

COLLECTION DROIT PUBLIC POSITIF  
*dirigée par Louis FAVOREU*

Denys de BÉCHILLON

# **HIÉRARCHIE DES NORMES ET HIÉRARCHIE DES FONCTIONS NORMATIVES DE L'ÉTAT**

Préface de Pierre BON



DE 599

COLLECTION DROIT PUBLIC POSITIF

*dirigée par Louis FAVOREU,*

*président honoraire de l'Université d'Aix-Marseille III*

Denys de BÉCHILLON


# HIÉRARCHIE DES NORMES ET HIÉRARCHIE DES FONCTIONS NORMATIVES DE L'ÉTAT

Préface de Pierre BON

*Ouvrage honoré par une subvention  
du Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche*

*Réalisé dans le cadre et avec le concours de l'Institut d'études juridiques  
ibériques et ibéro-américaines (URA — C.N.R.S. n° 1421),  
à l'Université de Pau et des pays de l'Adour*

SDC 2206 ↑

 **ECONOMICA**

49, rue Héricart, 75015 Paris

## TABLE DES MATIERES

Préface, par *Pierre Bon*

III

Avant-Propos

V

### INTRODUCTION

3

**Section 1 : L'ambition de la recherche : pour un dépassement du critère organique et formel de la hiérarchie des normes**

5

*Sous-Section 1 : Exposé de la théorie du critère organique et formel*

6

*Sous Section 2 : Critique de la théorie du critère organique et formel*

8

§ 1 — ARGUMENTS CRITIQUES

8

I / CRITIQUE DE L'ORGANICISME

8

1e objection : L'emploi du critère organique peut s'avérer pratiquement difficile : qu'est ce qu'un organe de l'Etat, et comment l'identifier ?

9

2e objection : La logique du critère organique peut s'avérer théoriquement délicate à utiliser : existe t-il une hiérarchie des organes de l'Etat ?

10

3e objection : Le recours au critère organique peut parfois s'avérer impossible

12

II / CRITIQUE DU CRITERE FORMEL

§2 — BILAN CRITIQUE

*Sous-Section 3 : Dépassement du critère organique et formel*

§ 1 — DEPASSEMENT DE L'IDEE MEME D'UN CRITERE

§ 2 — DEPASSEMENT DE L'ORGANICISME : VERS UNE THEORIE PRINCIPALEMENT FONCTIONNELLE DE LA HIERARCHIE DES NORMES

**Section 2 : Les limites de la recherche : vers une étude statique de la hiérarchie interfonctionnelle des normes dans l'ordre juridique français contemporain**

*Sous-section 1 : Une étude limitée à la seule hiérarchie interfonctionnelle des normes*

*Sous-Section 2 : Une étude limitée à l'ordre juridique français contemporain*

*Sous-section 3 : Une étude strictement statique de la hiérarchie des normes*

§ 1 — EXCLUSION DE L'ASPECT DYNAMIQUE DE LA HIERARCHIE DES NORMES

I / NECESSITE DU CLIVAGE DYNAMIQUE / STATIQUE

II / LEGITIMITE DU CLIVAGE DYNAMIQUE / STATIQUE

§ 2 — EXCLUSION DE L'ETUDE DU FONDEMENT DE LA HIERARCHIE DES NORMES

*Sous-section 4 : Une étude reposant sur d'importantes conventions terminologiques*

12

13

15

17

17

20

21

22

24

25

26

27

32

35

38

**PREMIERE PARTIE**

**GRADATION DES FONCTIONS NORMATIVES DE L'ETAT**

**CHAPITRE PRELIMINAIRE : DU CONCEPT DE FONCTION**

Section 1 : Une théorie des fonctions

Section 2 : Une théorie des fonctions de l'Etat

Section 3 : Une théorie des fonctions normatives de l'Etat

**TITRE PREMIER**

**TYOLOGIE DES FONCTIONS NORMATIVES DE L'ETAT**

**CHAPITRE I : LES FONCTIONS EVIDEMMENT NORMATIVES**

Section 1 : La fonction constituante

§ 1 : LA NATURE DE L'ACTIVITE CONSTITUANTE

43

44

44

46

48

50

51

51

51

**§ 2 : LA NOTION DE CONSTITUTION**

I / INSUFFISANCE D'UNE DEFINITION MATERIELLE DE LA NOTION DE CONSTITUTION 53

II / NECESSITE D'UNE DEFINITION FORMELLE DE LA NOTION DE CONSTITUTION 54

**Section 2 : La fonction législative**

**§ 1 : LA DEFINITION DE LA LOI N'EST PAS PUREMENT DOMANIALE : L'EXTENSION DU DOMAINE DE LA LOI**

I / LES FACTEURS POLITIQUES DE L'EXTENSION DU DOMAINE DE LA LOI 60

A / LA RESPONSABILITE DU GOUVERNEMENT DANS L'EXTENSION DU DOMAINE DE LA LOI 60

B / LA RESPONSABILITE DU PARLEMENT DANS L'EXTENSION DU DOMAINE DE LA LOI 62

II / LES FACTEURS JURISPRUDENTIELS DE L'EXTENSION DU DOMAINE DE LA LOI 63

A / EXTENSION DU DOMAINE DE LA LOI ET DEFINITION DES REGLES DE REPARTITION DES COMPETENCES LEGISLATIVES ET REGLEMENTAIRES 64

