



HAL
open science

Le “ constat ” juridictionnel de l’abrogation implicite d’une loi par la Constitution

Charles-Edouard Senac

► **To cite this version:**

Charles-Edouard Senac. Le “ constat ” juridictionnel de l’abrogation implicite d’une loi par la Constitution. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, 2008, 2008 (4). hal-01535590v1

HAL Id: hal-01535590

<https://hal.science/hal-01535590v1>

Submitted on 9 Jun 2017 (v1), last revised 14 Jun 2019 (v2)

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

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

*Le « constat » juridictionnel de l'abrogation implicite d'une loi par la
Constitution¹*

Publié à la *Revue du droit public*, 2008, n° 4, p. 1081-1099

Charles-Édouard Sénac

I – LA CLAIRVOYANCE DU JUGE	4
<i>A. La découverte de la volonté du constituant</i>	4
1) La contradiction entre règles juridiques successives	5
2) L'induction de la volonté du constituant	6
<i>B. L'invention de la primauté de la constitution sur la loi antérieure</i>	8
1) Le refus du juge judiciaire	8
2) L'acceptation du juge administratif	9
II – L'AVEUGLEMENT DU JUGE	10
<i>A. L'indétermination du champ d'application du « constat » de l'abrogation implicite</i>	10
1) Le texte constitutionnel abrogatif	10
2) Le texte législatif abrogeable	11
<i>B. L'opacité des effets du « constat » de l'abrogation implicite</i>	12
1) Une fiction menaçante	12
2) Une réalité menacée	13

¹ Cet article a fait l'objet d'une communication le 30 mai 2007 lors d'une conférence consacrée à l'application de la constitution dans le temps, organisée dans le cadre de l'École doctorale *Georges Vedel* de l'Université Panthéon-Assas – Paris II, avec le soutien du professeur G. Drago.

Dans son acception classique, l'office du juge s'entend de la mission pour celui-ci de trancher les litiges par application du droit². Cette tâche, le juge ne saurait s'en affranchir sous peine de méconnaître le principe de la prohibition du déni de justice, rappelé à l'article 4 du Code civil. Obligation d'agir mais obligation encadrée par une directive essentielle : dire le droit. Cette prescription se manifeste sous la forme de trois commandements³. En premier lieu, le juge doit donner à sa décision une motivation juridique adéquate suffisante. En deuxième lieu, défense lui est faite de statuer en équité, en fonction de son opinion personnelle ou par référence à des concepts métaphysiques tels que le Bien commun ou la Morale. En troisième lieu, il lui incombe de déterminer le droit applicable. Il ne peut exiger des parties qu'elles lui apportent la preuve de l'existence ou la justification du contenu des règles juridiques qu'elles invoquent. Compte tenu de la complexité croissante du *corpus* juridique et de la multiplication des sources du droit, l'identification de la règle de droit applicable à l'espèce peut se révéler être un exercice périlleux. Ne pouvant prétexter du flou du droit ou de la contrariété entre des règles juridiques pour échapper à son office, le juge doit alors résoudre les difficultés qui se présentent.

Le théoricien du droit italien Noberto Bobbio a esquissé une présentation des critères destinés à résoudre les antinomies en droit⁴. Ces critères – au nombre de trois – sont dits « objectifs » au sens où ils ont pour fonction d'empêcher un choix discrétionnaire du juge dans la détermination de la règle applicable, lorsque survient une contradiction entre plusieurs règles juridiques⁵. Le critère de *spécialité* renvoie à l'étendue du champ matériel d'application de chaque norme en cause : la règle juridique spéciale déroge à la règle juridique générale. Le critère *hiérarchique* se rattache au rang de l'autorité qui a établi la règle. Par exemple, la règle juridique adoptée par le pouvoir constituant prévaut sur la règle juridique votée par le Parlement. Le critère *chronologique* se rapporte à la date d'entrée en vigueur des règles juridiques : entre deux règles juridiques incompatibles, la règle postérieure prime sur la règle antérieure. Ce critère, auquel on associe traditionnellement la maxime *lex posterior derogat priori*, intéresse la question du mode de disparition des actes juridiques⁶. Plus précisément, il s'agit de l'abrogation d'une norme ancienne par une norme nouvelle, une hypothèse qui doit être soigneusement distinguée de celle des conflits de lois dans le temps⁷.

L'abrogation intervient lorsqu'une autorité met fin volontairement à l'existence d'une décision pour l'avenir, sans porter atteinte aux effets que cette décision a produits antérieurement. Cela renvoie à ce que le professeur Chapus dénomme la « sortie de vigueur non rétroactive »⁸. Si la manifestation de volonté de l'auteur est explicite, la règle juridique postérieure identifie expressément la règle juridique antérieure qu'elle a pour objet de faire disparaître. Il semble opportun de circonscrire les cas d'abrogation expresse aux hypothèses où le texte abrogé est nommément désigné par le texte abrogatif. Les clauses générales abrogatives – présentes dans certains textes constitutionnels français⁹ – se rapprochent du mécanisme de l'abrogation implicite dans la mesure où elles laissent au juge toute latitude

² G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, P.U.F., coll. « Thémis », 3^e éd., 1996, p. 448 et s.

³ *Ibid.*, pp. 451-452.

⁴ N. BOBBIO, « Des critères pour résoudre les antinomies », in *Essais de théorie du droit*, L.G.D.J., coll. « La pensée juridique moderne », 1998, p. 89 et s.

⁵ *Ibid.*, p. 92.

⁶ H. ROLAND et L. BOYER, « *Lex posterior derogat priori* », in *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd., 1999, p. 387 et s.

⁷ J. PETIT, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit public », 2002, pp. 12-13.

⁸ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, Montchrestien, coll. « Domat », 15^e éd., 2001, p. 1151.

⁹ Par ex., art. 70 de la Charte du 14 août 1830 : « Toutes les lois et ordonnances, en ce qu'elles ont de contraire aux dispositions adoptées pour la réforme de la Charte, sont dès à présent et demeurent annulées et abrogées ».

pour désigner les dispositions concernées. En l'absence de prescriptions formellement exprimées par l'auteur, c'est au juge qu'il revient de « constater » l'abrogation implicite des dispositions antérieures devenues incompatibles avec la nouvelle réglementation. En adoptant une règle juridique qui contredit l'ancienne, l'auteur est présumé souhaiter l'abrogation de la norme ancienne. Le juge ne fait que prendre acte de cette abrogation. Par définition, le pouvoir d'abroger appartient à l'autorité qui a édicté le texte et s'exerce selon la règle du parallélisme des formes¹⁰. Néanmoins, la jurisprudence a étendu cette faculté d'abrogation implicite à des normes ayant des auteurs différents. Ainsi, le doyen Auby explique qu'« on admet que le règlement est implicitement abrogé dès lors qu'il apparaît en contradiction avec un texte de valeur juridique supérieure »¹¹. De la même façon, le juge semble autorisé à relever l'abrogation implicite d'une disposition législative dont le contenu se révélerait incompatible avec une disposition constitutionnelle nouvelle.

