

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE

DROIT PROSPECTIF

2009-4

(p. 1781 à p. 1837)

**DES ADAGES *LEX POSTERIOR DEROGAT PRIORI &
SPECIALIA GENERALIBUS DEROGANT.*
CONTRIBUTION À L'ÉTUDE DES MODES DE
RÉSOLUTION DES CONFLITS DE NORMES EN
DROIT FRANÇAIS**

Par

Aurélien Siri

*Doctorant en droit privé à l'Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III)
A.T.E.R. en droit privé à l'Université Paris-Dauphine (Paris IX)*

N. XXXIV - 129 (34^{ème} année – 129^{ème} numéro)
(5 Numéros par an)

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE - PUAM

**DES ADAGES *LEX POSTERIOR DEROGAT PRIORI* &
SPECIALIA GENERALIBUS DEROGANT.
CONTRIBUTION À L'ÉTUDE DES MODES DE
RÉSOLUTION DES CONFLITS DE NORMES EN
DROIT FRANÇAIS**

Par

Aurélien Siri

« Ce serait un grand mal, disait Portalis, qu'il y eût de la contradiction dans les maximes qui gouvernent les hommes ».

*(Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1^{er} pluviôse an IX, dans *Écrits et discours juridiques et politiques de Portalis*, P.U.A.M., collection des Publications du Centre de Philosophie du Droit, 1988, présentation d'Alain Sériaux, spéc. p. 32)*

*Les adages *Lex posterior derogat priori* et *Specialia generalibus derogant* sont des maximes de droit positif français d'origine coutumière. Traditionnellement présentées comme des directives d'interprétation des textes à la discrétion du juge, ces maximes sont de plus en plus souvent analysées comme des règles objectives permettant de résoudre des conflits de normes. L'importante notoriété dont elles bénéficient contraste avec la méconnaissance de leurs règles de fonctionnement et avec la confusion qui règne quant à leurs effets. Ces maximes obéissent, d'une part, à des conditions d'application communes dont la pluralité de textes applicables est la condition évidente, l'incompatibilité des textes est la condition fondamentale et l'identité de valeur juridique des textes est la condition contestée. Ces maximes commandent, d'autre part, de satisfaire à des conditions propres : des textes édictés à des dates différentes ainsi qu'une identité d'objet des textes pour l'adage *Lex posterior derogat priori* et un rapport d'espèce à genre pour l'adage *Specialia generalibus derogant*. Si le premier a un effet abrogatoire, le second produit simplement un effet dérogatoire.*

1. Origines et définitions. Les origines des principes de solution véhiculés par les formules *Lex posterior derogat priori* et *Specialia generalibus derogant* sont très anciennes et remontent respectivement au droit romain¹ et à l'antiquité grecque².

Cependant, énoncées en latin, les formules elles-mêmes trouvent leur source dans des écrits postérieurs. La formule *Specialia generalibus derogant* prendrait racine dans les Décrétales rassemblées et promulguées par le Pape Boniface VIII en 1298³. En revanche, la formule *Lex posterior derogat priori* aurait des origines un peu moins lointaines puisqu'elle proviendrait de l'Ancien droit et semblerait être issue de l'École des Post-glossateurs⁴ (XIV^{ème}-XV^{ème} siècles).

Traduites en français, la formule *Specialia generalibus derogant* signifie que ce qui est spécial déroge à ce qui est général et la formule *Lex posterior derogat priori* veut dire que la loi postérieure déroge à la loi antérieure.

2. Nature juridique. Les formules *Lex posterior derogat priori* et *Specialia generalibus derogant* constituent des « adages du Droit français »⁵, c'est-

¹ Consulter le *Digeste*, établi sur l'ordre de l'Emp. Justinien et promulgué en 533, qui comprend l'essentiel de la jurisprudence classique romaine, au sens d'opinions des jurisconsultes romains, depuis le I^{er} s. avant notre ère jusqu'au milieu du III^{ème} s. après J.-C., qui indiquait déjà au Liv. I, Tit. III, *De legibus, senatusque, et longa consuetudine* (Des lois, des sénatus-consultes, et des coutumes), fr. 28, *Paulus lib. 5 ac legem Juliam et Papiam* (Paul au liv. 5 sur la loi Julia et Papia) : « *Sed et posteriores leges ad priores pertinent : nisi contrariae sint : idque multis argumentis probatur* » (Mais les lois nouvelles appartiennent aux anciennes, à moins qu'elles n'y soient contraires : ce qui se prouve par plusieurs raisons).

² Si l'adage *Specialia...* – proposant un mode de résolution du conflit pouvant exister sous certaines conditions entre les lois générales et les lois spéciales – serait issu du droit canonique, la distinction entre lois générales et lois spéciales était connue bien avant. V. en ce sens GASSIN (R.), « Lois spéciales et droit commun », *D.*, 1961, chron., p. 91, spéc. p. 91, n° 2, selon lequel : « *la distinction des lois spéciales et générales paraît remonter à Aristote [...] qui proposait de classer les choses d'intérêt social en genres et en espèces afin de déterminer les règles qui doivent leur être appliquées. Elle est connue du droit romain et de l'Ancien Droit, notamment au travers des maximes célèbres relatives à l'abrogation des lois* ». V. également ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1999, v° *Generalia specialibus non derogant*, spéc. p. 297, n° 152, confirmant les dires du Professeur R. GASSIN.

³ V. ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.*, v° *Specialia generalibus derogant*, spéc. p. 843, n° 418, qui font référence au passage suivant : XXXIV de l'ouvrage intitulé *Sexte*, *De regulis juris*. Cette collection de décrétales est souvent citée sous le nom de *Sexte* en ce qu'elle s'ajoute aux cinq livres des Décrétales de Grégoire IX publiées en 1234. Le *Sexte* ou *Liber sextus decretalium* est un des six livres qui composent le *Corpus iuris canonici*. C'est à la fin du Liv. VI au sein du titre *De regulis iuris* que l'on trouve la règle XXXIV : « *Generi per speciem derogatur* », mais rien n'est dit sur la formule *Specialia generalibus derogant*. Cette règle XXXIV n'est, en plus, que la reprise d'une maxime exprimée par le *Digeste* : « *In toto jure generi per speciem derogatur* » (C'est un principe général en droit que l'espèce déroge au genre) (Liv. L, Tit. XVII, *De diversis regulis juris antiqui* (Explication des règles du droit ancien), fr. 80, *Idem* [Papinianus] *lib. 33 Questionum* (Le même [Papinien] au liv. 33 des Réponses). La formule *Specialia...* pourrait être finalement le résultat d'une fusion entre la maxime précédente et une autre énoncée un petit peu plus loin dans le *Digeste* : « *Semper specialia generalibus insunt* » (Les espèces sont toujours comprises dans les généralités) (Liv. L, Tit. XVII, fr. 147, *Gaius lib. 24 Edictum provinciale* (Gaius au liv. 24 sur l'Édit provincial).

⁴ ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.*, v° *Lex posterior derogat priori*, spéc. p. 387, n° 202, renvoient de manière incertaine à la seconde École romaniste du Moyen Âge.

⁵ La preuve résultant simplement du fait que ces deux formules figurent à l'heure actuelle dans le célèbre recueil Roland-Boyer.

à-dire des « expressions lapidaires issues de la tradition juridique énonçant, sous une forme concise et frappante, une règle de droit »⁶.

Le terme d'adage étant un terme générique⁷, il faut préciser que les adages *Lex posterior derogat priori* et *Specialia generalibus derogant* sont des maximes, c'est-à-dire étymologiquement des grandes sentences⁸, qualifiées de savantes⁹, parce que « porteuses de vérités supérieures »¹⁰.

3. Valeur et force. Les adages *Lex posterior derogat priori* et *Specialia generalibus derogant* sont des maximes de valeur juridique¹¹, en ce qu'elles relèvent du domaine du droit par opposition au non-droit¹². Ainsi, ces maximes n'ont ni une valeur symbolique, ni une valeur simplement historique dans la mesure où elles énoncent chacune « une norme dotée de force obligatoire »¹³ ou « un principe général du Droit »¹⁴ destiné à régir actuellement les relations humaines. Il s'agit donc bien de maximes de droit positif français¹⁵.

⁶ CORNU (G.) (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, P.U.F., coll. Quadrige, 8^{ème} éd., 2007, v^o Adage, précise en plus de la définition précitée que ce terme vient du latin « *adagio* », signifiant sentence morale, proverbe.

⁷ V. CORNU (G.), *Linguistique juridique*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 3^{ème} éd., 2005, spéc. p. 356, n^o 102, selon lequel : « On admettra que l'adage est un genre au sein duquel fleurissent plusieurs espèces et qu'en ce sens générique tout adage est une parole mémorable » ; et du même auteur, « Adages et brocards », dans *Dict. de la culture juridique*, Lamy-P.U.F., coll. Quadrige, 1^{ère} éd., 2003, p. 21, spéc. p. 22, qui écrit que le sens général actuel de l'adage est « une parole mémorable passée en force de coutume » et « les autres manifestations du discours coutumier » c'est-à-dire les maximes, les sentences, les aphorismes, les apophtegmes, les préceptes, les proverbes, les dictons... « n'en sont que des facettes dont chacune brille d'un certain feu » et il ajoute que « depuis la plus haute Antiquité les adages ont fleuri [...] sous des noms divers correspondant aux multiples espèces du genre ». Comp. avec ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.*, spéc. p. XI et XII, n^o 2, qui sont plus réservés et ne prennent pas parti.

⁸ CORNU (G.), *Voc. juridique*, préc., v^o Maxime, indique que ce terme vient du latin ecclésiastique « *maxima sententia* ».

⁹ V. CORNU (G.), *Linguistique juridique*, préc., spéc. p. 355 et p. 356, n^o 102, et du même auteur, « Adages et brocards », préc., p. 21 à p. 26. Cet auteur oppose en effet les adages populaires aux adages savants. Les seconds à la différence des premiers « sont des vérités tombées de la bouche des sages » alors que les premiers à la différence des seconds « expérimentent, aux confins de la sagesse populaire, des vérités de bon sens ». Au sein des adages populaires figurent les dictons, les proverbes et les brocards et au sein des adages savants se trouvent les maximes, les sentences, les aphorismes et les apophtegmes.

¹⁰ CORNU (G.), *op. cit.*, spéc. p. 356, n^o 102.

¹¹ V. CORNU (G.), *op. cit.*, spéc. p. 366 et s., n^o 108 et s., selon lequel : « tous les adages ne présentent pas le même degré de juridicité, il est des adages spécifiquement juridiques qui énoncent des règles de droit en ordonnant, interdisant ou permettant et il est d'autres adages qui soutiennent le droit plus qu'ils ne l'énoncent ». Au sein des adages qui énoncent le droit, l'auteur distingue les règles techniques, les principes généraux, les directives d'interprétation et les propositions explicatives. Et c'est à propos des directives d'interprétation qu'il cite la maxime *Specialia...*

¹² V. ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.*, spéc. p. XII, n^o 2.

¹³ ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.*, spéc. p. XI et XII, n^o 2.

¹⁴ CORNU (G.), *Voc. juridique*, préc., v^o Maxime. Dans le même sens, v. GRIDEL (J.-P.), « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *D.*, 2002, chron., p. 229 et p. 345, spéc. p. 230, qui considère que, dans la jurispr. de la C. de cass., les principes généraux sont relativement courants. « Certains sont à caractère méthodologique [tel que] la loi générale n'abroge pas la loi spéciale ». Comp. avec MORVAN (P.), *Le principe de droit privé*, th. droit privé, Paris II, éd. Panthéon-Assas, coll. Droit privé, 1999, préf. de J.-L. SOURIOUX, spéc. p. 227, n^o 264 : « il est sévère mais fondé d'affirmer qu'un adage n'a, a priori, aucun contenu normatif intrinsèque. L'adage n'est en soi qu'une expression formelle sans substance juridique propre. Il se définit, dans son essence même, comme un énoncé, un signe, un style linguistiques ». L'auteur nuance tout de suite son propos en écrivant qu' : « il

La question de savoir d'où les adages tirent leur force est controversée étant donné que la plupart ne sont pas inscrits dans des textes notamment dans des codes. Une minorité de la doctrine considère que l'adage serait du droit prétorien dont l'existence en droit positif est subordonnée à son accueil par le juge dans ses décisions de justice. Cette solution est toutefois critiquable car le rôle du juge n'est pas de créer l'adage mais de révéler l'existence de l'adage qui préexiste à son intervention. C'est pour cette raison que la majorité de la doctrine considère que l'adage est une variété de « *coutume d'origine savante* »¹⁶ bien que la loi ait réduit à peu de chose la place laissée à la coutume¹⁷. S'agissant des maximes étudiées, il semblerait qu'elles aient une valeur infra-législative ou d'un degré égal à la loi, puisque le législateur est libre de décider, au moyen d'une disposition expresse, qu'une de ses lois postérieure n'abrogera pas une loi antérieure ou bien qu'une loi spéciale postérieure n'abrogera pas une loi générale antérieure.

4. Objet des adages. Les maximes *Lex posterior derogat priori* et *Specialia generalibus derogant* se rejoignent en ce qu'elles constituent toutes deux des directives d'interprétation permettant de démêler un *imbroglio* législatif et plus largement de résoudre d'éventuelles difficultés résultant d'un conflit¹⁸, d'une collision ou d'une opposition¹⁹ entre des textes tenant soit à l'application d'un texte

convient encore de s'assurer de la justesse de cette conclusion dans l'hypothèse d'adages normatifs », c'est-à-dire d'adages qui expriment une norme juridique en vigueur.

¹⁵ La preuve pouvant notamment être rapportée dans la mesure où messieurs ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.*, énoncent dans l'introduction de leur ouvrage (p. XI, n° 1) que les 473 adages qu'ils analysent – parmi lesquels figurent les deux maximes que nous étudions – ont été retenus en application du critère de la positivité. V. déjà KELSEN (H.), « La théorie juridique de la convention », *Arch. phil. dr.*, Sirey, n° spécial sur Le problème du contrat, 1940, p. 33, spéc. p. 59, § 19, qui indiquait que : « *le principe lex posterior derogat priori n'en est qu'un parmi plusieurs* [un principe parmi d'autres afin de déterminer laquelle des deux normes en conflit doit prévaloir] » et qu' : « *en particulier le principe lex posterior derogat priori ne vaut qu'en tant que norme positive* ».

¹⁶ CARBONNIER (J.), *Droit civil*, P.U.F., coll. Thémis Droit privé, *Introduction*, 26^{ème} éd., 1999, spéc. p. 253, n° 137. Comp. avec ROUAST (A.), *Les grands adages coutumiers dans le droit des obligations*, Paris, Les cours de Droit, 1953-1954, pour qui les adages, quelle que soit leur origine (p. 18), qui ne sont pas reproduits dans des textes écrits, comme le C. civ., (p. 12) constituent peut-être « *la partie la plus importante du droit coutumier* » (p. 10) et ont à ce titre « *la valeur juridique qui s'attache à toute coutume dans le droit moderne* » (p. 17) – à savoir « *la même force que des lois* » (p. 18) – dans la mesure où « *leur autorité tient à un assentiment universel tacite* » (p. 10).

¹⁷ V. ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.*, spéc. p. XV, n° 4, qui relèvent que la plupart des « *anciennes coutumes ont été expressément abrogées par la loi du 30 ventôse an XII portant promulgation du Code civil* », ce qui pourrait s'opposer à reconnaître une valeur coutumière aux adages. « *D'où la nécessité de proclamer [...] que, si les maximes survivent avec un effet obligatoire, ce n'est pas en vertu d'une tradition immémoriale, mais comme coutumes nouvelles, réinventées par la jurisprudence ultérieurement et tacitement admises par le législateur moderne* ».

¹⁸ V. SAINTOURENS (B.), *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, th. droit privé, microf., Bordeaux I, 1986, 2 t., sous la dir. de J. DERRUPPE, spéc. p. 182, n° 126, qui estime que ces adages sont « *destinés à assurer la police des textes en conflit* ».

¹⁹ V. JEAMMAUD (A.), *Des oppositions de normes en droit privé interne*, th. droit privé, dactyl., Lyon III, 1975, sous la dir. d'A. ROBERT, spéc. p. 10, n° IV, pour lequel il est essentiel de distinguer « *d'une part les conflits qui se manifestent directement, brutalement parfois, entre deux règles juridiques, dans leur formulation même et abstraction faite de leur application simultanée à une situation particulière, et d'autre part les conflits qui surgissent, en raison de la configuration d'une situation concrète, entre deux règles applicables à cette situation et conduisant à des résultats différents, alors même qu'il n'existe pas*

dans le temps, soit à l'application d'un texte dans l'espace²⁰, soit à l'application d'un texte dans le temps et dans l'espace. Dans le premier cas, il suffira de faire application de la maxime *Lex posterior derogat priori*. Dans le deuxième cas, il suffira d'appliquer la maxime *Specialia generalibus derogant*. Enfin, dans le troisième cas, il faudra nécessairement opter pour l'une de ces deux maximes étant précisé qu'une application cumulative de ces deux maximes aboutira, dans un cas sur deux, à une solution opposée²¹. Ces conflits, qui sont liés au contenu des règles, ne doivent pas être confondus avec les conflits de lois dans l'espace et dans le temps²², qui sont des conflits de compétence, indépendants du contenu des règles, se situant au stade de la détermination de la règle applicable.

En outre, il faut déduire de ce qui précède que ces maximes ne jouent pas lorsque l'application des textes ne pose pas de difficulté, parce que les textes sont explicites et clairs quant à leur application, conformément à l'adage *Interpretatio cessat in claris* (ce qui est clair n'a pas besoin d'être interprété).

5. Domaine d'application. Le domaine d'application de ces deux maximes doit être déterminé à deux points de vue.

Ratione materiae, les maximes *Lex posterior derogat priori* et *Specialia generalibus derogant* sont, par tradition, des directives d'interprétation du droit par opposition aux faits. En d'autres termes, ces maximes jouent uniquement pour résoudre des questions de droit portant sur l'applicabilité d'un texte. Aussi, les questions de droit doivent nécessairement porter sur des textes particuliers : les actes juridiques de portée générale produits par des organes publics ou des autorités publiques qui, par opposition aux actes juridiques publics à caractère individuel²³ et aux actes juridiques privés émanant de simples particuliers²⁴, sont les seuls qui

entre elles de conflit du premier type. Dans le premier cas, on se trouve en présence de normes opposées, et il faut parler de conflit par opposition, alors qu'il s'agit, dans le deuxième cas, d'un conflit entre normes non opposées, ou encore d'un conflit de résultats ». Sous le bénéfice de cette précision, l'incompatibilité entre deux textes qui sera résolue grâce aux adages *Lex...* et *Specialia...* relèvera, semble-t-il, le plus souvent d'un conflit par opposition.

²⁰ La notion d'espace ne doit pas être ici entendue au sens du droit international, privé ou public. Il s'agit de désigner le champ d'application en France d'un texte de portée générale ou spéciale.

²¹ V. *infra* sur l'hypothèse d'une incompatibilité entre un texte spécial antérieur et un texte général postérieur.

