridictions misent en place dans le cadre d'un État A sont *toujours différentes* de celles d'un État B. Plusieurs questions sont alors susceptibles de se poser : quelle est la loi applicable lorsqu'une situation juridique peut être rattachée à des ordres juridiques distincts ? Quelle est la juridiction compétente pour trancher un tel litige ? Une décision de justice peut-elle produire des effets à l'étranger ? La première interrogation est connue sous la dénomination de *conflit de lois*, les deux dernières sont parfois regroupées sous celle de *conflit de juridictions*. Une idée maîtresse du droit international privé est que ces interrogations ne sont pas nécessairement liées entre elles : un juge du for peut appliquer une règle étrangère pour résoudre un litige. En ce sens, Virally (1964 : 488) : « Tout le droit international privé ou, en tous cas la théorie des conflits de lois, s'est édifié à partir de la reconnaissance, par un droit étatique donné - c'est-à-dire par les tribunaux qui en relèvent - de l'existence des ordres juridiques étrangers, et de la validité des normes les composant ».

6 L'exposé de la théorie de la hiérarchie des normes par un auteur familier de Kelsen ne laisse pas de doute à cet égard : il s'agit d'une « théorie générale des rapports *normatifs* entre les normes d'un ordre juridique ». Il s'agit de « normes qui règlent la production, la modification, la destruction de normes ainsi que les 'conflits' entre elles » Pfersmann (2003 : 780 ; « un » par nous souligné). Voir Kelsen (1962 : 275), où le conflit entre normes de même degré est distingué de celui entre normes supérieures et inférieures au sein d'un même ordre juridique.

7 Pour le dire autrement, les conflits au sein d'un ordre juridique concernent une norme x et une norme y au sein d'un État A ; les conflits de lois du droit international privé entre une norme x appartenant à un État A et une norme y appartenant à un État B. Précisons dans ce dernier cas qu'il peut s'agir de conflits de normes entre deux États souverains mais aussi deux

Nuisible car la hiérarchie des normes est accusée de perturber l'application des mécanismes traditionnels du droit international privé. Un spécialiste français, dont la réputation n'est plus à faire, a pu à cet égard évoquer les « ravages que provoque au sein du droit international privé la surévaluation de la pyramide des normes ».⁸ Le propos est énoncé en réaction à l'importance prise par les droits fondamentaux et par les sources européennes et internationales dans la détermination des solutions positives. L'évolution décriée porterait atteinte à la cohésion de l'ordre interne et à la satisfaction des intérêts pris en charge par le droit international privé.⁹

La hiérarchie des normes est-elle à ce point perturbatrice et inapte à contribuer à l'intelligence des mécanismes du droit international privé ? Tout à l'inverse, elle nous paraît riche de potentialités pour mettre en relief diverses conceptions du droit international privé, sinon même pour ordonner le pluralisme juridique. De manière plus générale, il se pourrait bien que le droit international privé et la théorie de la hiérarchie des normes contribuent mutuellement à un éclairage réciproque. À partir de cette hypothèse pour le moins intuitive, ce texte¹⁰ vise à répondre à l'invitation des organisateurs du colloque d'envisager le thème des « juristes et de la hiérarchie des normes » à la fois sous un angle historique, théorique et épistémologique. L'ambition est vaste et nous limiterons ce propos exploratoire à formuler quelques observations à partir de chacune de ces perspectives.

1 DIMENSIONS HISTORIQUES

L'émergence du droit international privé comme discipline¹¹ est antérieure à la formalisation théorique d'une hiérarchie des normes. C'est en effet au milieu du 19^{ème} siècle que des auteurs aussi distincts que Story aux États-Unis (1834), Savigny (1849) ou Mancini (1851) en Europe ont rédigé les premiers ouvrages consacrés à un problème ancien qui fait le creux de la discipline : le conflit de lois. Ce problème surgit en présence d'une situation juridique comportant plu-

États fédérés, comme le montre l'exemple des conflits de lois au sein des États-Unis d'Amérique.

8 Lequette (2001 : IX). Niboyet parlait, à son époque, des « ravages causés par un certain dilettantisme universaliste », cité par Oppetit (1992 : 372).

9 Lequette (2001 : VIII).

10 Le présent texte, rédigé en novembre 2005, est issu d'une communication orale présentée sous le titre « Hiérarchie des normes et méthodes du droit international privé ».

11 Pour une excellente histoire qui retrace l'évolution du droit international privé dans son contexte social et politique, voir Halpérin 1999. Voir également Meijers 1967 ; les meilleurs spécialistes du droit international privé ne manquent pas, à l'occasion de retracer l'histoire de leur discipline, que ce soit pour défendre la conception classique de la règle de conflit Mayer (1985 : 129), ou pour se montrer favorable à une relecture publiciste Muir-Watt (1997 : 207).

sieurs rattachements possibles avec des ordres juridiques distincts. Il s'agit, par exemple, de déterminer la capacité d'une personne résidant à l'étranger. Doit-on appliquer la loi de sa nationalité ou celle du territoire sur lequel elle réside ? Selon la loi choisie, la solution peut être différente (par ex. 18 ou 21 ans). La circulation des personnes et des capitaux, accrue de nos jours par des phénomènes de mondialisation, ont multiplié les litiges dans des domaines aussi variés que la famille, le commerce ou l'organisation du travail. Dans tous les cas, ce sont les méthodes utilisées pour trancher de tels conflits et l'origine nationale ou internationale des règles mises en œuvre qui ont fait l'objet de débats récurrents au sein du droit international privé. Quelques jalons historiques peuvent être présentés en recherchant un éventuel éclairage rétrospectif de la hiérarchie des normes.

1.1 Hiérarchie des normes et conceptions du droit international privé

Le conflit de lois fut d'abord appréhendé comme un conflit de souverainetés. Chaque État étant souverain pour déterminer le droit applicable à ses ressortissants, le droit étatique - national ou interne si l'on préfère - est alors seul considéré comme juridiquement applicable. Lorsqu'une règle étrangère est prise en compte pour résoudre un problème juridique, ce n'est que par courtoisie et afin de respecter (comme un fait) les droits acquis à l'étranger. Appliquer une loi étrangère est, en revanche, inconcevable : ce serait abdiquer sa souveraineté. L'ordre juridique étatique est affirmé sur un mode exclusif. Deux États peuvent néanmoins prétendre régir la même situation juridique. Le constat de la diversité des droits étatiques ne peut être évité. Les spécialistes de droit international privé ont alors conçu des règles permettant une coexistence pacifique des souverainetés.