Dès l'an VIII, le Conseil d'État a eu l'occasion d'affirmer que « les lois (...) dont le texte serait inconciliable avec celui de la Constitution, ont été abrogées par le fait seul de la promulgation de cette Constitution, et qu'il est inutile de s'adresser au législateur pour lui demander cette abrogation. En effet, c'est un principe éternel, qu'une loi nouvelle fait cesser toute loi précédente, ou toute disposition de loi précédente contraire à son texte ; principe applicable, à plus forte raison, à la Constitution, qui est la loi fondamentale de l'État »¹². Cette solution fut confirmée dès les premières années d'existence de la Cinquième République¹³ puis réaffirmée solennellement par deux décisions à la fin de l'année 2005¹⁴. Elle est d'ailleurs largement partagée par les États européens. L'Allemagne, l'Espagne et l'Italie, alors même qu'elles mettaient en place un contrôle *a posteriori* de constitutionnalité des lois dévolu à une cour constitutionnelle spécialisée, ont admis la possibilité pour les juridictions ordinaires de contrôler l'abrogation implicite des lois antérieures non conformes avec la nouvelle constitution¹⁵. De son côté, le Conseil constitutionnel semble également avoir admis la possibilité de constater l'abrogation implicite ou la « caducité constitutionnelle » d'une loi ancienne¹⁶. Dans sa célèbre décision du 25 janvier 1985, la Haute instance distingue deux hypothèses de contrôle par voie d'exception des dispositions d'une loi promulguée : le contrôle de l'abrogation implicite d'une loi antérieure à 1958 par la Constitution – la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence en l'occurrence – et le contrôle de l'exception d'inconstitutionnalité d'une loi promulguée « à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine »¹⁷. Toutefois, par la suite, le Conseil constitutionnel a envisagé le contrôle de lois promulguées antérieurement à l'entrée en vigueur de la Constitution du 4 octobre 1958 sous l'angle de l'exception

¹⁰ G. VEDEL et P. DELVOLVE, *Droit administratif*, tome 1, P.U.F., coll. « Themis », 12^e, 1992, p. 313.

¹¹ J.-M. AUBY, L'abrogation des actes administratifs, *A.J.D.A.*, 1967, p. 131 et s., p. 131.

¹² C.E., 4 nivôse an VIII, *D.* 1999, p. 705 et s., note P. DE LA GIRONDE (B. PACTEAU).

¹³ C.E., Sect., 12 février 1960, *Société Eky, Rec.*, p. 101 ; *S.*, 1960, jur., p. 131 et s., concl. J. KAHN.

¹⁴ C.E., ord., 21 novembre 2005, *Boisvert* et C.E. Ass., 16 décembre 2005, *Ministre des Affaires sociales, du travail et de la solidarité et Syndicat national des huissiers de justice, R.F.D.A.*, 2006, p. 41 et s.

¹⁵ Pour une présentation du droit comparé, cf J. TRÉMEAU, La caducité des lois incompatibles avec la constitution, *A.I.J.C.*, vol. VI, 1990, p. 219 et s.

¹⁶ Les expressions « abrogation implicite » et « caducité constitutionnelle » seront tenues pour équivalentes, comp. G. CHAVRIER, *La caducité des actes juridiques en droit public français*, thèse (dact.) Paris II, 1997, p. 91 et s.

¹⁷ Cons. const., décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, Rec. Cons. const.*, p. 43 ; L. FAVOREU et L. PHILIP, avec la collaboration de P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, A. ROUX et F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel (G.D.C.C.)*, Dalloz, 14^e éd., 2007, n° 35.

d'inconstitutionnalité et non sous celui de l'exception de caducité¹⁸. Sa jurisprudence semble donc plus équivoque que la présentation qui en est faite traditionnellement¹⁹.

En tout état de cause, l'intervention du contrôle du Conseil constitutionnel au sein du processus de confection de la loi ne fait pas de lui le « juge naturel » de l'abrogation implicite d'une loi promulguée par une norme constitutionnelle postérieure. Il contrôle certes le pouvoir du législateur d'abroger des textes antérieurs de manière à ce que l'exercice de celui-ci ne prive pas de garanties légales les exigences constitutionnelles²⁰. Néanmoins, c'est bien le juge ordinaire qui est investi de la responsabilité de garantir le respect de la volonté du constituant d'abroger les dispositions législatives antérieures inconciliables²¹. Dans cette perspective, c'est son office qui lui assigne la tâche de constater l'abrogation implicite de la loi, exigence inhérente à la fonction de dire le droit. L'accomplissement de cette tâche s'avère délicat compte tenu de l'absence de volonté formellement exprimée de la part du constituant. Le constat de l'abrogation implicite apparaît dès lors comme l'œuvre d'un juge clairvoyant (I). L'analyse du mécanisme du « constat » de l'abrogation implicite de la loi promulguée par une norme constitutionnelle postérieure révèle néanmoins l'existence de difficultés latentes. Cet artifice par lequel le juge impute à la Constitution l'action d'abroger les dispositions anciennes inconciliables entraîne une série de contraintes. Or, le juge ne peut leur échapper, de crainte d'être soupçonné d'arbitraire. Le mécanisme du « constat » de l'abrogation implicite est ainsi susceptible de dépasser le strict cadre dans il entendait le contenir, attestant dans une certaine mesure l'aveuglement du juge (II).

I – LA CLAIRVOYANCE DU JUGE

Par la technique du « constat », le juge entend démontrer qu'il ne fait que découvrir la volonté du constituant, au sens où il met au jour ce qui existe mais restait inconnu jusque là (A). Ce faisant, le juge invente la primauté de la constitution postérieure sur la loi promulguée, dans la mesure où une invention est, par définition, le fruit d'une démarche qui vise à créer quelque chose qui n'existe pas (B).

A. LA DÉCOUVERTE DE LA VOLONTÉ DU CONSTITUANT

Les arcanes du raisonnement au terme duquel le juge aboutit à la constatation de l'abrogation implicite d'une règle juridique par une règle juridique postérieure sont complexes. Selon le Président Odent, « le texte abrogatif (...) se borne à édicter une règle de droit qui se révèle inconciliable avec des dispositions en vigueur : ces dispositions sont, par le seul effet de l'intervention du nouveau texte, abrogées dans toute la mesure où leur maintien en vigueur est incompatible avec ce nouveau texte »²². Ainsi présentée, l'abrogation implicite résulte de la contradiction entre deux règles juridiques successives. Mais, si cette contradiction constitue le cadre de l'abrogation implicite (1), elle ne saurait l'expliquer à elle seule lorsque les auteurs des deux règles successives sont différents, à plus forte raison

¹⁸ Par ex., la loi du 19 avril 1908 relative au régime juridique des associations en Alsace Moselle dans la décision Cons. const., n° 91-299 DC du 2 août 1991, *Rec. Cons. const.*, p. 12.