²² En droit privé, il faut croire que cette confusion n'est guère possible. Non seulement les auteurs, de manière générale, ne traitent pas des adages *Lex...* ou *Specialia...* au titre des conflits de lois dans le temps, mais encore ils n'éprouvent même pas le besoin de s'en expliquer. En droit public, v. PETIT (J.), *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, th. droit public, Paris II, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, t. 195, 2002, préf. de J. MOREAU, spéc. pp. 12 et 13, n^{os} 28 et 29, pour qui « le conflit de lois dans le temps suppose une règle ancienne, qui a donc disparu, peu importe comment cette disparition s'est opérée [...], le conflit existe en conséquence de ce changement entre la règle ancienne abrogée et la règle nouvelle en vigueur. On ne s'interroge pas sur les conditions [...] de cette abrogation [...] mais sur le champ d'application dans le temps de la règle qui en est issue ».

²³ La contradiction entre deux mesures individuelles d'exécution d'une même règle de droit ne constitue pas une incompatibilité susceptible d'être tranchée en application des adages *Lex...* ou *Specialia...*

²⁴ V. cependant BERTIER-LESTRADE (B. de), *Les conflits d'actes juridiques en droit privé*, th. droit privé, P.U.A.M., 2003, préf. de L. ROZES, spéc. p. 211, n^o 423, qui considère que le « principe de postériorité, fondé sur la règle *lex posterior legi priori derogat*, est applicable aux conflits de lois dans le temps et participe également, au règlement de certains conflits d'actes subjectifs ». Cet auteur évoque « le principe de postériorité » en tant que mode de résolution des conflits entre actes juridiques privés. Elle

énoncent des règles de droit ou constituent des normes juridiques²⁵. Ces actes juridiques publics de portée générale sont principalement : le règlement, la loi, le traité²⁶, la Constitution. Si l'adage *Lex posterior derogat priori* semble indiquer littéralement que seule la loi rentre dans le domaine d'application de ces adages, il faut néanmoins faire remarquer que le domaine d'application de ces adages est généralement étendu à tous les autres actes juridiques publics à caractère général. Ainsi, chaque fois que nous utiliserons le mot « texte » nous entendrons uniquement les actes précités.

Ratione personæ, les maximes *Lex posterior derogat priori* et *Specialia generalibus derogant* sont des directives d'interprétation destinées très rarement aux particuliers, plus souvent à l'Administration pour l'exécution de ses missions, mais généralement elles constituent un attribut du juge²⁷. Autrement dit, dans les faits, l'autorité compétente qui peut recourir à ces maximes est l'Administration mais elle n'engage qu'elle-même ; le juge étant l'autorité officielle compétente en cas de contestation. Saisi par un justiciable pour résoudre une difficulté tenant à l'application d'un texte, le juge a l'obligation légale d'interpréter qui est posée par l'article 4 du Code civil aux termes duquel : « *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ». Le juge fera disparaître provisoirement – pour le litige – la difficulté par un choix conforme au droit en se laissant guider par ces adages. À proprement parler, le juge surmonte la difficulté mais ne la supprime pas car il ne peut pas la rendre impossible dans l'avenir, il ne peut pas abroger lui-même le texte antérieur. Il rend alors une solution d'espèce. Il est important de distinguer dès à présent les effets des adages des effets de la décision de justice appliquant ces adages. En vérité, le juge ne fait que constater l'abrogation, ne fait qu'appliquer à un cas d'espèce une solution générale donnée par les adages.

6. Intérêts, objet et plan de l'étude. L'étude des maximes *Lex posterior derogat priori* et *Specialia generalibus derogant* suscite d'abord un intérêt théorique

illustre cette idée en donnant notamment un exemple issu du droit des successions. En effet, « *aux termes de l'article 1036 du Code civil, le conflit élevé entre deux testaments incompatibles ou contraires, se résout en effet, en faveur du plus récent, puisque le second emporte révocation du premier, dans la limite de l'incompatibilité* » (p. 213, n° 426).

²⁵ Il est à noter que les termes « règles » et « normes » sont très généralement pris pour synonymes même si parfois la règle est considérée comme une espèce de norme. Sur cette question, v. not. CARBONNIER (J.), *Introduction*, préc., spéc. p. 51, n° 17, état des questions, I. Généralités, b. Distinction de la règle de droit et des autres normes.

²⁶ À son propos, il faut signaler que la maxime *Lex...*, qui est largement utilisée par la pratique judiciaire internationale, est consacrée par l'art. 30, 3°, de la Conv. de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités aux termes duquel : « *Lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'article 59, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur* ». Adde NICOLAS (P.-Y.), « Les conflits de Conventions internationales dans le transport maritime de marchandises », dans *Études de droit maritime à l'aube du XXI^{ème} siècle. Mélanges offerts à Pierre Bonassies*, Éd. Moreux, 2001, p. 265, spéc. p. 268.

²⁷ Il n'est dès lors pas étonnant de retrouver ces deux maximes chez JOUANNEAU (A.) dans son *Recueil de maximes et citations latines à l'usage du monde judiciaire*, Paris, Administration et Librairie des Annales des Justices de Paix, 1912, v° *Lex...*, spéc. p. 224, n° 2062, et v° *Specialia...*, spéc. p. 412, n° 3748.

non négligeable dans la mesure où ces maximes n'ont pas fait l'objet à notre connaissance d'une étude d'ensemble²⁸, mais seulement d'études limitées et indirectes²⁹, et ce malgré la convergence des solutions dégagées en droit privé et en droit public. De plus, ces maximes sont connues de tous les juristes – la preuve en est que bien souvent il leur suffit de ne citer que les premiers mots de ces maximes – parce qu'elles ont une notoriété importante qui vient notamment de leur formulation concise et poétique ; mais en général ces derniers ne connaissent que peu de chose de leur nature et de leur régime juridiques. La méconnaissance ainsi que l'absence d'étude approfondie des règles de déclenchement et de fonctionnement desdites maximes a pu parfois, il est vrai, conduire à des usages abusifs leur faisant perdre ainsi leur crédibilité³⁰. Qu'il nous soit permis à travers cette étude d'essayer de la rétablir.

Ensuite, l'intérêt pratique de cette étude devrait être assez limité étant donné qu'une bonne législation ne devrait donner lieu à aucune interprétation. En premier lieu, un système juridique devrait théoriquement et nécessairement former un tout cohérent, ce qui serait de nature à exclure toute contradiction entre deux ou plusieurs textes en vigueur au même moment dans un même pays³¹. En second lieu, dans la très grande majorité des cas, la loi résout elle-même ces contradictions³². En pratique, l'obligation d'interpréter devrait donc rester mineure, accidentelle, exceptionnelle. Pourtant, l'étude de ces maximes revêt non seulement un intérêt pratique important sur le plan qualitatif car « *la coexistence dans le même système juridique de normes en contradiction les unes avec les autres est rationnellement insupportable* »³³ ; mais aussi un intérêt pratique important sur le plan quantitatif car

²⁸ Même s'il est vrai qu'elles ont été savamment expliquées par deux auteurs : ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.*, v° *Lex...* et v° *Specialia...*

²⁹ V. not. AUBY (J.-M.), « L'abrogation des actes administratifs », *A.J.D.A.*, mars 1967, doctr., p. 131 ; et MOREAU (J.), « De l'abrogation implicite en droit public français », *J.C.P. éd. A.*, 2005, 1339, qui à l'occasion de l'étude de l'abrogation en droit public évoquent tout deux de manière indirecte les adages *Lex...* et *Specialia...* Adde CRUCIS (H.-M.), *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française. Contribution à l'étude du pouvoir normatif du juge de l'excès de pouvoir*, th. droit public, Nantes, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, t. 161, 1991, préf. de R. HOSTIOU, spéc. p. 116 et s. (sur l'adage *Lex...*), p. 149 et s. (sur l'adage *Specialia...*).

³⁰ V. not. SAINTOURENS (B.), *op. cit.*, spéc. p. 161, n° 105 et p. 186, n° 125, qui déplore l'incertitude juridique engendrée par le détournement de l'usage de ces adages en dehors de leur champ d'application.

³¹ V. RAY (J.-E.), *Aborder les études de droit*, Seuil, coll. Mémo, 1996, spéc. p. 9 : « *Le propre de « l'ordre juridique » est d'éviter toute contradiction entre les 360 000 normes de toute nature applicables en France [...]* ». Néanmoins, la contraction est un élément du système juridique. La prolifération, l'incertitude et la complexité du Droit contribuent en effet activement à l'éclosion de contradictions. De plus, la contradiction rend compte du mouvement réel du droit, c'est une expression normative de la réalité sociale, du monde de contraires dans lequel nous vivons, qui est un terreau fertile en conflits collectifs.

³² Mais il faut constater avec SILANCE (L.), « Quelques exemples d'antinomies et essai de classement », dans *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Émile Bruylant, coll. Trav. du C.N.R.L., 1965, av.-pr. de C. PERELMAN, p. 63, spéc. p. 64, que : « *malheureusement, le législateur ne peut tout connaître ni tout prévoir. En légiférant, il peut perdre de vue un texte plus ancien, ou contenu dans une loi relative à un sujet différent de celui qu'il traite dans la loi nouvelle mais qui contredit cependant une partie de ce nouveau texte. Il se peut également qu'en édictant ce texte nouveau, le législateur n'a pu prévoir que dans certaines circonstances futures, la loi sera en contradiction avec une autre disposition qui ne paraissait pas, au moment de la promulgation, être en [contradiction] avec elle* ».

³³ MOREAU (J.), art. préc., spéc. I.

les contradictions vont en s'accroissant en raison, d'une part, d'une prolifération non maîtrisée de lois³⁴, et d'autre part, du développement incessant des législations spéciales³⁵.

En définitive, après avoir brièvement évoqué dans cette introduction la nature juridique et le domaine d'application de ces maximes, il reste à envisager leur régime juridique. Il s'agira par conséquent d'analyser dans un premier temps les conditions d'application des adages *Lex posterior derogat priori* et *Specialia generalibus derogant* (I) avant de décrire dans un second temps leurs effets (II).

I. Les conditions d'application des adages

7. Deux types de conditions. Les adages *Lex posterior derogat priori* et *Specialia generalibus derogant* ne peuvent s'appliquer que s'ils satisfont non seulement à des conditions qui leur sont communes (A) mais encore à des conditions qui leur sont propres (B).

A. Les conditions communes aux deux adages

8. Trilogie des conditions communes. Pour que les adages *Lex posterior derogat priori* et *Specialia generalibus derogant* puissent s'appliquer, ils doivent remplir chacun trois conditions cumulatives.

³⁴ V. CAPITANT (H.), *Les principes fondamentaux du droit des contrats*, Paris, Les cours de Droit, 1932-1933, spéc. p. 106, qui constatait déjà que « le nombre des lois va d'année en année en augmentant et qu'il suffit d'ouvrir un code civil, comme le petit code Dalloz et de parcourir la liste des lois qui y sont énumérées à la fin, pour voir combien le nombre des lois votées par le Parlement est devenu considérable par rapport à ce qu'il était auparavant » ; RIPERT (G.), *Le déclin du droit. Études sur la législation contemporaine*, L.G.D.J., 1949, qui expliquait, au milieu du XX^{ème} s., le déclin du droit en raison notamment de la prolifération des lois ; SAVATIER (R.), « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D.*, 1977, chron., p. 43, qui entreprenait une critique des désordres de la législation de la fin des années 1970. Décrivant dans un premier temps le siège de l'inflation législative, il relevait que « la natalité des lois n'est nullement balancée par leur mortalité. Le législateur abolit beaucoup moins qu'il ne légifère » (spéc. p. 48, n° 3) ; CARBONNIER (J.), *Essais sur les lois*, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, spéc. le chap. 6 intitulé « L'inflation des lois » (p. 271 et s.) ; TERRE (F.), « La « crise de la loi » », *Arch. phil. dr.*, 1980, t. XXV, *La loi*, p. 17, spéc. p. 23, qui explique la désacralisation et la déstabilisation de la loi par la multiplicité des lois, leur prolifération et le « nombre sans cesse accru de lois inutiles, de lois périlleuses, de lois-gadgets ou de lois sur le papier (paper's law) » ; BLANDIN (G.), « Interrogations sur les lois nouvelles », dans *La loi. Bilan et perspectives*, Economica, coll. Études Juridiques, vol. 22, 2005, sous la dir. de C. PUIGELIER, p. 17, qui dénonce les dangers de l'ampleur et de la variété des lois nouvelles ; et ZARKA (J.-Cl.), « À propos de l'inflation législative », *D.*, 2005, point de vue, p. 660, spéc. p. 660, pour qui « on assiste, en France, depuis environ une dizaine d'années, à un accroissement sensible de la production législative » qui « aboutit bien souvent à l'adoption de lois dont la qualité est pour le moins contestable ».

³⁵ V. déjà GASSIN (R.), art. préc., spéc. p. 92, n° 3, qui affirme que : « tous les juristes s'accordent en effet à reconnaître que les lois spéciales occupent une place capitale dans l'ordre juridique contemporain. Il apparaît que la spécialité devient ordinaire et que le principe est vidé de son contenu [...] Le développement des législations spéciales s'explique par deux séries de motifs. Tantôt c'est l'arrivée de circonstances exceptionnelles qui amène le législateur à déroger aux règles du droit commun ; [...] tantôt encore c'est l'évolution des idées, des données économiques, ou des forces politiques, qui impose des lois spéciales ».

1. *La pluralité de textes applicables*

9. Condition préalable. La condition préalable à l'application de l'un ou de l'autre adage est la présence de deux ou plusieurs textes, car à défaut de pluralité de textes il n'y a pas de difficulté d'application puisqu'il faut appliquer l'unique texte compétent. Mais encore faut-il que ces textes soient applicables c'est-à-dire qu'ils appartiennent au droit positif, qu'ils soient en vigueur, qu'ils lient les intéressés, car en présence de deux textes dont l'un est inapplicable il faut appliquer évidemment le seul texte applicable³⁶.

10. Deux textes. En présence de deux textes, le premier sera le plus ancien et le second le plus récent ou bien le premier sera le texte général et le second le texte spécial ou inversement ou bien encore le premier texte sera ancien et général tandis que le second texte sera nouveau et spécial ou au contraire le premier texte sera ancien et spécial alors que le second texte sera nouveau et général.

Ainsi, par exemple, alors que l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil datant de 1804 pose le principe général de la responsabilité civile du fait des choses, les articles 1386-1 à 1386-18 du même code issus de la loi du 19 mai 1998 régissent la responsabilité civile du fait des produits défectueux.

Tel était aussi le cas, en matière de prescription extinctive, jusqu'à la loi du 17 juin 2008, de l'article 2262, inscrit dans le Code civil en 1804, qui posait le principe général selon lequel toutes les actions en justice ne peuvent plus être intentées après l'écoulement d'un délai de trente ans commençant à courir à partir du jour où l'action est possible. Or, des règles légales ultérieures avaient admis des délais de prescription plus courts ; par exemple, à la lecture de l'article 2271 du Code civil issu de la loi du 16 juillet 1971, l'action des maîtres et instituteurs pour les leçons données au mois était prescrite au bout de six mois.

11. Plus de deux textes. En présence de plus de deux textes, le premier sera le plus ancien, le deuxième plus récent que le premier et le troisième plus récent que le deuxième, etc. ou bien le premier sera le plus général, le deuxième plus spécial que le premier et le troisième encore plus spécial que le deuxième... ou bien encore le premier texte sera ancien et général par rapport au deuxième qui sera nouveau et spécial par rapport au troisième qui sera encore plus récent et plus spécial que le deuxième, ou au contraire le premier texte sera ancien et spécial par rapport au deuxième qui sera plus récent et plus général par rapport au troisième qui sera encore plus récent et plus général que le deuxième. Ces hypothèses peuvent être illustrées par quatre exemples :

- en droit civil, les articles 1713 et suivants du Code civil relatifs au droit commun du bail sont généraux par rapport à la loi du 1^{er} septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant

³⁶ V. les obs. de F. POIRAT, sous C.E., 3^{ème} et 8^{ème} Sous-sect. réunies, 5 septembre 2001, (M. Benkhata), *R.G.D.I.P.*, 2002-3, p. 711, qui conteste l'application par le C.E. de l'adage *Lex...* alors que celui-ci ne peut s'appliquer qu'en présence d'une succession de textes incompatibles applicables, ce qui n'était pas le cas dans cette espèce où l'une des conventions internationales invoquées n'était pas applicable.

des allocations de logement, laquelle est plus générale que la loi du 6 juillet 1989 dite d'amélioration des rapports locatifs ;

- en droit commercial, les articles 1832 à 1844-17 du Code civil relatifs aux sociétés en général sont généraux par rapport aux dispositions de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, lesquelles sont plus générales que celles contenues dans la loi du 3 janvier 1994 sur la société par actions simplifiée ;

- en droit du travail, les articles 1708 à 1712 du Code civil relatifs au contrat de louage en général sont plus généraux que les articles 1779 à 1799-1 du même code relatifs au contrat de louage d'ouvrage et d'industrie, lesquels sont encore plus généraux que les articles L. 1221-1 à L. 1222-4 (L. 120-2 à L. 121-8 anc.) du Code du travail relatifs au contrat de travail en général, lesquels sont enfin plus généraux que les articles L. 1242-1 à L. 1247-1 (L. 122-1 à L. 122-3-16 anc.) du Code du travail relatifs au contrat de travail à durée déterminée ;

- en droit pénal, les articles L. 111-1 à L. 113-12 du Code pénal forment le droit pénal général c'est-à-dire les règles générales applicables à l'ensemble des infractions. Les articles L. 221-1 et suivants du Code pénal constituent le droit pénal spécial c'est-à-dire les règles spéciales applicables aux diverses infractions particulières. L'article L. 241-3 4° du Code de commerce relatif à l'abus de biens sociaux représente par exemple ce que l'on pourrait appeler le droit pénal « très spécial ».

2. L'identité de valeur juridique des textes

12. Définition de cette condition. L'identité de valeur juridique des textes signifie que les textes doivent être à égalité de niveau hiérarchique³⁷, c'est-à-dire au même niveau dans l'échelle des textes ou, en paraphrasant Kelsen, au même étage dans la pyramide des normes³⁸. À défaut de cette condition, il n'y a pas de difficulté d'application puisqu'il faut appliquer le texte qui est placé au rang le plus élevé dans la hiérarchie des normes. Si on voulait traduire cette organisation normative en un adage ce serait : *Lex superior derogat inferiori*. Pour des illustrations, il doit être renvoyé à de célèbres arrêts du Conseil d'État³⁹ et de la Cour de cassation⁴⁰ sur lesquels nous ne reviendrons pas.

³⁷ Comp. avec JEAMMAUD (A.), th. préc., spéc. p. 662, n° 375 et s., qui envisage les adages *Lex... et Specialia...* pour résoudre l'opposition de deux normes « non hiérarchisées ». Cet auteur ne semble donc pas faire de l'identité de valeur hiérarchique des textes une condition d'application de ces adages, sinon il aurait vraisemblablement utilisé l'expression d'opposition entre deux normes qui ne sont pas en rapport hiérarchique parce qu'elles seraient à égalité dans la hiérarchie des normes.