Le conflit de lois se voit alors proposé une réponse sur un mode universaliste susceptible d'être admis par tous. Les positions des juristes ayant conçu et développé le droit international privé à partir d'une telle conception ne sont certes pas toujours dépourvus d'ambiguïtés. Si l'impétueux Mancini plaide pour un droit des gens fondé sur un principe de nationalité aux effets extraterritoriaux,¹² l'impérial Savigny cherche, tout en préservant une préférence nationale, à donner essor à un droit commun à partir d'une conception pétrie de droit romain et de valeurs chrétiennes. Quoi qu'il en soit, la démarche universaliste s'inscrit dans la tradition d'un droit savant à caractère jurisprudentiel.¹³ Cet universalisme est cependant de second degré : le constat premier est celui de l'absence

12 La nationalité est pour Mancini associée à un statut personnel au sens large du terme. « Le droit privé doit accompagner la personne même en dehors de sa patrie », cité par Mayer (1985 : 132).

13 Oppetit (1992 : 331).

de droit commun auquel il faut remédier en proposant des solutions communes pour résoudre les conflits de lois. L'espace laissé vacant par les États souverains, dont la législation sur les rapports privés internationaux est modeste, y invite. L'époque est aussi propice à formuler de manière inédite une technique juridique utilisée depuis au moins le 18^{ème} siècle. C'est la fameuse « règle de conflit de lois » dont le caractère bilatéral, abstrait et neutre est souvent présenté comme le joyau intellectuel du droit international privé.¹⁴

Dans l'idéal universaliste, la règle de conflit est d'ailleurs la même pour tous. Comment la situer au regard des ordres juridiques en général et de la hiérarchie des normes en particulier ? Si la question n'a pas été posée en ces termes, les débats sur le droit international furent intenses à la fin du 19^{ème} siècle et ont coïncidé avec l'apparition de la notion d'ordre juridique dans la doctrine internationale. Kelsen ne pouvait les ignorer et a pris fait et cause pour la conception moniste de l'ordre interne et international en accord avec sa théorie de la hiérarchie des normes.¹⁵

Le conflit de lois, tout en utilisant la technique de la règle de conflit, peut aussi puiser ses sources dans le droit interne¹⁶ et trouver une réponse particulariste propre à chaque État.¹⁷ Le droit international privé positif s'est d'ailleurs affirmé à partir des droits nationaux. C'est le cas en Angleterre¹⁸ mais aussi en Europe continentale où les premières règles de droit international privé ont été posées lors du mouvement de codification.¹⁹ Cet ancrage national sera réaffirmé plus tard, au tournant du siècle, en réaction aux thèses universalistes.²⁰ Dans

14 Explicitons le propos à partir d'un exemple classique de règle de conflit : « La loi applicable aux immeubles est déterminée par le lieu de situation du bien ». Le caractère *bilatéral* provient de ce que la règle peut aussi bien déterminer la loi du juge saisi (loi du for) que la loi étrangère, le caractère *abstrait* résulte de l'absence de prise en compte du contenu matériel (substantiel) de la règle, le caractère *neutre* provient du fait que le juge peut appliquer la règle sans évaluer comparativement les résultats concrets de l'application de chacune des règles envisagées. Voir par ex. sur ces points, Mayer (1985 : 129-130) qui se montre globalement favorable à une défense du procédé.

15 En ce sens, Halpérin (2001 : 41, et spéc. 51).

16 Une règle de conflit peut être formulée de manière *unilatérale*, voir par ex. art. 310 Cciv. fran^{ais} ou encore art. 3 al. 3 Cciv ; « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers ». Mais, elle peut l'être aussi de manière *bilatérale*, ce que n'a pas manqué de faire la jurisprudence fran^aise dans ce dernier cas : l'état et la capacité des personnes sont régis par la loi de leur nationalité.

17 Le particularisme a pu être défini comme « l'attitude consistant à reconnaître que les sources des règles de droit international privé se trouvent dans chaque État, et non dans l'ordre international » Mayer (1985 : 133). Cette attitude conduit le plus souvent à favoriser le droit national au détriment du droit étranger.

18 Harrison (1880 : 417).

19 Voir sur ce point Halpérin (1999 : 27 et s).

20 Bardin a pris fermement position sur ce point : « les règles de conflit sont des règles nationales dans chaque pays, au même titre que les institutions de droit interne dont elles circonscrivent

l'entre deux guerre, la perspective nationaliste s'affirme parfois sous une forme plus agressive, comme le montre en France la xénophobie juridique à peine voilée de Niboyet.²¹ De nos jours, dans un contexte en apparence plus apaisé, la tendance unilatéraliste connaît un renouveau.²²

Diverses techniques permettent à la fois de donner pleine efficacité au droit du for et d'éliminer le droit étranger estimé indésirable. D'un côté, il s'agit d'appliquer dans toute sa rigueur le principe de territorialité. De l'autre, il est question d'écarter l'application du droit étranger. Les deux mécanismes se retrouvent aux deux extrémités du conflit de lois. En amont, les lois de polices dites aussi d'application immédiate²³ permettent de supprimer un éventuel conflit. En aval, l'exception d'ordre public²⁴ permet d'écarter une règle étrangère (qui aurait été) normalement applicable par le jeu de la règle de conflit. Dans les deux cas, l'ordre public sert de boussole, ou plutôt de girouette. Dans les deux cas aussi, il a pu être invoqué pour mettre à l'écart une convention internationale en violation de la hiérarchie des normes retenue en droit positif français.²⁵

le domaine. Elles leur restent liées comme l'ombre au corps parce qu'elles ne sont pas autre chose que la projection de ces institutions elles-mêmes sur le plan du droit international », cité par Lequette (1995 : 28) qui s'inscrit nettement dans un sillon particulariste à caractère réactionnaire et affiche un scepticisme peu amène à l'égard de l'universalisme en général et de l'élaboration des conventions internationales en droit international privé de la famille en particulier.

21 Voir sur ce point Halpérin (1999 : 127).

22 Gothot (1971 : 9).

23 Franceskakis (1966 : 1). Les conventions internationales statuant sur les règles de conflit y font parfois référence, ex. art. 7 *Convention de Rome* du 19 juin 1980.

24 Libchaber (1996 : 65). Le procédé permet par exemple de s'opposer en France à la production de certains effets juridiques liés à la polygamie ou à la répudiation d'une femme mariée. La conception française de l'ordre public international tend à prendre appui sur les textes internationaux relatifs aux droits de l'homme, parfois même pour écarter l'application d'autres conventions bilatérales, Cass. Civ. 1, 17 février 2004, B.I, n° 47, D.2005.1266 obs. H. Chanteloup (répudiation unilatérale du mari et principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage). A l'inverse, l'existence d'une convention internationale peut faire échec à l'invocation de l'ordre public français. Cass. Ass. Plén. 14 oct. 1977, V ; n° 6 ; D. 1978.417, note P. Lagarde.

25 Pour l'exemple d'une loi de police, Cass. Civ. 1, 27 oct. 1964, D. 1965.81 « la loi (française) est applicable sur le territoire français à tous les mineurs qui s'y trouvent quelque soit leur nationalité ou celle de leurs parents », la règle posée ne semble pas tenir compte de la Convention de la Haye de 1961 sur la protection du mineur de sa personne et de ses biens. Pour l'exception d'ordre public, voir l'étonnante motivation de Cass. Civ. 1, 6 juillet 1988, Baaziz, R. 1989.71 note Lequette ; « sauf dispositions contraires, les conventions internationales réservent la contrariété à la conception française de l'ordre public international : que cette conception s'oppose à ce que le mariage polygamique contracté à l'étranger par celui qui est encore l'époux d'une Française produise ses effets à l'encontre de celle-ci ». En l'espèce, le litige opposait deux épouses estimant chacune pouvoir bénéficier de la rente du conjoint survivant suite au décès de leur époux.

