

Raphael Paour*

Les contraintes juridiques de la hiérarchie des normes

Existe-il une corrélation entre le pouvoir d'un organe et le rang hiérarchique de ses normes ? La théorie réaliste de l'interprétation pourrait sembler indiquer le contraire. En effet, si, comme elle l'enseigne, c'est l'interprète d'un énoncé qui en détermine la signification, les agents de l'administration qui mettent en œuvre les politiques publiques devraient exercer un pouvoir plus important que le législateur qui les élabore. L'auteur de l'article soutient toutefois qu'une semblable conclusion serait erronée car les organes qui produisent les énoncés juridiques généraux et abstraits peuvent généralement mobiliser des ressources qui leur permettent de contraindre les organes de concrétisation à prendre leurs préférences en considération. La représentation du droit comme étant constitué d'un ensemble de normes hiérarchisées confère certaines des ressources dont ils disposent. Celles-ci doivent être identifiées et leur efficacité évaluée afin de déterminer dans quels cas il existe effectivement une corrélation entre la place d'une norme dans la hiérarchie et le pouvoir de son auteur.

Mots-clés : hiérarchie statique, hiérarchie dynamique, habilitations, contraintes juridiques, contrôle de constitutionnalité, Kelsen, Troper

« Le droit est un certain ordre, une certaine organisation de la force »¹ nous dit Kelsen. La force à laquelle il se réfère est procurée par la possibilité de mobiliser les « moyens de puissance spécifiques qui sont à la disposition du gouvernement : fortifications et prisons, canons et potences, hommes en uniformes de policiers ou de soldats. »² C'est cette capacité à mettre en œuvre une violence souveraine sur un territoire qui confère son *pouvoir* à l'État : lui permet en d'autres termes d'influencer, de déterminer, dans une certaine mesure, les comportements sociaux. Mais il ne s'agit pas d'une violence brute et non contrôlée ; ce qui distingue le pouvoir de l'État d'autres rapports de puissance

c'est le fait qu'il est juridiquement réglé, c'est-à-dire que les individus qui exercent le pouvoir /.../ sont habilités par un ordre juridique à exercer le pouvoir par la création et l'application de normes juridiques.³

Les fortifications et prisons, canons et potences,

* raphael@paour.com | Doctorant à L'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, UMR CNRS 7074, *Centre de Théorie et Analyse du Droit*. Je remercie Pierre Brunet, Anne-Laure Girard et Thomas Giraud qui ont relu ce texte.

1 Kelsen (1999 : 284).

2 Kelsen (1999 : 284).

3 Kelsen (1999 : 284).

sont des objets inanimés, des choses inertes ; ils ne deviennent des instruments de la puissance étatique que par le fait qu'ils sont manipulés par des hommes conformément aux ordres qui leurs sont donnés par le gouvernement, donc si les policiers et les soldats obéissent aux normes qui règlent leur conduite.⁴

L'organisation de la force au sein d'un État est justifiée par des principes politiques. Le pouvoir que confère la possibilité de recourir à la violence est en effet présenté comme étant placé entre les mains de personnes jugées légitimes pour l'exercer. Et, selon les convictions qui prévalent à une époque donnée, les sources de cette légitimité seront différentes. Ainsi par exemple, la compétence technique constituait le critère principal de la ventilation du pouvoir dans la Constitution de 1791.⁵ C'est en revanche une défiance à l'égard des assemblées élues démocratiquement qui a justifié, dans la seconde partie du XX^{ème} siècle, l'instauration de limites à leur pouvoir.

Non seulement les principes politiques invoqués justifient la repartition du pouvoir entre différents organes habilités à créer et appliquer le droit, mais ils sont également mobilisés pour justifier la hiérarchie entre les normes produites par ces organes. Ainsi, la production normative d'un organe *B* doit-elle être conforme à celle d'un organe *A*, jugé plus légitime que lui pour exercer le pouvoir.

Ce sont des raisonnements de ce type que les constituants invoquent quand ils élaborent un texte constitutionnel, mais c'est également ainsi que fonctionne le discours des juristes quand ils sont confrontés à un conflit de normes et proposent de le résoudre au moyen du critère hiérarchique.⁶ Aussi, pour justifier le contrôle de constitutionnalité, les juristes développent-ils l'argument de la supériorité politique du constituant sur le législateur, en plus de l'argument de la supériorité formelle de la norme constitutionnelle sur la loi.⁷ Pour certains, le constituant serait capable d'exprimer les tendances profondes de la nation, ses normes devraient donc prévaloir sur la loi qui, elle, reflèterait essentiellement les humeurs irréflechies de la société.⁸ De même, c'est au regard d'une conception politique de la légitimité respective des différents organes que René Chapus détermine le rang *infra-législatif* et *supra-décrétal* des principes généraux du droit administratif.⁹

4 Kelsen (1999 : 284-285).

5 Rosanvallon 1998.

6 Zucca 2006.

7 Kelsen 1928. Voir également la critique de l'argumentation de l'auteur autrichien par Michel Troper dans Troper 1991.

8 Voir en particulier Eisgruber 2001. En France, peu d'auteurs défendent une thèse aussi radicale que celle de cet auteur, mais la plupart de ceux qui adhèrent à la théorie du lit de justice proposée par G. Vedel présupposent au moins une version plus modérée de cette thèse.

9 Voir Brunet 2006.

Ce type de discours - relatifs à la repartition de la compétence au sein de l'État - repose sur le présupposé suivant : *il existe une corrélation entre le pouvoir d'un organe - entendu comme sa capacité à influencer les comportements sociaux - et la place que ses normes occupent dans la hiérarchie des normes*. C'est en effet parce que l'on entend attribuer un pouvoir important à un organe que sa production normative occupe un rang élevé de la hiérarchie des normes. Inversement, quand un organe n'est pas jugé suffisamment légitime pour exercer une influence importante sur les comportements sociaux, les normes qu'il est habilité à produire se situent aux étages inférieurs de l'ordonnement juridique.

L'idée selon laquelle il existerait une corrélation entre le pouvoir des organes et le rang hiérarchique attribué aux normes qu'ils produisent joue un rôle prédominant dans la justification de l'exercice de la force par les agents de l'État.

Or, telle quelle vient d'être formulée, cette idée encourt deux reproches.

Elle semble d'abord impliquer une conception du pouvoir qui est à la fois désuète et imprécise. Dans la conception du pouvoir quelle mobilise, celui-ci est en effet compris comme un *objet* que les acteurs auraient en leur possession, dans des quantités variables qu'il serait possible de mesurer. Or, malgré des controverses persistantes sur le thème du pouvoir au sein de différentes sciences humaines,¹⁰ la plupart des auteurs ont abandonné cette conception au profit d'une analyse qui décrit le pouvoir comme *un rapport entre acteurs*. Michel Crozier et Erhard Friedberg définissent le pouvoir comme

une relation d'échange, donc réciproque, mais où les termes de l'échange sont plus favorables à l'une des parties en présence. *C'est un rapport de force, dont l'un peut retirer davantage que l'autre, mais où, également, l'un n'est jamais totalement démuné face à l'autre.*¹¹

Par ailleurs, cette conception souffre de son imprécision : pour envisager de procéder à la comparaison de l'influence respective de différents acteurs, il est indispensable d'isoler plusieurs aspects du pouvoir. Ainsi Robert Dahl distingue-t-il son *domaine* (qui dépend des acteurs influencés), son *champ* ou sa portée (défini par les affaires à propos desquelles le comportement des acteurs est influencé), son *efficacité* (qui est fonction de la probabilité d'une réponse favorable de leur part) et sa *profondeur* (qui fait référence à la capacité de celui exerce le pouvoir à surmonter leur répugnance ou résistance à adopter le comportement voulu).¹²

Certains enseignements de la théorie du droit permettent eux aussi de mettre en lumière la fragilité du présupposé litigieux. Pour le comprendre, il

10 Voir par exemple Burdeau (1970 : 379-385) et Dahl (1970 : 50).

11 Crozier et Friedberg (1981 : 69).

12 Dahl (1970 : 50).

est nécessaire de développer un peu plus le raisonnement sur lequel il repose. Les auteurs des normes supérieures élaborent des énoncés se rapportant à des comportements sociaux qu'ils souhaitent prescrire, interdire ou autoriser. Ces normes guideraient les organes inférieurs jusqu'à l'acte d'application, concret et individuel. Aussi, si l'injonction d'un policier exerce sur le comportement d'un individu une influence plus *efficace* et plus *profonde* - au sens de Robert Dahl - que la loi, ce serait néanmoins en vertu de cette dernière que l'agent de police agirait : les préférences qui s'imposeraient aux destinataires des normes seraient donc plus celles du législateur que les siennes. Lorsqu'un organe de concrétisation, manquant à son devoir, passe outre les normes supérieures, il serait en général sanctionné par un organe de contrôle.¹³ C'est donc grâce à la maîtrise du processus de concrétisation que les auteurs des normes de fond les plus élevées disposeraient d'une capacité à influencer les comportements sociaux.