³⁸ KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, traduit par Ch. EISENMANN, spéc. p. 259 : « L'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée (pour ainsi dire) d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques ».

³⁹ V. not. C.E., Ass., 20 octobre 1989, (Nicolo), *Lebon*, p. 190 ; C.E., Ass., 3 juillet 1996, (Moussa Koné), *Lebon*, p. 255 ; C.E., 6 juin 1997, (Aqarone), *Lebon*, p. 439 ; C.E., Ass., 30 octobre 1998, (affaire Sarran, Levacher et autres), *Lebon*, p. 369.

⁴⁰ V. not. l'arrêt de principe : Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, (Jacques Vabre), *Bull. civ.*, n° 4, p. 6. V. égal. Cass. crim., 12 juin 1995, *Bull. crim.*, n° 213, p. 585, où la Ch. crim. n'applique pas l'adage *Lex...* contrairement à ce que l'on aurait pu penser à la lecture de l'attendu principal aux termes duquel : « Les dispositions des lois et règlements, même non expressément abrogées, cessent d'être applicables dans la

13. Esquisse de la hiérarchie des normes. Nous indiquons – pour les non-initiés – que les sources textuelles sont traditionnellement classées suivant un principe hiérarchique⁴¹ en fonction d'un critère organique et formel qui est l'autorité attachée au texte⁴². Cette autorité venant essentiellement de l'importance reconnue à l'auteur du texte dans le système juridique. En d'autres termes, la norme inférieure est subordonnée à la norme supérieure parce qu'elle est d'une plus grande autorité. Ainsi, un texte de la catégorie inférieure est toujours subordonné aux textes de la catégorie supérieure auxquels il ne peut déroger.

Généralement, la hiérarchie des normes écrites se présente aujourd'hui de la manière suivante (en partant du sommet) :

- la Constitution ou le *bloc de constitutionnalité* qui est un ensemble de normes ayant valeur constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel rassemble, sous cet intitulé, quatre éléments : la Constitution de la V^{ème} République, le préambule de cette Constitution, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et le préambule de la Constitution de 1946 ;
- les traités internationaux et les textes communautaires ;
- les lois organiques (*article 46 de la Constitution de 1958*) ;
- les lois ordinaires votées par le Parlement (*article 34*), les lois référendaires sur consultation du peuple (*article 11*), les ordonnances du Gouvernement ratifiées par le Parlement (*article 38*), les décisions du Président de la République à objet législatif (*article 16*) ;
- les décrets du Président de la République (*article 37*) ;
- les décrets autonomes du Premier Ministre (*article 37*), les décisions du Président de la République à objet réglementaire (*article 16*) ;
- les décrets d'application pris par le Premier Ministre (*article 21*) ;
- les arrêtés interministériels ou ministériels ;
- les arrêtés préfectoraux ;

mesure où elles sont inconciliables avec celles d'une loi ou d'une convention internationale nouvelle » ; mais fait application de la hiérarchie des normes dans la mesure où elle considère que : « l'interdiction des exportations sans déclaration de marchandises prévue par les articles 412 et 414 du Code des douanes, comme celle des importations sans déclaration de moyens de paiement prévue par les articles 3 de la loi du 28 décembre 1966 et 1, 4, 6 du décret du 24 novembre 1968, est devenue inconciliable avec la libre circulation des marchandises et des capitaux, aménagée par le Traité d'adhésion de l'Espagne à la Communauté économique européenne, par l'Acte unique européen et par les articles 98 de la loi du 29 décembre 1989 et 23 de la loi du 12 juillet 1990 pris pour l'application de la directive n° 88-361/CEE du 24 juin 1988. Il en résulte que les dispositions pénales qui en assuraient jusque-là la répression cessent d'être applicables aux poursuites en cours ».

⁴¹ Sur ce point, v. PUIG (P.), « Hiérarchie des normes : du système au principe », *R.T.D. civ.*, 2001, p. 749, qui constate l'échec de la conception de la hiérarchie des normes comme système explicatif global et complet de l'ordre juridique et corrélativement l'essor d'un principe hiérarchique conçu comme un simple mode de résolution des conflits de normes.

⁴² *Contra* BECHILLON (D. de), *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, th. droit public, Pau, Economica, coll. Droit public positif, 1996, préf. de P. BON, qui, après avoir constaté les faiblesses de l'explication classique, propose un nouveau critère qui rend mieux compte de la hiérarchie des normes que le critère organique. Selon cet auteur, « la hiérarchie des normes pourrait bien correspondre à une hiérarchie des fonctions normatives de l'État, et pas à une hiérarchie des organes » (spéc. p. 6). La hiérarchie des fonctions normatives de l'État pourrait, en partant du sommet, être la suivante : fonction constituante, fonction fédérative ou diplomatique, fonction législative, fonction exécutive ou administrative.

- les arrêtés municipaux.

14. Condition nécessaire mais contestée. Pour terminer l'étude de cette condition, deux remarques peuvent être faites.

D'une part, cette condition circonscrit énormément la portée des adages. La raison étant que la hiérarchie des normes empêche l'incompatibilité de naître puisque « *les normes apparemment contradictoires se meuvent sur des plans différents : la norme inférieure ne contredit pas la norme supérieure, elle l'enfreint !* »⁴³.

D'autre part, la condition relative à l'identité de valeur juridique – ou en fin de compte de niveau hiérarchique – des textes n'a pas toujours été respectée par les juges, principalement avant 1958⁴⁴. Cette situation s'explique aisément dans la mesure où la hiérarchie des normes, conçue comme une structure globale et complète du système juridique⁴⁵, a été élaborée au cours de la V^{ème} République⁴⁶. Historiquement, l'articulation des normes les unes par rapport aux autres est apparue sous la forme basique du principe de la primauté de la loi, expression de la volonté générale, posé par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et cette situation s'est maintenue même sous les III^{ème} et IV^{ème} Républiques. La Constitution du 4 octobre 1958, qui met fin à ce « légicentrisme », a la particularité de tenter d'établir une véritable hiérarchie des normes en définissant clairement les normes qui lui sont subordonnées ainsi que leur place dans la hiérarchie. Il est plus difficile, en revanche, de justifier les décisions de justice, rendues après la création de cette structure, qui appliquent les maximes *Lex posterior derogat priori* ou *Specialia generalibus derogant* en présence de textes qui ne situent pas au même niveau hiérarchique. Cinq décisions seront citées à titre d'illustration.

La première en date du 1^{er} juillet 1959⁴⁷ fait application de l'adage *Legi speciali per generalem non derogatur*⁴⁸ qui est étroitement lié à l'adage plus connu

⁴³ BOLAND (G.), « Quelques propos sur les antinomies et pseudo-antinomies en particulier en droit administratif », dans *Les antinomies en droit*, préc., p. 183, spéc. p. 201, note de bas de page n° 3.

⁴⁴ V. en premier lieu les décisions de justice suivantes qui appliquent les effets des adages *Lex...* et *Specialia...* sans respecter la condition d'identité de niveau hiérarchique : C.E., Avis, 4 nivôse an VIII, D., 1999, jur., p. 705, note P. (DE LA GIRONDE) ; Cass. crim., 29 juin 1832, S., 1832, 1, p. 401 ; Trib. civ. Muret, 9 octobre 1937, *Gaz. Pal.*, 1937, 2, p. 947 ; C.E., 24 janvier 1958, (Société Gencel, Boutet et Coudray), *Lebon*, p. 44. V. en second lieu les décisions de justice suivantes qui n'appliquent pas les effets des adages *Lex...* et *Specialia...* non pas parce que les textes en conflit sont de niveau hiérarchique différent mais en raison de l'absence de la condition dite d'incompatibilité des textes : Cass. crim., 12 avril 1838, S., 1838, 1, p. 314 ; Cass. crim., 18 avril 1873, D.P., 1873, 1, p. 265 ; Orléans, 5 juillet 1898, S., 1899, 2, p. 201, note J.-A. ROUX ; C.E., Sect., 22 avril 1955, (Association française franco-russe dite Rousky-Dom), *Lebon*, p. 202 ; C.E., 1^{er} juillet 1955, (Société « Tanneries du Centre »), *Lebon*, p. 374 ; C.E., Sect., 23 mars 1956, (Sieur Piquet), *Lebon*, p. 142.

⁴⁵ Sur l'échec de cette conception, v. PUIG (P.), art. préc.

⁴⁶ En ce sens, v. MONIN (M.), « 1989 : Réflexions à l'occasion d'un anniversaire : trente ans de hiérarchie des normes », D., 1990, chron., p. 27, spéc. p. 27, pour lequel : « *Avant la V^{ème} République, il y eut peu d'entreprises doctrinales visant à la construction d'un modèle de hiérarchie des normes* » et « *la Constitution de 1958 a engendré une hiérarchie des normes* ».

⁴⁷ Cass. crim., 1^{er} juillet 1959, *Bull. crim.*, n° 335, p. 681. Dans le même sens, v. Cass. crim., 25 juin 1959, *Bull. crim.*, n° 332, p. 672.

*Specialia generalibus derogant*⁴⁹. Dans cet arrêt, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a, à propos de la composition des jurys d'assises en Algérie, considéré que le texte général postérieur – l'article 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 assurant « l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion » – « ne pouvait pas entraîner par lui-même l'abrogation immédiate » du texte spécial antérieur – la loi du 5 août 1942 prévoyant un jury de jugement composé de trois jurés citoyens français et de trois jurés français musulmans d'Algérie pour juger les crimes imputables à des « indigènes musulmans d'Afrique » – et cela quand bien même les deux textes ne sont pas au même niveau hiérarchique et qui plus est quand bien même la Constitution est hiérarchiquement supérieure à la loi.

La seconde a été rendue par le Conseil d'État le 12 février 1960⁵⁰ lequel n'applique pas la hiérarchie des normes – le juge administratif n'étant pas compétent pour apprécier la conformité de la loi à la Constitution – mais l'adage *Lex posterior derogat priori* lorsqu'il décide que « l'article 4 du Code pénal [ancien] édicté par la loi du 12 février 1810 est incompatible avec les dispositions des articles 34 et 35 de la Constitution du 4 octobre 1958 [prévoyant qu'est exclu du domaine de la loi la détermination des contraventions et des peines dont elles sont assorties] en tant qu'il a prévu que nulle contravention ne peut être punie de peines qui n'ait été prononcées par la loi et doit, par suite, être regardé comme abrogé sur ce point ».

La troisième est un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 21 juin 1971 dont la publication au *Recueil Dalloz*⁵¹ a la particularité d'énoncer, dans le chapeau contenant les mots clés de la décision, la « règle *Legi speciali per generalem non derogatur* ». En faisant application de cette règle, la Haute juridiction a mis en échec la hiérarchie des normes puisqu'elle a décidé que les décrets des 28 mai et 4 juillet 1968 prévoyant, en raison des événements de mai 1968, une prorogation des délais pour l'accomplissement de formalités en matière de valeurs négociables, n'avaient pas été abrogés implicitement par la loi du 31 juillet 1968 prévoyant une prorogation des délais – plus longue que la première – applicable à toutes les situations juridiques qui supposent l'accomplissement d'un acte ou d'une formalité soumise à certain délai, dans la mesure où « La loi du 31 juillet 1968 n'a pas eu pour objet de modifier les mesures particulières déjà prises par le pouvoir réglementaire dans le domaine spécial des effets de commerce, spécialement les décrets des 28 mai et 4 juillet 1968 ».

La quatrième émane de la Chambre sociale de la Cour de cassation qui n'applique pas la hiérarchie des normes mais l'adage *Lex posterior derogat priori* lorsqu'elle affirme le 4 mars 1987⁵² qu' : « en réservant les seules exonérations de

⁴⁸ V. égal. C.E., 17 novembre 1961, (Dame Mangeot), *Lebon*, p. 922 ; et C.E., 9^{ème} et 10^{ème} Sous-sect. réunies, 3 octobre 2003, (Commune de Ramatuelle contre Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales), *Juris-Data*, déc. n° 248523.

⁴⁹ V. *infra* n° 35.

⁵⁰ C.E., Sect., 12 février 1960, (Société Éky), *Lebon*, p. 101 ; *D.*, 1960, jur., p. 263, note J. L'HUILLIER ; *S.*, 1960, 3, p. 131, concl. KAHN. Dans la même lignée, v. C.E., 2 octobre 1981, (Mama M'Bodj et autres), *Lebon*, p. 345.

⁵¹ Cass. com., 21 juin 1971, *D.*, 1971, jur., p. 533, note Ch. LARROUMET.

⁵² Cass. soc., 4 mars 1987, *Bull. civ.*, V, n° 104, p. 67. Dans le même sens et reprenant le même attendu, v. Cass. soc., 18 avril 1991, *Bull. civ.*, V, n° 213, p. 130.

cotisations aux titulaires d'avantages de retraite du régime des praticiens et auxiliaires médicaux conventionnés dont les ressources sont insuffisantes, l'article 25 de la loi du 28 décembre 1979 a implicitement abrogé les dispositions réglementaires antérieures qui permettaient aux titulaires d'une pension, rente, allocation ou avantage quelconque, leur ouvrant droit au bénéfice des prestations en nature de l'assurance maladie d'un régime de salariés, d'être exonérés du paiement de la cotisation personnelle due en application de l'article 2 du décret du 2 juillet 1971, en sorte qu'un praticien, bénéficiaire d'une pension militaire d'invalidité au taux de 85 %, ne peut continuer à bénéficier de l'exonération qui lui avait été accordée en application desdites dispositions réglementaires ».

La cinquième est une décision récente de l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État datée du 16 décembre 2005⁵³, qui affirme avec force en termes généraux que « *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* ». Dans cette décision, l'Assemblée applique l'adage *Lex posterior derogat priori* pour juger que les dispositions du sixième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère celui de la Constitution du 4 octobre 1958, aux termes duquel « *Tout homme peut défendre ses droits et intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix* », « *a implicitement mais nécessairement eu pour effet d'abroger* » l'alinéa 2 de l'article 10 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 portant statut des huissiers qui interdit aux organisations constituées entre huissiers de justice d'exercer des attributions en matière de négociation collective.

Ces solutions jurisprudentielles, somme toute assez rares en droit privé en comparaison au droit public⁵⁴, peuvent néanmoins s'expliquer en ce sens que « *les*

⁵³ C.E., Ass., 16 décembre 2005, (Syndicat national des huissiers de justice), *Lebon*, p. 726 ; *A.J.D.A.*, 2006/7, 20 fév. 2006, p. 357, obs. C. LANDAIS et F. LENICA ; *Petites affiches*, 25 avril 2006, n° 82, p. 10, note A. CLAEYS ; *R.F.D.A.*, 2006/1, p. 41, concl. J.-H. STAHL ; *R.T.D. civ.*, 2006, p. 75, n° 4, obs. P. DEUMIER. Comme le font justement remarquer les différents commentateurs de la décision, le contrôle de l'abrogation (implicite), résultat de la succession de normes dans le temps, doit être juridiquement distingué du contrôle de constitutionnalité de la loi garantissant le respect de la hiérarchie des normes. Dans le premier cas, le juge adm. est compétent pour faire prévaloir la loi postérieure – ordinaire ou constitutionnelle – sur la loi antérieure, alors que dans le second cas, il n'appartient pas à ce juge d'apprécier la conformité d'un texte législatif aux dispositions constitutionnelles en vigueur à la date de sa promulgation. En ce sens, v. égal. Cass. crim., 21 janvier 1985, *Bull. crim.*, n° 31, p. 79 : « *l'appréciation de la constitutionnalité des deux articles [de lois] susvisés échappe à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire* ». Il reste toutefois, comme l'écrit le commissaire du Gouv. J.-M. GALABERT dans ses concl. sous C.E., Sect., 25 juillet 1980, (Église évangélique baptiste de Colmar), *A.J.D.A.*, 1981, p. 207, spéc. p. 208, 3^{ème} col., qu'« *affirmer l'incompatibilité d'un texte avec la Constitution est bien proche de son inconstitutionnalité* ».

⁵⁴ L'étude de la jurispr. adm. française fait ressortir que le critère d'appréciation de l'abrogation implicite est devenu unique et tient au caractère inconciliable des normes entre elles, peu important leur rang dans la hiérarchie des normes. À l'appui de cette affirmation, v. les décisions de justice suivantes qui prononcent l'abrogation implicite du texte antérieur par un texte postérieur sans respecter la hiérarchie des normes : C.E., 9 octobre 1959, (Sieur Taddei), *Lebon*, p. 495 ; C.E., Sect., 1^{er} avril 1960, (Sieur Guanter), *Lebon*, p. 249 ; C.E., Sect., 24 février 1961, (Sieur Zimmet), *Lebon*, p. 144 ; C.E., Sect.,

normes supérieures ne priment pas invariablement celles de niveaux inférieurs »⁵⁵, et plus largement, parce que « nombreuses sont les interférences entre le plan vertical prétendument hiérarchisé et les plans horizontaux que l'application mécanique de ces maximes [...] est censée suffire à ordonner »⁵⁶. Selon nous, ces solutions peuvent s'expliquer également parce que l'abrogation implicite qui résulte de l'adage *Lex posterior derogat priori*⁵⁷ est très souvent mal distinguée de la caducité⁵⁸. Différencier clairement la caducité de l'abrogation implicite permettrait de rendre à la condition d'identité de valeur juridique des textes toute sa cohérence et de montrer son effectivité. En effet, dans la majorité des cas où cette condition n'est pas respectée – c'est-à-dire principalement dans les rapports lois antérieures et Constitution nouvelle⁵⁹ – c'est parce qu'il s'agit non pas d'une abrogation implicite

10 février 1967, (Société des Établissements Petitjean et autres), *Lebon*, p. 63 ; C.E., 10 mai 1972, (Fédération nationale des Syndicats d'ingénieurs et assimilés des mines et industries connexes et autres), *Lebon*, p. 350 ; C.E., 23 juin 1972, (Société Maregida Compania Naviera et sieur Labat), *Lebon*, p. 486 ; C.E., 7 décembre 1973, (Sieurs Le Couteur et Sloan), *Lebon*, p. 704 ; C.E., 11 juin 1975, (Chambre syndicale C.G.T. des cochers-chauffeurs de voitures de place de la région parisienne), *Lebon*, p. 343 ; C.E., 7 octobre 1977, (Lavigne), *Lebon*, p. 707 ; C.E., Ass., 22 janvier 1982, (Butin), *Lebon*, p. 27 et C.E., Ass., 22 janvier 1982, (Ah Won), *Lebon*, p. 33 ; C.E., 4 novembre 1998, (Gernigon), *Lebon*, p. 725 ; C.E., Avis, 2^{ème} et 6^{ème} Sous-sect. réunies, 7 juin 1999, (France Télécom), *Lebon*, p. 164. *Adde* les décisions de justice suivantes qui en raison de l'absence d'incompatibilité ne prononcent pas l'abrogation implicite du texte antérieur par un texte postérieur de niveau hiérarchique différent : C.E., 21 juin 1972, (Sieur Le Roy), *Lebon*, p. 462 ; C.E., 4 octobre 1972, (Sieur Benhalla), *Lebon*, p. 601 ; C.E., Sect., 20 juin 1976, (Fédération mondiale de la jeunesse démocratique), *Lebon*, p. 363 ; C.E., Ass., 26 novembre 1976, (Soldani et autres), *Lebon*, p. 507 ; Cass. crim., 21 janvier 1985, préc. ; C.E., Ass., 22 janvier 1988, (Association « Les cigognes »), *Lebon*, p. 37 ; C.E., 1^{ère} et 4^{ème} Sous-sect. réunies, 3 février 1999, (Nodière), *Lebon*, p. 8 ; et enfin C.E., Juge des réf., 21 novembre 2005, (Boisvert), *Lebon*, p. 726 ; *A.J.D.A.*, 2006/7, 20 fév. 2006, p. 357, obs. C. LANDAIS et F. LENICA ; *R.F.D.A.*, 2006/1, p. 41, concl. J.-H. STAHL.