1) L'extension du domaine de la Loi par la lecture du texte constitutionnel 64

a) Extension du domaine de la Loi et prise en compte de la totalité du texte constitutionnel 64

b) Extension du domaine de la Loi et reconstruction de l'article 34 64

c) Extension du domaine de la Loi et interprétation des dispositions constitutionnelles 65

-1- Extension du domaine de la Loi et interprétation contentieuse des dispositions constitutionnelles 65

-2- Extension du domaine de la Loi et interprétation consultative des dispositions constitutionnelles 65

2) L'extension du domaine de la Loi par le dépassement du texte constitutionnel 66

B / EXTENSION DU DOMAINE DE LA LOI ET SANCTION DES REGLES DE REPARTITION DES COMPETENCES LEGISLATIVES ET REGLEMENTAIRES 68

1) Bien-fondé de la décision "blocage des prix" 69

2) Portée de la décision "blocage des prix" 71

a) Quelles saisines sont visées ? 71

b) Quelles Lois sont visées ? 71

**§ 2 — LA DEFINITION DE LA FONCTION LEGISLATIVE CONSERVE NECESSAIREMENT UNE COMPOSANTE DOMANIALE**

I / LE DOMAINE DE LA LOI RESTE LIMITE 72

A / LA LIMITATION DU DOMAINE DE LA LOI "PAR LE HAUT" : LE LEGISLATEUR NE PEUT INDEFINIMENT ETENDRE SES COMPETENCES 72

1) Du bon usage de l'article 61 : Le législateur est toujours contraint au respect de la définition constitutionnelle des compétences 73

a) Les limites pesant sur le législateur organique 73

b) Les limites pesant sur le législateur ordinaire 73

-1- Le législateur ne peut réécrire les dispositions définissant le domaine de la Loi 73

-2- Le législateur ne peut redéfinir les conditions d'exercice du pouvoir réglementaire 74

2) Du bon usage des articles 37-2 et 41 : le Gouvernement peut toujours imposer le respect de la répartition constitutionnelle des compétences 76

B / LA LIMITATION DU DOMAINE DE LA LOI "PAR LE BAS" : LE LEGISLATEUR NE PEUT INDEFINIMENT RESTREINDRE SA COMPETENCE 77

II / L'IDEE DE DOMANIALITE DE LA LOI A CHANGE 79

**Section 3 : La fonction diplomatique**

**§ 1 — L'IDENTIFICATION ORGANIQUE DE LA FONCTION DIPLOMATIQUE : L'ACTIVITE DIPLOMATIQUE NE PROCEDE PAS D'UN MONOPOLE DU POUVOIR EXECUTIF**

I / PARTAGE INEGAL DES COMPETENCES NORMATIVES DANS L'ELABORATION DU DROIT INTERNATIONAL CONVENTIONNEL 85

A / LES ARGUMENTS PERMETTANT DE CONSIDERER L'ORGANE EXECUTIF COMME DETENTEUR D'UN MONOPOLE NORMATIF EN MATIERE INTERNATIONALE 86

B / LES ARGUMENTS PERMETTANT DE DISCUTER L'EXISTENCE D'UNE VERITABLE SITUATION DE MONOPOLE NORMATIF AU PROFIT DE L'EXECUTIF 88

II / PARTAGE PLUS EQUITABLE DES COMPETENCES NORMATIVES DANS L'ELABORATION DU DROIT INTERNATIONAL NON CONVENTIONNEL 91

A / PARTAGE DES COMPETENCES NORMATIVES DANS L'ELABORATION DES COUTUMES INTERNATIONALES 92

	<i>... des fonctions normatives de l'Etat</i>	
	<i>B / PARTAGE DES COMPETENCES NORMATIVES DANS L'ELABORATION DES PRINCIPES GENERAUX DU DROIT INTERNATIONAL</i>	
95	<b>§ 2 — L'IDENTIFICATION LOGIQUE DE LA FONCTION DIPLOMATIQUE : L'ACTIVITE DIPLOMATIQUE NE RELEVE D'AUCUNE AUTRE FONCTION DE L'ETAT</b>	
96		
	<b>Section 4 : La fonction administrative</b>	
99		
	<b>§ 1 : UNICITE DE LA FONCTION ADMINISTRATIVE (ET INEXISTENCE DE LA FONCTION GOUVERNEMENTALE)</b>	101
	<b>§ 2 : UNITE DE LA FONCTION ADMINISTRATIVE</b>	104
	<b>CHAPITRE II : LES FONCTIONS DISCRETEMENT NORMATIVES : LES FONCTIONS DE JUSTICE</b>	107
	<b>Section préliminaire : Le tronc commun des fonctions de justice</b>	107
	<b>§ 1 — LES FONCTIONS DE JUSTICE SONT LE LIEU D'UN JUGEMENT</b>	108
	<b>I / LA FONCTION DE JUGER COMME FAIT D'UN TIERS DESINTERESSE ET IMPARTIAL</b>	109
	<b>II / LA FONCTION DE JUGER SUPPOSE UN POUVOIR DE DECISION</b>	110
	<b>III / LA FONCTION DE JUGER EMPORTE SOLUTION D'UN PROBLEME DE LICEITE</b>	111
	<b>IV / DANS LE CONTEXTE DE LA FONCTION DE JUGER, L'ACTION DE DIRE UN ETAT D'ILLICEITE CONSTITUE EN ELLE MEME SA PROPRE FINALITE</b>	112
	<b>§ 2 — LES FONCTIONS DE JUSTICE SONT LE LIEU D'UN POUVOIR NORMATIF</b>	113
	<b>Sous-§ 1 — LES MODALITES D'EXPRESSION DU POUVOIR NORMATIF DU JUGE</b>	113
	<b>I / L'ACTIVITE JURIDICTIONNELLE COMME ACTIVITE NORMATIVE</b>	119