¹⁹ Par ex., *G.D.C.C.*, n° 35, p. 562.

²⁰ A. VIDAL-NAQUET, *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Éditions Panthéon-Assas, 2007.

²¹ En ce sens, cf P. DELVOLVÉ, Sur l'introduction de l'exception d'inconstitutionnalité contre la loi en droit français, *Commentaire*, 1986, n° 35, p. 418 et s., pp. 418-419.

²² R. ODENT, *Contentieux administratif*, tome 1, Dalloz, rééd., 2007, p. 337.

lorsque les règles ont des valeurs juridiques différentes. Le juge doit nécessairement rattacher l'état de contradiction à la volonté de l'auteur de la norme postérieure. Il y parvient par le biais d'un raisonnement inductif (2).

1) La contradiction entre règles juridiques successives

La contradiction entre règles juridiques successives doit revêtir deux caractéristiques indispensables pour fonder l'abrogation implicite de la règle ancienne par la règle nouvelle : l'une relative au degré de précision de la règle postérieure et l'autre propre au caractère manifeste de l'incompatibilité entre les deux règles.

Traditionnellement, d'aucuns insistent sur l'exigence d'une précision suffisante de la règle nouvelle afin qu'elle puisse abroger des dispositions anciennes²³. Cette précaution a pour objet de limiter le pouvoir d'appréciation du juge. Il lui incombe en effet de présenter le mécanisme de l'abrogation implicite, non comme le produit de sa volonté personnelle, mais comme un état des choses commandé par la prétention du constituant. Le degré de généralité et d'abstraction propre aux textes constitutionnels semble, de prime abord, restreindre les hypothèses dans lesquelles ils sont susceptibles d'abroger implicitement des dispositions législatives. Le juge administratif a pourtant admis que l'alinéa 6 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, aux termes duquel « tout homme peut défendre ses droits et intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix », a pu abroger l'article 10 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers, prévoyant que les organisations constituées entre huissiers de justice ne pouvaient exercer aucune attribution en matière de négociation collective, cette prérogative étant réservée à la Chambre nationale des huissiers de justice²⁴. Qui plus est, le Conseil d'État semble avoir admis que certains articles de la Charte de l'environnement, alors qu'ils ne sont pas directement invocables par les justiciables à l'appui d'un recours contentieux, sont tout de même susceptibles d'abroger des dispositions législatives antérieures²⁵. Cette ambivalence peut étonner, l'indice du caractère directement invocable de dispositions constitutionnelles à l'appui d'un recours devant le juge administratif étant également leur degré de précision²⁶. Malgré cela, l'arrêt a été interprété comme une reconnaissance de la faculté abrogative des dispositions de la Charte²⁷.

La précision de la norme constitutionnelle ultérieure ne saurait suffire, encore faut-il que l'incompatibilité entre les règles juridiques successives revête un caractère manifeste²⁸. Le Président Labetoulle soulignait à ce titre la nécessité d'une « incompatibilité radicale » pour autoriser le juge à constater l'abrogation implicite d'une loi par un texte constitutionnel postérieur, eu égard aux risques de vides juridiques²⁹. En 2005, le juge administratif a opté en

²³ Par ex., B. STIRN, concl. sous C.E., Ass., 22 janvier 1988, *Association Les Cigognes*, R.F.D.A., 1988, p. 95 et s., pp. 97-98.

²⁴ C.E., Ass., 16 décembre 2005, *Ministre des Affaires sociales, du travail et de la solidarité et Syndicat national des huissiers de justice*, Rec., p. 570 ; R.F.D.A., 2006, p. 41 et s., concl. J.-H. STAHL ; A.J.D.A., 2006, p. 357 et s., chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; *Petites Affiches*, 25 avril 2006, n° 82, p. 10 et s., note A. COURET ; R.T.D. Civ., 2006, p. 75 et s., chron. P. DEUMIER ; *Droit administratif*, avril 2006, p. 29 et s., note O. GUILLAUMONT ; R.T.D. Civ., 2006, p. 601 et s., chron. P. THERY.

²⁵ C.E., 1^{ère}/6^e s.-s. r., 19 juin 2006, *Association « Eau et Rivières de Bretagne »*, B.J.C.L. 2006, p. 475 et s., concl. M. GUYOMAR ; A.J.D.A., 2006, p. 1584 et s., chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; *Environnement*, 2006, n° 12, p. 10 et s., chron. L. FONBAUSTIER.

²⁶ L. FONBAUSTIER, *op. cit.*, p. 12.

²⁷ V. *Infra*.

²⁸ R. ODENT, *op. cit.*, pp. 183-184 ; P. DE LA GIRONDE (B. PACTEAU), *op. cit.*, p. 709.

²⁹ D. LABETOULLE, concl. sous C.E., Sect., 9 novembre 1979, *Ministre de l'agriculture et Société d'aménagement de la Côte de Monts c/ Association pour la défense de l'environnement en Vendée*, A.J.D.A., 1980, p. 362 et s., p. 363.

faveur de l'emploi du terme « inconciliable » pour qualifier le degré d'incompatibilité nécessaire au constat de l'abrogation tacite. Selon les responsables du centre de documentation du Conseil d'État, la Haute juridiction administrative a ainsi entendu mettre un terme à la « profusion sémantique » qui entourait le mécanisme de l'abrogation implicite³⁰. Si la clarification du vocabulaire est en effet à mettre à l'actif du juge, on avoue éprouver quelques difficultés à discerner dans quelle mesure ce vocable présente « une grande simplicité opérationnelle »³¹. L'identification du caractère « inconciliable », notamment en vue de le distinguer d'autres rapports tels que les caractères « incompatible » et « non conforme », reste tributaire de l'appréciation personnelle du juge³². Cela étant, la consécration de ce standard, déjà employé dans le passé, ne devrait pas modifier la politique jurisprudentielle du Conseil d'État en matière de caducité constitutionnelle. L'appréciation du caractère manifeste de la contradiction se caractérisait autant par son pragmatisme que par sa prudence. Une prudence peut-être excessive dans certaines hypothèses. On pense notamment au refus du juge administratif de constater l'abrogation implicite du régime local du droit des associations en Alsace Moselle³³. La loi du 1^{er} juin 1924, mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, consacre l'existence d'un régime dérogatoire dont la conformité de certaines dispositions aux exigences constitutionnelles en matière de liberté d'association est controversée³⁴.