1.2 Hiérarchie des normes et centralisation du droit international privé

Il existe aussi une tendance inverse à la centralisation par laquelle la prise en compte de la hiérarchie des normes réduit la marge d'appréciation offerte par le recours aux méthodes classiques du droit international privé. Aujourd'hui plus que par le passé, des normes d'origine constitutionnelle²⁶ et surtout communautaire²⁷ et internationale²⁸ interviennent dans la résolution des conflits de lois. Cette dernière évolution correspond à un double mouvement de centralisation du droit international privé. Le premier aspect concerne les règles de conflit de lois. Faire coexister des règles de conflit d'origine nationale n'est guère satisfaisant : le conflit de normes internes se trouve en quelque sorte repoussé au niveau des règles de conflit elles-mêmes. Il est alors fort compréhensible que des spécialistes de droit international aient cherché à rapprocher les règles de conflit nationales les unes des autres. Puis, selon un processus bien connu en droit comparé, d'en rechercher l'harmonisation, voire l'unification.²⁹ Un deuxième aspect concerne les règles matérielles. A la différence de la règle de conflit qui constitue un procédé indirect, la règle matérielle ou (substantielle) permet de trancher directement le conflit en édictant une norme destinée à régir des rapports privés internationaux.³⁰ Ces règles sont peu nombreuses en droit interne pour des raisons évidentes d'extraterritorialité et d'absence de réciprocité. Le procédé est en revanche plus efficace lorsqu'il s'agit de poser des règles communes à plusieurs États, le plus souvent par voie d'un traité ou d'un accord international.³¹ Le droit international privé connaît alors une centralisation dont les États sont, directement ou par le truchement d'initiatives privées, à l'origine.

26 Trib. const. fédéral d'Allemagne, 4 mai 1971, *Revue critique de droit international privé*, 1974, p. 57 note C. Labrusse (l'application de la règle de conflit au condition de fond de l'union entre une allemande et un espagnol conduisait à porter atteinte à la liberté du mariage) ; voir aussi à propos de l'égalité des époux, Cour constitutionnelle d'Italie, 26 février 1987, *Revue critique de droit international privé*, 1987, p. 563 note B. Ancel « la règle de conflit effectue un choix d'ordre normatif qui ne peut pas ne pas être confrontée aux options prises au niveau constitutionnel ». Sur ces exemples et sur le contrôle de constitutionnalité et la règle de conflit, voir Gannagé (2001 : n°36 et s.).

27 Voir de manière générale, Wilderspin & Lewis (2002 : 1).

28 Il en résulte des conséquences sur le plan procédural : la Cour de cassation a ainsi estimé que la règle de conflit devait être appliquée d'office par le juge français lorsqu'elle résultait d'un traité ratifié par la France, Cass. Civ., 4 déc. 1990, *Coveco, Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 3^{ème} éd., n° 71-73, p. 517 ; Cass. Civ., 10 mai 1995, D.1996.622 note Engel & Sinopli.

29 Depuis 1951, la Conférence de La Haye de droit international privé a élaboré plus de trente conventions. L'accroissement des sources communautaires du droit international privé peut être aussi mentionné.

30 Simon-Depitre (1974 : 591).

31 Citons l'exemple bien connu de la *Convention de Vienne* du 11 avril 1980 sur la vente internationale des marchandises.

Le droit international privé se prête d'ailleurs parfois à des visées ambitieuses sur la consolidation d'un ordre juridique en devenir. Hier ce fut l'effort déployé par Story pour promouvoir les prérogatives de l'État fédéral à partir de l'élaboration d'un droit des conflits entre les États d'Amérique. Aujourd'hui ce sont les projets d'harmonisation et d'unification menée au sein de l'Union européenne pour rapprocher les droits des pays membres, adopter des règles de conflit de lois communes, dans l'attente d'une unification du contenu des droits nationaux qui vide le problème de sa substance. Lorsque le droit est unifié, il n'y a en effet plus de place pour les conflits de lois. La perspective de l'intégration de l'ordre juridique communautaire dans les États membres est alors concurrencée par celle, inverse, de l'absorption de l'ordre juridique interne dans l'Union européenne. La dynamique de centralisation des sources du droit international privé est à l'avant-garde d'une recomposition de la hiérarchie des normes dans un ordre juridique plus vaste.

Outre qu'il rencontre de fortes résistances, ce mouvement de centralisation n'est certes pas uniforme. Les États ont d'ailleurs perdu de leur influence normative pour structurer un domaine aussi important que l'économie capitaliste de marché. Si le phénomène n'est guère nouveau, il est désormais compris et analysé dans le cadre de la mondialisation. L'existence d'accords interétatiques, tels que ceux ayant donné naissance à l'Organisation mondiale du commerce, ne représentent qu'une surface immergée de l'iceberg. Ce sont plus largement les opérateurs du commerce international dans leur ensemble, États y compris, qui sont à l'origine de pratiques contractuelles et d'usages à l'origine d'un droit mondialisé, parfois identifié sous l'appellation de *lex mercatoria*.³² À tel point que l'hypothèse d'un ordre juridique tiers, distinct de l'ordre interne ou de l'ordre international, a pris assez de consistance pour recevoir crédit auprès des meilleurs spécialistes de droit international public.³³ Organisé pour satisfaire les besoins de l'économie capitaliste de marché, cet ordre juridique s'agence avec les ordres juridiques internes dont l'impérativité est, à l'occasion, sollicitée. Sauf à proposer d'autres modes d'intelligibilité du droit,³⁴ le défi consiste alors à situer dans une hiérarchie les normes produites par des opérateurs publics et privés dont la volonté s'exprime pour l'essentiel par contrat,³⁵ y compris pour confier à des arbitres internationaux le soin de trancher leurs litiges.

32 Outre l'article pionnier de Goldman (1964 : 177), on se reportera avec profit à la synthèse réalisée par Loquin (2000 : 23 ; 2001 : 70). Et pour une mise en perspective du point de vue des sources, Kessedjian (2004 : 163 et s.). Si l'auteur semble peu influencée par Kelsen, elle ne manque pas de proposer une reconstruction d'une gouvernance par le jeu de deux pyramides qualifiées de normatives. Voir Kessedjian (2001 : 291).

33 Virally (1982 : 373). Voir aussi Pellet (2000 : 53) qui s'étonne *in fine* de la prudence des privatistes à reconnaître dans l'ordre mercatique les caractères d'un ordre juridique.