⁵⁵ PUIG (P.), art. préc., spéc. p. 781, n° 31.

⁵⁶ *Idem*, loc. cit.

⁵⁷ V. *infra* le B) de la seconde partie.

⁵⁸ V. par ex. CORNU (G.), *Voc. juridique*, préc., v° *Caduc* : « *Se dit parfois de lois qui, étant liées à un certain état de fait ou de droit (circonstances exceptionnelles, régime transitoire), sont considérées comme implicitement mais nécessairement abrogées du fait de la disparition de cet état* » ; et l'étude très complète de TREMEAU (J.), « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *A.I.J.C.*, 1990, vol. IV, p. 219, spéc. p. 222 à p. 225 et p. 245 et s., pour qui lorsque survient une nouvelle Constitution, les lois antérieures en vigueur qui sont liées à la Constitution précédente – en tant qu'elles ont été édictées sous son empire – et qui ne sont pas rattachables à la Constitution nouvelle – car incompatibles avec ses dispositions – sont abrogées implicitement, non seulement parce que la Constitution est une norme postérieure supérieure à la loi mais encore parce que la Constitution est une norme chronologiquement postérieure à ces lois. La présence du critère hiérarchique de résolution des conflits n'empêchant pas, selon cet auteur, le jeu de l'adage *Lex...* dans les rapports entre lois et Constitution. Cette abrogation équivaudra, selon lui, à dire que les lois qui étaient liées à un certain état de droit sont considérées comme caduques du fait de la disparition de cet état en raison de la survenance d'une Constitution nouvelle. V. par ex. en jurispr. : C.E., Ass., 10 janvier 1964, (Syndicat national des cadres des bibliothèques), *Lebon*, p. 17, qui relève qu'« il appartient à tout intéressé dans le cas où **les circonstances qui ont pu motiver légalement un règlement ont disparu**, de saisir, à toute époque, l'autorité compétente d'une demande tendant à la modification ou à l'**abrogation** dudit règlement » ; et C.E., 6 mai 1998, (Lebsir), *Dr. adm.*, nov. 1998, p. 17, n° 342, note R. S., qui considère que « le séjour provisoire accordé à un étranger dans le cadre d'une procédure de régularisation doit être regardé comme abrogeant [implicitement] l'arrêté portant reconduite à la frontière » alors qu'il s'agit en vérité d'une caducité de l'arrêté qui était devenu sans objet du fait de la délivrance d'un récépissé provisoire de séjour.

⁵⁹ V. la jurispr. citée ci-dessus.

résultant d'une incompatibilité entre deux textes successifs mais d'une caducité résultant de la disparition d'un certain état de droit rendant sans objet les textes qui lui étaient liés. Ces textes frappés de caducité disparaissent de la sphère juridique sans qu'ils aient à être abrogés expressément ou implicitement.

3. L'incompatibilité des textes

15. Existence de l'incompatibilité. Il est important de souligner d'emblée que ce n'est pas parce que les adages *Lex posterior derogat priori* et *Specialia generalibus derogant* éliminent ou, plus exactement, surmontent, l'incompatibilité apparaissant entre deux textes, en aboutissant finalement au choix d'un texte au détriment d'un autre, que l'incompatibilité n'existe pas. « *Une chose est un problème, autre chose la solution de ce problème. Ce n'est pas parce que tel problème reçoit finalement une solution qu'il n'existe pas. Au contraire, il existe d'autant plus qu'il requiert une solution* »⁶⁰. Incompatibilité ne veut donc pas dire incompatibilité non résoluble !

16. Notion d'incompatibilité. Qu'il s'agisse de l'adage *Lex posterior derogat priori* ou de l'adage *Specialia generalibus derogant*, la condition fondamentale de leur application réside dans l'impossibilité d'appliquer les textes de manière simultanée. Plus précisément, les textes doivent être entre eux inconciliables⁶¹, c'est-à-dire incompatibles⁶² du fait de leur caractère contradictoire⁶³

⁶⁰ FORIERS (P.), « Les antinomies en droit », dans *Les antinomies en droit*, préc., p. 20, spéc. p. 24.

⁶¹ Voir MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil*, Sirey, t. I, *Introduction générale*, 2^{ème} éd., 1972, spéc. p. 182, n° 104, « l'abrogation tacite résulte de ce que les dispositions de la loi nouvelles sont inconciliables avec celles de la loi anciennes et incompatibles avec le maintien de cette dernière ». Cette condition étant reprise presque mot pour mot par GHESTIN (J.), GOUBEUX (G.) et FABRE-MAGNAN (M.), *Traité de droit civil. Introduction générale*, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 1994, spéc. p. 323, n° 356. V. égal. ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.*, v° *Lex...*, p. 387, n° 202, « l'abrogation tacite n'opère que dans la mesure du strict minimum, dans la limite de l'inconciliabilité ». Il est à noter enfin que la jurispr., essentiellement criminelle, semble préférer le terme « inconciliable » au terme « incompatible ». Pour l'emploi du terme « inconciliable », v. not. : Cass. crim., 21 janvier 1944, *Bull. crim.*, n° 27, p. 43 : « Les lois et règlements ne sont abrogés que si l'abrogation est expresse ou si elle résulte implicitement et nécessairement de dispositions nouvelles inconciliables avec les dispositions anciennes » ; Cass. crim., 15 janvier 1948, *Bull. crim.*, n° 13, p. 18 ; Cass. crim., 6 mai 1949, *Bull. crim.*, n° 161, p. 258 ; Cass. crim., 16 octobre 1958, *Bull. crim.*, n° 635, p. 1126 ; Cass. crim., 25 février 1959, *Bull. crim.*, n° 131, p. 263 ; Cass. crim., 12 mai 1960, *Bull. crim.*, n° 265, p. 545 ; Cass. crim., 2 mai 1963, *Bull. crim.*, n° 163, p. 331 ; Cass. crim., 4 mai 1976, *Bull. crim.*, n° 140, p. 343 ; Cass. crim., 13 février 1986, *Bull. crim.*, n° 59, p. 138 ; *J.C.P. éd. G.*, 1986, IV, p. 110 ; Cass. crim., 21 mai 1992 (4 arrêts), *Bull. crim.*, n° 203, p. 557 ; *J.C.P. éd. G.*, 1993, II, 21985, p. 27, note J. Pannier ; Cass. crim., 22 juin 1992, *Bull. crim.*, n° 247, p. 676 ; Cass. crim., 4 mai 1995, *D.*, 1995, I.R., p. 181 ; Cass. crim., 12 juin 1995, *Bull. crim.*, n° 213, p. 584 ; Cass. crim., 20 décembre 1995, *Bull. crim.*, n° 395, p. 1152 et Cass. crim., 16 octobre 1996, *Bull. crim.*, n° 367, p. 1075. V. néanmoins Cass. crim., 23 juin 1993, *Bull. crim.*, n° 221, p. 556, où la Ch. crim. a utilisé le terme « incompatible ».

⁶² Pour la doctr., v. BACH (L.), *Encyclopédie juridique Dalloz*, Civil, v° *Lois et décrets*, 2004, spéc. p. 34, n° 243 ; BAUDRY LACANTINERIE (G.), *Précis de droit civil*, Paris, L. Larose & L. Tenin, t. I, 10^{ème} éd., 1908, spéc. p. 26, n° 43 ; COLIN (A.) et CAPITANT (H.), par JULLIOT DE LA MORANDIERE (L.), *Traité de droit civil*, Dalloz, t. I, *Introduction générale*, 1957, spéc. p. 216, n° 363 ; CORNU (G.), *Droit civil, Introduction*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 13^{ème} éd., 2007, spéc. p. 192, n° 359 ; LARROUMET (Ch.), *Droit civil*, Economica, t. I, *Introduction à l'étude du droit privé*, 5^{ème} éd., 2006, spéc. p. 142, n° 235 ; PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, L.G.D.J., t. I, *Principes généraux*, 8^{ème} éd.,

qui s'oppose à ce qu'ils puissent recevoir en même temps exécution. À propos de ces adjectifs qualificatifs de la nature conflictuelle du rapport existant entre deux textes, le Professeur Antoine Jeammaud constatait, il y a plus de trente ans, en introduction de sa thèse de doctorat sur les oppositions de normes en droit privé interne, qu'« on parle indifféremment de “contrariété” de “contradiction” ou encore d’“incompatibilité”, cette dernière expression étant la plus fréquemment utilisée »⁶⁴. Et cet auteur d'en conclure que « les adjectifs “incompatibles”, “contraires”, “contradictaires”, “inconciliables” semblent tenus pour synonymes lorsqu'ils se rapportent à des règles de droit »⁶⁵. La prudence attachée à cette remarque nous autorise à écrire que les juges, plus ou moins consciemment, ainsi qu'une partie de la doctrine, volontairement, opèrent la distinction suivante : la contradiction désignerait la cause de l'incompatibilité ou de l'« inconciliabilité » qui en seraient les conséquences⁶⁶.

17. Absence évidente d'incompatibilité. À titre d'exemple, l'incompatibilité n'est évidemment pas caractérisée en présence d'une reproduction à l'identique d'un même texte dans plusieurs codes. Tel est le cas de l'article L. 115-1 du Code de la consommation⁶⁷ définissant les appellations d'origine qui est reproduit mot pour mot à l'article L. 721-1 du Code de la propriété intellectuelle et, jusqu'à une ordonnance du 7 décembre 2006, à l'article L. 641-1 du Code rural.

Dans le même ordre d'idées, l'incompatibilité n'est également pas caractérisée en présence d'une répétition d'une même règle de droit dans deux textes strictement identiques sur le fond et quasiment en la forme. Ce malheureux doublon,

1920, spéc. p. 87, n° 228 ; ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Introduction au droit*, Litec, coll. Juris-classeur traités, 2002, spéc. p. 138, n° 388 ; et enfin TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 8^{ème} éd., 2009, spéc. p. 414, n° 486, « La reconnaissance d'une abrogation implicite repose sur l'existence d'une incompatibilité entre une loi ancienne et une loi nouvelle ». Pour la jurispr., v. Cass. crim., 23 juin 1993, note précédente ; et Paris, 28 janvier 1935, *D.H.*, 1935, jur., p. 187, où la C.A. de Paris a, avant d'estimer qu'il n'en était pas ainsi en l'espèce, énoncé que : « l'abrogation d'une disposition législative doit, pour devenir effective, être l'objet d'une spécification expresse ; elle ne peut résulter implicitement de la promulgation d'une loi postérieure qu'autant que les prescriptions de cette nouvelle loi sont, dans leur principe ou dans leur application, incompatibles avec les mesures édictées antérieurement et auxquelles elles sont destinées à se substituer ».

⁶³ V. CABRILLAC (R.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Cours, 8^{ème} éd., 2009, spéc. p. 122, n° 119, « L'abrogation peut être tacite, lorsque les dispositions de la loi nouvelle sont contradictoires avec celles de la loi ancienne ».

⁶⁴ JEAMMAUD (A.), *op. cit.*, spéc. p. 23, n° VII.

⁶⁵ *Idem*, *loc. cit.*

⁶⁶ En doctr., v. BEUDANT (Ch.), *Cours de droit civil français*, Paris, A. Rousseau éditeur, t. I, *Introduction. Explication du titre préliminaire du Code civil*, 1896, spéc. p. 109, n° 104, pour qui l'abrogation « est tacite quand, [...], la loi nouvelle contient une disposition contraire à la loi ancienne ; la loi nouvelle incompatible avec le maintien de la loi précédente, implique, par là même, abrogation de celle-ci ». Dans le même sens et plus clairement, v. JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, Sirey, t. I, *Théorie générale du droit et des droits*, 3^{ème} éd., 1938, spéc. p. 57, n° 76, pour lequel l'abrogation tacite « résulte de la contrariété, de l'incompatibilité entre deux dispositions qui se contredisent » ; et ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.*, v° *Lex...*, p. 387, n° 202, « [...] l'abrogation revêt une forme tacite, laquelle résulte de l'incompatibilité entre deux dispositions qui se contredisent ».

⁶⁷ C. consom., art. L. 115-1 : « Constitue une appellation d'origine la dénomination d'un pays, d'une région ou d'une localité, servant à désigner un produit qui en est originaire et dont la qualité ou les caractères sont dus au milieu géographique, comprenant des facteurs naturels et des facteurs humains ».

qui n'apporte rien et ne retire rien à la règle première, se rencontre parfois dans un même code. À ce titre, nous pouvons citer la règle énoncée à l'article 1101 du Code civil, qui définit ce qui peut être l'objet du contrat, à savoir une obligation de donner ou une obligation de faire ou de ne pas faire, qui est répétée inutilement à l'article 1126 du même Code. Mais cette sorte de pléonasme juridique se rencontre le plus souvent dans des articles de codes différents. Par exemple, l'article L. 1222-1 (L. 120-4 anc.) du Code du travail, issu de la loi n° 2002-73 dite de « modernisation sociale » du 17 janvier 2002, qui dispose que « *le contrat de travail est exécuté de bonne foi* » est un rappel superfétatoire, au vu de l'article L. 1221-1 (L. 121-1 anc.) du même Code qui prévoit que « *le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun* », de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil qui affirme que les conventions « *doivent être exécutées de bonne foi* ». Autre exemple ou série d'exemples, des dispositions redondantes existent entre les dispositions communes à toutes les sociétés prévues par le Code civil et celles qui sont communes à toutes les sociétés commerciales énoncées par le Code de commerce. Il en va ainsi des articles 1835 du Code civil et L. 210-2 du Code de commerce quant au contenu des statuts ; des articles 1837 et L. 210-3 quant au siège social ; des articles 1838 et L. 210-2 quant à la durée de la société ; des articles 1839, al. 1, 2 et 3 et L. 210-7, al. 2, 3 et 4 quant à l'action en régularisation ; des articles 1840, al. 1, 2 et 3 et L. 210-8, al. 1, 2 et 3 ainsi que des articles 1843 et L. 210-6, al. 2, quant aux engagements et responsabilités des fondateurs ; enfin des articles 1842 et L. 210-6, al. 1, à propos de l'immatriculation.

De plus, pour que ces adages puissent jouer un véritable rôle, il ne faut pas s'attacher à la seule incompatibilité formelle des textes mais à leur incompatibilité matérielle. À cet égard, il n'y a pas la moindre contradiction entre l'article 1138 du Code civil qui énonce un principe général permettant de déterminer à quel moment la propriété d'une chose est transférée du débiteur de l'obligation de donner au créancier de cette obligation et l'article 1583 dudit Code à propos du contrat spécial de vente qui réaffirme ce principe dans la mesure où ce dernier ne fait que reprendre le principe pour l'appliquer à un cas particulier.

18. Présence évidente d'incompatibilité. À l'inverse, l'incompatibilité sera facilement caractérisée en présence d'un texte nouveau modifiant la répartition des compétences des organes ou autorités publiques, laquelle avait été fixée différemment par un texte antérieur⁶⁸. Ainsi, dans cette hypothèse, le juge administratif, afin de lever toute équivoque, n'hésite pas à constater l'abrogation implicite du texte antérieur incompatible avec le nouveau, comme en témoigne les décisions de justice suivantes.

Le Conseil d'État a, le 14 octobre 1977⁶⁹, décidé que l'article 19 de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973, prévoyant que les cotisations des assurés du régime d'assurance maladie et maternité des travailleurs non salariés des professions non agricoles sont fixées en pourcentage de leurs revenus professionnels et de leurs allocations ou pensions de retraite ou d'invalidité, dont le taux et les modalités de

⁶⁸ MOREAU (J.), art. préc., spéc. B) de la I^{ère} partie.

⁶⁹ C.E., 14 octobre 1977, (Guilhemier), *Lebon*, p. 387.

calcul sont déterminés par un décret, « a eu pour effet d'abroger [implicitement] l'article 19 de la loi du 12 juillet 1996 modifié par l'article 3 de la loi n° 70-14 du 6 janvier 1970, confiant aux ministres compétents le soin de fixer chaque année, par arrêté, les cotisations des assurés ».

La même juridiction a rendu le 28 octobre 1983⁷⁰ un arrêt encore plus net : « en nommant par arrêté du 27 janvier 1981 les membres de la commission de nomination du directeur de l'École d'archéologie d'Athènes, le ministre des universités a entendu abroger [implicitement] l'arrêté du 21 mars 1975 qui avait fixé la composition de cette commission selon des règles différentes ».

Enfin, le 3 mai 1993⁷¹, le Conseil d'État a considéré que « l'article 125 de la loi du 7 octobre 1946, aux termes duquel « le contreseing du ministre des finances est obligatoire pour tous les arrêtés, décrets ministériels relatifs aux traitements et indemnités des fonctionnaires et agents de l'État », a implicitement abrogé, en tant qu'elles portaient sur les traitements des fonctionnaires et agents rémunérés sur le budget de l'État, les dispositions de l'article 55 de la loi du 22 février 1901 selon lesquelles toute mesure ayant pour effet d'augmenter le nombre et le traitement des fonctionnaires et agents rémunérés sur le budget de l'État devait faire l'objet d'un décret contresigné par le ministre des finances ».

19. Difficultés d'appréciation de l'incompatibilité. Il est parfois difficile d'apprécier en premier lieu le caractère inconciliable des textes dans la mesure où les difficultés d'articulation des textes sont variables. À ce propos, il n'y a pas d'incompatibilité en cas de défaut de concordance, de simple divergence⁷², de manque d'ajustement⁷³...

⁷⁰ C.E., 28 octobre 1983, (Salviat), *Lebon*, p. 434.

⁷¹ C.E., 3 mai 1993, (Syndicat C.F.D.T. des établissements et arsenaux du Val-de-Marne), *Lebon*, p. 594.

⁷² V. not. Cass. crim., 31 janvier 1873, *Bull. crim.*, n° 31, p. 57, où la Ch. crim. de la C. de cass. considère que : « pour qu'une loi ou un règlement soit considéré comme tacitement abrogé par une disposition postérieure, il faut qu'il y ait impossibilité absolue de les concilier dans leur application ; spécialement, l'article 58 du règlement d'octroi du 13 novembre 1869 n'est pas abrogé par l'article 7 du décret du 12 février 1870 [qui a permis de faire dans le même magasin le commerce en gros et le commerce de détail] ; que, si une gêne plus ou moins grande résulte, pour les marchands en détail, de l'obligation de la déclaration préalable, on n'y trouve pas cette impossibilité complète d'exécution, d'où l'on peut induire l'abrogation tacite ».