2) L'induction de la volonté du constituant

L'opposition entre règles juridiques successives de valeur différente ne signifie pas pour autant une abrogation implicite de l'ancienne par la nouvelle. L'adoption d'une norme juridique nouvelle, placée à un rang plus élevé dans la hiérarchie des normes, constitue une des hypothèses de la jurisprudence du changement de circonstances de droit³⁵. La création d'une situation juridique nouvelle à la suite d'une modification de la réglementation est susceptible de remettre en cause la légalité des actes administratifs antérieurs. Le changement des circonstances fonde en outre l'obligation pour l'autorité administrative compétente d'abroger les actes réglementaires devenus illégaux³⁶. L'entrée en vigueur de la Constitution de 1958 a pu, à ce titre, être qualifiée de circonstance de droit nouvelle justifiant l'obligation d'abroger un acte réglementaire devenu inconstitutionnel³⁷. Cette hypothèse d'illégalité survenue à la suite d'un changement dans la législation est radicalement différente du constat

³⁰ C. LANDAIS et F. LENICA, chron. sous C.E. Ass., 16 décembre 2005, *Ministre des Affaires sociales, du travail et de la solidarité et Syndicat national des huissiers de justice*, op. cit., pp. 358-359.

³¹ *Ibid.*, p. 358.

³² Sur cette question, v. notamment J.-B. DUBRULLE, *La compatibilité des lois avec la Constitution : un contrôle de constitutionnalité ?*, *A.J.D.A.*, 2007, p. 127 et s.

³³ C.E., Ass., 22 janvier 1988, *Association Les Cigognes*, *Rec.*, p. 37 ; *R.F.D.A.*, 1988, p. 95 et s., concl. B. STIRN.

³⁴ J. ROBERT, note sous T.A. Strasbourg, 17 juin 1986, *Association "Les Cigognes"*, *R.D.P.*, 1986, p. 1708 et s.

³⁵ C.E., 10 janvier 1930, *Despujol*, *Rec.*, p. 30 ; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative (G.A.J.A.)*, Dalloz, 16^e éd., 2007, n° 43 ; C.E., 10 janvier 1964, *Syndicat national des cadres des bibliothèques*, *Rec.*, p. 17 ; *R.D.P.*, 1964, p. 459 et s., concl. N. QUESTIAUX.

³⁶ C.E., Ass., 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, *Rec.*, p. 44 ; *G.A.J.A.* n° 94 ; v. également l'article 1^{er} de la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit, *J.O.R.F.* du 21 décembre 2007, p. 20639.

³⁷ Par ex., à propos des dispositions du décret du 13 juillet 1937 réglementant l'admission des citoyens français, des sujets et protégés français et des étrangers en Nouvelle-Calédonie, cf C.E., 10^e/9^e s.-s. r., 1^{er} octobre 2001, *A.N.A.F.E.*, *Rec.*, p. 443.

de l'abrogation implicite³⁸. Dans le cadre de la théorie du changement de circonstances, la contradiction entre les actes concernés et le nouvel état du droit ne va pas jusqu'à entraîner leur disparition de l'ordonnement juridique, elle a pour seul effet de les rendre illégaux³⁹. À l'inverse du mécanisme de la caducité constitutionnelle, la théorie du changement de circonstances est destinée à favoriser l'intervention expresse de l'auteur de l'acte initial devenu illégal pour mettre fin à son existence. Le contrôle de l'abrogation implicite se présente comme un « raccourci » au sens où le juge constate, sans le détour de l'intervention formelle de l'autorité compétente, la disparition de l'acte.

Le mécanisme de la caducité constitutionnelle implique donc que le juge rattache l'état d'incompatibilité résultant de l'intervention de la disposition constitutionnelle nouvelle à la l'intention présumée du constituant d'abroger les dispositions anciennes inconciliables. En l'absence de l'expression formelle de la volonté du pouvoir constituant ou d'indices laissés par les travaux préparatoires, le juge va adopter un raisonnement qui reproduit le schéma d'une induction. Il ne peut en effet pas déduire l'intention du constituant de l'existence de la contradiction. Ce serait inverser la logique propre au pouvoir d'abrogation, fondée exclusivement sur la volonté de l'autorité compétente de mettre fin à l'existence d'un acte. C'est parce que le constituant a entendu implicitement abroger la loi qu'il existe une contradiction et non l'inverse.

L'induction à laquelle procède de manière sous-jacente le juge a pour prémisses les critères objectifs de résolution des antinomies entre règles juridiques⁴⁰. Le juge écarte d'emblée le critère de spécialité. La maxime *generalia specialibus non derogant* - i.e. « ce qui est général ne déroge pas à ce qui est spécial »⁴¹ - n'a pas, en principe, vocation à régir la relation entre normes de valeur juridique différente⁴². Partant, le juge associe les rapports hiérarchique et chronologique pour induire, à l'aide d'un raisonnement *a fortiori*, la volonté du constituant d'abroger les règles juridiques inconciliables. Si une norme postérieure peut abroger une norme antérieure inconciliable et si une norme supérieure prime sur une norme inférieure, alors la norme postérieure et supérieure peut, à plus forte raison, abroger la norme antérieure et inférieure. La démonstration semble imparable mais elle omet délibérément une donnée essentielle. Le rapport hiérarchique est inopérant devant le juge ordinaire s'agissant de la relation entre la loi et la Constitution. Par une jurisprudence constante, les juges administratif et judiciaire refusent de faire prévaloir la Constitution sur la loi promulguée⁴³. Cette « interférence » du critère hiérarchique fragilise donc le raisonnement *a fortiori*. En définitive, l'acceptation du juge de constater l'abrogation implicite d'une disposition législative ancienne par une nouvelle constitution ne relève pas de la pure logique juridique, il s'agit bel et bien d'une œuvre prétorienne⁴⁴. Le juge ordinaire est face à un dilemme. Soit il va estimer que la relation entre une loi ancienne et la Constitution nouvelle, quelle que soit leur date d'entrée en vigueur, doit toujours être gouvernée par le critère hiérarchique. Dans ce cas, conformément à la théorie de l'écran législatif, il refusera de faire primer la norme constitutionnelle postérieure sur la loi. Soit il va juger que cette relation doit être, avant tout,

³⁸ Dans certains cas, la frontière entre l'abrogation implicite et la théorie du changement de circonstances peut cependant paraître floue, v. par ex. C.E. Ass., 22 janvier 1982, *Ah Won et Butin, Rec.*, p. 27 et 33 ; *R.D.P.*, 1982, p. 822 et s., concl. A. BACQUET ; *A.J.D.A.*, 1982, p. 440 et s., chron. F. TIBERGHEN et B. LASSERRE.

³⁹ N. QUESTIAUX, concl. sous C.E., 10 janvier 1964, *Syndicat national des cadres des bibliothèques, R.D.P.*, 1964, p. 462.

⁴⁰ V. *supra*.

⁴¹ H. ROLAND et L. BOYER, *Generalia specialibus non derogant*, in *Adages du droit français, op. cit.*, p. 296 et s.

⁴² J.-H. STAHL, concl. préc., p. 46.

⁴³ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, P.U.F., coll. « Thémis », 2^e éd., 2006, p. 571.