	<i>... des matières</i>	
	<b>II / L'ACTIVITE JURISPRUDENTIELLE COMME ACTIVITE NORMATIVE</b>	121
	<b>A / GENESE DES NORMES JURISPRUDENTIELLES ET INTERPRETATION DU DROIT ECRIT</b>	121
	<b>B / GENESE DES NORMES JURISPRUDENTIELLES ET TRANPOSITION DU DROIT ECRIT</b>	123
	<b>Sous-§ 2 — FONDEMENT DU POUVOIR NORMATIF DU JUGE</b>	125
	<b>I / FONDEMENT DU POUVOIR NORMATIF JURIDICTIONNEL (Rappel)</b>	125
	<b>II / FONDEMENT DU POUVOIR NORMATIF JURISPRUDENTIEL</b>	125
	<b>A / LA NORME JURISPRUDENTIELLE NE PROCEDE PAS D'UN POUVOIR DERIVE</b>	125
	<b>1) La norme jurisprudentielle ne dérive pas d'une permission du législateur</b>	126
	<b>a) La norme jurisprudentielle ne dérive pas de la parole du législateur</b>	126
	<b>b) La norme jurisprudentielle ne dérive pas du silence du législateur</b>	126
	<b>2) La norme jurisprudentielle ne dérive pas de la coutume</b>	127
	<b>3) La norme jurisprudentielle ne dérive pas d'une reconnaissance des intéressés</b>	128
	<b>a) Exposition</b>	128
	<b>b) Réflexion</b>	130
	<b>- 1 - Critique des prémisses</b>	130
	<b>- 2 - Critique des arguments de fond</b>	131
	<b>B / LA NORME JURISPRUDENTIELLE PROCEDE D'UN POUVOIR ORIGINAIRE</b>	133
	<b>Section première : la fonction de justice ordinaire</b>	138
	<b>§ I — L'IDENTIFICATION DE LA FONCTION DE JUSTICE ORDINAIRE A PARTIR DES ACTES EMANANT DES ORGANISMES QUALIFIES DE JURIDICTIONNELS EN VERTU D'UN TEXTE</b>	139
	<b>I / UN ACTE EST JURIDICTIONNEL S'IL A POUR OBJET DE TRANCHER UN LITIGE RELATIF A UNE "QUESTION DE DROIT"</b>	140

<i>A / UTILISATION DU CRITERE DU "LITIGE A TRANCHER" ET IDENTIFICATION DE L'ACTE JURIDICTIONNEL EMANANT DE JURIDICTIONS DE L'ORDRE JUDICIAIRE</i>	141
1) <i>Identification de l'acte juridictionnel et fonctionnement du service judiciaire en matière civile</i>	144
2) <i>Identification de l'acte juridictionnel et fonctionnement du service judiciaire en matière pénale</i>	145
<i>B / UTILISATION DU CRITERE DU "LITIGE A TRANCHER" ET DEFINITION DE L'ACTE JURIDICTIONNEL EMANANT DES JURIDICTIONS DE L'ORDRE ADMINISTRATIF</i>	149
<b>II / UN ACTE EST JURIDICTIONNEL S'IL CONSTITUE UNE DECISION REGLANT PAR ELLE MÊME LA SITUATION DU JUSTICIABLE</b>	153
A) <i>ACTE JURIDICTIONNEL ET ACTE A CARACTERE DE DECISION : L'EXEMPLE DU CONTROLE BUDGETAIRE DES CHAMBRES REGIONALES DES COMPTES</i>	154
B) <i>ACTE JURIDICTIONNEL ET ACTE A CARACTERE DE DECISION : L'EXEMPLE DES AVIS DES CHAMBRES D'ACCUSATION STATUANT EN MATIERE D'EXTRADITION</i>	157
<b>§ 2 — L'IDENTIFICATION DE LA FONCTION JURIDICTIONNELLE A PARTIR DES ACTES EMANANT D'ORGANISMES NON QUALIFIES DE JURIDICTIONNELS EN VERTU D'UN TEXTE</b>	161
I / <i>POUR ETRE JURIDICTIONNEL, L'ACTE DOIT EMANER D'UN ORGANE COLLEGIAL</i>	161
II / <i>POUR ETRE JURIDICTIONNEL, L'ACTE DOIT POSSEDER LE CARACTERE D'UNE DECISION DEFINITIVE</i>	163
III / <i>POUR ETRE JURIDICTIONNEL, L'ACTE DOIT REVELER L'EXERCICE D'UNE MISSION DISCIPLINAIRE</i>	165
IV / <i>POUR ETRE JURIDICTIONNEL, L'ACTE DOIT EMANER D'UN ORGANE CREE PAR LA LOI</i>	166
<b>Section 2 : La fonction de justice constitutionnelle</b>	169
<b>§ 1 — DIFFICULTE ET RELATIVITE D'UNE DEFINITION GENERALE ET UNIVERSELLE DE LA FONCTION DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE</b>	171
I / <i>COMMENT LA FONCTION DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE NE DOIT PAS ETRE DEFINIE</i>	171