Ce raisonnement repose sur deux thèses que la théorie réaliste du droit française rejette : 1) celle selon laquelle il serait possible d'identifier objectivement un cadre des significations pour chaque énoncé juridique ;¹⁴ 2) celle de la bonne foi des interprètes - les juges en particulier - qui, par devoir, respecteraient ce cadre de signification lors du processus de concrétisation des normes supérieures.¹⁵

Ayant rejeté ces deux thèses, les partisans de la théorie réaliste du droit français en concluent-ils que la hiérarchie des normes, comme renversée, repose sur son sommet et que les interprètes sont tout puissants parce qu'ils sont juridiquement libres d'attribuer la signification de leur choix aux normes supérieures ?

Une semblable conclusion mettrait assurément à mal l'idée précitée selon laquelle il existerait une corrélation entre le pouvoir des organes et la place de leurs normes dans la hiérarchie.

13 Cette conception s'appuie sur une théorie de l'interprétation juridique conçue comme un acte de connaissance. Un énoncé aurait un nombre fini de significations ; prises ensemble, ces significations dessineraient un cadre au sein duquel les normes inférieures devraient nécessairement s'inscrire sous peine d'irrégularité. Celles qui sortent du cadre seraient sanctionnées par un organe juridictionnel. Rares sont les auteurs qui n'admettent aucune liberté de choix à l'auteur de la norme inférieure. Aussi, une marge de manœuvre est généralement reconnue au profit des organes qui concrétisent la norme supérieure. Mais son étendue serait fonction du caractère plus ou moins précis de cette dernière. Un organe aurait donc la faculté d'exercer une influence sur les comportements sociaux qui serait en rapport avec la place hiérarchique de ses normes : plus elle est élevée, plus l'influence potentielle serait grande. Il ne tiendrait qu'à l'auteur de normes supérieures de mobiliser cette ressource de pouvoir. L'organe qui adopte les décrets en Conseil des ministres aurait par exemple potentiellement plus d'influence sur le comportement des acteurs que les services qui mettent en œuvre ses politiques publiques.

14 Troper (2001 : 71-74).

15 Le comportement des acteurs membres d'organes juridictionnels peut être analysé en termes de stratégies destinées à accroître leur position de pouvoir. Voir en particulier Meunier 1998.

Les travaux de Michel Troper démontrent toutefois que cette conclusion serait excessive.¹⁶ Les organes qui concrétisent les normes supérieures sont en effet pris dans un réseau de contraintes qui déterminent en partie le sens de leur production juridique et permettent aux organes supérieurs d'exercer une influence sur le processus de concrétisation.

Parmi d'autres, certaines des contraintes juridiques qui pèsent sur les organes de concrétisation sont produites précisément par le fait que les acteurs se représentent la production juridique comme étant hiérarchisée. Les développements qui suivent ont vocation à décrire ce phénomène.

Au-delà, ils ont pour objectif de proposer quelques outils susceptibles d'être employés pour mesurer l'intensité de ces contraintes particulières et apprécier ainsi dans quelle mesure les auteurs des énoncés juridiques parviennent effectivement à maîtriser le processus de concrétisation pour influencer les comportements sociaux au travers des organes inférieurs.

Les réponses qu'ils permettent d'apporter sont naturellement nuancées. L'idée selon laquelle il existerait une corrélation entre la place hiérarchique d'une norme et le pouvoir de son auteur ne reçoit aucune confirmation générale et absolue. Des configurations différentes doivent ainsi être soigneusement distinguées.

Merkl qui est à l'origine de la diffusion de l'expression « hiérarchie des normes »¹⁷ la conçoit comme une image¹⁸ ayant pour fonction de rendre compte de certains types de relations existant entre les normes. Quand on dit d'une norme N1 qu'elle est supérieure à une norme N2 on peut entendre deux choses différentes. Cela peut d'abord vouloir dire qu'il existe une obligation de faire prévaloir N1 sur N2 lorsque les contenus de ces deux normes sont considérés comme étant en contradiction.¹⁹ On parlera alors de *supériorité d'un point de vue statique*. N1 est dite supérieure dans un second sens si elle fonde la validité de N2 en habilitant son auteur à adopter une norme de droit. On emploiera l'expression *supériorité d'un point de vue dynamique* pour désigner cette situation. Les contraintes juridiques associées à ces deux aspects de la hiérarchie des normes fonctionnent différemment, elles doivent donc être décrites séparément.

16 Voir notamment Troper 1994b.

17 L'expression et le concept lui-même furent ensuite popularisés par Kelsen. Sur l'influence fondamentale que les idées de Merkl ont eu sur son œuvre voir notamment Tusseau 2006a.

18 Merkl (1987: 38).

19 En écartant N2, en la réformant, en l'abrogeant, la retirant ou en l'annulant selon les situations.

1 LES CONTRAINTES DE LA HIÉRARCHIE STATIQUE

Les contraintes que la hiérarchie statique des normes permet à l'auteur d'un énoncé d'exercer sur les autres acteurs sont insuffisantes pour lui conférer une maîtrise du processus de concrétisation (1.1). Le caractère insuffisant de ces contraintes inhérentes à la hiérarchie des normes est néanmoins souvent compensé par la présence d'autres contraintes juridiques que les auteurs des énoncés peuvent faire jouer à l'encontre des organes qui les concrétisent (1.2).

1.1 Des contraintes insuffisantes

La présence dans le discours des acteurs juridiques de références à la hiérarchie des normes ou simplement aux énoncés de normes supérieures est le produit d'une *contrainte argumentative* et, plus précisément, d'une contrainte de justification. Pour justifier leur propre production normative, les acteurs sont contraints de se référer à un autre énoncé qui pose une norme qualifiée alors de « supérieure ». ²⁰ Cela explique par exemple que des acteurs de nationalité différente, placés dans des contextes historiques et culturels variés, aient eu recours, de la même manière, à l'argument de la hiérarchie des normes pour justifier la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité des lois. ²¹

La référence aux normes supérieures n'est pas seulement le produit d'une contrainte, elle est elle-même également contraignante. Le fait pour un acteur d'invoquer un énoncé supérieur pour justifier une décision, limite sa liberté pour choisir le sens de cette décision. Le mécanisme particulier de cette contrainte (1.1.1) explique cependant sa faible portée (1.1.2).

1.1.1 Le mécanisme de la contrainte

Le recours aux arguments quasi-logiques, dont le syllogisme judiciaire offre l'exemple le plus typique, est un des procédés rhétoriques couramment employés par les acteurs juridiques. Quand un acteur présente sa production juridique comme la conséquence logique d'une norme supérieure, il dissimule son pouvoir de décision. Cela présente deux avantages : sa production juridique apparaît incontestable puisqu'elle ne semble pas pouvoir être différente ²² et la

20 Les acteurs se réfèrent à la supériorité d'une norme N1 sur une norme N2 dans trois types de cas : 1/ dans des discours favorables à l'exercice d'un contrôle sur la régularité de N2 ; 2/ dans des discours qui concluent à l'irrégularité de N2 et à la nécessité d'agir sur sa validité (en organisant son annulation, son retrait, son abrogation ou même en empêchant son application dans un cas d'espèce) ; 3/ dans des discours relatifs au contenu à donner à N2.

21 Troper 2001.

22 Lascombes (1990 : 58-59) : « En ce qui concerne les règles de droit, elles sont explicitement envisagées comme des ressources, au sens organisationnel du terme. C'est-à-dire qu'elles sont envisagées comme susceptibles de remplir une double mission. D'une part, elles assurent la protection de l'applicateur contre les demandes et surenchères des administrés, c'est la « règle-

responsabilité de cette production juridique est imputée à un organe supérieur bénéficiant d'une légitimité plus grande.

Ce type d'argument est employé par les acteurs juridiques car il apparaît efficace pour persuader leur auditoire. Ainsi, le législateur justifie l'adoption d'une loi par la nécessité de mettre en œuvre les normes constitutionnelles ; l'administration exerce son pouvoir en application des lois qui déterminent les principes fondamentaux des politiques publiques ; les agents de police agissent sur le fondement des normes supérieures qui guident leur conduite ; un juge prononce une décision pour faire respecter la norme supérieure. Mais le recours à ce type d'argument ne procure un avantage rhétorique que s'il apparaît pertinent du point de vue de l'auditoire. Par exemple, il ne s'agit pas pour l'administration de déclarer : « il est interdit de fumer dans les débits de boissons » sur le fondement de la norme constitutionnelle qui prévoit que « la loi favorise l'égal accès des hommes et des femmes aux emplois publics ». S'il souhaite emporter l'adhésion de son auditoire, l'acteur juridique est contraint de tenir compte des significations qui sont généralement attribuées à l'énoncé qu'il concrétise.

1.1.2 La portée de la contrainte

Si l'auteur d'un énoncé supérieur peut espérer limiter ainsi la liberté des interprètes et acquérir une maîtrise du processus de concrétisation, la contrainte, qui relève des exigences de l'argumentation juridique, joue cependant avec une intensité variable. Sa portée dépend de la configuration institutionnelle dans laquelle se trouvent l'auteur de l'énoncé et son interprète.