⁴⁴ P. DEUMIER, chron. préc., pp. 76-78 ; *contra* J.-H. STAHL, *op. cit.*, p. 44.

examinée sous l'angle de leur date d'entrée en vigueur. Ainsi, si la Constitution est postérieure, elle primera sur la disposition législative antérieure inconciliable.

Symbole du relativisme de la technique de la caducité constitutionnelle, les deux ordres de juridiction ont pris des chemins différents. Seul le juge administratif a fait le choix, dans le silence du constituant, d'inventer la primauté de la norme constitutionnelle postérieure sur la loi promulguée.

B. L'INVENTION DE LA PRIMAUTÉ DE LA CONSTITUTION SUR LA LOI ANTERIEURE

Alors que le juge judiciaire refuse d'établir un ordre de préséance entre les rapports hiérarchique et chronologique au profit de ce dernier (1), le juge administratif s'autorise à garantir la suprématie de la Constitution nouvelle sur les lois promulguées en adhérant à la thèse de la prééminence du critère chronologique (2).

1) Le refus du juge judiciaire

Dans un premier temps, la Cour de cassation a certes accepté de contrôler l'abrogation implicite de dispositions législatives antérieures aux Chartes de 1814 et 1830, en se fondant notamment sur les clauses abrogatives générales figurant dans ces textes constitutionnels. Néanmoins, la Cour s'est montrée particulièrement réservée en pratique : elle a refusé presque systématiquement de constater l'abrogation implicite des dispositions anciennes⁴⁵. Dans un second temps, la Cour de cassation, alors même qu'elle appliquait la maxime *lex posterior derogat priori* aux relations entre loi et traité postérieur⁴⁶, a rejeté la technique de la caducité constitutionnelle. Ainsi, en l'état actuel de sa jurisprudence, la Haute juridiction proclame son attachement au « principe selon lequel il n'appartient pas aux tribunaux judiciaires de relever l'inconstitutionnalité des lois quelle que soit la date de leur promulgation »⁴⁷.

La position du juge judiciaire est isolée en Europe. En Allemagne, les tribunaux ordinaires sont compétents, exclusivement qui plus est, pour contrôler l'abrogation implicite d'une loi ancienne par la constitution⁴⁸. En Espagne et en Italie, le constat de la caducité constitutionnelle des lois est une compétence concurrente entre la cour constitutionnelle et les juridictions ordinaires⁴⁹. Dans ces États, le recours au mécanisme de la caducité constitutionnelle des lois est indissociablement lié à la fonction d'« épuration de l'ordre juridique »⁵⁰. La césure opérée par le passage d'un État fasciste ou franquiste à un État libéral protecteur des droits et libertés a légitimé l'accès des juridictions ordinaires à la compétence du contrôle de l'abrogation implicite des lois adoptées sous l'empire du régime précédent. La transition constitutionnelle réalisée en France en 1958 ne s'inscrit pas dans une telle perspective ; l'intérêt du mécanisme de la caducité constitutionnelle est donc plus discutabile⁵¹.

⁴⁵ Pour une présentation de la jurisprudence, cf. J.-L. MESTRE, Données historiques, in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Actes du colloque des 9 et 10 décembre 1994, P.U.A.M., 1995, p. 35 et s., p. 48 et s.

⁴⁶ H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 1, Dalloz, 12^e éd., 2007, n° 3, p. 29.

⁴⁷ Cas., crim., 18 novembre 1985, *Bull. crim.*, 1985, n° 31.

⁴⁸ J. TRÉMEAU, La caducité des lois incompatibles avec la constitution, *op. cit.*, p. 225 et s.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 230 et s.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 241.

⁵¹ En ce sens, M. JEOL, Les techniques de substitution, in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, P.U.A.M., 1995, p. 69 et s., p. 71.

2) L'acceptation du juge administratif

La jurisprudence inaugurée par la délibération du 4 nivôse an VIII n'a jamais été démentie depuis et ce, en dépit de la consécration de la théorie de l'écran législatif. Le Conseil d'État, notamment par le biais des argumentaires des commissaires du gouvernement, a présenté le mécanisme de l'abrogation implicite comme une technique d'une nature différente de celle du contrôle de constitutionnalité⁵². La neutralisation du rapport hiérarchique est flagrante dans la rédaction du considérant de principe de l'arrêt *Ministre des Affaires sociales, du travail et de la solidarité et Syndicat national des huissiers de justice* : « s'il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la conformité d'un texte législatif aux dispositions constitutionnelles en vigueur à la date de sa promulgation, il lui revient de constater l'abrogation, fût-elle implicite, de dispositions législatives qui découle de ce que leur contenu est inconciliable avec un texte qui leur est postérieur, *que celui-ci ait valeur législative ou constitutionnelle* »⁵³. Certains auteurs perçoivent dans ce raisonnement une démarche analogue à celle qui, au temps de la jurisprudence dite des « semoules »⁵⁴, permettait au juge administratif de contrôler l'abrogation implicite d'une loi par un traité postérieur, lorsque ses dispositions s'avéraient incompatibles avec le traité, mais non d'assurer un contrôle de la supériorité des normes internationales sur les lois⁵⁵.

Le choix du juge administratif en faveur de la prééminence du rapport chronologique a permis de pallier les inconvénients liés à son refus de contrôler la constitutionnalité des lois. Car il ne faut pas s'y tromper, la fonction de la technique du « constat » de l'abrogation implicite est, avant toute chose, de permettre au juge d'écarter l'application d'une loi incompatible avec la constitution. Le contrôle de la caducité constitutionnelle est, au même titre que le contrôle de conventionnalité, « une technique de substitution » au contrôle de constitutionnalité refusé⁵⁶. Mais à l'inverse du contrôle inauguré par la jurisprudence *Nicolo*⁵⁷, l'effet du constat de l'abrogation implicite ne se cantonne pas à la seule inapplication de la loi. En effet, si le contrôle de l'abrogation implicite peut s'exercer selon le même mécanisme que l'exception d'inconventionnalité ou d'illégalité, il se conclut par la suppression de la norme incompatible avec la norme postérieure et non par la simple inapplicabilité de la norme inconventionnelle ou illégale⁵⁸.

Par l'affirmation persistante de son incompétence à contrôler la constitutionnalité de dispositions législatives, le juge a suspendu le sort de la loi à un nœud gordien. Pour être en mesure d'écarter l'application d'une norme législative non conforme aux règles constitutionnelles, il doit recourir à un raisonnement qui aboutit à la suppression de la loi. La logique propre au mécanisme du « constat » de l'abrogation implicite emporte des conséquences potentielles dont les contours sont plus ou moins identifiés par le juge.

⁵² Par ex., B. STIRN, concl. sous C.E., Ass., 22 janvier 1988, *Association « Les Cigognes »*, *op. cit.*, p. 97.