⁷³ V. not. Cass. crim., 28 mai 1964, *Bull. crim.*, n° 183, p. 893 et Cass. crim., 31 janvier 1967, *Bull. crim.*, n° 43, p. 104, où la C. de cass., dans ces deux arrêts, considère que : « les dispositions de l'article 31 de l'ordonnance du 23 décembre 1958 [texte général postérieur], qui abroge toutes les dispositions dérogatoires au droit commun donnant compétence aux tribunaux correctionnels pour le jugement des contraventions de police, ne sont pas inconciliables avec celles de l'article 1867 du Code général des impôts [texte spécial antérieur] aux termes duquel les contraventions en matière de contributions indirectes sont poursuivies devant les tribunaux correctionnels ; qu'en effet l'action dirigée contre les auteurs desdites infractions demeure, quel que soit le montant des pénalités encourues, une action correctionnelle aux termes de l'article 624 du Code général des impôts, qui n'est pas un texte de compétence, et que l'article 31 de l'ordonnance du 23 décembre 1958 n'a pu modifier ; qu'il en résulte en premier lieu que l'action en matière de contributions indirectes se prescrit toujours par trois années révolues, mais aussi, en second lieu, que cette action ne pourrait être portée devant un juge autre que le juge correctionnel que par une disposition expresse de la loi, dérogeant au droit commun des contributions indirectes, d'où il suit qu'il n'a pu y avoir abrogation tacite et partielle de l'article 1867 du Code général des impôts et que cet article reste en dehors du champ d'application de l'ordonnance du 23 décembre 1958 ».

À cet égard, en revanche, la section du Code civil relative aux conditions requises pour l'adoption plénière avait suscité un certain nombre de discussions portant sur l'articulation de deux textes. L'article 343 de ce Code permettait en effet l'adoption plénière par deux époux mariés depuis plus de cinq ans, alors que l'article 343-1 du même Code autorisait également l'adoption plénière par un célibataire âgé de plus de trente ans. Qu'en était-il alors de l'adoption par deux époux mariés depuis moins de cinq ans mais âgés tous les deux de plus de trente ans ? La première Chambre civile de la Cour de cassation, qui avait eu à connaître de cette question, avait admis, le 5 mai 1982⁷⁴, la licéité de cette adoption par un rapprochement de ces deux articles. Elle avait donc estimé, à juste titre, que ces deux textes n'étaient pas inconciliables puisqu'en vérité c'était la situation de fait qui était difficile à concilier avec les termes de chacun des textes. Par conséquent, elle n'a pas eu à faire application des adages précités. Il est à noter que cet exemple n'a plus qu'un intérêt historique depuis l'adoption de la loi du 5 juillet 1996 dans la mesure où cette dernière a modifié l'article 343 du Code civil afin de rendre possible l'adoption plénière par deux époux, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans.

S'agissant toujours des difficultés d'articulation des textes, on peut se demander si l'article 145 du Code de procédure civile relatif à l'expertise *in futurum* et l'article L. 225-231 du Code de commerce (anc. art. 226 de la loi du 24 juillet 1966) relatif à l'expertise de gestion sont inconciliables et par conséquent s'ils peuvent donner lieu à l'application de l'adage *Lex posterior derogat priori* ou de l'adage *Specialia generalibus derogant*. En vérité, il semblerait que les adages précités n'aient pas à s'appliquer à cette hypothèse⁷⁵ car d'une part les deux textes ne sont pas vraiment inconciliables mais au contraire se complètent. L'article L. 225-231 étant soumis à des conditions d'application plus strictes que celles de l'article 145⁷⁶, il est possible selon la jurisprudence de recourir au second lorsque les

⁷⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 1982, *Bull. civ.*, I, n° 160, p. 143, où la C. de cass. a cassé l'arrêt rendu par la C.A. de Versailles qui, pour rejeter la requête conjointe aux fins d'adoption plénière d'une mineure présentée par deux époux, tous deux âgés de plus de trente ans, avait retenu que les requérants ne remplissaient pas la condition de durée du mariage exigée par l'art. 343 du C. civ., alors qu'« il résulte du rapprochement des articles 343 et 343-1 du Code civil que l'adoption peut être demandée par deux époux, même mariés depuis moins de cinq ans, s'ils sont, l'un et l'autre, âgés de plus de trente ans ».

⁷⁵ *Contra* MOURY (J.), « Expertise de gestion : la concurrence indélégatée de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile », dans *Prospective du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 297, spéc. p. 308, n° 16, pour qui : « à l'article 145 correspond une loi générale, au sens où, pour reprendre les mots de Pothier, elle régit le cours ordinaire des choses, cependant que l'article 226 de la loi de 1966 constitue une loi spéciale, laquelle doit l'emporter sur la première au regard de la hiérarchie classique des normes selon leur contenu. La postériorité de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, issu d'un texte de 1973, n'y peut rien changer : par une loi générale, il n'est pas dérogé aux lois spéciales ».

⁷⁶ Si l'expertise préventive de l'art. 145 du C. de proc. civ. peut être sollicitée par toute personne – dans n'importe quelle société – justifiant du « motif légitime » consistant à vouloir conserver ou établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige ; l'expertise de l'art. L. 225-231 du C. de com. est une action attirée c'est-à-dire qu'elle ne peut être demandée que par certaines personnes et pour les associés sous certaines conditions, dans le cadre d'une société déterminée – société anonyme – et seulement sur certains faits – une ou plusieurs opérations de gestion précisément délimitées.

conditions du premier ne sont pas remplies⁷⁷. D'autre part, ces articles n'expriment pas un principe et une exception car théoriquement le fait de recourir à l'article L. 225-231 n'empêche pas de recourir ensuite à l'article 145⁷⁸ dans la mesure où non seulement ces articles se distinguent par leur nature, mais aussi diffèrent par leur objectif, et se différencient encore par leur finalité. Si l'article 145 relève du droit judiciaire en tant que technique procédurale, l'article L. 225-231 se rapporte à un droit substantiel. Si l'article 145 poursuit un objectif probatoire à savoir obtenir une preuve avant et en vue d'un procès à venir, l'article L. 225-231 cherche à réaliser un objectif informatif à savoir répondre à un besoin d'information sur des opérations de gestion qui ne sont pas nécessairement entachées d'irrégularités. Si l'article 145 sert exclusivement l'intérêt du demandeur, l'article L. 225-231 se consacre plus largement à l'intérêt social. En définitive, à partir de l'importance de certaines différences énumérées ci-dessus, il nous semble possible de considérer qu'il ne s'agit pas de deux textes incompatibles – car difficilement comparables – mais de deux textes qui se complètent, d'un genre dissemblable⁷⁹.

Par ailleurs, en matière de responsabilité civile, les rapports entre l'article 1386 et l'article 1384, alinéa 1, du Code civil⁸⁰ oscillent depuis longtemps entre coexistence et incompatibilité⁸¹. Il suffit de citer une décision du 30 novembre 1988⁸², où la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a cassé l'arrêt rendu par les juges du fond qui, à propos d'une personne qui s'était blessée en tombant dans un escalier parce que la poignée de la porte d'entrée qu'elle avait voulu refermer s'était brisée, avaient situé le dommage dans la ruine du bâtiment mais avaient retenu la responsabilité des occupants du logement sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil en raison de leur pouvoir de garde sur la

⁷⁷ V. not. Cass. com., 7 décembre 1981, *Bull. civ.*, IV, n° 425, p. 338, où la C. de cass. a approuvé la décision d'une C.A. qui a déclaré recevable l'action intentée par des associés fondée sur les dispositions de l'art. 145 du nouv. C. de proc. civ. et non sur celles de l'art. 226 de la L. du 24 juillet 1966, au motif qu'« il ne peut être reproché à un arrêt d'avoir accueilli une demande d'expertise formée par deux associés d'une société anonyme bien que ceux-ci ne représentassent pas le dixième du capital social [aujourd'hui le cinquième] dès lors que la Cour d'appel a retenu que si la mesure d'instruction sollicitée consistait à recueillir des éléments d'information relatifs à une opération de gestion de la société, son objet était d'établir, avant tout procès, la preuve des faits dont pouvait dépendre la solution d'un litige se rapportant à une convention conclue entre la société et son président-directeur général [ou depuis 1966 son président du conseil d'administration], désapprouvée à deux reprises par l'assemblée générale des actionnaires ». Pour la doct., v. not. MERLE (Ph.) avec la collab. de FAUCHON (A.), *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, coll. Précis, 13^{ème} éd., 2009, spéc. p. 619, n° 523 : « Cet article 145 est volontiers utilisé lorsque les conditions de l'article L. 225-231 ne sont pas réunies ».

⁷⁸ En ce sens, v. M. JEANTIN, note sous Cass. com., 19 novembre 1991, *J.C.P. éd. E.*, 1992, II, 259, p. 40, selon lequel : « Là où cesse l'application des dispositions [de l'art. 226], le relais doit être pris par le droit commun de l'expertise, et notamment de l'expertise in futurum de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, qui devrait, sauf si les juges en restreignent excessivement l'usage, permettre aux côtés de l'article 226, mais sans concurrence réelle avec lui, aux associés minoritaires d'obtenir l'information impartiale à laquelle ils ont droit ».

⁷⁹ V. *infra* sur la condition relative à l'exigence d'un rapport d'espèce à genre.

⁸⁰ V. GROUDEL (H.), « Les rapports de l'article 1386 et l'article 1384, alinéa 1, du Code civil », *R.C.A.*, fév. 1989, chron., p. 1.

⁸¹ V. BECQUE (É.), « Coexistence ou incompatibilité des présomptions légales en matière de responsabilité civile », *R.T.D. civ.*, 1952, p. 309, spéc. p. 319 et s.

⁸² Cass. civ. 2^{ème}, 30 novembre 1988, *Bull. civ.*, II, n° 239, p. 129 ; *J.C.P. éd. G.*, 1989, II, 21319, obs. C. GIRADEL ; *R.T.D. civ.*, 1989, p. 331, n° 6, obs. P. JOURDAIN.

chose, à savoir la porte. La Cour de cassation a justifié sa décision en énonçant, dans un chapeau interne en forme de principe, la phrase suivante : « Vu l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil, ensemble l'article 1386 du même Code ; attendu que ce dernier texte visant spécialement la ruine du bâtiment exclut la disposition générale de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil, relative à la responsabilité de toute chose, mobilière ou immobilière, que l'on a sous sa garde ». Dans cette espèce, les magistrats de la Cour de cassation ont donc considéré que la disposition spéciale de l'article 1386 du Code civil excluait celle, plus générale, de l'article 1384, alinéa 1^{er}, dudit Code, en application de l'adage *Specialia generalibus derogant*, parce qu'elles étaient inconciliables. Cependant le raisonnement aboutissant à cette solution est, nous semble-t-il, contestable parce qu'il n'y avait pas véritablement incompatibilité entre ces deux textes dans la mesure où l'article 1386 prévoit une action en responsabilité civile uniquement contre le propriétaire du bâtiment en ruine et non contre les occupants d'un logement en ruine. En somme, l'article 1386 du Code civil doit exclure, eu égard à l'adage précité et ce en raison d'une incompatibilité, l'application de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du même Code, seulement lorsque l'action en responsabilité civile est engagée contre le propriétaire du bâtiment en ruine⁸³. En revanche, l'article 1386 ne doit pas exclure l'application de l'article 1384, al. 1, lorsque l'action en responsabilité civile est engagée contre une personne autre que le propriétaire par exemple un locataire, un usufruitier, un titulaire de droit d'usage ou plus largement un occupant, en leur qualité de gardien de la chose à l'origine du dommage⁸⁴, parce qu'il n'y a pas d'incompatibilité au sens de l'adage *Specialia generalibus derogant*.

⁸³ Jurispr. constante : Cass. civ., 4 août 1942, *D.C.*, 1943, jur., p. 1, note G. RIPERT ; *G.A.J.C.*, t. II, 11^{ème} éd., 2000, n° 191, p. 248, obs. H. CAPITANT par F. TERRE et Y. LEQUETTE ; *S.*, 1943, I, p. 89, note R. HOUIN : « L'article 1386 du Code civil, visant spécialement la ruine d'un bâtiment pour imposer sans distinction au **propriétaire** la responsabilité de ce fait et la subordonner à la preuve d'un défaut d'entretien ou d'un vice de construction, exclut l'application de la disposition générale de l'article 1384, alinéa 1^{er}, relative à la responsabilité de toute chose mobilière ou immobilière que l'on a sous sa garde » ; Cass. civ. 2^{ème}, 12 juillet 1966, *Bull. civ.*, II, n° 779, p. 546 ; Cass. civ. 2^{ème}, 4 mai 1972, *Bull. civ.*, II, n° 128, p. 105 ; Cass. civ. 2^{ème}, 17 décembre 1997, *Bull. civ.*, II, n° 323, p. 190 ; et en dernier lieu Cass. civ. 2^{ème}, 23 janvier 2003, *R.C.A.*, avril 2003, comm., n° 93, p. 14.

⁸⁴ En ce sens, v. : Cass. civ. 2^{ème}, 23 mars 2000, *Bull. civ.*, II, n° 54, p. 37 ; *D.*, 2001, jur., p. 586, note N. GARÇON ; *G.A.J.C.*, t. II, 11^{ème} éd., 2000, n° 192, p. 248, obs. H. CAPITANT par F. TERRE et Y. LEQUETTE ; *J.C.P. éd. G.*, 2000, II, 10379, p. 1661, note Y. DAGORNE-LABBE ; *R.C.A.*, juin 2000, chron. n° 16, p. 8, par H. GROUDEL ; *R.T.D. civ.*, 2000, p. 581, n° 4, obs. P. JOURDAIN : « L'article 1386 du Code civil n'exclut pas que les dispositions de l'article 1384, alinéa 1^{er}, de ce Code soient invoquées à l'encontre du gardien non propriétaire ». V. en doct. : MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Les obligations*, Defrénois, 4^{ème} éd., 2009, spéc. p. 90, n° 183 : « en cas de dissociation entre la garde du bâtiment et sa propriété, la victime peut agir contre le gardien au moyen de l'article 1384, al. 1. Elle ne reste prisonnière de l'article 1386 que dans son action contre le propriétaire » ; et SERIAUX (A.), *Manuel de droit des obligations*, P.U.F., coll. Droit fondamental, 1^{ère} éd., 2006, spéc. p. 157, n° 146 *in fine*. Adde V. DEPADT-SEBAG qui s'oppose au courant majoritaire qui est, eu égard à la nouvelle solution ôtant une partie de la portée de l'art. 1386 du C. civ., favorable à son abrogation (En faveur de l'abrogation, v. not. le *Rapp. annuel de la C. de cass. 2000*, Paris, La Documentation française, spéc. pp. 13-14 : « Troisième suggestion : Abrogation de l'article 1386 du Code civil » ; et le *Rapp. annuel de la C. de cass. 2005*, même éditeur, spéc. pp. 12-13 : « Première suggestion : Abrogation du 2^{ème} alinéa de l'article 1384 du Code civil et de l'article 1386 du Code civil »). Cet auteur préconise au contraire son maintien, tout en recommandant que ses conditions de mise en œuvre soient remaniées (*La justification du maintien de l'article 1386 du Code civil*, th. droit privé, Paris II, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit

Autre exemple, dans un arrêt daté du 8 novembre 1918⁸⁵ la Chambre criminelle de la Cour de cassation, suivant le rapport du conseiller Bourgeon, a, pour juger valable la promulgation et la publication de la loi de finances du 30 décembre 1916 effectuées par le chef du pouvoir exécutif au moyen des dispositions exceptionnelles prévues par des ordonnances de 1816 et 1817, estimé, après avoir posé en principe que « *l'abrogation d'une loi ne peut résulter que d'un texte nouveau la prononçant en termes formels, ou au moins de dispositions légales nouvelles inconciliables avec la législation antérieure* », que l'article 2 § 2 du décret du 5 novembre 1870 autorisant le gouvernement à ordonner l'exécution immédiate d'un décret « *ne saurait être considéré comme ayant abrogé* », même implicitement, l'article 4 de l'ordonnance du 27 novembre 1816 et l'article 1^{er} de l'ordonnance additionnelle du 18 janvier 1817 prévoyant des moyens exceptionnels pour assurer et hâter la promulgation, la publication et la mise en vigueur effective des lois dans la mesure où les dispositions du décret de 1870 « *ne présentent aucune contrariété* » avec celles des ordonnances de 1816-1817. En effet, selon le rapporteur, « *l'incompatibilité des deux textes n'existe pas, et il est facile de le constater ; le mode "d'exécution immédiate", que prévoit le § 2 de l'article 2 du décret du 5 novembre 1870, n'a rien de commun avec le mode exceptionnel de publication régi par les ordonnances de 1816 et 1817* »⁸⁶.

Signalons enfin un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 11 juillet 1960⁸⁷ qui, pour déclarer « *parfaitement conciliables* » la loi d'habilitation du 13 décembre 1957 autorisant le gouvernement à assortir de sanctions pénales les mesures qu'il édicterait par décrets avant le 30 juin 1958 en vue du maintien et du rétablissement de la libre concurrence et la loi du 3 juin 1958 accordant pleins pouvoirs au gouvernement mais refusant à celui-ci la possibilité d'assortir de sanctions pénales les nouvelles mesures qui seraient édictées par décrets pour tendre au redressement de la nation, retient que : « *la possibilité d'édicter des sanctions pénales subsistait en application de la loi du 13 décembre 1957 jusqu'au 30 juin 1958, dans la mesure où les dispositions qui seraient édictées ne concerneraient que le rétablissement de l'équilibre économique et la baisse des prix ; [alors que] les sanctions pénales étaient au contraire impossibles, même avant le 30 juin 1958, pour les mesures qui, quoique tendant au redressement de la nation, ne rentreraient pas dans le cadre limité de l'abaissement des prix par le maintien de la libre concurrence selon les prévisions de la loi du 13 décembre 1957* ».

privé, t. 344, 2000, préf. de J. HUET ; et « Faut-il abroger l'article 1386 du Code civil ? », *D.*, 2006, tribune, p. 2113).

⁸⁵ Cass. crim., 8 novembre 1918, *S.*, 1920, 1, p. 377, note J. DELPECH, rapp. BOURGEON.

⁸⁶ BOURGEON, rapp. sous Cass. crim., 8 novembre 1918, préc., spéc. p. 381, 2^{ème} col.

⁸⁷ Bordeaux, 11 juillet 1960, *D.*, 1960, jur., p. 584. Il est permis de se demander si dans cet arrêt les juges au lieu de dire qu'il n'y avait pas d'incompatibilité entre les deux textes concernés n'auraient pas dû dire qu'une incompatibilité temporaire – en l'esp. jusqu'au 30 juin 1958 – existait entre ces textes mais que cette incompatibilité pouvait être résolue en application de l'adage *Legi speciali per generalem non derogatur* (il n'est pas dérogé à une loi spéciale par une loi générale). Les juges ne caractérisent-ils pas un rapport d'espèce à genre entre ces textes lorsqu'ils relèvent que « *la loi du 3 juin 1958, tend en termes très généraux au redressement de la nation, ayant ainsi une portée beaucoup plus vaste que celle du 13 décembre 1957* » ?