1.1.2.1 La situation de l'auteur de l'énoncé

i. Il importe de savoir si l'acteur exerce sa compétence *seul ou en commun* avec un ou plusieurs autres acteurs. La plupart des organes compétents pour produire des énoncés juridiques sont composés de plusieurs acteurs. C'est le cas, bien entendu des assemblées délibérantes ou des formations collégiales de jugement. La plupart des énoncés sont d'ailleurs produits au terme d'un processus impliquant plusieurs organes. Soit qu'ils élaborent l'énoncé de concert, soit qu'un premier organe élabore un texte qui est contrôlé par d'autres. Ainsi, par exemple, la loi est écrite par le Parlement mais, si le Conseil constitutionnel est saisi, elle n'entre en vigueur dans son entier qu'avec l'assentiment de ce dernier. Le même raisonnement s'applique à tous les énoncés juridiques pouvant faire l'objet d'un recours contentieux. Dans un Etat comme la France c'est le cas de la très grande majorité des énoncés juridiques produits. Finalement les cours

bouclier ». D'autre part, elles sont l'instrument à partir duquel on pourra gratifier (ou sanctionner) l'administré, c'est la « règle-trésor » (ou fouet, ces deux aspects étant liés).

suprêmes sont pratiquement les seuls organes à détenir la faculté d'établir seuls les énoncés (jurisprudentiels) de leur choix.

ii. Il importe de déterminer également si la compétence pour produire l'énoncé juridique peut-être employée *à tout moment et sur décision de l'acteur lui-même*. Tel n'est par exemple pas le cas de l'intervention des organes juridictionnels qui est conditionnée par l'exercice d'un recours. Cette limite apportée à la maîtrise de leur compétence varie en fonction du nombre de recours et de la variété des affaires portées devant le juge. L'exercice de leur compétence par les assemblées délibérantes est également soumis à un ensemble de restrictions posées par des normes de procédure. Les différents titulaires du pouvoir réglementaire en revanche, ont la faculté d'intervenir à volonté. Si un acteur peut, de son propre mouvement, produire un nouvel énoncé qui exclut explicitement certaines des significations retenues par les interprètes, il peut en user pour accroître l'intensité de la contrainte pesant sur les organes de concrétisation. En soi, le procédé n'offre cependant pas une garantie absolue puisque l'organe de concrétisation ou le juge peuvent à nouveau méconnaître les intentions déclarées de l'auteur de l'énoncé. En 1982 et 1999, l'article 3 de la Constitution de 1958 était interprété par le Conseil constitutionnel comme excluant les mesures de discrimination positive en faveur des femmes.²³ Le constituant a entendu modifier cette interprétation du principe d'égalité en introduisant à l'article 3 un alinéa supplémentaire autorisant la loi à favoriser « l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ». Postérieurement à cette révision, estimant que « cet alinéa ne s'applique qu'aux élections à des mandats et fonctions politiques », le Conseil constitutionnel a pourtant censuré des dispositions qui appliquaient ce principe en matière d'élections à des instances délibératives et juridictionnelles.²⁴

1.1.2.2 La situation de l'interprète de l'énoncé

i. Lors de l'opération de concrétisation, la liberté de l'interprète pour attribuer la signification de son choix à l'énoncé supérieur dépend du *niveau de controverse autour de son interprétation*. La plupart des énoncés juridiques font l'objet d'interprétations variées au sein de la communauté des juristes. Il existe donc plusieurs significations raisonnables aux yeux de l'auditoire de l'interprète ; ce dernier pourra choisir celle qui lui permettra le mieux d'élaborer un syllogisme afin de justifier la production de son énoncé de concrétisation. Quand il se crée chez les juristes un consensus contre une signification jugée déraisonnable l'acteur ne pourra s'y référer qu'en renonçant à l'avantage rhétorique que lui procure l'argument de la norme supérieure.²⁵ De ces cas extrêmement rares, l'épisode

23 Décision 82-146 du 18 novembre 1982, « Quotas par sexe », GD, 33 bis.

24 Décision du 16 mars 2006, 2006-533DC.

25 « /.../ les tribunaux n'hésitent pas à décider d'une façon qui s'impose, même si c'est au prix

du référendum de 1962 sur l'élection du président de la République au suffrage universel direct donne un bon exemple. La communauté des juristes a, dans son ensemble, toujours considéré que la modification de la constitution ne pouvait avoir lieu sur le fondement de son article 11. Attribuer une telle signification à cet article était jugé déraisonnable au regard de son texte, de sa place dans la constitution et des intentions proclamées par les constituants en 1958. Le général de Gaulle est pourtant passé outre, renonçant à convaincre l'auditoire des juristes en malmenant l'argument de la supériorité.

ii. L'exemple précédent révèle l'importance de l'auditoire auquel le discours est principalement adressé. L'objectif du général de Gaulle n'était pas de convaincre la communauté des juristes de la régularité de sa réforme mais de faire accepter celle-ci par les électeurs. Or, face à cet auditoire élargi, l'argument de la hiérarchie des normes est moins important. Lorsqu'un acteur entend convaincre des juristes - les membres d'une juridiction par exemple - la contrainte qui pèse sur lui est naturellement plus forte. De manière générale, la force rhétorique de l'argument du syllogisme judiciaire dépend du type d'auditoire auquel le discours s'adresse. L'évolution depuis les années 80 des discours des parlementaires français lors des débats législatifs en témoigne. Avant l'essor du contrôle de constitutionnalité, les parlementaires tentaient de convaincre leurs pairs ou l'opinion publique ; au cours de la décennie une partie de leurs efforts rhétoriques s'est progressivement tournée vers le Conseil constitutionnel. C'est à ce moment là que « la culture de constitutionnalité »²⁶ s'étant emparée des parlementaires, ces derniers ont commencé à justifier les dispositions législatives au regard de la constitution, c'est-à-dire en invoquant les normes supérieures.

iii. Pour apprécier la liberté de l'interprète, il importe également de déterminer s'il est soumis au contrôle d'un autre organe ou si, se prononçant en dernier lieu sur la signification de l'énoncé supérieur, il en est l'interprète authentique. Pour un acteur de ce type, la nécessité d'emporter l'adhésion de son auditoire est moins grande que pour un acteur qui, faute d'avoir convaincu, risque de voir son énoncé sanctionné. Aussi, par exemple, les décisions des juridictions inférieures sont-elles généralement plus motivées que celles des cours suprêmes ; la différence entre les jugements de Tribunaux administratifs et les décisions du Conseil d'Etat en fournit souvent une bonne illustration.

Pour porter une appréciation sur la capacité d'un acteur juridique à maîtriser le processus de concrétisation de ses énoncés grâce au seul caractère hiérarchisé des énoncés juridiques, il faudrait croiser les différents facteurs cités

d'une justification fictive, (cela ne doit pas) faire perdre de vue que de tels subterfuges créent toujours un malaise, qui se manifeste par la continuation des litiges par les parties convaincues que légalement elles ont raison : la paix judiciaire n'est définitivement rétablie que lorsque la solution, qui est la plus acceptable socialement, s'accompagne d'une argumentation juridique suffisamment solide. » Perelman (1999 : 141).

26 Carcassonne (1999 : 83-90). Dans le même sens voir également Stone 1992.

ici. Il est possible de proposer deux types idéaux des acteurs qui, à cet égard, seraient respectivement le plus et le moins puissant : 1/ L'acteur produit seul des énoncés modifiables à volonté et qui sont concrétisés par des interprètes non authentiques s'adressant à un auditoire homogène sensible à l'argument de la supériorité. 2/ L'acteur produit, avec d'autres, un énoncé unique concrétisé par un interprète authentique s'adressant à un auditoire hétérogène et qui n'est pas particulièrement sensible à l'argument de la supériorité.

Dans la mesure où la première configuration se rencontre rarement, la contrainte que la représentation de la hiérarchie des normes procure aux auteurs des énoncés pour déterminer le sens des normes de concrétisation est le plus souvent insuffisante pour permettre à ces acteurs d'exercer une influence décisive sur les comportements sociaux.

1.2 Des insuffisances compensées

L'auteur des énoncés supérieur parvient à pallier l'insuffisance de la contrainte que lui procure la représentation des normes comme des entités hiérarchisées lorsqu'il est compétent pour exercer un contrôle sur les interprétations (1) ou sur les interprètes eux-mêmes (2).

1.2.1 Le contrôle des interprétations

Le contrôle qui est exercé sur les interprétations effectuées par l'organe de concrétisation varie d'une part en fonction de son intensité et de sa profondeur et d'autre part de la capacité de l'acteur à le déclencher de façon autonome.