<i>A / LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE NE SE DEFINIT PAS SEULEMENT PAR L'IDENTIFICATION DE LA NORME DE REFERENCE DONT ELLE ASSURE LE RESPECT</i>	171
<i>B / LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE NE SE DEFINIT PAS SEULEMENT A L'AIDE D'UNE RECENSION DES NORMES DONT ELLE ASSURE LE CONTROLE</i>	173
1) <i>La justice constitutionnelle ne peut, par principe, être définie en référence au seul contrôle des normes</i>	173
2) <i>La justice constitutionnelle ne peut être définie en référence au contrôle de certaines normes particulières</i>	174
a) <i>La justice constitutionnelle ne se définit pas en pure référence au contrôle juridictionnel des Lois</i>	174
b) <i>La justice constitutionnelle ne se définit pas en pure référence au contrôle des normes les plus directement assujetties au respect du texte constitutionnel</i>	177
<i>C / LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE NE SE DEFINIT PAS SEULEMENT A L'AIDE DU STATUT DES ORGANES QUI L'EXERCENT</i>	178
<b>II / COMMENT LA FONCTION DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE PEUT ETRE IDENTIFIEE</b>	180
A / <i>LA RECHERCHE DU NOYAU DUR DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE : LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DE LA CONSTITUTIONNALITE DES LOIS</i>	180
B / <i>LE REPLI COMPLEMENTAIRE VERS UNE ANALYSE "LOCALISTE" DES ATTRIBUTIONS DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE : LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE COMME FONCTION SPECIFIQUEMENT INSTITUTEE COMME TELLE</i>	182
1) <i>Identification relative de la justice constitutionnelle et mécanismes de contrôle concentré</i>	183
2) <i>Identification relative de la justice constitutionnelle et mécanismes du contrôle diffus</i>	183
<b>§ 2 — EXISTENCE ET CONTOURS DE LA FONCTION DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE EN FRANCE</b>	186
<b>I / VERIFICATION DE L'EXISTENCE D'UNE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE A LA FRANCAISE</b>	187
A / <i>PRESENCE D'UN CONTRÔLE DE NATURE JURIDICTIONNELLE</i>	187
1) <i>La composition du Conseil constitutionnel n'est nullement incompatible avec l'idée de juridiction</i>	187
2) <i>La mission du Conseil constitutionnel, dans le cadre du contrôle de la constitutionnalité des Lois, constitue une opération de nature juridictionnelle</i>	188

3) L'acte par lequel le Conseil constitutionnel dit la constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité de la Loi possède le caractère d'une décision à caractère impératif	188
B / EXISTENCE D'UN VÉRITABLE CONTRÔLE DE LA LOI	189
II / ENUMERATION DES ATTRIBUTIONS DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE A LA FRANÇAISE	191

## TITRE SECOND

### HIERARCHIE DES FONCTIONS NORMATIVES DE L'ETAT

193

#### CHAPITRE PREMIER

#### EN QUOI L'ON PEUT DIRE QUE LES FONCTIONS NORMATIVES DE L'ETAT SONT HIERARCHISEES

194

#### Section 1 : intuition, développement et échec des théories juridiques de la hiérarchie des fonctions de l'Etat

195

§ 1 — LUMIERES	196
I / CARRE DE MALBERG	196
II / L'ECOLE DE VIENNE	199
§ 2 — OBSCURCISSEMENTS	202
I / MALAISE DANS LA METHODOLOGIE	202
A / SUBSTITUTIONS	202
B / INVERSIONS	205
II / TROUBLE DANS LA TYPOLOGIE	207
III / CRISES DANS L'ANALOGIE	209