20. Évolution de l'incompatibilité. La difficulté de déterminer le caractère inconciliable des textes vient en outre de ce que l'incompatibilité n'est pas figée. Il arrive en effet que l'incompatibilité entre les textes existe à leur naissance mais disparaisse à la suite de leur interprétation par les juges, comme en témoigne les articles 900 et 1172 du Code civil.

Selon l'article 900, « *dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites* ». Aux termes de l'article 1172, « *toute condition d'une chose impossible ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend* ». Il n'y a aucune contrariété entre la règle posée par l'article 900 et la première partie de la règle établie par l'article 1172 selon laquelle : « *toute condition d'une chose impossible ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle* » dans la mesure où la règle est la même. En revanche, n'y a-t-il pas incompatibilité entre la règle établie par l'article 900 et la seconde partie de la règle posée par l'article 1172 selon laquelle « *toute condition d'une chose impossible ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi [...] rend nulle la convention qui en dépend* » ? La difficulté vient de l'article 900 qui est plus sévère que l'article 1172 parce qu'il maintient la libéralité en faisant abstraction de la condition impossible, immorale ou illicite à laquelle la donation ou le legs étaient subordonnés méconnaissant ainsi partiellement la volonté du disposant au détriment des héritiers et au bénéfice du gratifié. Cette sévérité s'expliquant par des raisons historiques et politiques : éliminer les clauses issues des traditions de l'Ancien Régime afin d'empêcher le rétablissement de la féodalité⁸⁸. En définitive, les textes posent-ils des solutions différentes à un même problème – dans ce cas il y a une incompatibilité – ou posent-ils des solutions différentes à un problème voisin mais distinct – dans ce cas il n'y a pas d'incompatibilité – ? En faveur du premier élément de l'alternative, on peut dire que l'article 1172 est un texte général relevant du droit commun des conventions et que l'article 900 est un texte spécial relatif à une espèce de conventions : les donations. En faveur du second élément de l'alternative, on peut évoquer le fait que l'article 900 concerne les actes à titre gratuit tandis que l'article 1172 porte sur les actes à titre onéreux⁸⁹. À dire vrai, les deux textes sont incompatibles. Ils sont, comme l'indique un auteur déjà cité, « *en relation d'opposition* » car « *la vérité de l'article 1172 in fine du Code civil implique la fausseté de l'article 900 du même Code* »⁹⁰.

Mais cette incompatibilité n'a été que temporaire. La jurisprudence l'a fait disparaître en effaçant la différence entre les textes⁹¹, en rapprochant les deux règles

⁸⁸ V. MALAURIE (Ph.), *Les successions. Les libéralités*, Defrénois, 3^{ème} éd., 2009, spéc. p. 189, n° 365.

⁸⁹ En ce sens, v. SIMLER (Ph.), *La nullité partielle des actes juridiques*, th. droit privé, Strasbourg, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 101, 1969, préf. d'A. WEILL, spéc. p. 77, n° 63, pour qui : « *A l'article 900, relatif aux actes à titre gratuit, correspond l'article 1172 pour les actes à titre onéreux* ».

⁹⁰ JEAMMAUD (A.), *op. cit.*, spéc. p. 337, n° 165.

⁹¹ Alors que pour résoudre les contradictions, la solution passe par l'intervention des adages étudiés ; pour résoudre les antinomies, la solution passe par la suppression du rapport d'opposition par l'action sur l'une des deux normes en cause. N'était-ce pas le cas pour les articles 900 et 1172 du C. civ. ? On a appliqué à ces articles une solution que l'on donne habituellement aux antinomies alors que les adages pouvaient s'appliquer.

contradictoires jusqu'à coïncider dans leur réalisation pratique, en tirant des deux textes une solution commune, en interprétant littéralement les deux textes⁹² et principalement le sens à donner au verbe « *dépendre* » consacré par les rédacteurs du Code civil des Français. Pour les juges de la Cour de cassation, dire qu'une convention dépend de telle condition, c'est dire que cette condition a constitué la cause impulsive et déterminante de cette convention⁹³. Plus précisément, les juges ont décidé d'abord que l'article 900 devait s'entendre comme ne s'appliquant qu'aux conditions qui n'étaient pas « *la cause impulsive et déterminante* » de la libéralité, car dans ce cas l'acte n'est pas nul pour défaut de cause au regard de l'article 1131 du Code civil⁹⁴. Les juges ont affirmé ensuite que la seconde partie de l'article 1172 devait s'entendre comme ne s'appliquant qu'aux conditions qui étaient la cause même de l'opération, c'est-à-dire qui étaient dans l'esprit des parties la « *condition essentielle* »⁹⁵ de leur accord de volontés.

21. Difficultés d'appréciation de l'étendue de l'incompatibilité. Il est quelquefois difficile d'apprécier en second lieu l'étendue de l'incompatibilité des textes dans la mesure où elle peut ne pas être totale mais partielle⁹⁶, c'est-à-dire que

⁹² Pour une opinion favorable sur cette interprétation, v. BATIFFOL (H.), « Questions de l'interprétation juridique », *Arch. phil. dr.*, 1972, t. XVII, *L'interprétation dans le Droit*, p. 9, spéc. pp. 22-23.

⁹³ Pour une approbation du résultat mais une critique du raisonnement, v. SIMLER (Ph.), *op. cit.*, spéc. p. 347 et s., n° 284 et s. : « *On a tellement dit que, dans son interprétation des articles 900 et 1172, la jurisprudence a abouti à un système unique, que celle-ci a fini par y croire elle-même et a estimé que les notions de cause impulsive et déterminante et de condition impulsive et déterminante étaient interchangeables. Il n'en est rien. [...] s'il pouvait se faire que la condition soit la cause du contrat [...] celui-ci ne serait plus nul en vertu de l'article 1172, mais directement en vertu des articles 1131 et 1133. [...] La conclusion à laquelle nous arrivons, c'est que l'application de la notion de cause est exclusive de celle de l'article 1172. Dès qu'une clause ou condition est la cause impulsive et déterminante de l'acte, ce sont directement les textes sur la cause qui doivent s'appliquer. S'il ne s'agit, au contraire que de conditions sine qua non, c'est l'article 1172 qui doit être invoqué* ». Adde du même auteur, « La sanction de l'absence de cause », dans *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra. Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Dalloz, 2006, p. 409, spéc. p. 419 et p. 420.

⁹⁴ V. l'arrêt de principe Cass. req., 3 juin 1863, *D.P.*, 1863, I, p. 429 ; S., 1864, I, p. 269 ; *G.A.J.C.*, t. I, 12^{ème} éd., 2007, n° 121, p. 697, obs. H. CAPITANT par F. TERRE et Y. LEQUETTE : « *il est en effet constant que la nullité d'une condition contraire à la loi entraîne la nullité de la donation à laquelle elle est jointe, s'il est reconnu, comme dans le litige actuel, que la condition a été la cause impulsive et déterminante de la libéralité* ».

⁹⁵ V. l'arrêt de principe Cass. civ., 21 novembre 1932, *D.H.*, 1933, p. 19 : « *La clause de paiement-or d'une rente viagère pour prix de vente d'un immeuble, qui n'est qu'une clause de style dont il n'a jamais été tenu compte dans le paiement des arrérages et qui, dès lors, ne peut être considérée comme une condition essentielle du contrat, serait-elle entachée de nullité, ne saurait entraîner celle de la vente* » ; confirmé en des termes clairs par Cass. civ. 3^{ème}, 24 juin 1971, *Bull. civ.*, III, n° 405, p. 288 : « *Donne base légale à sa décision annulant un contrat de vente l'arrêt qui relève que la clause valeur-or qui y a été insérée pour la détermination du prix, et qui est nulle, présentait bien dans la commune intention des parties un caractère impulsif et déterminant de la convention* ».

⁹⁶ V. AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.), *Cours de Droit civil français*, Paris, Marchal et Billard, t. I, § 1 à § 161, 4^{ème} éd., 1869, spéc. § 29, p. 57, qui considéraient que « *lorsque cette contrariété porte sur le principe même qui servait de base à la loi ancienne, l'abrogation s'étend à toutes ses dispositions indistinctement. Au cas contraire, on ne doit considérer comme abrogées que les dispositions de la loi ancienne qui sont absolument incompatibles avec celles de la loi nouvelle : Posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint. Toutefois, il est bien entendu que l'abrogation tacite d'une disposition de la loi ancienne emporte celle de toutes les autres dispositions qui n'en étaient que des corollaires ou des*

l'incompatibilité peut porter seulement sur une disposition (un article, un alinéa...), sur une règle de droit, voire même plus rarement sur une interprétation⁹⁷.

À cet égard, la Cour de cassation a considéré, dans un arrêt en date du 23 mai 1940⁹⁸, que : « *doit être cassé le jugement qui, estimant que l'article 2, alinéa 4, de la loi du 10 mars 1930, prévoyant en matière de dégâts causés aux cultures par les lapins de garenne que l'expertise est la seule mesure d'instruction ouverte au juge de paix, n'a pas abrogé l'article 3 de la loi du 19 avril 1901, relative aux dommages causés aux récoltes par le gibier, laquelle permet au magistrat cantonal d'ordonner toutes mesures d'information ordinaires, prescrit une enquête sur les dégâts causés à des cultures par les lapins de garenne ; [alors que] toute loi nouvelle, dont l'exécution est inconciliable avec une loi ancienne, abroge tacitement celle-ci, tel est le cas pour l'article 3 de la loi du 19 avril 1901, certainement incompatible avec l'article 2 de la loi du 10 mars 1930* ».

Dans le même sens, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré le 6 mai 1949⁹⁹ que : « *si l'article 11 de la loi du 1^{er} août 1905 complété par la loi du 5 août 1908 prévoyait qu'il devait être statué par des règlements d'Administration publique, c'est-à-dire après avis du Conseil d'État, sur les mesures qui concerne les appellations d'origine, ledit article 11 a été abrogé [tacitement] par l'article 24 de la loi du 6 mai 1919 prévoyant que les mesures à prendre en ce qui touche les appellations régionales sont valablement prises par décret simple* ».

Enfin, la première Chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 11 juillet 1972¹⁰⁰ a, après avoir relevé que « *les dispositions des articles 46 et 47 de la loi du 27 décembre 1963, desquels il résulte que les décisions rendues par le directeur départemental de qui relève le comptable chargé de la perception, sur les réclamations relatives aux produits domaniaux et aux sommes recouvrées par le service des domaines, peuvent être attaquées devant le tribunal compétent pour statuer sur le fond du droit, sont en contradiction avec celles de l'article 80 du Code des domaines, qui dispose que l'opposition au titre de perception contient assignation à jour fixe devant le tribunal de grande instance* », jugé que « *les*

développements ». Adde JEAMMAUD (A.), *op. cit.*, spéc. pp. 671-672, n° 377, qui va plus loin et qui fait une distinction entre l'« *opposition totale-parfaite* » et l'« *opposition totale-imparfaite* ».

⁹⁷ V., par ex., la L. du 26 mai 2004 [texte général postérieur] relative au divorce, abrogeant expressément l'art. 1099, al. 2, du C. civ. qui frappait de nullité les donations déguisées entre époux, qui pourrait abroger tacitement l'art. 1832-1 du même Code [texte spécial antérieur] – curieusement oublié par le législateur – qui prévoit que : « *les avantages et libéralités résultant d'un contrat de société entre époux ne peuvent être annulés parce qu'ils constitueraient des donations entre époux, lorsque les conditions en ont été réglées par un acte authentique* » à condition que ce dernier soit incompatible avec la validité nouvelle des donations déguisées entre époux. La précision est d'importance, étant donné que c'est l'interprétation *a contrario* de l'art. 1832-1 qui semblerait être en contradiction avec la loi nouvelle. Pour un auteur soulignant cette curiosité juridique, v. SAUVAGE (F.), « Des conséquences du divorce sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux (À propos de la loi du 26 mars 2004 portant réforme du divorce) », *Defrénois*, 2004, art. 38038, p. 1425, spéc. p. 1433, n° 17, qui demeure néanmoins très prudent sur cette question de l'abrogation tacite en raison d'une incompatibilité : « *Ce texte pourrait être considéré comme étant abrogé tacitement, s'il était estimé qu'il est incompatible avec la validité nouvelle des donations déguisées entre époux. En tout état de cause, il perd sa justification...* ».

⁹⁸ Cass. civ., 23 mai 1940, S., 1940, I, p. 56.

⁹⁹ Cass. crim., 6 mai 1949, *Bull. crim.*, n° 161, p. 258.

¹⁰⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 11 juillet 1972, *Bull. civ.*, I, n° 180, p. 157.

articles 46 et 47 de la loi précitée étant postérieurs à ce dernier texte, doivent seuls recevoir application ».

B. Les conditions propres à chacun des adages

1. Les conditions propres à l'adage Lex posterior derogat priori

22. Énumération. L'application de cet adage suppose évidemment des textes édictés à des dates différentes (a) et aussi une identité d'objet des textes (b).

a. Des textes édictés à des dates différentes

23. Explications. Cette condition implique que l'un des textes soit plus récent que l'autre ou à l'inverse plus ancien. Pour déterminer le caractère plus récent ou plus ancien d'un texte, il suffira alors de référer à la date d'édition de chaque texte.

En d'autres termes, l'adage *Lex posterior derogat priori* n'est d'aucun secours pour résoudre un conflit entre deux textes adoptés concomitamment ou encore un conflit entre deux dispositions d'un même texte adoptées en même temps. Dans les deux cas, les juges ne peuvent pas, comme ils le font pour l'incompatibilité entre deux textes successifs – ou entre deux dispositions contenues dans deux textes successifs –, considérer que le second texte a abrogé implicitement le premier, mais sont tentés d'admettre que le ou les auteur(s) des textes ou l'auteur du texte avai(en)t en vue, sans l'avoir exprimé, deux situations différentes, et vont répartir le domaine concerné entre les deux textes ou les deux dispositions du même texte, au besoin par voie de principe et d'exception ou bien par voie de genre et d'espèce.

Cette condition qui réduit la portée de cet adage ne doit pas être exagérée dans la mesure où il est rare que des textes du même jour soient en contradiction¹⁰¹ ; et cela est encore plus rare pour des dispositions d'un même texte¹⁰², étant précisé que la cohérence entre les textes est évidemment plus facile à observer lorsque leur éloignement dans le temps est nul ou de durée réduite. Pourtant, la loi relativement récente du 23 juin 2006 (L. n° 2006-728) portant réforme des successions et des

¹⁰¹ Comp. avec OPPETIT (B.), « La fusion d'une société d'investissement avec une société anonyme », *J.C.P. éd. G.*, 1971, I, 2383, spéc. n° 10, qui, à propos de la L. n° 70-1284 du 31 déc. 1970 portant modification de la L. n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales et instaurant une limite d'âge pour les dirigeants de société, qui, dans son art. 8-IV, abroge le dernier al. de l'art. 35 de la L. de finances rectificative pour 1970 (n° 70-1283), également du 31 déc. 1970, relatif précisément au caractère interprétatif du texte, souligne « le caractère insolite d'une loi abrogée le jour même de sa promulgation et de sa publication par une autre loi promulguée et publiée le même jour dans le même Journal Officiel ».

¹⁰² V. cependant l'art. 1112 du C. civ. qui, dans son al. 1^{er} exige que la violence susceptible d'entraîner l'annulation d'un contrat soit « de nature à faire impression sur une personne raisonnable » en lui inspirant la crainte d'un mal considérable, alors que l'al. 2 du même texte prescrit d'avoir égard, en cette matière, « à l'âge, au sexe et à la condition des personnes ». Cet art. constitue l'exemple type de dispositions contradictoires au sein d'un même texte dans la mesure où l'al. 1^{er} pose un critère objectif d'appréciation de la violence tandis que l'al. 2 fait référence à un critère subjectif. En présence de ces deux modes d'appréciation contradictoires, la jurisprudence a fait prévaloir l'appréciation au cas par cas, *in concreto*, de l'al. 2.

libéralités nous montre le contraire. La nouvelle section 2 du chapitre VI du titre I du livre troisième du Code civil relative au « *mandataire désigné par convention* » contient un article unique, l'article 813, al. 1^{er}, nouveau qui prévoit que « *Les héritiers peuvent, d'un commun accord, confier l'administration de la succession à l'un d'eux ou à un tiers* ». Quelques pages plus loin, le nouveau paragraphe 1 de la section 1 du chapitre VII du titre I du livre troisième dudit Code portant sur les « *actes accomplis par les indivisaires* » relatifs aux biens indivis, comprend un article 815-3 nouveau qui énonce notamment que « *Le ou les indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis peuvent, à cette majorité, donner à l'un ou plusieurs des indivisaires ou à un tiers un mandat général d'administration* ». Le rapprochement de ces deux dispositions fait apparaître une contradiction certaine dans le mode de désignation du mandataire conventionnel chargé d'administrer les biens composant la succession. Si l'adage *Lex posterior derogat priori* ne permet pas de résoudre un conflit entre deux dispositions d'un même texte adoptées en même temps, nous signalerons sans trop anticiper sur les développements qui vont suivre que l'adage *Specialia generalibus derogant* devrait en revanche permettre de résoudre le conflit en faisant prévaloir l'article 815-3 sur l'article 813 eu égard à l'emplacement et à l'enchaînement logique des deux textes.

24. Objectivité de l'adage *Lex posterior derogat priori*. Certes, cette condition fait ressortir l'objectivité qui caractérise l'adage *Lex posterior derogat priori* dans la mesure où il se rattache à un fait objectif, plus précisément au temps où le texte commence à exister. Cependant, une simple vérification de la date des textes est insuffisante pour pouvoir l'utiliser. Encore faut-il se rapporter à la disposition contenue dans les textes, c'est-à-dire à la matière réglée, ce qui va avoir pour conséquence d'ébranler quelque peu l'objectivité attachée à cet adage, ne serait-ce que pour dire s'il y a ou non identité d'objet.

b. L'identité d'objet des textes

25. Généralités. Cette condition nécessite que deux textes aient le même objet, c'est-à-dire le même domaine d'application, sans que l'un soit nettement présenté comme une exception par rapport à l'autre. Concrètement, ce sont les hypothèses où un texte général nouveau est en conflit avec un texte général ancien ou bien lorsqu'un texte spécial nouveau est en conflit avec un texte spécial ancien.

Ainsi la Cour de cassation a, le 6 mai 1949¹⁰³, rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Nîmes qui avait condamné le futur auteur du pourvoi, pour fraude commerciale, à des réparations civiles envers le Comité national des appellations d'origine et le Syndicat de défense des viticulteurs des grands vins blanc de Saint-Peray. Plus précisément, la Chambre criminelle a estimé que n'était pas fondé le moyen tiré de l'abrogation tacite du texte antérieur par un texte postérieur – sous-entendu en application de l'adage *Lex posterior derogat priori* – au motif que les dispositions du décret du 1^{er} juillet 1939 n'ont pas été abrogées tacitement par celles du décret du 17 avril 1942, parce que « *ces deux textes n'ont*

¹⁰³ Cass. crim., 6 mai 1949, *Bull. crim.*, n° 161, p. 258.

pas le même objet » : le premier concerne les vins sans appellation d'origine en provenance de Saint-Peray alors que le second vise les vins d'appellation d'origine.