1.2.1.1 L'intensité et la profondeur du contrôle

i. L'intensité du contrôle exercé sur les interprétations effectuées dépend de plusieurs facteurs. Pour l'apprécier, il convient d'abord de déterminer si l'auteur de l'énoncé supérieur peut simplement priver de validité la norme produite sur son fondement (cette compétence fait par exemple partie du pouvoir hiérarchique dont sont dotés certaines autorités administratives) ou s'il peut également se substituer à l'organe de concrétisation pour produire l'énoncé lui-même (cette compétence est prévue par certains mécanismes de tutelle et elle appartient également aux juges d'appel qui, au travers du pouvoir d'évocation, peuvent trancher un litige au fond après avoir annulé la décision du juge de première instance). Une juridiction qui, comme le Tribunal constitutionnel espagnol, peut simplement annuler les décisions qui ne se conformeraient pas à sa jurisprudence, sans pouvoir également statuer elle-même, exerce sur les interprétations de ses propres énoncés jurisprudentiels un contrôle moins intense qu'une juridiction de cassation qui, comme le Conseil d'Etat, dispose de la compétence pour trancher le litige au fond. Il importe également de déterminer si l'auteur de

l'énoncé supérieur intervient seul ou s'il agit sous le contrôle d'un organe tiers. Les supérieurs hiérarchiques, par exemple, se trouvent dans ce second cas de figure. C'est au juge qu'il revient, le cas échéant, de déterminer la signification de l'énoncé supérieur et c'est donc lui qui peut en imposer en dernière instance le respect aux agents qui l'appliquent. Le supérieur hiérarchique maîtrise seul le contenu des normes adoptées par ses agents seulement dans les interstices des décisions rendues par le juge ; se sachant sous la menace d'un recours, il sera néanmoins soucieux de ne pas heurter les préférences de ce dernier.

ii. Le phénomène de concrétisation des énoncés juridiques intervient le plus souvent au cours de phases multiples qui voient un énoncé général et abstrait aboutir progressivement à un énoncé individuel et concret suivi d'un acte d'application. Si le pouvoir d'un organe dépend de sa faculté à déterminer le contenu de l'étape ultime de ce phénomène de concrétisation, il importe de savoir jusqu'à quel stade de concrétisation l'organe peut contrôler les énoncés produits. On peut en effet considérer que, faute d'une maîtrise suffisante, l'influence de l'organe qui a adopté l'énoncé supérieur a tendance à se diluer à chaque stade de concrétisation. La profondeur de cette maîtrise atteint son niveau maximum lorsque l'organe peut exercer un contrôle sur l'acte d'application lui-même et elle est réduite au minimum quand elle ne touche que l'organe qui procède à la concrétisation immédiate de son énoncé. Ainsi certains pouvoirs de tutelle, en permettant à leur titulaire de se substituer à un agent pour adopter un énoncé de concrétisation à sa place leur confèrent une maîtrise profonde. Inversement, un organe qui, comme une juridiction ayant uniquement une compétence de cassation, n'aurait pas la faculté d'adopter l'énoncé de concrétisation lui-même, exercerait une maîtrise moins importante sur le processus pris dans son ensemble.²⁷

1.2.1.2 La faculté de déclencher seul le contrôle

Les auteurs des énoncés supérieurs qui ont la faculté de déclencher seuls le contrôle des énoncés inférieurs ont sur le processus de concrétisation une maîtrise plus importante que les acteurs dont le contrôle s'exerce conjointement avec d'autres. Ainsi, alors que les supérieurs hiérarchiques peuvent intervenir à leur guise, les juges n'exercent leur contrôle que s'ils sont saisis d'un recours. Il convient cependant de distinguer entre, d'un côté, les juges qui ne peuvent être saisis que par un nombre limité de requérants, comme le Conseil constitutionnel par exemple, et, de l'autre, les juges qui, comme le Tribunal constitutionnel espagnol, peuvent être saisis par tout citoyen. Les occurrences du contrôle exercé par un juge du premier type sont plus limitées quantitativement. Pour ac-

²⁷ Le cas du Tribunal constitutionnel espagnol peut être cité ici, même s'il ne dispose pas d'une compétence de cassation au sens strict du terme. Quand il est saisi d'un recours d'amparo contre une décision juridictionnelle, il peut annuler une décision qui ne respecterait pas sa jurisprudence, mais il ne peut trancher le litige à sa place.

croître leur nombre, ils doivent tenir compte de l'intérêt des requérants potentiels lorsqu'ils élaborent leur jurisprudence. Plus les titulaires du droit de saisine constituent un groupe homogène, plus cela limite la liberté avec laquelle le juge détermine le sens de sa jurisprudence. Au contraire si les requérants potentiels ont des préférences et des intérêts hétérogènes, le juge est moins contraint de tenir compte des attentes de chacun car leur diversité tend à favoriser l'occurrence d'une saisine.

1.2.2 *Le contrôle sur les interprètes*

L'auteur d'un énoncé supérieur peut également exercer une influence sur le processus de concrétisation s'il est en mesure d'exercer un contrôle sur les interprètes eux-mêmes, en plus ou à la place du contrôle exercé sur leur production normative. Ce contrôle peut s'exercer soit directement soit indirectement.

1.2.2.1 **Le contrôle direct**

Ce contrôle s'exerce directement quand l'acteur juridique possède une compétence à cet effet. C'est le cas des supérieurs hiérarchiques qui ont une influence sur la carrière de leurs subordonnés au travers de la notation et de prises de décisions relatives à leur avancement. C'est également le cas des assemblées délibérantes qui peuvent renverser les titulaires de la fonction exécutive ; ce contrôle s'exerçant par le biais de la responsabilité politique, mais également parfois grâce à la possibilité de mettre en cause la responsabilité pénale de l'organe de concrétisation.²⁸

1.2.2.2 **Le contrôle indirect**

Le contrôle s'exerce de manière indirecte quand, à défaut d'une habilitation à cet effet, un acteur est néanmoins en mesure de nuire aux intérêts des acteurs qui concrétisent ses énoncés. Par exemple lorsqu'il peut décider de modifier les statuts de l'organe de concrétisation afin de restreindre ses compétences.²⁹ Il peut également s'agir de la désignation de nouveaux membres, dans le but de diluer ainsi l'influence de certains groupes. Il s'agit encore de la faculté de modifier, voire de supprimer, la compétence de ces derniers.³⁰ Ainsi, le Conseil constitutionnel pourrait-il par exemple autoriser le législateur à restreindre le champ de compétence des juges ordinaires si ces derniers refusaient massivement de suivre ses réserves d'interprétation. La maîtrise des ressources financières de l'organe de concrétisation permet également d'exercer sur eux un contrôle indirect. C'est par exemple le cas du législateur à l'égard des collectivités

²⁸ Troper 1980.

²⁹ Par exemple, celle proférée par de Gaulle après l'arrêt *Canal*.

³⁰ Voir *infra*, la partie II.

territoriales. Ne pouvant renverser leurs assemblées délibérantes, sa contrainte s'exerce notamment au travers de sa capacité à restreindre leur budget de diverses manières. Il en va de même pour certaines autorités administratives indépendantes dont les budgets, jugés insuffisants, ont une incidence sur la manière dont elles exercent leurs missions.³¹

Au regard des facteurs énoncés, l'idéal-type de l'acteur le plus puissant est le suivant : 1/ l'acteur exerce seul et à volonté un contrôle direct sur l'ensemble des acteurs qui concrétisent ses énoncés et sur les énoncés qu'ils produisent. Le moins puissant en revanche sera : 2/ l'acteur qui exerce avec d'autres un contrôle indirect sur l'acteur immédiatement inférieur dans le processus de concrétisation.

2 LES CONTRAINTES DE LA HIÉRARCHIE DYNAMIQUE

Les énoncés habilitant ont pour objet d'investir un organe d'une compétence pour produire des énoncés qui, à leur tour, seront considérés comme posant des normes juridiques. Ils se distinguent des énoncés de fond en ce qu'ils définissent la manière dont les énoncés inférieurs doivent être produits mais ne règlent pas les comportements sociaux. Ainsi, l'article 37 de la Constitution du 4 octobre 1958 détermine-t-il le champ de compétence du pouvoir réglementaire sans prévoir le contenu des énoncés réglementaires qui seront adoptés sur son fondement. A première vue, il apparaît donc improbable qu'un acteur qui produit un énoncé d'habilitation (l'acteur habilitant) puisse exercer une quelconque influence sur les comportements de l'acteur habilité et, à travers lui, sur les comportements sociaux.

On serait donc tenté d'affirmer que l'acteur habilité à produire des énoncés de fond dispose d'une influence beaucoup plus importante sur le comportement des acteurs que l'acteur qui l'a habilité. Il faudrait alors en tirer la conclusion que, d'un point de vue dynamique, plus on descend dans la hiérarchie des normes, plus le pouvoir des acteurs est important.