34 Ost & van de Kerchove (2002 : not. 183 et s.).

35 Voir not. Loquin & Ravillon (2000 : 114).

*

En définitive, l'histoire du droit international privé est parcourue par des mouvements de centralisation et de décentralisation dont les enjeux recoupent pour partie la délimitation des ordres juridiques et la hiérarchie des normes qui en procède. Réciproquement, les débats du droit international ont contribué à enrichir les notions d'ordre juridique et de hiérarchie des normes.³⁶ Il y a pourtant une certaine naïveté à considérer la hiérarchie des normes comme une construction assez stable pour offrir une clef de lecture aux évolutions du droit international privé. La hiérarchie des normes est d'abord une théorie qui peut être invoquée à l'appui de conceptions aussi différentes que l'exclusivisme d'un ordre juridique étatique, l'aspiration universelle à une communauté de droit, voire l'affirmation d'un ordre juridique transnational orientée pour satisfaire les besoins du capitalisme de marché. Ouvrant diverses possibilités juridiquement envisageables, elle fait ressortir la teneur politique des choix normatifs réalisés, ce qui n'est pas rien pour penser une mondialisation parfois présentée comme erratique.

Dans la querelle entre universaliste et particulariste, la théorie de Kelsen a pu être utilisée par ce second courant pour affirmer le caractère étatique et national du droit international privé.³⁷ Ainsi, « le positivisme kelsénien n'a guère servi l'universalisme en matière de droit international privé ».³⁸ Ce constat historique, que Kelsen aurait sans doute trouvé navrant, ne résulte pas moins d'une déformation de sa théorie. D'abord, Kelsen n'a jamais nié ni l'existence d'un droit international ou mondial. Ensuite, sa théorie de la hiérarchie des normes permet d'affirmer aussi bien la primauté du droit étatique que celle du droit international. Enfin, il serait abusif de transformer la hiérarchie des normes en une hiérarchie des ordres juridiques, en particulier dans l'objectif plus ou moins avoué de mettre les valeurs juridiques nationales au creux du droit international privé. La rencontre du droit international privé et de la hiérarchie des normes invite alors à réévaluer certaines analyses de Kelsen.

2 DIMENSIONS THÉORIQUES

La théorie de la hiérarchie des normes est un mode d'intelligence du droit. Là réside sa valeur et son efficacité. Son abstraction est mise au service de l'ordonnement des normes juridiques, de leur mise en ordre. Elle contient aussi

³⁶ Voir *supra* note 15. La conception moniste pose nécessairement la question de la hiérarchie entre normes étatiques et normes internationales.

³⁷ Halpérin (1999 : 122 et, notamment 123) : « Sortie de son contexte, cette manière de penser l'État comme un ordre juridique exclusif conduisit la doctrine internationaliste à repenser le problème de l'application de la loi étrangère en refusant la perspective pluraliste ».

³⁸ Halpérin (1999 : 198).

une proposition de définition du droit : la norme acquiert existence juridique et validité lorsqu'elle fait partie intégrante d'une hiérarchie. Il n'est point de norme juridique isolée, indépendante ou solitaire. En droit, la norme s'articule à d'autres pour faire système, ordre juridique précisément.³⁹ Ce phénomène ne résulte pas d'une pulsion de vie normative ou d'un commandement sacré,⁴⁰ mais d'une conception du droit élaborée et mise en œuvre par les juristes. L'essor théorique de la hiérarchie des normes, comme chacun sait, doit beaucoup à Hans Kelsen. La représentation des normes en une pyramide a frappé les esprits et conserve son influence, en particulier en France où elle flatte la tradition d'un État fort et centralisé.⁴¹ Kelsen n'a pourtant pas seulement conçu la hiérarchie des normes au sein de l'État. Sa théorie pure concerne les normes internes et internationales dans leur ensemble.⁴² Elle a vocation à s'appliquer au droit international privé même si l'auteur n'a pas spécialement porté attention à cette discipline.⁴³ Deux questions sont ici essentielles : l'unité du droit comme système est-elle compatible avec la pluralité des ordres juridiques ? Les conflits entre normes issues d'ordres juridiques distincts peuvent-ils être tranchés à partir d'une hiérarchie des normes ?

2.1 Hiérarchie des normes et pluralité des ordres juridiques

La théorie de la hiérarchie des normes envisage le droit sous le signe de l'unité. Les normes font partie d'un même ensemble hiérarchisé au sommet duquel Kelsen place la fameuse norme fondamentale. L'image d'une « pyramide de l'ordre juridique » comportant plusieurs degrés en résulte. Cette construction pyramidale se retrouve dans tous les ordres juridiques. Si la démonstration de Kelsen prend d'abord appui sur l'organisation normative de l'État, c'est parce que l'exemple lui est primordial. « *Commengons par raisonner* uniquement sur les ordres juridiques étatiques », nous dit-il.⁴⁴ La phrase appelle, à l'évidence, une suite qui sera celle du droit international. Notons dès à présent l'utilisation du pluriel : il existe une pluralité d'ordres juridiques étatiques - ce qui est un constat d'évidence - et chacun est structuré sous la forme d'une pyramide.

Les États ne sont pas les seuls ordres juridiques et Kelsen envisage bien vite l'existence de l'ordre juridique international et ses rapports avec les ordres ju-

39 Les termes d'ordre juridique et de système juridique sont ici utilisés comme synonyme, mais ils peuvent aussi être dissociés.

40 L'étymologie grecque du terme hiérarchie (archie/commandement, archos/sacré) est donc ici malmenée.

41 De Béchillon (1994 : 81).

42 Kelsen (1962 : 425).

43 Voir toutefois *infra*.

44 Kelsen (1962 : 399). C'est nous qui soulignons.

ridiques internes.⁴⁵ Dans la suite de l'ouvrage, un titre entier, intitulé État et droit international est consacré à cette question.⁴⁶ Mais il nous importe surtout à ce stade d'insister sur le fait que Kelsen analyse l'ordre juridique international sous la forme d'une pyramide disposant, comme pour tous les ordres juridiques, d'une norme fondamentale, comme on sait postulée. En l'occurrence précisons d'ailleurs que la « pyramide du droit international » a un fondement coutumier.⁴⁷ Il est donc inexact de dire que Kelsen a exclusivement raisonné sur le modèle de l'État. Tout à l'inverse, il est fort préoccupé d'établir le droit international en une pyramide de normes à part entière, le cas échéant à même de fournir un fondement aux ordres étatiques eux-mêmes.⁴⁸