Dans le même sens, la Cour d'appel de Grenoble, le 17 octobre 1973¹⁰⁴, pour décider que l'article 63 du décret du 2 avril 1960 concernant les dépens en matière civile relatif aux actes d'assistance faits par des avoués n'a pas été abrogé implicitement par le décret du 25 août 1972 concernant les dépens en matière pénale relatif aux actes de postulation établis par des avocats, semble avoir considéré que ces deux textes n'avaient pas le même domaine d'application¹⁰⁵.

26. Difficultés d'appréciation. Mais la question de savoir si des textes ont un objet identique ou similaire fait parfois problème. Aussi, le Professeur Jacques Ghestin a pu relever que les décisions de justice, en matière d'affichage, illustrent bien la difficulté¹⁰⁶.

Une première décision de justice de la 13^{ème} Chambre correctionnelle de la Cour d'appel de Paris du 20 mars 1961¹⁰⁷ a, après avoir relevé d'une part que : « *l'acte dit loi du 12 avril 1943 interdisait la publicité par panneaux-réclame installés sur support en bordure d'une route* » et d'autre part que : « *la loi de finances du 26 décembre 1959 et le décret du 29 octobre 1960 ont imposé à ces mêmes affiches un droit de timbre très élevé, tout en instituant des pénalités pour défaut de paiement de ce droit* », estimé qu'« *on ne saurait concevoir que le législateur, d'une part, prononce une interdiction, et d'autre part soumette à des droits fiscaux élevés des actes dont l'accomplissement ne pourrait que supposer une nécessaire violation de l'interdiction précédemment édictée* », et a donc conclu à l'abrogation implicite du texte de 1943 par celui de 1959. Or, « *la solution est contestable car le droit fiscal, qui appréhende la réalité, ne lui confère pas pour cela un caractère licite* »¹⁰⁸. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a, le

¹⁰⁴ Grenoble, 17 octobre 1973, *D.*, 1973, jur., p. 772.

¹⁰⁵ Dans cet arrêt, la C.A. de Grenoble justifie maladroitement, selon nous, sa solution en se fondant sur la non incompatibilité des textes concernés – « *un texte concernant les dépens en matière civile n'est en rien incompatible avec un texte concernant les dépens en matière pénale* » – dans la mesure où elle assimile la condition d'identité d'objet à celle d'incompatibilité. Si l'on peut, comme le fait cette C.A., dire que des textes ayant des objets différents ne sont pas incompatibles donc sont compatibles, l'inverse n'est pas vrai : ce n'est pas parce que des textes ont le même objet qu'ils sont forcément incompatibles (v. *supra*).

¹⁰⁶ V. GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.) et FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, spéc. p. 324, n° 356, qui citent : Paris, 20 mars 1961, *J.C.P. éd. G.*, 1961, II, 12094, obs. P. AYMOND et Cass. com., 19 mars 1975, *Bull. civ.*, IV, n° 88, p. 72.

¹⁰⁷ Paris, 20 mars 1961, préc.

¹⁰⁸ GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.) et FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, spéc. p. 324, n° 356. Dans le même sens, v. P. AYMOND, obs. sous Paris, 20 mars 1961, préc. : « *L'un des objets du droit fiscal, et même son objet premier, est de déterminer la matière imposable qu'il envisage en tant que fait ayant une existence objective. La taxation n'implique pas a priori et par préterition que l'objet sur lequel elle porte soit par là-même licite. Les revenus provenant d'activités interdites n'échappent pas de ce fait à l'impôt, mais leur source n'en devient pas pour autant irréprochable, pas plus que l'obligatoire papier timbré ne garantit la validité intrinsèque de l'écrit dont il devient le support matériel* ». En ce sens, v. aussi P. MIMIN, note sous Paris, 20 mars 1961, *D.*, 1962, p. 11, spéc. p. 12, qui, s'appuyant sur l'argument tiré de l'autonomie du droit fiscal, considère que « *la répression pénale et l'imposition fiscale peuvent se "concevoir" en état de cumul* ».

17 mai 1962¹⁰⁹, cassé cet arrêt aux motifs que : « la loi du 26 décembre 1959, en instituant un droit de timbre sur les affiches apposées en dehors d'une agglomération, n'a eu d'autre objet que de créer des ressources nouvelles au profit du Trésor public ; cette disposition purement fiscale ne contredit en aucun point les prescriptions de la loi du 12 avril 1943 relative à la publicité et n'en restreint nullement l'application. Il suit de là qu'elle ne saurait avoir pour effet de modifier, dans leurs rapports avec la loi pénale, le caractère des faits qui peuvent se produire à l'occasion de ladite publicité, lesquels continuent de constituer des infractions ». Par conséquent, la loi du 26 décembre 1959 a laissé subsister les dispositions de la loi du 12 avril 1943 interdisant l'affichage hors agglomération.

Une seconde décision de justice de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 19 mars 1975¹¹⁰ a « déduit d'une ordonnance de police du 14 décembre 1933, interdisant d'élever en bordure de la voie publique des palissades de plus de quatre mètres de hauteur, la nullité d'un contrat d'affichage publicitaire, malgré la loi du 12 avril 1943 et l'arrêté du 25 août 1952, en observant que ces textes postérieurs ne visaient que l'affichage et non la sécurité publique ».

2. *La condition propre à l'adage Specialia generalibus derogant : l'existence entre les textes d'un rapport d'espèce à genre*

27. Généralités. Cette condition consiste à ce que les deux textes successifs se recoupent partiellement : le texte général embrassant un large champ de la matière juridique et le texte spécial entendant régir seulement une fraction particulière de cette matière. Le Professeur Raymond Gassin définit d'abord les lois spéciales comme « celles qui donnent une règle particulière à une série de cas déterminés » par opposition « aux lois générales qui déterminent les règles applicables à tous les cas qui composent un genre donné de rapports juridiques »¹¹¹. Il précise ensuite que « la distinction entre lois spéciales et lois générales revêt ainsi un aspect purement quantitatif ; elle exprime un rapport d'espèce à genre »¹¹².

¹⁰⁹ Cass. crim., 17 mai 1962, *D.*, 1962, jur., p. 449 ; *J.C.P. éd. G.*, 1962, II, 12746, obs. A. P. Dans le même sens que l'arrêt rapporté, v. Amiens, 30 novembre 1961, *D.*, 1962, som. com., p. 43.

¹¹⁰ Cass. com., 19 mars 1975, préc.

¹¹¹ GASSIN (R.), art. préc., spéc. p. 91, n° 1. Dans le même sens, v. ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.*, v° *Generalia specialibus non derogant*, p. 297, n° 152 : « la loi générale exprime le droit commun, c'est-à-dire un ensemble de dispositions qui découlent de principes généraux qui n'ont pas un caractère exceptionnel, qui déterminent la règle applicable à tous les cas du même genre. La loi spéciale, ad speciem, ou bien prolonge la loi générale dans ses applications particulières, ou bien crée une zone dérogatoire à la loi générale pour des espèces déterminées ». Comp. avec JEAMMAUD (A.), *op. cit.*, spéc. p. 674, n° 378, pour qui « une norme est règle spéciale par rapport à une autre lorsqu'elle fournit réponse à un problème (abstrait) qui est un cas particulier du problème (abstrait) résolu par la seconde qualifiée pour ce motif de "règle générale" ».

¹¹² GASSIN (R.), art. préc., spéc. p. 91, n° 1. V., pour un ex. d'absence de rapport d'espèce à genre, Cass. com., 20 février 1990, *Bull. civ.*, IV, n° 49, p. 33 ; *D.*, 1991, som. com., p. 120, obs. X. PRETOT, à propos de deux prescriptions spéciales : l'une portant sur l'existence ou l'exigibilité de la créance d'un établissement public communal (art. L. 332-1 du C. de la séc. soc.) et l'autre sur les modalités de son recouvrement (art. L. 274 du Liv. des proc. fisc.).

Ce rapport de genre à espèce se rapproche du rapport existant entre le principe et l'exception¹¹³ : dans le premier cas, il s'agit d'un rapport quantitatif entre le général et le particulier, et dans le second, d'un rapport qualitatif entre la norme et la dérogation. Cependant, ces deux rapports diffèrent non seulement en ce que le rapport de genre à espèce se situe généralement au niveau des divisions du droit alors que le rapport principe/exception trouve sa place dans une même branche du droit ; mais ils se distinguent surtout en raison du fait que le principe et l'exception entretiennent un rapport d'exclusion tandis que le genre et l'espèce renferment un « rapport de matriochka », d'inclusion, d'imbrication. Par exemple, l'article 1^{er} de la loi du 6 fructidor an II, toujours en vigueur, affirme qu'« *Aucun citoyen ne pourra porter de nom [...] autre que celui exprimé par son acte de naissance [...]* ». Cependant, la loi du 8 janvier 1993 a admis, aux termes de l'article 61, alinéa 1^{er}, du Code civil, que : « *Toute personne qui justifie d'un intérêt légitime peut demander à changer de nom* ». L'article 1^{er} de la loi de fructidor an II et l'article 61, al. 1, du Code civil relèvent du rapport principe/exception et non du rapport genre/espèce étant donné que le premier de ces textes pose un principe d'immutabilité du nom qui fait l'objet d'exceptions comme le montre le second de ces textes. En revanche, si la loi du 6 fructidor an II avait posé que toute personne de sexe masculin qui justifie d'un intérêt légitime peut demander à changer de nom, elle constituerait bien un texte spécial eu égard à l'article 61 du Code civil, qui serait un texte général, dans la mesure où il est plus large puisqu'il ne fait pas de distinction en fonction du sexe de la personne qui souhaite changer de nom.

28. Difficultés d'appréciation. Mais la question de savoir si le rapport d'espèce à genre est constitué pose parfois des difficultés¹¹⁴ tant il est vrai qu'il n'est pas toujours facile de définir ce qui est spécial¹¹⁵ et ce qui est général. Un texte peut

¹¹³ En ce sens, v. GASSIN (R.), art. préc., spéc. pp. 92-93, n° 5, qui relève que « *la loi spéciale se présente d'abord comme une disposition dérogatoire à la règle générale dans une série de cas déterminés. En ce sens, elle est une exception à la règle [...]* » ; LARROUMET (Ch.), *op. cit.*, spéc. p. 90, n° 153 pour qui la maxime *Specialia...* n'est « *en réalité que l'application de l'idée selon laquelle le principe (la règle générale) est tenu en échec par l'exception (la règle spéciale)* » ; et BUSSY-DUNAUD (F.), *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties*, th. droit privé, Paris I, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 201, 1988, préf. de J. GHESTIN, spéc. p. 270, n° 571, selon laquelle : « *lorsque deux règles d'étendue différente comportent des dispositions contradictoires, l'une est habituellement considérée comme le principe, l'autre comme l'exception* ». En jurispr., v. Cass. civ. 2^{ème}, 20 avril 1983, *Bull. civ.*, II, n° 97, p. 66 : « *Si la loi n° 80-1042 du 23 décembre 1980 a mis fin au principe de la solidarité des prescriptions de l'action publique et de l'action civile, elle n'a pas abrogé l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 qui, indépendamment de l'application dudit principe, dispose que l'action civile résultant des crimes, délits et contraventions prévus par ladite loi se prescrit après trois mois révolus* » ; et C.E., 22 novembre 1950, (Dame Renaud-Bérard), *Lebon*, p. 569, qui considère que l'Ord. du 24 sept. 1945 et le D., pris en exécution, du 3 janv. 1948 n'ont pas abrogé implicitement l'art. 26 du Code de déontologie des chirurgiens-dentistes – texte antérieur – en ce que les textes postérieurs admettent des exceptions à un principe posé par le texte antérieur.

¹¹⁴ Il convient d'observer que ces difficultés – qui résultent en grande partie de la signification souvent imprécise et incertaine de la spécialité – se rencontrent rarement en matière pénale, étant précisé que la doctrine s'accorde pour considérer qu'une règle spéciale est une règle qui comporte tous les éléments « *incriminateurs* » de la règle générale et qui ajoute un ou plusieurs éléments à ceux pris en compte par l'incrimination générale.

¹¹⁵ V. GRIDEL (J.-P.), *Introduction au droit et au droit français*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1994, spéc. p. 653, qui précise que : « *ce caractère spécial peut résulter de la seule lecture du texte, grâce à l'emploi de formules*

être général par rapport à un deuxième et spécial par rapport à un troisième. Ces notions de général et de spécial sont donc fort relatives¹¹⁶ et ne parviennent pas toujours à s'adapter aux situations de droit complexes.

À cet égard, une difficulté a pu naître quant à l'application de l'article 1110 du Code civil relatif à l'action en nullité pour erreur sur les qualités substantielles et de l'article 1641 du même Code sur l'action en garantie des vices cachés, du fait du recoupement des domaines d'application de ces deux articles si on considère que la qualité substantielle est pour l'acheteur l'aptitude de la chose à remplir l'usage auquel on la destine. Le choix entre ces articles s'avère particulièrement important d'une part en raison de la différence des délais d'action : l'action pour erreur sur les qualités substantielles se prescrivant par un délai d'action de 5 ans (C. civ., art. 1304) alors que l'action en garantie des vices cachés devait être intentée dans un « bref délai » (C. civ., art. 1648 anc.)¹¹⁷ ; et d'autre part en raison de la tendance jurisprudentielle actuelle au non-cumul des actions. Pour faire prévaloir l'application de l'article 1641, et cela sur le fondement de l'adage *Specialia generalibus derogant*, certains ont considéré que l'action exigeant un bref délai était une action spéciale par rapport à l'action générale prévoyant un délai plus long¹¹⁸ ; par la suite, d'autres ont soutenu que la garantie des vices cachés dépendant du droit des contrats spéciaux, à savoir le contrat de vente, devait exclure l'erreur sur la substance relevant du droit commun des contrats¹¹⁹. En vérité, cet adage ne pouvait

comme "néanmoins", "à défaut", etc. Mais par ailleurs, certaines normes sont nécessairement spéciales : tel est le cas de celles qui posent des incapacités ».

¹¹⁶ A. JEAMMAUD fait même état de « "l'impressionnisme" qui préside souvent à la qualification d'une règle du point de vue de son extension par rapport à une autre – "règle spéciale" ou "règle générale" » (th. préc., spéc. p. 686, n° 381).

¹¹⁷ L'Ord. n° 2005-136 du 17 fév. 2005 a modifié l'art. 1648 du C. civ. prévoyant désormais que « L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur, dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice ». Mais les incertitudes sur les qualifications et le régime, y compris les prescriptions, subsistent.

¹¹⁸ V. les obs. de CARBONNIER, sous l'intitulé « Application du bref délai de l'action rédhibitoire à l'action en nullité pour erreur sur la substance », sur Cass. civ. 1^{ère}, 19 juillet 1960, *R.T.D. civ.*, 1961, p. 332, n° 1, spéc. p. 333. Comp. avec REMY (Ph.), obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 11 février 1981, *R.T.D. civ.*, 1981, p. 860, n° 1, spéc. p. 861, qui s'interroge sur le caractère adéquat de la référence à la spécialité de l'action rédhibitoire tirée de la brièveté de son délai.

¹¹⁹ V. HUET (J.), *Contrats civils et commerciaux. Responsabilité du vendeur et Garantie contre les vices cachés*, Litec, coll. Connaissance et pratique du droit, 1987, spéc. pp. 38-39, n° 24 ; MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 4^{ème} éd., 2009, spéc. p. 174, n° 284 ; et RADE (C.), « L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés (à propos de Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1996) », *J.C.P. éd. G.*, 1997, I, 4009, p. 135, spéc. p. 136, n^{os} 4 et 5 : « Quoiqu'elle n'ait pas fait formellement référence au principe specialia generalibus derogant pour exclure l'action en nullité pour erreur sur la substance, la Cour de cassation a fondé cette mise à l'écart sur l'idée d'une application exclusive de l'action en garantie des vices cachés. Cette garantie est en effet propre au contrat de vente et figure au cœur même du Titre sixième du Livre III que le Code civil consacre aux "Différentes manières dont on acquiert la propriété". L'article 1110 du Code civil se situe pour sa part dans le même livre mais dans le Titre deuxième traitant "Des contrats ou des obligations conventionnelles en général". Il est alors logique, à la lumière du principe retenu, que les règles consacrées spécifiquement aux vices affectant la substance de la "chose vendue" écartent a priori les dispositions du droit commun des contrats lorsque ces règles apparaissent directement concurrentes ; or il en va ainsi de l'action en nullité de la convention lorsque l'erreur "tombe sur la substance même de la chose" puisque dans les deux hypothèses la considération du vice justifiera l'anéantissement de la convention ». *Contra* TOURNAFOND (O.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1996, *D.*, 1997, som. com., p. 345, spéc. p. 346.

pas intervenir dans cette hypothèse car l'action en garantie des vices cachés n'est pas un cas particulier de l'action en nullité pour erreur¹²⁰. « *Il s'agit, dit justement le Professeur Bernard Saintourens, de deux actions distinctes, non seulement quant à leurs conditions d'ouverture mais aussi quant à leurs effets, qui ne sont pas dans une relation de général à spécial. La prise en compte de la nature de contrat "spécial" de la vente par rapport à la théorie générale du contrat ne pouvait avoir de conséquence que s'il existait une action en nullité pour erreur spécifique au contrat de vente, dans ce cas la règle Specialia generalibus derogant conduirait effectivement à faire primer le régime spécifique de cette action* »¹²¹. Ajoutons, pour terminer sur les différences caractérisant l'absence de rapport d'espèce à genre entre ces deux actions, que l'erreur se rapporte au consentement et atteint la formation, la validité du contrat tandis que la garantie se rapporte au paiement et atteint seulement l'exécution du contrat¹²².