L'acteur habilitant dispose pourtant d'une ressource non négligeable : la faculté de choisir parmi plusieurs candidats à l'habilitation celui à qui la compétence juridique sera attribuée. Employée de manière stratégique, cette ressource lui permet de peser sur le choix des contenus donnés aux énoncés produits sur le fondement de son habilitation. Le pouvoir de l'acteur habilitant s'exercera alors par l'intermédiaire de l'acteur habilité : c'est au travers des énoncés de fond produits par ce dernier que l'auteur de l'habilitation parviendra à influencer les comportements sociaux. Ce pouvoir indirect, l'acteur n'en dispose pas nécessai-

³¹ Imache 2005.

rement, il n'est donc pas inhérent à la hiérarchie des normes. Seule une configuration institutionnelle particulière permet à l'acteur habilitant, soit d'exercer un contrôle des énoncés adoptés par les acteurs inférieurs (2.1), soit d'habiliter un organe dont la production juridique sera spontanément proche de ses préférences (2.2).

2.1 Le contrôle de l'acteur habilité

Le niveau de contrôle exercé par un acteur sur la production de l'acteur habilité atteint son niveau maximum en cas « d'autohabilitation indirecte »³² (2.1.1). Lorsque certaines conditions sont remplies, l'habilitation ordinaire permet néanmoins à l'acteur supérieur d'exercer une influence sur les énoncés adoptés par les acteurs habilités (2.1.2).

2.1.1 L'autohabilitation indirecte

Si en vertu d'un pouvoir hiérarchique, d'un pouvoir de tutelle ou encore d'un pouvoir juridictionnel, un acteur habilitant peut réformer, supprimer ou écarter les énoncés produits par l'un des candidats à l'habilitation, la faculté qu'il a de choisir cet acteur plutôt qu'un autre, lui confère une influence déterminante sur la production normative qui s'en suivra. C'est dans cette situation particulière que se trouve le Conseil constitutionnel vis-à-vis de la répartition des compétences entre le législateur et le pouvoir réglementaire. Interprète authentique³³ des dispositions constitutionnelles qui s'y rapportent, le Conseil arrête leur signification au travers de sa jurisprudence ; celle-ci constitue un ensemble d'énoncés d'habilitation. Il exerce un contrôle juridictionnel sur la production normative du législateur mais aucun contrôle significatif des actes réglementaires. En choisissant d'habiliter très largement le législateur dans sa décision *Blocage des prix et revenus*,³⁴ le Conseil constitutionnel s'est donné les moyens d'exercer une influence importante sur une grande partie des énoncés de fond qui sont produits. Si à l'inverse la compétence du pouvoir réglementaire avait été entendue largement, cette influence lui aurait échappé largement, et la supériorité de ses énoncés d'un point de vue dynamique, ne lui aurait pas permis d'imposer ses préférences dans l'élaboration des politiques publiques.

2.1.2 L'habilitation ordinaire

La simple faculté de choisir parmi les candidats celui qui sera habilité permet d'exercer une influence sur sa production normative si l'habilitation n'est pas

³² Tusseau 2006a.

³³ Voir Troper (1994a : 334 ; 2001 : 69-84).

³⁴ Décision 143 DC du 30 juillet 1982, *GD* n°30. La décision 512 DC du 21 avril 2005 a certes modifié la jurisprudence ancienne ; mais le Conseil reste maître de déclarer ou non le caractère réglementaire de dispositions figurant dans la loi.

définitive ou ne concerne qu'un champ de compétence très réduit. Sous peine quelle ne lui soit pas renouvelée ou pas étendue, l'acteur habilité devra en effet user de sa compétence en tenant compte des préférences de l'acteur habilitant. Tel est par exemple le cas de la répartition des compétences entre différentes entités territoriales d'un Etat. Il est bien connu qu'après avoir proclamé le principe des transferts par « blocs de compétences », ³⁵ le législateur français a procédé à une répartition qui est au contraire jugée éparse et pragmatique. La compétence des collectivités territoriales semble être étendue, au fur et à mesure, lorsque l'acteur habilité en use conformément aux préférences de l'acteur habilitant. Le mécanisme des transferts effectués à titre expérimental, prévus à l'art. 72 alinéa 4 et 37-1 de la constitution du 4 octobre 1958, met en œuvre ce type de contrainte de manière particulièrement évidente. Les habilitations, décidées pour un laps de temps déterminé qui est suivi d'une évaluation, peuvent aboutir à leur soumission temporaire aux préférences de la majorité parlementaire. ³⁶ Des phénomènes du même type s'observent également dans les Etats fédéraux. Par exemple, au Canada, la Cour Suprême n'admet les délégations de compétences entre l'Etat fédéral et les Provinces qu'au cas par cas et lorsqu'elles sont de faible ampleur. ³⁷ La jurisprudence *Conseil de la concurrence*, ³⁸ du Conseil constitutionnel, peut également être interprétée comme ayant été motivée par l'ambition de se doter d'un moyen d'exercer une contrainte à l'égard du Conseil d'Etat. En limitant la compétence constitutionnellement protégée de la juridiction administrative à « l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique » par certains organes, et en admettant qu'il puisse être fait exception à ce principe, le Conseil se réserve la possibilité d'autoriser des transferts de compétences qui seraient effectués aux dépens du juge administratif. Cette faculté à restreindre à l'avenir la portée de l'habilitation de ce dernier ³⁹ permet au Conseil constitutionnel d'exercer sur lui une certaine influence. ⁴⁰

35 Loi du 7 janvier 1983.

36 « L'expérimentation consiste dans le transfert de compétences, à titre exceptionnel, sur une base volontaire et conventionnelle, pour une durée limitée et sanctionnée, en principe, par un bilan ou une évaluation. » Auby, Auby et Noguellou (2004 : 210).

37 V. Tusseau 2006b.

38 Décision 224 DC du 23 janvier 1987, *GD* n°38.

39 Il faudrait cependant que le législateur adopte des dispositions à cet effet.

40 Pierre Mazeaud, président du Conseil constitutionnel, semble considérer cette décision comme le résultat d'un échange de bons procédés entre les deux juridictions : « 1958 va les retrouver, siégeant côte à côte au Palais Royal, s'épaulant quelque peu dans un premier temps, puis interagissant dans la confiance et une commune culture de l'intérêt général. Le petit frère tirera vite profit de l'expérience de son aîné, lui empruntera une partie de ses méthodes et techniques mais aussi quelques uns de ses membres, lui apportant en retour la reconnaissance constitutionnelle et l'accompagnement dans sa volonté réformatrice. », Mazeaud (2006 : 1).

2.2 L'habilitation d'un organe idéologiquement proche

Quand il existe des différences idéologiques entre les candidats à l'habilitation, l'organe habilitant peut faire prévaloir ses préférences en désignant celui qui les partage. Même en l'absence de toute contrainte juridique, le choix de l'organe habilité constitue ainsi un moyen indirect d'influencer les comportements sociaux.

Pour que l'organe habilitant puisse maîtriser le processus de concrétisation de cette manière, il est néanmoins nécessaire qu'il ait la possibilité de choisir entre des candidats à l'habilitation présentant des différences idéologiques. Il importe qu'ils aient l'intention de mettre en œuvre des politiques publiques distinctes. Tel n'est plus le cas, par exemple, du législateur et du gouvernement qui, du point de vue politique, peuvent être appréhendés comme une même entité et désignés sous le nom commun de « législateur-gouvernement ».⁴¹ Il n'en a pas toujours été ainsi. Aux débuts de la V^{me} République, le Conseil constitutionnel - qui était dominé par de fervents partisans du Président de la République⁴² - tentait d'accroître le domaine de compétence du gouvernement aux dépens d'un législateur qui manifestait une certaine défiance à l'égard du général de Gaulle. Le Conseil constitutionnel dispose d'un pouvoir similaire lorsqu'il répartit les compétences entre le législateur ordinaire et le législateur organique ou entre le législateur et le constituant. L'adoption d'une loi organique - surtout si elle est relative au Sénat - ou d'une loi constitutionnelle requiert l'adhésion d'une majorité politique large au contenu de la législation soumise au vote. Cela garantit en principe l'avènement d'une législation modérée. Ce phénomène a longtemps été accentué par la permanence d'une majorité de droite au Sénat. En habilitant le législateur organique ou le constituant plutôt que le législateur ordinaire, le Conseil constitutionnel favorise l'adoption de dispositions modérées, voire conservatrices. Parfois en habilitant le constituant, le Conseil constitutionnel s'assure tout simplement qu'une certaine politique ne verra pas le jour dans l'immédiat. Par exemple, la politique des quotas favorisant l'accès des femmes en politique, qui avait été souhaitée par la gauche en 1982, fut abandonnée à la suite de la décision du Conseil qui censurait les dispositions législatives l'organisant car la gauche ne pouvait entreprendre de réforme constitutionnelle sans l'adhésion d'une partie de l'opposition. Inversement, lorsque le Conseil constitutionnel et le parti majoritaire au parlement semblent avoir des intérêts ou des préférences similaires, le faible nombre de censures prononcées peut être interprété comme conférant une habilitation assez large à la majorité pour mettre en œuvre sa politique.