L'unité du droit est-elle compatible avec cette pluralité des ordres juridiques ? Kelsen apporte une réponse affirmative à partir de l'étude des normes étatiques et internationales. Prolongeant des débats antérieurs menés en droit international, il estime que ces normes forment un même ensemble. Cette unité du droit correspond à la thèse du monisme.⁴⁹ À la différence de la théorie dualiste, l'ordre juridique étatique n'est pas cloisonné avec l'ordre juridique international. Dans la conception moniste, le droit n'est pas segmenté et compartimenté en plusieurs ordres juridiques étanches. L'ordre interne et l'ordre international sont perméables : les normes peuvent s'écouler de l'un à l'autre d'une manière fluide, ce qui évoque la métaphore des sources du droit. Ainsi, il n'est pas nécessaire de transformer le droit international en droit interne.⁵⁰ Pour autant, le droit étatique reste distinct du droit international. Sauf à évoquer l'hypothèse d'un État mondial universel,⁵¹ les deux ordres juridiques ne se confondent pas, mais s'agencent l'un à l'autre. La conception moniste de la théorie des normes défendue par Kelsen est donc tout à fait compatible avec le constat d'une pluralité d'ordres juridiques. Cette pluralité est admise à partir du moment où l'unité du droit comme système de normes hiérarchisées est préservée. Sous réserve de préciser la signification de l'expression, il est possible de dire que Kelsen défend un monisme pluraliste,⁵² ce qui ne semble pas toujours compris. La théorie de

45 « Le moment est venu de prendre en considération également l'ordre juridique international, et de rechercher quelles conséquences son existence et le rapport existant entre lui et les multiples ordres juridiques étatiques entraînent pour la solution du problème de la norme fondamentale de l'ordre étatique » Kelsen (1962 : 289).

46 Voir le titre VII de la Théorie pure intitulé « État et droit international » Kelsen (1962 : 420 et s.).

47 Kelsen (1962 : 424-425).

48 Kelsen (1962 : 289).

49 Cette conception est celle retenue en droit positif français. Voir sur ce point et pour d'autres exemples, Conseil d'État (2000 : 24 et s.).

50 Kelsen (2001a : 175). Comp. Kelsen (1962 : 440-441).

51 Kelsen (1962 : 430). Leben (2001 : 87).

52 Kelsen est pluraliste au sens faible où il reconnaît l'existence d'ordres juridiques partiellement distincts. Il ne l'est pas au sens fort et habituel du terme où des ordres juridiques sont to-

la hiérarchie des normes prône l'unité du droit comme système et non l'unification des ordres juridiques.

Le droit international privé invite à une interrogation qui peut paraître étrange : peut-on concevoir deux ordres juridiques étatiques sous la perspective du monisme, c'est-à-dire comme deux ensembles de normes juridiques relevant d'un même système ? S'il est théoriquement possible de concevoir, en l'absence de droit international, deux ordres juridiques étatiques totalement isolés l'un de l'autre, il est tout aussi envisageable qu'ils établissent des liens entre eux. L'existence de règles internes ayant un objet international le montre aisément, en particulier lorsqu'elle conduit à prendre en compte la loi d'un État étranger. Néanmoins, selon Kelsen, lorsque le juge applique une loi étrangère, « ce n'est pas le droit d'un autre État, mais son propre droit que l'État applique ».⁵³ Cela dit, le droit étatique peut tout aussi bien désigner soit la norme matérielle d'un autre État, soit une norme de droit international privé de cet autre État. « Du point de vue du positivisme juridique, il n'y a pas de doute que le législateur peut stipuler l'une ou l'autre ». Dans les deux cas toutefois, c'est bien la norme étatique qui est, à proprement parler, appliquée par le juge du for. Si deux ordres juridiques sont donc envisagés dans un même ensemble, c'est nécessairement à partir de l'un d'eux. Kelsen évoque même la possibilité pour un ordre juridique étatique de fonder un autre par le truchement de l'ordre juridique international.⁵⁴

2.2 Hiérarchie des normes et primauté d'un ordre juridique

L'apport majeur de la conception moniste de la hiérarchie des normes est de concevoir le domaine juridique comme un tout. Du reste, il ne peut y avoir de conflit, au sens kelsénien, entre le droit international et le droit étatique. La contrepartie est que les normes sont hiérarchisées au sein d'un même système.⁵⁵ Selon quelles modalités ? C'est tout le problème de la hiérarchie des normes, ou plus exactement de la hiérarchie des ordres juridiques, qui se trouve posée entre l'État et le droit international. La thèse moniste permet d'aborder le problème

talement distincts et peuvent contenir, de manière simultanée, des normes juridiquement valables susceptibles de rentrer en conflit.

⁵³ Kelsen (2001b : spéc. 313).

⁵⁴ « L'ordre étatique qui forme le point de départ de la construction devient ordre juridique universel, qui délègue tous les autres ordres étatiques et qui les englobe en lui-même » Kelsen (2001b : 446). Cette hypothèse assez complexe correspond à un système moniste avec primauté de l'ordre juridique étatique, ou plus exactement de l'un d'entre eux. Elle peut paraître fort abstraite, sauf à prendre en compte le penchant de certains juristes nationaux de considérer leur ordre juridique interne comme le nombril du monde.

⁵⁵ « On ne peut les considérer tous deux (droit international et le droit interne) comme des ordres valables simultanément de normes obligatoires autrement qu'en les comprenant tous deux en *un* système unique descriptible en propositions de droit non contradictoires » Kelsen (2001b : 434).

de front. L'existence de deux ordres juridiques (étatique et international) au sein d'un même système de normes hiérarchisées oblige à se prononcer. Kelsen, rappelons-le, développe ses analyses pour démontrer que la conception moniste de l'unité du droit comme système admet aussi bien la primauté du droit international sur le droit interne que la solution inverse de la primauté du droit interne sur le droit international. Comme il aime à le rappeler, le choix est de politique juridique ; il ne résulte pas de la théorie de la hiérarchie des normes qui s'applique dans les deux cas à partir du jeu d'une norme fondamentale unique, Constitution d'un État ou coutume internationale.

Par-delà l'apparente neutralité requise par le caractère pure de sa théorie, Kelsen a une sympathie pour la théorie du droit international qui « crée une condition essentielle pour parvenir à une unité politique du monde, doté d'une organisation juridique centralisée ».⁵⁶ Dans ce texte rédigé aux États-Unis en 1952, Kelsen a nécessairement à l'esprit la construction des Nations unies dans laquelle il a placé tant d'espoirs : la construction théorique d'une pyramide des normes prenait la forme tangible d'un ordre juridique mondial en construction.

Soumis à des processus de centralisation et de décentralisation, le droit international privé obéit à une dynamique moins univoque. Reste que la hiérarchie des normes peut être conçue soit à partir de l'ordre juridique étatique, soit à partir de l'ordre juridique international,⁵⁷ soit encore sans doute à partir d'un ordre juridique mondial fondé sur le droit des gens. C'est pourquoi elle permet de mettre en relief des conceptions du droit international privé aussi différentes que celles particularistes, universaliste ou mondialiste.

La théorie kelsenienne de la hiérarchie des normes offre un puissant modèle de compréhension du droit à l'efficacité éprouvée. Son domaine n'est pas cantonné au droit étatique ou encore à l'ordre international issu d'une conception westphalienne centrée sur la souveraineté étatique. Il est possible de soutenir quelle peut également hiérarchiser des normes émanant d'un ordre juridique mondial en cours de recomposition. Au total, la pensée de Kelsen est accueillante : elle permet d'envisager plusieurs pyramides de références qui sont autant de possibilités théoriques ouvrant sur des solutions concrètes. Plus en-

⁵⁶ Cité par Herrera (2004 : 70).