⁵³ C.E. Ass., 16 décembre 2005, *Ministre des Affaires sociales, du travail et de la solidarité et Syndicat national des huissiers de justice*, préc. (nous soulignons).

⁵⁴ C.E., Sect., 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, *Rec.*, p. 149 ; *A.J.D.A.*, 1968, p. 235 et s., concl. N. QUESTIAUX.

⁵⁵ Par ex., C.E., 15 mars 1972, *Dame veuve Sadok Ali*, *Rec.*, p. 213 ; en ce sens, cf. C. LANDAIS et F. LENICA, chron. sous C.E. Ass., 16 décembre 2005, *Ministre des Affaires sociales, du travail et de la solidarité et Syndicat national des huissiers de justice*, *op. cit.*, p. 358 ; P. THERY, chron. préc., p. 602.

⁵⁶ M. JEOL, *op. cit.*, p. 69 et s.

⁵⁷ C.E., Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, *Rec.*, p. 190, concl. P. FRYDMAN ; *G.A.J.A.*, n° 95.

⁵⁸ H.-M. CRUCIS, *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française – Contribution à l'étude du pouvoir normatif du juge de l'excès de pouvoir*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de Droit public », 1991, p. 207.

À certains égards, le mécanisme du « constat » de l’abrogation implicite d’une disposition législative par un texte constitutionnel peut apparaître comme une construction qui échappe au juge. Ce mécanisme a pour corollaire certaines incidences difficilement perceptibles au premier abord. Prérrogative équivoque au champ d’application indéterminé (A.), l’opacité des effets du « constat » de l’abrogation implicite paraît, en outre, difficilement conciliable avec les exigences du principe de sécurité juridique (B.).

A. L’INDÉTERMINATION DU CHAMP D’APPLICATION DU « CONSTAT » DE L’ABROGATION IMPLICITE

A priori, la simplicité du mécanisme semble acquise : l’abrogation implicite se réalise par la rencontre de deux règles juridiques successives. L’identification des bornes temporelles de la caducité constitutionnelle est néanmoins susceptible de poser des difficultés et ce, tant au niveau du texte constitutionnel abrogatif (1) que de la disposition législative abrogeable (2).

1) Le texte constitutionnel abrogatif

L’abrogation implicite d’une disposition ancienne prend effet à l’entrée en vigueur de la disposition nouvelle contraire. Chaque constitution est susceptible d’avoir abrogé des dispositions législatives antérieures à son entrée en vigueur. Ainsi, le Conseil d’État a admis que l’entrée en vigueur de la Constitution de 1946 avait implicitement abrogé les dispositions de la loi du 28 avril 1919 portant sur l’intervention de commissions de classement chargées d’arrêter les tableaux d’avancement des magistrats, en raison de leur incompatibilité avec l’article 84 de la Constitution attribuant dorénavant cette compétence au Conseil supérieur de la Magistrature⁵⁹. Mais la situation n’est pas toujours aussi simple car le contenu d’une constitution est susceptible d’évoluer, au gré de la jurisprudence du juge constitutionnel d’une part ou consécutivement à l’intervention du pouvoir constituant dérivé d’autre part. Se pose alors la question de la détermination du point de départ des effets de l’abrogation implicite par une norme constitutionnelle.

En ce qui concerne les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (P.F.R.L.R.), plusieurs solutions sont envisageables. En premier lieu, leur date d’entrée en vigueur pourrait être fixée à l’avènement de la Cinquième République, conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel attribuant la valeur constitutionnelle de ces principes à la référence du Préambule de la Constitution de 1958⁶⁰. En deuxième lieu, en accord avec la jurisprudence du Conseil d’État qui lie la valeur constitutionnelle des P.F.R.L.R. à la Constitution de 1946, c’est l’entrée en vigueur de celle-ci qui constituerait la date de l’abrogation⁶¹. En troisième lieu, c’est la date de la décision du juge constitutionnel révélant l’existence du P.F.R.L.R. qui pourrait servir de référence. Cette dernière solution paraît peu probable car elle se heurte au principe plus général qui veut que, de manière à dissimuler le pouvoir créateur du juge, l’interprétation du texte fasse corps avec celui-ci. Une interprétation nouvelle d’un texte ancien produit ses effets, non à partir du

⁵⁹ C.E., 9 octobre 1959, *Taddéi, Rec.*, p. 495.

⁶⁰ J. TRÉMEAU, *op. cit.*, pp. 285-286.

⁶¹ B. STIRN, concl. sous C.E., Ass., 22 janvier 1988, *Association « Les Cigognes », op. cit.*, p. 98 ; v. également C.E., Ass. gén., sect. de l’intérieur, avis n° 357344 du 9 novembre 1995, *E.D.C.E.*, 1995, n° 57, p. 395 et s., p. 396.

jugement qui révèle l'interprétation nouvelle, mais dès l'entrée en vigueur du texte interprété⁶².

Cet artifice n'est point nécessaire en ce qui concerne l'adoption d'une loi de révision constitutionnelle, l'abrogation implicite d'une disposition législative peut légitimement prendre effet à la date d'entrée en vigueur de la révision de la Constitution. Cela étant, la portée de l'abrogation tacite par une loi de révision constitutionnelle est controversée. La caducité constitutionnelle est traditionnellement associée à l'idée selon laquelle c'est le passage d'un ordre juridique à un autre qui autorise le juge à constater l'abrogation implicite des lois anciennes. Une loi de révision constitutionnelle peut-elle se prévaloir d'une faculté abrogative équivalente à l'adoption d'une nouvelle constitution ? La jurisprudence récente du Conseil d'État milite, semble-t-il, en faveur d'une réponse positive. La Haute juridiction administrative évoque l'abrogation implicite par un « *texte (...) que celui-ci ait valeur législative ou constitutionnelle* »⁶³. À l'occasion des premières applications de la Charte de l'environnement, le juge administratif a en outre considéré que « *lorsque des dispositions législatives ont été prises pour assurer la mise en oeuvre des principes énoncés aux articles 1, 2 et 6 de la Charte de l'environnement de 2004, à laquelle le Préambule de la Constitution fait référence en vertu de la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005, la légalité des décisions administratives s'apprécie par rapport à ces dispositions, sous réserve, s'agissant de dispositions législatives antérieures à l'entrée en vigueur de la charte de l'environnement, qu'elles ne soient pas incompatibles avec les exigences qui découlent de cette charte* »⁶⁴. Les commentateurs de la décision estiment que ce passage illustre la jurisprudence sur l'abrogation implicite par une norme constitutionnelle postérieure⁶⁵. Toutefois, l'emploi du terme « incompatibles » au lieu du standard « inconciliable » interpelle le lecteur. Le Conseil d'État a-t-il ainsi entendu écarter la faculté abrogative de la Charte à l'égard des dispositions législatives anciennes ? Les conclusions du commissaire du gouvernement, dont est issue la formulation retenue par l'arrêt, sont muettes à ce sujet. Compte tenu de l'imprécision des articles de la Charte invoqués dans cette affaire, on peut penser que le Conseil d'État a entendu réserver cette question à l'occasion d'un contentieux où seraient en jeu des articles de la Charte directement invocables à l'appui d'un recours. En tout état de cause, la capacité abrogative des lois de révision constitutionnelle laisse entrevoir un problème plus délicat encore, celui de l'abrogation implicite d'une loi adoptée sous l'empire de la Cinquième République.