41 François (2004 : 47).

42 Rousseau 1997 ; Noël 1976.

P. Lascoumes écrit que

seuls les naïfs croient que les gouvernants s'attendent à être obéis à la lettre. Sous couvert de réforme et de mesures impératives, les autorités centrales se contentent souvent d'actions symboliques.⁴³

Il ne s'agissait pas ici d'aller à l'encontre des analyses de ce type.⁴⁴ Les développements précédents ne sont pas incompatibles avec l'idée que

tout applicateur a toujours le choix entre au moins deux positions extrêmes : agir bureaucratiquement en faisant preuve d'un légalisme rigide, ou agir en souplesse, en négociant sur les modalités de mise en reuvre.⁴⁵

Les contraintes que la hiérarchie des normes permet aux auteurs des énoncés supérieurs de faire peser sur les organes de concrétisation sont des éléments à prendre en compte dans la négociation entreprise par ces derniers.

Bibliographie

Jean-Bernard AUBY, Jean-Francois AUBY, Rozen NOGUELLOU, 2004 : *Droit des collectivités locales*. Paris : PUF.

Pierre BRUNET, 2006 : Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes. *L'architecture du droit : Mélanges en l'honneur de Michel Troper*. Eds. Pierre Brunet et al. Paris : Economica.

Georges BURDEAU, 1970 : *Traité de science politique*, t. V, « Les régimes politiques ». Paris : LGDJ.

Guy CARCASSONNE, 1999 : Le rôle du contrôle de constitutionnalité dans l'élaboration et le vote de la loi. *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*. Paris : LGDJ.

Michel CROZIER & Erhard FRIEDBERG, 1981 : *L'acteur et le système*. Paris : Editions du Seuil.

Robert A. DAHL, 1970 : Le pouvoir, l'influence, l'autorité. *L'analyse politique contemporaine*. Ed. Robert A. Dahl. Trad. par Iain Whyte. Paris : Editions Robert Laffont.

Christopher L. EISGRUBER, 2001 : *Constitutional Self-Government*. Cambridge : Harvard University Press.

Bastien FRANCOIS, 2004 : *Le régime politique de la Ve République*. Paris : La Découverte.

Tassadit IMACHE, 2005 : Déontologie et sécurité publique, l'affaire de tous. *Le Monde*, 23 sept. 2005.