⁵⁷ La primauté de l'ordre international est affirmée dans toutes ses conséquences universalistes : « le principe de l'effectivité qui est une norme du droit international positif, détermine aussi bien le principe de validité des ordres juridiques étatiques que leurs domaines de validité territorial, personnel et temporel, et que par suite ces ordres juridiques étatiques doivent être conçus comme des ordres juridiques partiels délégués par le droit international, et par là-même subordonnés ou inférieurs à lui, et comme inclus par lui dans un ordre juridique universel, mondial, de sorte que *le droit international rend seul possible la coexistence dans l'espace et la succession dans le temps de ces ordres juridiques étatiques*. Ces idées se résument dans la formule de la primauté de l'ordre juridique international » Kelsen (2001b : 440 ; c'est nous qui soulignons). Ou encore: « la juxtaposition spatiale d'une pluralité d'États [...] devient juridiquement possible » Kelsen (2001b : 442).

core, ces pyramides peuvent coexister à partir du moment où l'unité du droit comme système est sauve. Ces pyramides ne sont pas dispersées dans le désert juridique mondial mais regroupées en un seul édifice dont la forme varie selon l'angle de vue. La représentation pyramidale devrait alors être conçue en trois dimensions et non plus seulement en deux, ce qui invite à l'édification de nouvelles théories de la hiérarchie des normes.

3 DIMENSIONS ÉPISTÉMOLOGIQUES

Nos dernières observations se limiteront à distinguer - sans doute trop brièvement et de manière caricaturale - deux postures épistémologiques à l'égard de la hiérarchie des normes. L'une conduit à l'apprécier au regard du pouvoir des juristes, que ce soit comme un atout ou une menace. L'autre consiste à proposer une hiérarchie à même de rendre possible, dans le même geste théorique, une connaissance du droit et une critique politique, ce qui est en un sens la démarche kélsénienne.⁵⁸

3.1 Hiérarchie des normes et pouvoir des juristes

En droit international privé comme ailleurs, la hiérarchie des normes se présente à la fois sous les traits d'une théorie et d'une pratique du droit.⁵⁹ Là réside d'ailleurs une large part de son efficacité qui contraint les juristes à prendre position à son égard. L'histoire du droit international privé montre qu'elle a pu donner lieu, selon les époques les circonstances et les sensibilités théoriques, à deux attitudes distinctes.

La première est de faire jouer la pyramide des normes pour déterminer les solutions positives. Cette prise de position peut conduire à privilégier tantôt les sources étatiques, tantôt les sources internationales. Dans les deux cas, le juriste adopte une posture positiviste, au moins au sens premier d'une méthode d'approche du droit.⁶⁰ Par ses commentaires et analyses, il participe à formuler et à reformuler la hiérarchie des normes pour lui faire produire des conséquences concrètes et appliquées. De même qu'une pyramide est muette, la hiérarchie des normes ne parle pas d'elle-même ; le rôle des juristes consiste alors à énoncer des solutions en accord avec la représentation (réelle, supposée ou postulée) pyramidale des normes. Ils contribuent ainsi à la consolider ou du moins à en perpétuer la représentation, ce qui n'est guère différent. Le pouvoir d'influence des juristes s'exerce alors de l'intérieur de la pyramide des normes. Dire le droit

⁵⁸ Herrera (2004 : 95).

⁵⁹ Libchaber (1997 : 794).

⁶⁰ Rappelons ici la très éclairante distinction établie par Bobbio (1998 : spéc. 24 et s.) du positivisme comme méthode d'approche, théorie ou idéologie du droit.

revient à faire parler la grande machinerie de la hiérarchie des normes. L'idéal poursuivi étant de l'incarner à son sommet : le schéma de réussite d'une carrière entre alors en résonance avec la forme pyramidale de hiérarchie des normes. Au sommet de leur art, les meilleurs juristes ne cachent d'ailleurs pas leur goût du pouvoir au plus haut niveau de l'État, des juridictions, ou des organisations internationales.

La deuxième attitude vise à réduire la portée de la hiérarchie des normes, voire à mettre en doute son existence. Son point de départ est bien souvent une critique globale du « positivisme » qui peut porter pèle-mêle sur trois aspects : une méthode d'approche du droit,⁶¹ une théorie du droit assimilée au positivisme étatique ou légaliste,⁶² une idéologie consistant à estimer que le droit en vigueur ne doit pas souffrir de critiques excessives.⁶³ Loin de travailler à l'intérieur de la pyramide des normes pour contribuer à son édification, le juriste prend alors un tout autre chemin. Cette stratégie de rupture avec la hiérarchie des normes n'est pas pour autant un renoncement à l'affirmation de son pouvoir d'influence. Tout au contraire : la perspective de la hiérarchie des normes est perdue comme une limite à l'expression du génie créateur des juristes. Il faut alors, réactiver le « rôle de la doctrine comme 'force créatrice' du droit international privé ». ⁶⁴ Les juristes ne se placent plus à l'intérieur d'une pyramide des normes ; ils se présentent, comme fondateurs du droit à la manière des anciens jurisconsultes. L'œuvre doctrinale consiste à bâtir un « droit international privé jurisprudentiel et scientifique sans intervention d'un législateur national ou international ». ⁶⁵ Dans sa superbe, le juriste, n'hésite pas à s'identifier à une « doctrine » ⁶⁶ parée d'innombrables qualités : créativité, indépendance, objectivité scientifique, esprit critique, humilité. C'est que le pouvoir, d'influence des juristes doit prospérer à l'extérieur de la pyramide étatique des normes, ce qui peut être un commerce florissant pour les meilleurs, comme en témoigne le marché de l'arbitrage international, où les juristes monnaient leurs vertus. ⁶⁷ De manière, plus générale, la hiérarchie des normes est perdue comme une atteinte

61 Voir en particulier Oppetit (1992 : III), *passim*, qui prend d'entrée pour cible la démarche de Batiffol et Lagarde qualifiée de positiviste (Oppetit 1992 : 339 et 372). L'accusation ne manque pas de sel à l'égard de Batiffol dont les positions ont été évoquées, *supra*, note 4.

62 Oppetit (1992 : 339 et 364).

63 Oppetit (1992 : 373-374).

64 Oppetit (1992 : 340). La démonstration prend la forme d'une hypothèse : « la persistance en droit international privé, au rebours de ce qui s'est produit dans l'évolution générale du droit contemporain, qui a pour 'oracles' le législateur et le technocrate, de l'élément doctrinal et scientifique comme facteur prépondérant de son élaboration » Oppetit (1992 : 343).