2) Le texte législatif abrogeable

Dans l'acception classique du mécanisme de la caducité constitutionnelle, seules les lois promulguées avant l'entrée en vigueur de la constitution sont susceptibles d'être tacitement abrogées. Les lois adoptées après l'entrée en vigueur de la nouvelle constitution ressortent de la compétence de la cour constitutionnelle spécialement investie du contrôle de constitutionnalité des lois. Un parallèle peut être établi avec l'argument de la compétence exclusive dévolue par l'article 61 de la Constitution au Conseil constitutionnel pour le

⁶² J. RIVERO, Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle, *A.J.D.A.*, 1968, p. 15 et s. ; sur la position actuelle du juge administratif en matière de limitation de l'effet rétroactif des changements de jurisprudence, v. C.E., Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, *A.J.D.A.*, 2007, p. 1577 et s., chron. F. LENICA et J. BOUCHER ; *J.C.P. Adm.*, p. 14 et s., note B. SEILLER.

⁶³ C.E., ord., 21 novembre 2005, *Boisvert* et C.E. Ass., 16 décembre 2005, *Ministre des Affaires sociales, du travail et de la solidarité et Syndicat national des huissiers de justice*, préc. (nous soulignons).

⁶⁴ C.E., 1^{ère}/6^e s.-s. r., 19 juin 2006, *Association Eau et Rivières de Bretagne*, *B.J.C.L.* 2006, p. 475, concl. M. GUYOMAR (nous soulignons).

⁶⁵ C. LANDAIS et F. LENICA, chron. sous C.E., 19 juin 2006, *Association Eau et Rivières de Bretagne*, *op. cit.*, p. 1586-1587 ; L. FONBAUSTIER, chron. préc., p. 11 et s.

contrôle des lois, principal élément de justification avancé par le juge administratif pour refuser de contrôler la constitutionnalité des lois⁶⁶. En Allemagne, les juridictions ordinaires se sont estimées incompétentes pour constater l'abrogation implicite par la Loi fondamentale du 23 mai 1949 d'une loi antérieure dans la mesure où celle-ci a été modifiée par une loi adoptée sous l'empire de la nouvelle constitution⁶⁷.

L'obstacle au constat de l'abrogation implicite d'une loi postérieure à 1958 par le juge est toutefois fragilisé par la logique propre à ce mécanisme. Sous réserve que le juge administratif s'astreigne à respecter la dialectique du « constat » de l'abrogation implicite, il devrait pouvoir constater la caducité d'une loi adoptée sous la V^e République. Cette prérogative constitue même, semble-t-il, une obligation à la charge du juge. Dans la mesure où l'existence de la loi relève de son champ d'application dans le temps, elle intègre la catégorie des moyens d'ordre public devant le juge administratif⁶⁸. Il lui incombe donc, le cas échéant, de relever d'office la disparition d'une loi abrogée, qu'elle soit postérieure ou non à 1958. D'une manière générale, on retrouve ici à nouveau le problème inhérent à la construction prétorienne du juge administratif. La limitation du conflit entre une loi et un texte constitutionnel ultérieur au seul rapport chronologique entraîne une certaine forme de rationalité dans le fonctionnement général du mécanisme de l'abrogation implicite. S'il veut présenter le recours à ce procédé comme non arbitraire, le juge est contraint de respecter les propriétés qui lui sont inhérentes. Or, une fois le rapport hiérarchique neutralisé, il n'y a plus de concurrence possible entre le juge de l'abrogation implicite et le Conseil constitutionnel. Le constat juridictionnel de l'abrogation implicite d'une loi adoptée après 1958 à raison de l'intervention d'une loi de révision constitutionnelle est donc, au même titre que l'abrogation implicite d'une loi ancienne par une loi nouvelle, concevable.

Les tenants et aboutissants du mécanisme de la caducité constitutionnelle dépassent le strict cadre dans lequel le juge avait entendu le cantonner. Les effets du « constat » semblent susceptibles de lui échapper et de transformer un simple contrôle de constitutionnalité indirect en instrument juridictionnel d'abrogation des lois.

B. L'OPACITÉ DES EFFETS DU « CONSTAT » DE L'ABROGATION IMPLICITE

L'abrogation implicite est « constatée » par le juge qui ne fait que dévoiler une disparition déjà opérée, parfois de longue date. Mais la nature recognitive de cette opération ne saurait dissimuler les risques d'insécurité juridique qui lui sont inhérents. Cette technique se révèle particulièrement ambivalente en ce qu'elle constitue à la fois une fiction juridique menaçante (1) et une réalité menacée (2).

1) Une fiction menaçante

L'abrogation est, par essence, non rétroactive ; elle ne vaut que pour l'avenir. Dans le cas de l'abrogation implicite, le juge constate la disparition de l'acte abrogé au jour de l'entrée en vigueur de la norme postérieure inconciliable. En effet, celle-ci ne peut prendre effet au jour de la décision de justice, autrement le juge serait personnellement investi du pouvoir d'abrogation. Le constat juridictionnel est forcément postérieur à l'abrogation, parfois de plusieurs décennies. Aucune limitation dans le temps n'intervient pour encadrer la prérogative du juge : un constat d'abrogation implicite est possible *ad vitam aeternam*. Si l'abrogation est, de manière fictive, rattachée à l'entrée en vigueur de la règle juridique

⁶⁶ V. C.E., 5 janvier 2005, *Mlle Deprez et Baillard, Rec.*, p. 1.

⁶⁷ J. TREMEAU, *op. cit.*, pp. 228-229.

⁶⁸ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, coll. « Domat », 12^e éd., 2006, p. 803.

nouvelle, les justiciables ne sont informés de la disparition de l'acte abrogé qu'à compter du jour de la décision de justice.

Le constat juridictionnel de l'abrogation implicite est, à l'instar d'un revirement de jurisprudence, nécessairement rétroactif. Il produit des effets à l'égard de situations juridiques passées, antérieures à son intervention. Dans l'intervalle qui sépare l'entrée en vigueur de la norme constitutionnelle et le constat juridictionnel de l'abrogation implicite par cette même norme, la loi en question s'est appliquée et a pu servir de base légale à d'autres actes juridiques. Si les actes créateurs de droits sont protégés par la règle du respect des droits acquis⁶⁹, tel n'est pas le cas des actes réglementaires d'application. Le juge doit-il les considérer comme illégaux au motif qu'ils sont dépourvus de base légale, illégalité *ab initio* qui plus est⁷⁰ ?