A / LE RAPPORT HIÉRARCHIQUE ENTRE FONCTIONS N'EST PAS REDUCTIBLE AU SEUL PRINCIPE DE LEGALITE	209
B / LE RAPPORT HIÉRARCHIQUE ENTRE FONCTIONS N'EST PAS ASSIMILABLE AU POUVOIR HIÉRARCHIQUE	210
1) Le rapport hiérarchique entre fonctions n'est pas un plein pouvoir de direction et de commandement	211
a) Réfutation de l'analogie du pouvoir hiérarchique pour l'appréciation du primat de la législation sur l'administration	212
b) Réfutation de l'analogie du pouvoir hiérarchique pour l'appréciation du primat des fonctions juridictionnelles sur les activités qu'elles ont pour objet de contrôler	213
-1- Rejet de l'analogie du pouvoir hiérarchique pour l'étude du primat de la justice ordinaire	214
-2- Rejet de l'analogie du pouvoir hiérarchique pour l'analyse du primat de la justice constitutionnelle	219
2) Le rapport hiérarchique entre fonctions n'est pas un véritable pouvoir de redressement	223

#### Section 2 : Eléments pour la reconstruction d'une théorie de la hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat

226

§ 1 — CONDITIONS	227
§ 2 — CONSTRUCTION	232
I / ORDRE	233
A / L'ORDRE LOGIQUE DES FONCTIONS	233
B / LA LOGIQUE DE L'ORDRE DANS LES FONCTIONS	234
II / VARIABILITE	235
III / DEPENDANCE	238
1) Cet invariable noyau, en tant qu'il exprime surtout que les choses sont liées entre elles, se ramène à deux propriétés	239
2) Ce sont alors des acceptions plus périphériques qui assurent l'adaptabilité du concept et disent ce que la dépendance peut être au surplus	239

## CHAPITRE SECOND

COMMENT LES FONCTIONS NORMATIVES DE  
L'ÉTAT SONT HIERARCHISEES

240

Section 1 : L'articulation primordiale : hiérarchie des  
fonctions constituante, législative et administrative

240

§ 1 — PRIMAT GENERAL DE LA FONCTION  
CONSTITUANTE

240

§ 2 — PRIMAT DE LA LEGISLATION SUR  
L'ADMINISTRATION

241

Section 2 : L'interposition secondaire des activités de  
contrôle : rang hiérarchique des fonctions  
juridictionnelles

243

## § 1 — RANG HIERARCHIQUE DE LA JUSTICE ORDINAIRE

243

I / PRIMAT DE LA JUSTICE ORDINAIRE SUR  
L'ADMINISTRATION

243

## A / LE PRIMAT DE LA JUSTICE ADMINISTRATIVE

245

## B / LE PRIMAT DE LA JUSTICE JUDICIAIRE

247

## II / PRIMAT DE LA LEGISLATION SUR LA JUSTICE ORDINAIRE

248

§ 2 — RANG HIERARCHIQUE DE LA JUSTICE  
CONSTITUTIONNELLE

249

I / PRIMAT DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE SUR LA  
LEGISLATION

249

A / PRIMAT DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE DANS SON  
ATTRIBUTION DE CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONNALITE  
DES LOIS

250

B / PRIMAT DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE DANS SES  
ATTRIBUTIONS AUTRES QUE LE CONTRÔLE DES LOIS

252

II / SUBORDINATION DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE A  
LA FONCTION CONSTITUANTE

254

Section 3 : Insertion de la fonction diplomatique dans  
la hiérarchie des fonctions

256

§ 1 — FONCTION DIPLOMATIQUE ET THEORIE DES  
RAPPORTS DE SYSTEME ENTRE L'ORDRE  
INTERNATIONAL ET L'ORDRE INTERNE

256

## a) du monisme étatique

260

## b) du monisme internationaliste

262

§ 2 — RANG HIERARCHIQUE DE LA FONCTION  
DIPLOMATIQUE

269

## DEUXIEME PARTIE :

TRADUCTION DE LA HIERARCHIE DES  
FONCTIONS DANS LA HIERARCHIE  
DES NORMES

273

1) Réfutation des principaux arguments opposés au principe d'un critère  
fonctionnel

274

## 2) Méthode suivie pour la promotion d'un critère fonctionnel

276

## TITRE PREMIER

LA HIERARCHIE DES NORMES EN CAS  
DE DEDOUBLEMENT FONCTIONNEL  
DE L'ACTIVITE NORMATIVE D'UN  
ORGANISME PUBLIC

280

## CHAPITRE I : LES FIGURES HIERARCHIQUES CONFORMES AU CRITERE FONCTIONNEL

### Section 1 : dans l'exercice de la fonction constituante : le rang hiérarchique des décisions prises en matière constitutionnelle par le Président de la République durant l'application de l'article 16 de la Constitution

§ 1 — LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE DETIENT-IL LE  
POUVOIR D'ECARTER PONCTUELLEMENT  
L'APPLICATION DE LA CONSTITUTION, DE LUI DEROGER  
OU DE LUI APPORTER EXCEPTION ?