65 Oppetit (1992 : 365).

66 Oppetit (1992 : 368 et s.). Pour une critique de la notion, Jestaz & Jamin 2004.

67 Dezalay & Bryant 1996.

à la liberté (des juristes) pour préconiser des solutions justes et une menace pour la discipline du droit international privé.⁶⁸

3.2 Hiérarchie des normes et connaissance scientifique

L'un des objectifs de la théorie pure est précisément d'éviter que les juristes usent de leur pouvoir d'influence au nom de la science du droit. Le langage polémique de la préface rédigée en 1934 par Kelsen présente ce combat avec la plus grande lucidité : la lutte a pour enjeu

la renonciation à l'habitude profondément enracinée de défendre au nom de la science du droit, c'est-à-dire en invoquant une autorité objective, des postulats politiques, qui n'ont qu'un caractère essentiellement subjectif, même s'ils une classe... Cette lutte touche en effet aux intérêts les plus vitaux de la société, et par là, en bon rang, aux intérêts professionnels des juristes. Il est bien compréhensible que les juristes ne renoncent pas volontiers à croire et à faire croire que leur science leur donne la réponse au problème de la « bonne » solution des conflits d'intérêts au sein de la société.⁶⁹

Le propos s'applique aux juristes du droit international privé comme à d'autres. Il vise tout aussi bien ceux qui prétendent utiliser la hiérarchie des normes à leur profit que ceux qui cherchent à en réduire la portée pratique. Dans les deux cas, les juristes projettent leurs propres valeurs pour présenter la « bonne solution »⁷⁰ sur un mode objectif et rationnel.

La théorie de la hiérarchie des normes peut-elle avoir une place dans la connaissance du droit ? Kelsen apporte un élément de réponse à partir du choix, - obligatoire dans la conception moniste - entre primauté de l'ordre étatique et primauté du droit international. La première option correspond à une philosophie subjectiviste : elle part du droit étatique comme d'un moi subjectif au regard duquel « le droit international et les autres ordres juridiques étatiques » forment un « droit extérieur » La seconde option correspond à une philosophie objectiviste : le droit international se présente comme une réalité extérieure, un ordre juridique valable à partir duquel il est possible de « concevoir l'existence juridique de multiples États ».⁷¹ Ces deux constructions juridiques, selon Kelsen, n'affectent en rien le contenu du droit interne ou international. Et l'auteur de prendre pour analogie la différence entre le système géocentrique de Ptolémée et celui héliocentrique de Copernic. Également concevables, les deux systèmes astronomiques se distinguent pour prendre deux référents distincts. De même, les « la science du droit ne peut qu'exposer les deux conceptions et établir que lorsqu'on veut définir le rapport entre droit international et droit

68 Voir en ce sens Lequette (1995 : 20), qui ne manque pas par ailleurs de louer son collègue Oppetit pour son cours « d'une rare élévation d'esprit ».

69 Kelsen (1962 : IX).

70 Les deux procédés peuvent parfois se combiner.

71 Kelsen (1962 : 450).

étatique, il faut nécessairement accepter soit l'un, soit l'autre des deux systèmes de références ».72 La théorie du droit se propose donc d'ouvrir des voies juridiquement envisageables : « elle rend la voie libre pour l'une ou l'autre des deux évolutions politiques contraires, - sans postuler ou justifier l'une ou l'autre ».73

La théorie de la hiérarchie des normes doit être comprise sur ce mode : elle suggère des constructions juridiques qu'il faut prendre pour tel.74 Elle échafaude plusieurs pyramides normatives de références. Rien n'interdit de s'en emparer pour penser le droit international privé à partir d'un ordre juridique étatique, international même un édifice comme celui de l'ordre juridique né du commerce international. Elle met ainsi en relief plusieurs conceptions politiques qui sont aujourd'hui à l'œuvre dans la dynamique de mondialisation dominée par le capitalisme. Son mérite essentiel est de faire ressortir les dimensions politiques du droit. Il est certes possible de regretter que la connaissance scientifique se limite à délimiter les contours de l'arène politique. Reste alors à prendre le chemin inverse pour partir des enjeux politiques et remonter à la science du droit. Une nouvelle épistémologie où la science prendrait le droit pour modèle et non l'inverse ?

Bibliographie

Henri BATIFFOL, 2002 : *Aspects philosophiques du droit international privé* (1956). Réédition présentée par Yves Lequette. Paris : Dalloz.

Denys de BÉCHILLON, 1994 : Sur la conception française de la hiérarchie des normes. Anatomie d'une représentation. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* (1994) 32.

, 1996 : *Hiérarchies des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*. Paris: Economica.

Norberto BOBBIO, 1998 : *Essais de théorie du droit*. Trad. Michel Guéret. Introduction de Riccardo Guastini. Paris : LGDJ.

Conseil d'Etat, 2000 : *La norme internationale en droit français. Études du Conseil d'État*. Paris : La documentation française.

Yves DEZALAY & Bryant G. GARTH, 1996 : *Dealing in Virtue. International commercial arbitration and the construction of a transnational order*. Chicago : The University of Chicago Press.

Rafael ENCINAS DE MUNAGORRI, 2004 : Qu'est-ce que la technique juridique ? *Recueil Dalloz* 189 (2004) 11, *Chronique*. 711-715.

Phocion FRANCESKAKIS, 1966 : Quelques précisions sur "les lois d'application immédiate" et leur rapports avec les règles des conflits de lois. *Revue critique de droit international privé* (1966).

Léna GANNAGÉ, 2001 : *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*. Paris : LGDJ.

Berthold GOLDMAN, 1964 : Frontières du droit et *lex mercatoria*. *Archives de philosophie du droit* (1964) 9. 177-192.

Pierre GOTHOT, 1971 : Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé. *Revue critique de droit international privé* (1971).

Jean-Louis HALPÉRIN, 1999 : *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*. Paris : PUF.

, 2001 : L'apparition et la portée de la notion d'ordre juridique dans la doctrine internationaliste du XIXe siècle. *Droits* 33 (2001). 41-51.

72 Kelsen (1962 : 452).

73 Kelsen (1962 : 452).

74 En ce sens, Encinas de Munagorri (2004 : 711).

Frederic HARRISON, 1880 : Le droit international privé ou le conflit de lois au point de vue historique, particulièrement en Angleterre. *Clunet. Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée*, 7 (1880) IX-X. 419-434.

Carlos Miguel HERRERA, 2004 : *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*. Québec : Les Presses de l'Université Laval.

Philippe JESTAZ & Christophe JAMIN, 2004 : *La doctrine*. Paris : Dalloz (Méthodes du droit).

Hans KELSEN, 1962 : *Théorie pure du droit*. Trad. Charles Eisenmann. Paris : Dalloz.

, 2001a : La transformation du droit international en droit interne (1936). In : Hans Kelsen, *Écrits frangais de droit international*. Ed. Charles Leben. Paris : PUF (Doctrine juridique).

, 2001b : Observations sur le rapport de Georges S. Maridakis : "Le renvoi en droit international privé" (1957). In : Hans Kelsen, *Écrits frangais de droit international*. Ed. Charles Leben. Paris : PUF (Doctrine juridique).

Catherine KESSEDJIAN, 2004 : Codification du droit commercial international et droit international privé. De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales. *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*. Leiden/Boston : Martinus Nijhoff.