Hans Kelsen, 1928 : La garantie juridictionnelle de la Constitution. *Revue du droit public*, 1928, 1929, 1930, 1931, 1932, 1933, 1934, 1935, 1936, 1937, 1938, 1939, 1940, 1941, 1942, 1943, 1944, 1945, 1946, 1947, 1948, 1949, 1950, 1951, 1952, 1953, 1954, 1955, 1956, 1957, 1958, 1959, 1960, 1961, 1962, 1963, 1964, 1965, 1966, 1967, 1968, 1969, 1970, 1971, 1972, 1973, 1974, 1975, 1976, 1977, 1978, 1979, 1980, 1981, 1982, 1983, 1984, 1985, 1986, 1987, 1988, 1989, 1990, 1991, 1992, 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021, 2022, 2023, 2024, 2025, 2026, 2027, 2028, 2029, 2030, 2031, 2032, 2033, 2034, 2035, 2036, 2037, 2038, 2039, 2040, 2041, 2042, 2043, 2044, 2045, 2046, 2047, 2048, 2049, 2050, 2051, 2052, 2053, 2054, 2055, 2056, 2057, 2058, 2059, 2060, 2061, 2062, 2063, 2064, 2065, 2066, 2067, 2068, 2069, 2070, 2071, 2072, 2073, 2074, 2075, 2076, 2077, 2078, 2079, 2080, 2081, 2082, 2083, 2084, 2085, 2086, 2087, 2088, 2089, 2090, 2091, 2092, 2093, 2094, 2095, 2096, 2097, 2098, 2099, 2100, 2101, 2102, 2103, 2104, 2105, 2106, 2107, 2108, 2109, 2110, 2111, 2112, 2113, 2114, 2115, 2116, 2117, 2118, 2119, 2120, 2121, 2122, 2123, 2124, 2125, 2126, 2127, 2128, 2129, 2130, 2131, 2132, 2133, 2134, 2135, 2136, 2137, 2138, 2139, 2140, 2141, 2142, 2143, 2144, 2145, 2146, 2147, 2148, 2149, 2150, 2151, 2152, 2153, 2154, 2155, 2156, 2157, 2158, 2159, 2160, 2161, 2162, 2163, 2164, 2165, 2166, 2167, 2168, 2169, 2170, 2171, 2172, 2173, 2174, 2175, 2176, 2177, 2178, 2179, 2180, 2181, 2182, 2183, 2184, 2185, 2186, 2187, 2188, 2189, 2190, 2191, 2192, 2193, 2194, 2195, 2196, 2197, 2198, 2199, 2200, 2201, 2202, 2203, 2204, 2205, 2206, 2207, 2208, 2209, 2210, 2211, 2212, 2213, 2214, 2215, 2216, 2217, 2218, 2219, 2220, 2221, 2222, 2223, 2224, 2225, 2226, 2227, 2228, 2229, 2230, 2231, 2232, 2233, 2234, 2235, 2236, 2237, 2238, 2239, 2240, 2241, 2242, 2243, 2244, 2245, 2246, 2247, 2248, 2249, 2250, 2251, 2252, 2253, 2254, 2255, 2256, 2257, 2258, 2259, 2260, 2261, 2262, 2263, 2264, 2265, 2266, 2267, 2268, 2269, 2270, 2271, 2272, 2273, 2274, 2275, 2276, 2277, 2278, 2279, 2280, 2281, 2282, 2283, 2284, 2285, 2286, 2287, 2288, 2289, 2290, 2291, 2292, 2293, 2294, 2295, 2296, 2297, 2298, 2299, 2300, 2301, 2302, 2303, 2304, 2305, 2306, 2307, 2308, 2309, 2310, 2311, 2312, 2313, 2314, 2315, 2316, 2317, 2318, 2319, 2320, 2321, 2322, 2323, 2324, 2325, 2326, 2327, 2328, 2329, 2330, 2331, 2332, 2333, 2334, 2335, 2336, 2337, 2338, 2339, 2340, 2341, 2342, 2343, 2344, 2345, 2346, 2347, 2348, 2349, 2350, 2351, 2352, 2353, 2354, 2355, 2356, 2357, 2358, 2359, 2360, 2361, 2362, 2363, 2364, 2365, 2366, 2367, 2368, 2369, 2370, 2371, 2372, 2373, 2374, 2375, 2376, 2377, 2378, 2379, 2380, 2381, 2382, 2383, 2384, 2385, 2386, 2387, 2388, 2389, 2390, 2391, 2392, 2393, 2394, 2395, 2396, 2397, 2398, 2399, 2400, 2401, 2402, 2403, 2404, 2405, 2406, 2407, 2408, 2409, 2410, 2411, 2412, 2413, 2414, 2415, 2416, 2417, 2418, 2419, 2420, 2421, 2422, 2423, 2424, 2425, 2426, 2427, 2428, 2429, 2430, 2431, 2432, 2433, 2434, 2435, 2436, 2437, 2438, 2439, 2440, 2441, 2442, 2443, 2444, 2445, 2446, 2447, 2448, 2449, 2450, 2451, 2452, 2453, 2454, 2455, 2456, 2457, 2458, 2459, 2460, 2461, 2462, 2463, 2464, 2465, 2466, 2467, 2468, 2469, 2470, 2471, 2472, 2473, 2474, 2475, 2476, 2477, 2478, 2479, 2480, 2481, 2482, 2483, 2484, 2485, 2486, 2487, 2488, 2489, 2490, 2491, 2492, 2493, 2494, 2495, 2496, 2497, 2498, 2499, 2500, 2501, 2502, 2503, 2504, 2505, 2506, 2507, 2508, 2509, 2510, 2511, 2512, 2513, 2514, 2515, 2516, 2517, 2518, 2519, 2520, 2521, 2522, 2523, 2524, 2525, 2526, 2527, 2528, 2529, 2530, 2531, 2532, 2533, 2534, 2535, 2536, 2537, 2538, 2539, 2540, 2541, 2542, 2543, 2544, 2545, 2546, 2547, 2548, 2549, 2550, 2551, 2552, 2553, 2554, 2555, 2556, 2557, 2558, 2559, 2560, 2561, 2562, 2563, 2564, 2565, 2566, 2567, 2568, 2569, 2570, 2571, 2572, 2573, 2574, 2575, 2576, 2577, 2578, 2579, 2580, 2581, 2582, 2583, 2584, 2585, 2586, 2587, 2588, 2589, 2590, 2591, 2592, 2593, 2594, 2595, 2596, 2597, 2598, 2599, 2600, 2601, 2602, 2603, 2604, 2605, 2606, 2607, 2608, 2609, 2610, 2611, 2612, 2613, 2614, 2615, 2616, 2617, 2618, 2619, 2620, 2621, 2622, 2623, 2624, 2625, 2626, 2627, 2628, 2629, 2630, 2631, 2632, 2633, 2634, 2635, 2636, 2637, 2638, 2639, 2640, 2641, 2642, 2643, 2644, 2645, 2646, 2647, 2648, 2649, 2650, 2651, 2652, 2653, 2654, 2655, 2656, 2657, 2658, 2659, 2660, 2661, 2662, 2663, 2664, 2665, 2666, 2667, 2668, 2669, 2670, 2671, 2672, 2673, 2674, 2675, 2676, 2677, 2678, 2679, 2680, 2681, 2682, 2683, 2684, 2685, 2686, 2687, 2688, 2689, 2690, 2691, 2692, 2693, 2694, 2695, 2696, 2697, 2698, 2699, 2700, 2701, 2702, 2703, 2704, 2705, 2706, 2707, 2708, 2709, 2710, 2711, 2712, 2713, 2714, 2715, 2716, 2717, 2718, 2719, 2720, 2721, 2722, 2723, 2724, 2725, 2726, 2727, 2728, 2729, 2730, 2731, 2732, 2733, 2734, 2735, 2736, 2737, 2738, 2739, 2740, 2741, 2742, 2743, 2744, 2745, 2746, 2747, 2748, 2749, 2750, 2751, 2752, 2753, 2754, 2755, 2756, 2757, 2758, 2759, 2760, 2761, 2762, 2763, 2764, 2765, 2766, 2767, 2768, 2769, 2770, 2771, 2772, 2773, 2774, 2775, 2776, 2777, 2778, 2779, 2780, 2781, 2782, 2783, 2784, 2785, 2786, 2787, 2788, 2789, 2790, 2791, 2792, 2793, 2794, 2795, 2796, 2797, 2798, 2799, 2800, 2801, 2802, 2803, 2804, 2805, 2806, 2807, 2808, 2809, 2810, 2811, 2812, 2813, 2814, 2815, 2816, 2817, 2818, 2819, 2820, 2821, 2822, 2823, 2824, 2825, 2826, 2827, 2828, 2829, 2830, 2831, 2832, 2833, 2834, 2835, 2836, 2837, 2838, 2839, 2840, 2841, 2842, 2843, 2844, 2845, 2846, 2847, 2848, 2849, 2850, 2851, 2852, 2853, 2854, 2855, 2856, 2857, 2858, 2859, 2860, 2861, 2862, 2863, 2864, 2865, 2866, 2867, 2868, 2869, 2870, 2871, 2872, 2873, 2874, 2875, 2876, 2877, 2878, 2879, 2880, 2881, 2882, 2883, 2884, 2885, 2886, 2887, 2888, 2889, 2890, 2891, 2892, 2893, 2894, 2895, 2896, 2897, 2898, 2899, 2900, 2901, 2902, 2903, 2904, 2905, 2906, 2907, 2908, 2909, 2910, 2911, 2912, 2913, 2914, 2915, 2916, 2917, 2918, 2919, 2920, 2921, 2922, 2923, 2924, 2925, 2926, 2927, 2928, 2929, 2930, 2931, 2932, 2933, 2934, 2935, 2936, 2937, 2938, 2939, 2940, 2941, 2942, 2943, 2944, 2945, 2946, 2947, 2948, 2949, 2950, 2951, 2952, 2953, 2954, 2955, 2956, 2957, 2958, 2959, 2960, 2961, 2962, 2963, 2964, 2965, 2966, 2967, 2968, 2969, 2970, 2971, 2972, 2973, 2974, 2975, 2976, 2977, 2978, 2979, 2980, 2981, 2982, 2983, 2984, 2985, 2986, 2987, 2988, 2989, 2990, 2991, 2992, 2993, 2994, 2995, 2996, 2997, 2998, 2999, 3000, 3001, 3002, 3003, 3004, 3005, 3006, 3007, 3008, 3009, 3010, 3011, 3012, 3013, 3014, 3015, 3016, 3017, 3018, 3019, 3020, 3021, 3022, 3023, 3024, 3025, 3026, 3027, 3028, 3029, 3030, 3031, 3032, 3033, 3034, 3035, 3036, 3037, 3038, 3039, 3040, 3041, 3042, 3043, 3044, 3045, 3046, 3047, 3048, 3049, 3050, 3051, 3052, 3053, 3054, 3055, 3056, 3057, 3058, 3059, 3060, 3061, 3062, 3063, 3064, 3065, 3066, 3067, 3068, 3069, 3070, 3071, 3072, 3073, 3074, 3075, 3076, 3077, 3078, 3079, 3080, 3081, 3082, 3083, 3084, 3085, 3086, 3087, 3088, 3089, 3090, 3091, 3092, 3093, 3094, 3095, 3096, 3097, 3098, 3099, 3100, 3101, 3102, 3103, 3104, 3105, 3106, 3107, 3108, 3109, 3110, 3111, 3112, 3113, 3114, 3115, 3116, 3117, 3118, 3119, 3120, 3121, 3122, 3123, 3124, 3125, 3126, 3127, 3128, 3129, 3130, 3131, 3132, 3133, 3134, 3135, 3136, 3137, 3138, 3139, 3140, 3141, 3142, 3143, 3144, 3145, 3146, 3147, 3148, 3149, 3150, 3151, 3152, 3153, 3154, 3155, 3156, 3157, 3158, 3159, 3160, 3161, 3162, 3163, 3164, 3165, 3166, 3167, 3168, 3169, 3170, 3171, 3172, 3173, 3174, 3175, 3176, 3177, 3178, 3179, 3180, 3181, 3182, 3183, 3184, 3185, 3186, 3187, 3188, 3189, 3190, 3191, 3192, 3193, 3194, 3195, 3196, 3197, 3198, 3199, 3200, 3201, 3202, 3203, 3204, 3205, 3206, 3207, 3208, 3209, 3210, 3211, 3212, 3213, 3214, 3215, 3216, 3217, 3218, 3219, 3220, 3221, 3222, 3223, 3224, 3225, 3226, 3227, 3228, 3229, 3230, 3231, 3232, 3233, 3234, 3235, 3236, 3237, 3238, 3239, 3240, 3241, 3242, 3243, 3244, 3245, 3246, 3247, 3248, 3249, 3250, 3251, 3252, 3253, 3254, 3255, 3256, 3257, 3258, 3259, 3260, 3261, 3262, 3263, 3264, 3265, 3266, 3267, 3268, 3269, 3270, 3271, 3272, 3273, 3274, 3275, 3276, 3277, 3278, 3279, 3280, 3281, 3282, 3283, 3284, 3285, 3286, 3287, 3288, 3289, 3290, 3291, 3292, 3293, 3294, 3295, 3296, 3297, 3298, 3299, 3300, 3301, 3302, 3303, 3304, 3305, 3306, 3307, 3308, 3309, 3310, 3311, 3312, 3313, 3314, 3315, 3316, 3317, 3318, 3319, 3320, 3321, 3322, 3323, 3324, 3325, 3326, 3327, 3328, 3329, 3330, 3331, 3332, 3333, 3334, 3335, 3336, 3337, 3338, 3339, 3340, 3341, 3342, 3343, 3344, 3345, 3346, 3347, 3348, 3349, 3350, 3351, 3352, 3353, 3354, 3355, 3356, 3357, 3358, 3359, 3360, 3361, 3362, 3363, 3364, 3365, 3366, 3367, 3368, 3369, 3370, 3371, 3372, 3373, 3374, 3375, 3376, 3377, 3378, 3379, 3380, 3381, 3382, 3383, 3384, 3385, 3386, 3387, 3388, 3389, 3390, 3391, 3392, 3393, 3394, 3395, 3396, 3397, 3398, 3399, 3400, 3401, 3402, 3403, 3404, 3405, 3406, 3407, 3408, 3409, 3410, 3411, 3412, 3413, 3414, 3415, 3416, 3417, 3418, 3419, 3420, 3421, 3422, 3423, 3424, 3425, 3426, 3427, 3428, 3429, 3430, 3431, 3432, 3433, 3434, 3435, 3436, 3437, 3438, 3439, 3440, 3441, 3442, 3443, 3444, 3445, 3446, 3447, 3448, 3449, 3450, 3451, 3452, 3453, 3454, 3455, 3456, 3457, 3458, 3459, 3460, 3461, 3462, 3463, 3464, 3465, 3466, 3467, 3468, 3469, 3470, 3471, 3472, 3473, 3474, 3475, 3476, 3477, 3478, 3479, 3480, 3481, 3482, 3483, 3484, 3485, 3486, 3487, 3488, 3489, 3490, 3491, 3492, 3493, 3494, 3495, 3496, 3497, 3498, 3499, 3500, 3501, 3502, 3503, 3504, 3505, 3506, 3507, 3508, 3509, 3510, 3511, 3512, 3513, 3514, 3515, 3516, 3517, 3518, 3519, 3520, 3521, 3522, 3523, 3524, 3525, 3526, 3527, 3528, 3529, 3530, 3531, 3532, 3533, 3534, 3535, 3536, 3537, 3538, 3539, 3540, 3541, 3542, 3543, 3544, 3545, 3546, 3547, 3548, 3549, 3550, 3551, 3552, 3553, 3554, 3555, 3556, 3557, 3558, 3559, 3560, 3561, 3562, 3563, 3564, 3565, 3566, 3567, 3568, 3569, 3570, 3571, 3572, 3573, 3574, 3575, 3576, 3577, 3578, 3579, 3580, 3581, 3582, 3583, 3584, 3585, 3586, 3587, 3588, 3589, 3590, 3591, 3592, 3593, 3594, 3595, 3596, 3597, 3598, 3599, 3600, 3601, 3602, 3603, 3604, 3605, 3606, 3607, 3608, 3609, 3610, 3611, 3612, 3613, 3614, 3615, 3616, 3617, 3618, 3619, 3620, 3621, 3622, 3623, 3624, 3625, 3626, 3627, 3628, 3629, 3630, 3631, 3632, 3633, 3634, 3635, 3636, 3637, 3638, 3639, 3640, 3641, 3642, 3643, 3644, 3645, 3646, 3647, 3648, 3649, 3650, 3651, 3652, 3653, 3654, 3655, 3656, 3657, 3658, 3659, 3660, 3661, 3662, 3663, 3664, 3665, 3666, 3667, 3668, 3669, 3670, 3671, 3672, 3673, 3674, 3675, 3676, 3677, 3678, 3679, 3680, 3681, 3682, 3683, 3684, 3685, 3686, 3687, 3688, 3689, 3690, 3691, 3692, 3693, 3694, 3695, 3696, 3697, 3698, 3699, 3700, 3701, 3702, 3703, 3704, 3705, 3706, 3707, 3708, 3709, 3710, 3711, 3712, 3713, 3714, 3715, 3716, 3717, 3718, 3719, 3720, 3721, 3722, 3723, 3724, 3725, 3726, 3727, 3728, 3729, 3730, 3731, 3732, 3733, 3734, 3735, 3736, 3737, 3738, 3739, 3740, 3741, 3742, 3743, 3744, 3745, 3746, 3747, 3748, 3749, 3750, 3751, 3752, 3753, 3754, 3755, 3756, 3757, 3758, 3759, 3760, 3761, 3762, 3763, 3764, 3765, 3766, 3767, 3768, 3769, 3770, 3771, 3772, 3773, 3774, 3775, 3776, 3777, 3778, 3779, 3780, 3781, 3782, 3783, 3784, 3785, 3786, 3787, 3788, 3789, 3790, 3791, 3792, 3793, 3794, 3795, 3796, 3797, 3798, 3799, 3800, 3801, 3802, 3803, 3804, 3805, 3806, 3807, 3808, 3809, 3810, 3811, 3812, 3813, 3814, 3815, 3816, 3817, 3818, 3819, 3820, 3821, 3822, 3823, 3824, 3825, 3826, 3827, 3828, 3829, 3830, 3831, 3832, 3833,