§ 2 — LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE NE DETIENT PAS  
LE POUVOIR DE REVISER LE TEXTE DE LA  
CONSTITUTION

### Section 2 : dans l'exercice de la fonction de justice constitutionnelle : les sentences d'inconventionnalité de la Loi prononcées par le juge ordinaire en application de l'article 55 de la Constitution

§ 1 — LA NATURE DES SENTENCES D'INCONVEN-  
TIONNALITE DES LOIS EN APPLICATION DE L'ARTICLE 55  
DE LA CONSTITUTION

I / LA SENTENCE D'INCONVENTIONNALITE N'EST PAS UNE  
VERITABLE SENTENCE CONSTITUTIONNELLE

II / LA SENTENCE D'INCONVENTIONNALITE S'APPARENTE DE  
TRES PRES A UNE SENTENCE CONSTITUTIONNELLE

A / UN CONTROLE DE LICITE DE LA LOI

B / LA SANCTION INDIRECTE D'UNE VIOLATION DE LA  
CONSTITUTION

C / UN EXAMEN APPARENTE A UN CONTROLE DE  
CONSTITUTIONNALITE MATERIEL

§ 2 — LA VALEUR DES SENTENCES D'INCONVEN-  
TIONNALITE DE LA LOI EN APPLICATION DE L'ARTICLE  
55 DE LA CONSTITUTION

## Section 3 : dans l'exercice de la fonction législative

### § 1 — LE RANG HIERARCHIQUE DES ORDONNANCES

#### SOUS § 1 — LE RANG HIERARCHIQUE DES ORDONNANCES DE L'ARTICLE 38 DE LA CONSTITUTION

##### I / LES ARGUMENTS EN FAVEUR D'UNE VALEUR REGLEMENTAIRE

A / LE REGIME CONTENTIEUX DE L'ORDONNANCE DANS  
LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL D'ETAT

B / LE STATUT DE L'ORDONNANCE NON-RATIFIEE DANS  
LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

1) La qualification de l'ordonnance : un acte de valeur  
réglementaire

2) L'encadrement constitutionnel de l'habilitation à légiférer  
par ordonnance

3) Le régime de la mutabilité passive de l'ordonnance dans la  
jurisprudence du Conseil constitutionnel

##### II / LES ARGUMENTS EN FAVEUR DE LA VALEUR LEGISLATIVE

A / RELATIVEMENT AU REGIME CONTENTIEUX DE  
L'ORDONNANCE

1) Le caractère peu édifiant d'une théorie contentieuse de  
l'ordonnance

2) Les éléments de contradiction et de faible cohérence au sein  
du régime contentieux de l'ordonnance

a) Les relations hiérarchiques du traité international et de  
l'ordonnance non-ratifiée avant la jurisprudence "Nicolo"

b) La capacité de l'ordonnance à paralyser le contrôle  
contentieux des actes administratifs subséquents

- 1 - L'ordonnance paraît apte à produire un écran législatif

- 2 - L'ordonnance paraît apte à produire une validation  
législative

c) Le régime de la responsabilité du fait des conséquences  
dommageables de l'édiction des ordonnances

d) Les rapports tissés entre l'ordonnance et les principes  
généraux du Droit

B / RELATIVEMENT AU REGIME DE LA MUTABILITE DES  
ORDONNANCES

284

284

287

290

295

295

296

296

296

298

299

300

302

302

303

305

305

308

308

309

310

313

313

314

315

315

317

317

318

318

320

322

1) Le texte de l'article 38 de la Constitution	323
2) La quasi-impossibilité de connaître l'état exact des ratifications	323
3) La mutabilité de l'ordonnance dans la jurisprudence du Conseil d'Etat	328
4) La caractère théoriquement inacceptable de la modification décrétales des dispositions matériellement législatives de l'ordonnance non ratifiée	330
III / ELEMENTS DE SYNTHÈSE : LA SUPÉRIORITÉ RELATIVE DU CRITÈRE FONCTIONNEL SUR LE CRITÈRE ORGANIQUE	331
A / LA NECESSAIRE NEUTRALISATION DE LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE RELATIVE A LA MUTABILITÉ DES ORDONNANCES NON-RATIFIÉES	332
B / DE LA "VRAIE" NATURE DES ORDONNANCES NON-RATIFIÉES	334
SOUS-§ 2 — LE RANG HIERARCHIQUE DES ORDONNANCES DE L'ARTICLE 92	337
I / VERIFICATION DU CRITÈRE FONCTIONNEL DU RANG HIERARCHIQUE DES ORDONNANCES "92" AU TRAVERS DE LEUR RÉGIME CONTENTIEUX	338
II / VERIFICATION DU CRITÈRE FONCTIONNEL DU RANG HIERARCHIQUE DES ORDONNANCES 92 AU TRAVERS DU RÉGIME DE LEUR MUTABILITÉ	341
A / LA MUTABILITÉ DES ORDONNANCES ORGANIQUES	341
B / LA MUTABILITÉ DES ORDONNANCES ORDINAIRES	344
§ 2 — LE RANG HIERARCHIQUE DES DÉCISIONS PRISES PAR LE PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE DANS UNE MATIÈRE LÉGISLATIVE EN APPLICATION DE L'ARTICLE 16	346
§ 3 — LE RANG HIERARCHIQUE DES ACTES ADMINISTRATIFS VALIDES	351
I / LES VALIDATIONS ADMINISTRATIVES PEUVENT TRANSMUTER UN ACTE ADMINISTRATIF EN LOI	352
A / LES AMBIVALENCES DE LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE	352
1) Relativement au régime contentieux de l'acte validé	352
a) L'immunité contentieuse de l'acte validé	353
b) Le contentieux de la responsabilité	353
2) Relativement au régime de la mutabilité de l'acte validé	354