Charles LEBEN, 2001 : La notion de *civitas maxima* chez Kelsen. *Actualité de Kelsen en France*. Ed. Carlos Miguel Herrera. Paris : LGDJ (La pensée juridique).

Xavier LEWIS & Michael WILDERSPIN, 2002 : Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflit de lois des États membres. *Revue critique de droit international privé* (2002).

Yves LEQUETTE, 1995 : Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales. *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*. La Haye : Martinus Nijhoff Publishers. 9-234.

, 2001: Préface. In: Léna Gannagé, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*. Paris : LGDJ 2001.

, 2002: Introduction. In : Henri Battifol, *Aspects philosophiques du droit international privé* (1956). Paris : Dalloz 2002.

Rémy LIBCHABER, 1996 : L'exception d'ordre public en droit international privé. *Lordre public à la fin du XX siècle*. Ed. Thierry Revet. Paris : Dalloz.

, 1997: Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de lois. *Revue trimestrielle de droit civil* (1997).

Éric LOQUIN, 2000 : Où en est la lex ? *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Khan*. Paris : Litec (Université de Bourgogne - CNRS. Travaux du CREDIMI).

, 2001 : Les sources du droit mondialisé. *Droit et Patrimoine* (2001) 96.

Éric LOQUIN & Laurence RAVILLON, 2000 : La volonté des opérateurs, vecteur d'un droit mondialisé. *La mondialisation du droit*. Eds. Éric Loquin & Catherine Kessedjian. Paris : Litec (Travaux du CREDIMI).

Pierre MAYER, 1985 : Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois. *Droits* 2 (1985).

Eduard Maurits MEIJERS, 1967 : *Etudes d'histoire du droit international privé*. Trad. Pierre Clément Timbal & Josette Metman. Paris : CNRS Éditions.

Horatia MUIR-WATT, 1997 : Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la publicisation des conflits de lois ?). *Archives de philosophie du droit* 41 (1997).

Bruno OPPETIT, 1992 : Le droit international privé, droit savant. *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*. Leyde : Martinus Nijhoff Publishers.

Francois OST, Michel VAN DE KERCHOVE, 2002 : *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis.

Alain PELLET, 2000 : La *lex mercatoria*, 'tiers ordre juridique' ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public. *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Khan*. Paris : Litec (Université de Bourgogne - CNRS. Travaux du CREDIMI).

Otto PFERSMANN, 2003 : Hiérarchie des normes. *Dictionnaire de la culture juridique*. Eds. Denis Alland & Stéphane Rials. Paris : PUF/Lamy (Quadrige).

Santi ROMANO, 2002 : *l'ordre juridique* (1945). Trad. L. Francois & P. Gothot. Paris : Dalloz.

Marthe SIMON-DEPITRE, 1974 : Les règles matérielles dans le conflit de lois. *Revue critique de droit international privé* (1974).

Michel VIRALLY, 1964 : Sur un pont aux anes : les rapports entre droit international et droits internes. *Mélanges offerts à Henri Rolin. Problèmes de droit des gens*. Paris : Pedone. 488-505.

, 1982: Un tiers droit ? Réflexions théoriques. *Le droit des relations économiques internationales - Études offertes à Berthold Goldman*. Paris : Litec.

*

Jurisprudence allemande. Tribunal fédéral constitutionnel (<http://www.bverfg.de/>) :
4 mai 1971. Trib. const. fédéral d'Allemagne, 4 mai 1971. *Revue critique de droit international privé* (1974). Note C. Labrusse.

Jurisprudence italienne. Cour constitutionnelle (<http://www.cortecostituzionale.it/>) :
26 février 1987. Cour constitutionnelle d'Italie, 26 février 1987. *Revue critique de droit international privé* (1987). Note B. Ancel.

Jurisprudence française. Cour de Cassation (<http://www.courdecassation.fr/>):
Cass. Civ. 1, 27 octobre 1964, D. 1965.
— Cass. Ass. Plén. 14 octobre 1977, V ; n° 6, D. 1978. Note P. Lagarde.
— Cass. Civ. 1, 6 juillet 1988, *Baaziz*, R. 1989. Note

Lequette.
Cass. Civ, 4 décembre 1990, *Coveco. Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 3^{ème} éd. (1990), 71-73.
— Cass. Civ., 10 mai 1995, D.1996. Note Engel et Sinopli.
Cass. Civ. 1, 17 février 2004, B.I, n° 47, D.2005. Obs. H. Chanteloup.

Législation française (<http://www.legifrance.gouv.fr/>):
Code civil. Art. 3 et 310.

Organisation des Nations Unies (<http://www.un.org/>) :
The Hague Conference on Private International Law. URL : http://www.hcch.net/index_en.php.
United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienne, 11 avril 1980).

*Synopsis***Rafael Encinas de Munagorri****Droit international privé et hiérarchie des normes**

Observations sur une rencontre

SLOV. | *Mednarodno zasebno pravo in hierarhija norm.* Tradicionalni odgovori na kolizijo zakonov in kolizijo pristojnosti so se oblikovali neodvisno od pojma hierarhije pravnih norm. Še več, nekateri specialisti mednarodnega zasebnega prava so mnenja, da bi bila na tem področju uporaba omenjenega pojma neprimerna. To mnenje je ideološko pogojeno. Hierarhija pravnih norm je pojem, ki nam daje pomemben uvid pri razumevanju zgodovinskih, teoretičnih in epistemoloških razsežnosti mednarodnega zasebnega prava.

Ključne besede: kolizija zakonov, mednarodno zasebno pravo, univerzalizem, pravni red, pravna znanost, Kelsen

ENG. | *International Private Law and Hierarchy of Norms. Some remarks on their relations.* Traditional methods of solving conflicts of laws and conflict of jurisdictions have been shaped without the idea of the hierarchy of norms. Moreover, some specialists of international private law consider that the very idea of hierarchy of norms is inappropriate within their field. This opinion reflects an ideological point of view. Hierarchy of norms is interesting in order to understand historical, theoretical and epistemological dimensions of international private law.

Keywords: conflicts of laws, international private law, universalism, legal order, legal science, Kelsen

Summary: 1. Historical Dimensions. — 1.1. *Hierarchy of Norms and Centralisation of International Private Law.* — 1.2. *Hierarchy of Norms and Conceptions of International Private Law.* — 2. Theoretical Dimensions. — 2.1. *Hierarchy of Norms and Plurality of Legal Orders.* — 2.2. *Hierarchy of Norms and Supremacy of a Legal Order.* — 3. Epistemological Dimensions. — 3.1. *Hierarchy of Norms and the Power of Lawyers.* — 3.2. *Hierarchy of Norms and Scientific Knowledge.*

Rafael Encinas de Munagorri is a Professor at the University of Nantes and a member of *Droit et changement social*, UMR-CNRS 6297. | Address: Chemin la Censive du Tertre BP 81307, 44313 Nantes Cedex 3, France. E-mail: rafael.munagorri@univ-nantes.fr