Pierre LASCOUMES, 1990 : Normes juridiques et mise en œuvre des politiques publiques. *L'Année sociologique* (40) 1990.

Pierre MAZEAUD, 2006 : *La lettre de la justice administrative* (2006) 11.

Adolf MERKL, 1987 : Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto. *Il duplice volto del diritto*. Trad. ital. de Carmelo Geraci. Milano : Giuffrè.

Jacques MEUNIER, 1998 : *Le pouvoir du Conseil constitutionnel : Essai d'analyse stratégique*. Paris/Bruxelles : LGDJ-Montchrestien.

Léon NOEL, 1976 : *De Gaulle et les débuts de la V République*. 1958-1865. Paris : Plon.

Chaim PERELMAN, 1999 : *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*. Paris : Dalloz-Sirey.

Pierre ROSANVALLON, 1998 : *Le peuple introuvable*. Paris : Gallimard.

Dominique ROUSSEAU, 1997 : *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*. Paris : Descartes & Cie.

Alec STONE, 1992 : *The Birth of Judicial Politics in France. The Constitutional Council in Comparative Perspective*. New York : Oxford University Press.

Michel TROPER, 1980 : *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*. Paris : LGDJ.

, 1994a : Justice constitutionnelle et démocratie. *Pour une théorie juridique de l'État*. Paris : PUF.

, 1994b : Réplique à Denys de Béchillon. *Revue de la recherche juridique* (1994) 1.

, 2001 : *La théorie du droit, le droit l'État*. Paris : PUF.

Guillaume TUSSEAU, 2006a : *Les normes d'habilitation*. Paris : Dalloz.

, 2006b : Sur une technique de fédéralisme coopératif : les délégations de compétence interparlementaires au Canada. *L'architecture du droit : Mélanges en l'honneur de Michel Troper*. Eds. Pierre Brunet et al. Paris : Economica.

Lorenzo ZUCCA, 2006: Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA. Oxford : Oxford University Press.

*

Conseil Constitutionnel français (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/>) :

, Décision n°82-143 DC du 30 juillet 1982, « Blocage des prix et des revenus ».

—, Décision n°82-146 DC du 18 novembre 1982, « Quotas par sexe ».

—, Décision n°86-224 DC du 23 janvier 1987, « Conseil de la concurrence ».

, Décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005, « Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école ».

—, Décision n°2006-533DC du 16 mars 2006, « Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes ».

Conseil d'Etat français (<http://www.conseil-etat.fr/>) :

, CE, Ass., Canal, Robin et Godot, 19 octobre 1962, n° 58502.

Constitutions Françaises (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/>) :

, Constitution de 1791.

, Constitution de 1958.

Legislation française (<http://www.legifrance.gouv.fr/>) :

, Loi du 7 janvier 1983.

*Synopsis***Raphael Paour****Les contraintes juridiques de la hiérarchie des normes**

SLOV. | *Pravne omejitve hierarhije norm.* Sta oblast, ki jo izvaja neki organ, in hierarhična raven njegovih norm povezana? Na podlagi realističnega nauka o pravnem razlaganju bi lahko trdili ravno nasprotno. Če velja - kot izhaja iz tega nauka -, da je razlagalec tisti, ki pravemu določi pripise njegov pravn pomen, potem imajo državni uradniki, ki uveljavljajo javne politike, večjo moč kot zakonodajalec, ki te politike ubeseduje in sprejema. Avtor tega članka trdi, da bi bil tak sklep vendarle napačen, saj se ponavadi tisti, ki splošna in abstraktna pravna besedila oblikujejo, lahko zanesejo na sredstva, ki omogočajo omejevanje razlagalcev na uveljavljanje njihovih izvornih preferenc. Takšna sredstva omejevanja najdemo tudi v miselni predstavi, da je pravo skup hierarhično urejenih norm. Da bi lahko ugotovili, v katerih primerih je hierarhična raven neke norme resnično povezana z oblastjo njenega avtorja, moramo identificirati omenjena sredstva omejevanja in oceniti njihovo učinkovitost.

Ključne besede: statična hierarhija, dinamična hierarhija, omogočujoča pravila, pravne omejitve, sodni nadzor, Kelsen, Troper

ENG. | *The Legal Constraints of the Hierarchy of Norms.* Is there a correlation between the power exercised by a legal entity and the rank of its norms? The realist theory of interpretation could be taken to suggest the contrary. If, as such theory demonstrates, the interpreter of a legal statement establishes its meaning, then the government officials that apply public policies should have more power than the legislator who determines these policies. The author of this article, however, argues that such a conclusion would be wrong, for the organs that create abstract and general legal statements can usually rely on resources which enable them to constrain those who interpret and apply them to take their preferences into consideration. The idea that law is a set of hierarchised norms offers such resources. These ought to be identified and their efficiency evaluated if we are to determine in which cases there is indeed a correlation between the rank of a norm and the power exercised by its author.

Keywords: static hierarchy, dynamic hierarchy, enabling rules, legal constraints, judicial review, Kelsen, Troper

Summary: 1. The Static Hierarchy's Constraints. — 1.1. *Some Inadequate Constraints.* — 1.1.1. *The Constraint's Mechanism.* — 1.1.2. *The Constraint's Scope.* — 1.1.2.1. *The Situation of the Author of a Legal Statement.* — 1.1.2.2. *The Situation of the Interpreter of a Legal Statement.* — 1.2. *Legal Deficiencies Compensated.* — 1.2.1. *The Control of Interpretations.* — 1.2.1.1. *Intensity and Depth of the Control.* — 1.2.1.2. *The Faculty to Start the Control Alone.* — 1.2.2. *The Control on Interpreters.* — 1.2.2.1. *Direct Control.* — 1.2.2.2. *Indirect Control.* — 2. Constraints of Dynamic Hierarchy. — 2.1. *The Organ's Empowerment Control.* — 2.1.1. *The Indirect Self-Empowerment.* — 2.1.2. *The Ordinary Empowerment.* — 2.2. *The Empowerment of an Ideologically Close Organ.*

Raphael Paour is a PhD student at the University of Paris Ouest Nanterre La Défense. *Centre de Théorie et Analyse du Droit (UMR 7074).* | Address: Université Paris Ouest Nanterre La Défense, Bâtiment F, 200 avenue de la République, 92001 Nanterre Cedex, France. E-mail: raphael@paour.com