B / LA FERMETÉ DE LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE : LES ACTES ADMINISTRATIFS VALIDES S'APPARENTENT A DES LOIS	357
II / TOUTES LES VALIDATIONS NE TRANSMUTENT PAS LES ACTES ADMINISTRATIFS EN LOIS	358

Section 4 : Dans l'exercice de la fonction juridictionnelle : les actes juridictionnels édictés par des autorités (essentiellement) administratives	360
---	-----

Section 5 : Dans l'exercice de la fonction administrative : les actes administratifs édictés par les juridictions	362
---	-----

CHAPITRE II : LES FIGURES HIERARCHIQUES COMPATIBLES AVEC UN CRITÈRE FONCTIONNEL	364
---	-----

Section 1 : Le rang hiérarchique des décisions de "justice ordinaire" prises par le Conseil constitutionnel	365
---	-----

§ 1 — LA FICTION DU DEDOUBLEMENT FONCTIONNEL : LE CONTENTIEUX ELECTORAL PROCEDE PLEINEMENT DE LA FONCTION DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE	367
--	-----

§ 2 — CONFIRMATION DE L'UNITE FONCTIONNELLE : LE RANG HIERARCHIQUE DE LA SENTENCE ELECTORALE EST CELUI DES AUTRES DECISIONS DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE	371
--	-----

Section 2 : Le rang hiérarchique des règlements administratifs élaborés dans le domaine de la Loi sous la protection d'un écran législatif	374
--	-----

Section 3 : Le rang hiérarchique des actes de portée législative édictés par les autorités compétentes des Territoires d'Outre-Mer	384
--	-----

### CONCLUSION DU TITRE PREMIER

EXISTE T-IL DES FIGURES TOTALEMENT CONTRAIRES AU CRITERE FONCTIONNEL ?	390
--	-----

## TITRE SECOND

LA HIERARCHIE DES NORMES EN L'ABSENCE D'UN VERITABLE RATTACHEMENT ORGANIQUE DE L'ACTIVITE NORMATIVE	392
---	-----

### CHAPITRE I

L'EXERCICE INFORMEL DE LA FONCTION CONSTITUANTE : DES COUTUMES CONSTITUTIONNELLES	393
---	-----

§ 1 — LE FAUX PROBLEME DE LA VALEUR JURIDIQUE DES "COUTUMES CONSTITUTIONNELLES"	395
---	-----

§ 2 — LE PRINCIPE D'UNE HIERARCHIE DES NORMES PROCEDE T-IL D'UNE COUTUME CONSTITUTIONNELLE ?	400
--	-----

## CHAPITRE II

L'EXERCICE DE LA FONCTION DIPLOMATIQUE : LE RANG HIERARCHIQUE DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC	406
---	-----

Section 1 : situation du droit international non-conventionnel	406
--	-----

Définition	406
------------	-----

I / APPLICABILITE INTERNE DU DROIT INTERNATIONAL NON-CONVENTIONNEL	408
--	-----

A / PROBLEMATIQUE DE L'APPLICABILITE DU DROIT INTERNATIONAL NON-CONVENTIONNEL	408
---	-----

1) Incertitude sur l'existence des règles non-conventionnelles	408
--	-----

2) Incertitudes sur la normativité des règles non-conventionnelles selon le Droit international	409
---	-----

3) Incertitudes sur l'invocabilité des règles non-conventionnelles en droit interne	409
---	-----

a) Les incertitudes relatives au fondement constitutionnel de l'invocabilité des règles de droit international non conventionnel	409
--	-----

-1- Les textes	409
----------------	-----

-2- La jurisprudence du Conseil constitutionnel	411
---	-----

b) Les incertitudes relatives à l'inexistence de formalités d'insertion du droit non-conventionnel à l'ordre interne	417
--	-----

B / DETERMINATION DES NORMES NON-CONVENTIONNELLES APPLICABLES	418
---	-----

1) Le critère principal : l'applicabilité des normes non-conventionnelles déterminée par leur nature	419
--	-----

a) L'applicabilité des actes unilatéraux parait exclue	419
--	-----

b) La question de l'applicabilité de la coutume internationale est plus problématique	421
---	-----

-1- Le Conseil constitutionnel et la coutume	423
--	-----

-2- Le juge administratif et la coutume	427
---	-----

c) L'applicabilité des principes généraux du droit international se révèle particulièrement ambiguë	432
---	-----

-1- Les principes généraux de droit international et le Conseil constitutionnel	435
---	-----

**B / LE JUGE ORDINAIRE PEUT-IL ECARTER SUR LE FOND UNE REGLE CONSTITUTIONNELLE AU PROFIT D'UNE NORME INTERNATIONALE ?** 484