La création de vides juridiques est inhérente au mécanisme de l'abrogation implicite. Parce que le principe de sécurité juridique exige que les citoyens soient « en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable » et qu'il « suppose que le droit soit prévisible et les situations juridiques restent suffisamment stables »⁷¹, le recours au mécanisme du « constat » de l'abrogation implicite n'apparaît pas opportun. La contrainte argumentative prescrite par sa dimension recognitive emporte des effets indésirables. Cela se manifeste également au regard du risque d'une éventuelle divergence dans l'opération de constatation.

2) Une réalité menacée

L'abrogation expresse et l'abrogation implicite ne sont pas différentes, elles constituent deux modalités du pouvoir d'abroger. Toutefois, la portée concrète d'une abrogation implicite est bien moindre que celle d'une abrogation expresse, au point qu'elle peut apparaître comme une abrogation précaire.

Le constat n'est pas l'apanage du juge. Les formations administratives du Conseil d'État ont ainsi pu relever des cas d'abrogation tacite de dispositions législatives par des normes constitutionnelles⁷². Ces mêmes formations ont également été amenées à constater l'absence d'abrogation implicite d'une disposition législative. Ainsi, dans un avis du 15 mars 1949, la Section de l'intérieur a estimé que l'alinéa 6 du Préambule de la Constitution de 1946 n'avait pas eu pour effet d'abroger les dispositions de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers⁷³. Dans l'arrêt du 16 décembre 2005, *Ministre des Affaires sociales, du travail et de la solidarité et Syndicat national des huissiers de justice*, l'Assemblée du contentieux a pourtant adopté la solution inverse. Ce relativisme se prête mal aux caractéristiques du pouvoir d'abroger. L'abrogation efface un acte de l'ordonnement juridique, à ce titre il « n'est plus susceptible d'aucun effet de droit et ce d'une manière définitive »⁷⁴. En matière de disparition d'actes juridiques en général et des lois en particulier, l'incertitude n'a pas sa place.

Le constat juridictionnel de l'abrogation implicite ne bénéficie jamais de l'autorité de chose jugée. C'est la norme constitutionnelle à laquelle le juge impute l'abrogation qui en

⁶⁹ J. MOREAU, De l'abrogation implicite en droit public français, *J.C.P. Adm.*, 2005, p. 1557 et s., p. 1562.

⁷⁰ Sur cette question, cf. J. MOREAU, *op. cit.*, pp. 1561-1562.

⁷¹ *Rapport public du Conseil d'État*, 2006, Sécurité juridique et complexité du droit, *E.D.C.E.*, 2006, n° 57, pp. 281-282.

⁷² Par ex., *Rapport public du Conseil d'État*, 1990, *E.D.C.E.*, 1990, n° 42, p. 81.

⁷³ C.E., sect. intérieur, avis 15 mars 1949, relatif à la constitution de syndicats professionnels de notaires, avoués, huissiers et commissaires priseurs, *J.C.P. gén.*, 1949, III. 14409.

⁷⁴ J.-M. AUBY, L'abrogation des actes administratifs, *op. cit.*, p. 131.

constitue la source⁷⁵. S'il intègre les motifs de la décision de justice, le constat existe indépendamment, en marge de celle-ci. La diffusion du constat de l'abrogation implicite est donc l'unique garantie contre le risque de son ignorance par les justiciables. Néanmoins cette diffusion s'avère souvent improbable et parfois même impossible. La réalité de l'abrogation implicite, de la disparition, est en effet largement tributaire de la publicité de son constat. Le sort de l'article 10 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, dont l'abrogation a été révélée en 2005, est topique : il figure toujours dans la version en vigueur de l'ordonnance sur le site internet *Légifrance*⁷⁶ dont l'objet est de permettre l'accès au droit positif. Afin d'atténuer cet inconvénient, on pourrait imaginer, par exemple, que le Conseil d'État enjoigne la publication au *Journal Officiel* des arrêts constatant l'abrogation implicite d'une disposition législative. Les difficultés ne seraient pour autant pas résolues. En effet, la prise en compte du constat de l'abrogation implicite par les juridictions judiciaires est rendue impossible par la divergence de jurisprudences entre la Cour de cassation et le Conseil d'État. Compte tenu du refus du juge judiciaire de contrôler la caducité des lois inconstitutionnelles, une disposition législative considérée comme disparue de l'ordonnement juridique par le Conseil d'État existera pourtant aux yeux de la Cour de cassation.

CONCLUSION

Le « constat » de l'abrogation implicite d'une disposition législative par une norme constitutionnelle est une technique juridictionnelle destinée à permettre au juge administratif un contrôle indirect de la constitutionnalité de la loi. La configuration générale du mécanisme dépasse cependant cette seule finalité. En d'autres termes, la technique s'avère bien plus qu'un simple substitut au contrôle de constitutionnalité. Elle révèle un paradoxe : le juge, qui refuse d'écarter l'application de la loi inconstitutionnelle, est contraint de la considérer comme disparue de l'ordonnement juridique pour ne pas l'appliquer.

La technique du « constat » de l'abrogation implicite apparaît alors comme susceptible de mettre en péril l'équilibre des pouvoirs entre le juge et le législateur⁷⁷. C'est pourquoi l'alternative du contrôle de constitutionnalité, envisagé sous le seul prisme du rapport hiérarchique, se révèle plus satisfaisante. Celui-ci, qu'il s'exerce par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité devant le juge ordinaire ou par la voie de la question préjudicielle adressée au Conseil constitutionnel, n'entraînerait pas forcément la sortie de vigueur de la loi, seulement son inapplication⁷⁸. La fonction d'élimination des règles juridiques anciennes non conformes à la Constitution, ne serait pas pour autant délaissée. Seulement, au lieu de déterminer directement les dispositions législatives abrogées, le juge les identifierait et proposerait au législateur leur abrogation. Cela permettrait d'assurer l'effectivité du principe de constitutionnalité tout en préservant la compétence du législateur. La responsabilisation des pouvoirs publics paraît, en tout état de cause, plus indiquée que la substitution, somme toute imparfaite, du juge.

⁷⁵ J. TRÉMEAU, *op. cit.*, p. 249.

⁷⁶ Ordonnance n° 45-2592 du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers, www.legifrance.gouv.fr (dernière consultation le 23 février 2008).

⁷⁷ G. CHAVRIER, *La caducité des actes juridiques en droit public français*, thèse préc., spéc. pp. 432-437.

⁷⁸ Ou bien, s'agissant de la proposition de création d'une procédure d'« exception d'inconstitutionnalité », une disparition de la loi à compter de la date fixée par la décision du juge constitutionnel. En ce sens, v. Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve république présidé par E. BALLADUR, *Une Ve république plus démocratique*, Fayard - La documentation Française, 2007.