**§ 2 — DROIT INTERNATIONAL CONVENTIONNEL ET NORMES DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE** 486

**§ 3 — DROIT INTERNATIONAL CONVENTIONNEL ET LOIS** 488

**I / DROIT INTERNATIONAL CONVENTIONNEL ET LOIS ORGANIQUES** 488

**II / DROIT INTERNATIONAL CONVENTIONNEL ET LOIS ORDINAIRES** 490

**A / DU FONDEMENT DE LA PRIMAUTE DES TRAITES SUR LES LOIS** 490

**B / LA COMPETENCE JURIDICTIONNELLE POUR SANCTIONNER LA PRIMAUTE DU TRAITE SUR LA LOI** 493

**1) La compétence des juges ordinaires pour sanctionner la primauté des traités sur les Lois** 493

**2) L'incompétence du Conseil constitutionnel pour sanctionner la supériorité du droit international conventionnel sur les Lois** 496

**C / LA PORTEE DE LA SUPERIORITE DU DROIT CONVENTIONNEL SUR LES LOIS** 497

**§ 4 — DROIT INTERNATIONAL CONVENTIONNEL ET NORMES DE JUSTICE ORDINAIRE** 498

## CHAPITRE TROISIEME

**L'EXERCICE INORGANIQUE ET INFORMEL DE LA FONCTION ADMINISTRATIVE** 499

**Section 1 : des coutumes administratives** 499

**Section 2 : L'action administrative des personnes privées** 503

**§ 1 — LE RANG HIERARCHIQUE DES ACTES ADMINISTRATIFS UNILATERAUX EMANANT DE PERSONNES PIVEES** 504

**I / LES SIGNES D'UNE INTEGRATION COMPLETE AU COEUR DE LA FONCTION ADMINISTRATIVE** 508

**A) LE REGIME CONTENTIEUX EST CELUI DE TOUS LES ACTES ADMINISTRATIFS** 508

**B) LES REGLES DE RESPONSABILITE APPLICABLES SONT CELLES DE TOUS LES ACTES ADMINISTRATIFS** 508

**C) LA PROHIBITION DES INJONCTIONS JURIDICTIONNELLES A L'ADMINISTRATION EST EGALEMENT ETENDUE AUX PERSONNES PIVEES DANS LE CADRE DE LEUR ACTIVITE ADMINISTRATIVE** 508

**D) LA CAPACITE A CONSTITUER DES DROITS INTANGIBLES EST EGALEMENT DEVOLUE AUX PERSONNES PIVEES DANS LE CADRE DE LEURS PREROGATIVES DE PUISSANCE PUBLIQUE** 509

**II / LES ELEMENTS D'UNE ASSIMILATION COMPLETE AU PLAN HIERARCHIQUE** 509

**A) LES NORMES DE REFERENCE OPPOSABLES AUX ACTES ADMINISTRATIFS DES PERSONNES PIVEES** 509

**B) LES NORMES SUSCEPTIBLES DE VOIR LEUR LEGALITE SUSPENDUE A UNE EXIGENCE DE CONFORMITE AUX REGLEMENTS ADMINISTRATIFS DES PERSONNES PIVEES** 511

**1) Le conflit de deux règlements de la personne privée** 511

**2) Le conflit d'un règlement et d'un acte individuel émanant tous les deux de la même personne privée** 515

**3) Le conflit du règlement administratif d'une personne privée avec l'acte individuel d'une personne publique** 515

**§ 2 — LE RANG HIERARCHIQUE DES CONTRATS ADMINISTRATIFS CONCLUS ENTRE DES PERSONNES PIVEES** 520

## CONCLUSION GENERALE

528

**Bibliographie** 531

**Table des matières** 555

Contrairement à ce que laisse entendre un lieu commun de la théorie juridique française, la hiérarchie des normes ne dépend pas de manière globale de paramètres organiques et formels. C'est aux fonctions de l'Etat, plus qu'à ses institutions, qu'il faut se fier pour rendre compte de l'état actuel du Droit.

D'abord, notre ordre juridique laisse apparaître, plus qu'une improbable stratification globale des organes de l'Etat, une hiérarchie fixe et relativement invariante de six fonctions normatives en son sein (constituante, diplomatique, législative, administrative, de justice ordinaire, de justice constitutionnelle).

Ensuite et surtout, l'ordre de la hiérarchie des normes, tel que l'observation du droit positif permet de le révéler, semble traduire assez exactement cette hiérarchie des fonctions. La valeur juridique d'une norme ne dépend pas de la nature de l'organe dont elle procède, mais bien de la mission que cet organe exerce au moment où il édicte la règle (pour autant qu'il bénéficie à cet effet d'une investiture licite).


Ainsi le principal critère de la hiérarchie des normes pourrait bien s'avérer fonctionnel, et non pas organique.

Denys de Béchillon est Chargé de Recherche au C.N.R.S. (Centre de philosophie du Droit de l'Université de Paris II). Il enseigne également à l'Université de Pau et des pays de l'Adour.

Ouvrage honoré par une subvention  
du Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche

Couverture : Kiro Urdin

**DIFFUSION**

 **ECONOMICA**

49, rue Héricart  
75015 Paris



ISBN 2-7178-3015-4  
350 F