Par ailleurs, suivant les conclusions de M. le Procureur Général Touffait¹²³, la Chambre mixte de la Cour de cassation dans deux arrêts du 21 juin 1974¹²⁴ confirmés par l'Assemblée plénière de la même Cour le 28 janvier 1983¹²⁵ a, pour faire prévaloir les règles spéciales relatives au licenciement des représentants du

¹²⁰ Pro JEAMMAUD (A.), *op. cit.*, spéc. p. 685, n° 381, qui considère qu'il n'y a pas d'éléments permettant d'affirmer que « *le problème abstrait traité par l'article 1641 du Code civil est un cas particulier de celui dont l'article 1110 du Code civil procure la solution* ». Contra CHAUVEL (P.), *Le vice du consentement*, th. droit privé, dactyl., Paris II, 1981, 2 t., sous la dir. de Ph. MALAURIE, spéc. n°s 2433-2434, p. 775 et s., qui justifie la soumission de l'action en nullité pour erreur au bref délai édicté par l'art. 1648 du C. civ., lorsque l'erreur est la conséquence du vice, par « *la prééminence de la règle spéciale sur la règle générale* » ; et GHESTIN (J.), *La notion d'erreur dans le droit privé positif*, th. droit privé, Paris, 1961, L.G.D.J., 1962, sous la dir. de J. BOULANGER, spéc. pp. 352-353, n° 303, qui relève au regard du droit positif d'abord que « *l'action en garantie se distingue par son fondement et ses effets de la nullité pour erreur. Simple action en résolution pour inexécution, elle est une suite naturelle de l'obligation de délivrance. Elle n'atteint pas la validité du contrat, mais seulement son exécution* », mais ensuite que l'action en garantie des vices cachés « *suppose cependant une erreur qui porte sur l'acceptation donnée par l'acheteur au moment de la livraison. Cette erreur doit présenter tous les caractères d'une erreur sur la substance. Particulièrement, elle doit avoir déterminé le consentement de l'acquéreur, être excusable, et porter sur un défaut de nature à rendre la chose impropre à son usage conventionnel* ». Cette position – qui fait de la garantie des vices cachés un cas particulier d'erreur sur la substance – conduit l'auteur à justifier les solutions jurisprudentielles excluant l'application de la nullité pour erreur au profit de la garantie des vices cachés en faisant appel à l'adage *Specialia...*, même s'il admet que la référence à cet adage est inopportune car elle conduit à « *amputer la nullité pour erreur de l'essentiel de son domaine qui est précisément le contrat de vente* » (spéc. p. 346, n° 296).

¹²¹ SAINTOURENS (B.), *op. cit.*, spéc. pp. 164-165, n° 107.

¹²² V. JOURDAIN (P.), « Les actions des acquéreurs insatisfaits ou victimes de dommages », *Gaz. Pal.*, 1994, 2, doct., p. 826, spéc. p. 830 et p. 831 ; SERINET (Y.-M.), « Erreur et vice caché : variations sur le même thème... », dans *Mélanges offerts à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, L.G.D.J., 2001, p. 789, spéc. pp. 814-815, n°s 53 et 54 ; et TOURNAFOND (O.), « Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente (erreur sur la substance, défaut de conformité, vice caché) », *D.*, 1989, chron., p. 237, spéc. p. 243, n° 49. Contra RADE (C.), art. préc., spéc. p. 138, n° 12.

¹²³ TOUFFAIT (A.), concl. sous Cass. ch. mixte, 21 juin 1974, *D.*, 1974, jur., p. 593, spéc. p. 600 : « *On peut alors se demander si en vertu du principe Specialia generalibus derogant, l'article 1780 qui a été introduit tel quel dans l'article 23 du Code du travail n'exclut pas l'article 1184 du règlement des conflits concernant les contrats à durée indéterminée* ».

¹²⁴ Cass. ch. mixte, 21 juin 1974, *Bull. civ.*, ch. mixte, n° 2 et n° 3, p. 3 ; *D.*, 1974, jur., p. 593, préc. ; *J.C.P. éd. G.*, 1974, II, 17801 ; *Gaz. Pal.*, 1974, 2, p. 649.

¹²⁵ Cass. Ass. plén., 28 janvier 1983, *Bull. civ.*, Ass. plén., n° 1, p. 1 ; *D.*, 1983, jur., p. 269, note J. CABANNES.

personnel contenues dans le Code du travail sur les règles générales de la résolution judiciaire énoncées par le Code civil (art. 1184), semblé faire une application implicite de l'adage *Specialia generalibus derogant* en affirmant que la protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun dont bénéficient les représentants du personnel exclut que soit poursuivie par la voie judiciaire la résiliation de leur contrat de travail. En vérité, la volonté de faire prévaloir les règles du droit du travail n'était pas inspirée par un souci de faire application d'un adage traditionnel du droit français, mais par d'autres préoccupations tirées de la protection sociale. Le Procureur Général près la Cour de cassation n'hésitait pas à évoquer l'adage *Specialia generalibus derogant* pour asseoir la prééminence, tirée du particularisme, du droit du travail – droit spécial – par rapport au droit civil – droit commun. Mais cet adage était inapplicable en l'espèce car les règles protectrices des représentants du personnel limitant le droit de résiliation unilatérale de l'employeur dérogent exclusivement à la règle admettant la résiliation unilatérale par l'employeur du contrat de travail à durée indéterminée ; elles ne dérogent pas aux autres règles relatives à l'extinction du contrat. La résiliation par volonté unilatérale et la résolution judiciaire constituent deux modes distincts de rupture du contrat de travail, les restrictions apportées à la première n'affectent pas l'autre¹²⁶. Il n'y a donc pas entre ces règles de rapport d'espèce à genre.

En outre, en matière de responsabilité civile, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation¹²⁷ – en présence de deux articles invoqués par le demandeur – a pu laisser croire à l'application de l'adage *Specialia generalibus derogant* lorsqu'elle a fait prévaloir l'application de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil relatif à la responsabilité du fait d'autrui sur l'article 1382 dudit Code portant sur la responsabilité du fait personnel alors que le fait de la chose n'est pas une catégorie particulière du fait de l'homme¹²⁸.

Enfin dans le même ordre d'idée que la décision précédente, le 16 décembre 1970¹²⁹, le Tribunal de grande instance de Paris, pour trancher la question de savoir si un époux seul et unique propriétaire d'un immeuble servant de logement de la famille pouvait en disposer librement durant le mariage, a, semble-t-il, appliqué l'adage *Specialia generalibus derogant* dans la mesure où il a admis que l'alinéa 3 de l'article 215 du Code civil selon lequel « *Les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille* » « *dérogeait aux principes fondamentaux* » posés par l'article 1428 dudit Code aux termes duquel « *Chaque époux a l'administration et la jouissance de ses propres et*

¹²⁶ COUTURIER (G.), « Les techniques civilistes et le droit du travail. Chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues », *D.*, 1975, chron., p. 151 et p. 221, spéc. p. 158, n° 23.

¹²⁷ Cass. civ. 2^{ème}, 25 janvier 1984, *D.*, 1984, jur., p. 242, note Ch. LARROUMET.

¹²⁸ En ce sens, v. JEAMMAUD (A.), *op. cit.*, spéc. pp. 674-675, n° 378 ; et Ch. LARROUMET, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 25 janvier 1984, préc., spéc. p. 244. V. dans le même sens mais formulé autrement : Cass. civ. 2^{ème}, 17 octobre 1963, *Bull. civ.*, II, n° 642, p. 480 : « *La responsabilité du fait personnel et celle du fait des choses ont leur domaine propre et peuvent, dès lors être cumulativement invoquées* ». Contra GASSIN (R.), art. préc., spéc. p. 91, n° 1, qui, retenant une conception large de la spécialité, déclare que « *constituent ainsi des lois spéciales les art. 1384 et 1386 du c. civ. en ce qu'ils posent des règles particulières de responsabilité du fait des choses et du fait d'autrui, tandis que les articles 1382 et 1383 sont la loi générale en matière de responsabilité civile* ».

¹²⁹ T.G.I. de Paris, 16 décembre 1970, *Gaz. Pal.*, 1971, 1, p. 115.

peut en disposer librement ». Ce raisonnement encourt cependant la critique¹³⁰ : l'article 215 est une disposition générale du régime primaire qui s'applique quel que soit le régime matrimonial et non une disposition particulière par rapport à l'article 1428 qui est lui aussi une disposition générale du régime communautaire. En revanche, par rapport à l'article 225 du même Code énonçant que « *chacun des époux administre, oblige et aliène seul ses biens personnels* », l'article 215 s'analyse comme une disposition spéciale.

29. Objectivité de l'adage *Specialia generalibus derogant*. L'adage *Specialia generalibus derogant* apparaît en fin de compte comme moins objectif que l'adage *Lex posterior derogat priori* parce qu'il nécessite pour pouvoir être appliqué d'avoir recours à l'interprétation juridique de la matière réglée par les textes afin d'établir qu'entre les deux, l'un est général, l'autre spécial. Cet adage est donc fondé sur un jugement de fait concernant l'étendue différente des dispositions normatives incompatibles. Il exclut cependant tout rapport avec des valeurs, des opinions personnelles, etc.

30. Absence des conditions propres. Lorsque les conditions communes aux adages *Lex posterior derogat priori* et *Specialia generalibus derogant* sont remplies – une pluralité de textes incompatibles entre eux bien que pourvus de la même autorité – mais que leurs conditions propres ne le sont pas – parce que les textes en cause sont de la même date ou parce qu'ils sont de la même nature c'est-à-dire dépourvus de rapport d'espèce à genre – les deux adages sont inapplicables étant donné qu'ils ne permettent pas de résoudre une contradiction. Nous sommes alors en présence à proprement parler d'une véritable antinomie¹³¹ où les textes s'annihilent mutuellement par leur opposition¹³².

¹³⁰ V. JEAMMAUD (A.), *op. cit.*, spéc. p. 686, n° 381, pour qui « l'article 215, alinéa 3 du Code civil [...] n'entretient aucune relation logique d'opposition, ni de relation d'espèce à genre, avec celle de l'article 1428 du Code civil ».

¹³¹ V. MALAURIE (Ph.), « Les antinomies des règles et de leurs fondements », dans *Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 25, spéc. p. 26 et p. 27, selon lequel l'antinomie « apparaît lorsque sont contradictoires deux règles, de la même date, de la même nature, pourvus de la même autorité, ayant la même origine, la même compétence et le même domaine d'application, incompatibles dans une situation donnée, parce qu'elles aboutissent chacune à une solution différente, sinon contraire. [...] L'antinomie suppose la contradiction dans l'égalité. [...] Lorsqu'une règle l'emporte sur l'autre, parce qu'elle lui est supérieure, qu'elle l'abroge ou y déroge, il n'y a aucune antinomie, aucune anarchie, aucun désordre intellectuel, aucune incohérence. [...] [Ainsi] lorsqu'il y a conflit entre une règle générale et une règle spéciale : specialia generalibus derogant, il n'existe alors aucune antinomie : une seule règle s'applique ». Adde, pour une étude détaillée, PERELMAN (C.) (sous la dir. de), *Les antinomies en droit*, préc.

¹³² V. en ce sens MALGAUX (W.), « Les antinomies en droit. À propos de l'étude de G. Gavazzi », dans *Les antinomies en droit*, p. 7, spéc. p. 18, qui rapporte que dans l'antinomie, « [...] il n'y a pas de remède. Aucune logique ne peut réduire une contradiction. On ne peut donc que trancher le nœud gordien, trancher le mieux possible, en usant du bon sens ». Contra FORIERS (P.), art. préc., spéc. pp. 23, 24, 36 et 37, qui distingue les antinomies apparentes des antinomies réelles, seules les premières peuvent être résolues, éliminées notamment par des procédés techniques ou juridiques voire philosophiques ou moraux ; et SILANCE (L.), « Quelques exemples d'antinomies et essai de classement », préc., spéc. p. 133, qui admet que les antinomies doivent être solutionnées grâce aux méthodes d'interprétation des lois.

31. Transition. Après avoir détaillé les conditions d'application des adages *Lex posterior derogat priori* et *Specialia generalibus derogant*, la progression logique de cette étude conduit à envisager maintenant les effets desdits adages.

II. Les effets des adages

32. Effets distincts. L'application des adages *Lex posterior derogat priori* et *Specialia generalibus derogant* n'entraîne pas les mêmes conséquences. Le premier a un effet plus rigoureux que le second dans la mesure où il abroge un texte (B) tandis que le second écarte seulement un texte¹³³ (A).

A. L'effet dérogoire de l'adage *Specialia generalibus derogant*

33. Définition de l'effet dérogoire. L'application de l'adage *Specialia generalibus derogant* a pour effet d'écartier, d'exclure, d'établir une préséance ou de faire prévaloir un texte sur l'autre¹³⁴ et par conséquent d'aboutir à une application distributive des textes en présence, dans la mesure où précisément le texte général ne peut être mis en œuvre que lorsque la situation envisagée ne relève pas du domaine du texte spécial. En d'autres termes, le texte spécial n'abroge pas le texte général mais déroge dans le domaine particulier de son application au texte général, le texte général continuant de demeurer applicable par ailleurs¹³⁵.

Affirmer que le texte spécial déroge au texte général peut ainsi conduire à écartier, outre le texte d'un degré de généralité immédiatement supérieur à celui considéré, le ou les textes par rapport auxquels ce dernier constitue lui-même un texte spécial.

¹³³ La quasi totalité des auteurs cités dans cette étude ne font pas la distinction entre l'abrogation et la dérogoire, ce qui les conduit, de manière critiquable, soit à considérer que ces adages ont, tout deux, un effet abrogatoire, soit à mélanger les deux notions comme si elles étaient synonymes. Pour une illustration de la première situation, v. BEIGNIER (B.) et BLERY (C.), *Manuel d'introduction au droit*, P.U.F., coll. Manuels, 1^{ère} éd., 2004, spéc. p. 191, n° 131. Pour des illustrations de la seconde situation, v. GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.) et FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, spéc. p. 324, n° 356 ; et LARROUMET (Ch.), *op. cit.*, spéc. p. 142, n° 235. En revanche, ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.*, v° *Lex...*, p. 388, n° 202, font une telle distinction lorsqu'ils écrivent : « *c'est le lieu de séparer abrogation et dérogoire et de recourir à la distinction traditionnelle entre lois spéciales et lois générales* ». Dans le même sens, v. JEAMMAUD (A.), *op. cit.*, spéc. p. 678, n° 379 : « *La règle "Specialia generalibus derogant" ne provoque aucune abrogation, même partielle, mais intervient au niveau du conflit de compétence entre la règle spéciale et la règle générale opposées, assurant ainsi la consistance pratique du système juridique. M. Wiederkehr a raison de suggérer une distinction "entre abrogation proprement dite et dérogoire", afin de tenir compte de la distinction des règles spéciales et des règles générales* ».

¹³⁴ V. GASSIN (R.), art. préc., spéc. p. 93, n° 6, pour qui les lois spéciales non seulement dérogent au droit commun mais encore « *constituent l'instrument particulièrement adapté du réformisme juridique [lequel] se propose de modifier progressivement l'ordre ancien par des réformes multiples et limitées. Or, précisément, ce sont les lois spéciales qui permettent d'atteindre ce résultat puisque chacune d'elles ne fait échec au droit commun que dans un domaine limité* ».

¹³⁵ En ce sens, v. SAINTOURENS (B.), *op. cit.*, spéc. p. 176, n° 120, qui note qu'« *il peut paraître abusif de dire qu'il y a abrogation, du texte général par le texte spécial. Plutôt que d'abrogation, on devrait sans doute parler de dérogoire, car si par la suite le texte spécial devait être supprimé, il n'y aurait pas vide juridique, mais les dispositions générales retrouveraient à s'appliquer* ».

Cet adage, qui autorise un texte spécial à déroger à un texte général, nécessite encore de distinguer suivant que le texte spécial est chronologiquement antérieur ou postérieur au texte général¹³⁶.

34. Texte spécial postérieur au texte général. Si le texte spécial est postérieur au texte général, le texte spécial écarte dans les limites de son objet le texte général préexistant.

Ainsi, la première Chambre civile de la Cour de cassation, le 10 décembre 1985¹³⁷, pour refuser de reculer le point de départ d'une prescription, a considéré que « *l'article 2257 du Code civil [datant de 1804], texte de portée générale [prévoyant notamment que le point de départ du délai de prescription d'une créance conditionnelle est le jour où la condition arrive c'est-à-dire en l'espèce le jour de l'arrêt définitif de condamnation de l'assuré], auquel il est dérogé par l'article L. 114-1 du Code des assurances [datant de 1976], disposition spéciale régissant le droit des assurances [prévoyant notamment que le point de départ du délai de prescription de toute action dérivant du contrat d'assurance est le jour de l'évènement qui y donne naissance c'est-à-dire en l'espèce le jour du recours du maître de l'ouvrage en réclamation de la réparation des malfaçons], n'est pas applicable à l'action en garantie formée par un assuré contre son assureur* ».

Dans le même sens, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a, dans un arrêt rendu le 11 décembre 1991¹³⁸, cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui avait condamné une société civile immobilière à réparer les conséquences des désordres affectant un mur extérieur sur le fondement de l'article 1641 du Code civil relatif à la garantie des vices cachés de la chose vendue au motif que : « *l'article 1641 du Code civil [disposition générale datant de 1804] est inapplicable en cas de construction réalisée sous le régime propre à la vente d'immeuble à construire prévu par l'article 1601-1 du même Code [disposition spéciale issue de la loi du 7 juillet 1967]* ».

Enfin, récemment, la Cour de cassation a décidé que ce sont les dispositions spéciales de la loi du 29 juillet 1881 qui doivent s'appliquer pour réparer les abus de la liberté d'expression, et non, l'article 1382 du Code civil, disposition générale antérieure¹³⁹.

Néanmoins, la solution dépendra en grande partie de l'intention de l'auteur du texte¹⁴⁰ qui a peut-être entendu abroger et non pas seulement déroger au texte

¹³⁶ Par la suite nous verrons qu'il y a peu d'intérêts à faire cette distinction car la solution donnée à ces deux hypothèses par la majeure partie de la jurisprudence et de la doctrine est identique. Comp. avec BUSSY-DUNAUD (F.), *op. cit.*, spéc. pp. 280-281, n° 591, qui considère que « *lorsque l'une des règles en concours est spéciale par rapport à l'autre, la prise en considération de la date respective à laquelle elles ont été édictées est sans intérêt puisque, quel que soit cet ordre, on aboutit à l'exclusion de l'action générale par l'action spéciale dans le domaine particulier que cette dernière a vocation à régir. Ce critère [chronologique] est donc dans ce cas inadéquat. Mieux vaut poser en principe que la loi spéciale déroge à la loi générale que d'avoir recours à un critère qui conduit au même résultat par un moyen détourné* ».

¹³⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 10 décembre 1985, *Bull. civ.*, I, n° 338, p. 304.

¹³⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 11 décembre 1991, *Bull. civ.*, III, n° 317, p. 187.

¹³⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 31 janvier 2008, pourvoi n° 07-12.643.

¹⁴⁰ Lorsque l'auteur du texte est le législateur – présumé être rationnel –, l'appel aux travaux parlementaires est inévitable afin de connaître son intention, sa volonté effective. Mais si le législateur

général ancien¹⁴¹ ou bien a entendu au contraire ne pas déroger au texte général ancien. C'est ainsi que la jurisprudence, dans un jugement rendu par le Tribunal de commerce de la Seine en date du 12 novembre 1959¹⁴², a écarté en l'espèce les dispositions spéciales du décret-loi du 8 août 1935 et de la loi du 4 mars 1943 applicables aux sociétés anonymes à capital variable en considérant qu'il fallait se référer à la loi générale antérieure du 24 juillet 1867.

35. Texte spécial antérieur au texte général. Si le texte spécial est antérieur au texte général, la solution est discutée¹⁴³. De manière générale, il est admis que le texte spécial n'est pas abrogé par le texte général même plus récent¹⁴⁴

avait pensé à la difficulté qui s'élève dans l'application d'un texte, il est probable qu'il l'aurait résolue. S'il ne l'a pas fait, la recherche de son intention n'aboutira à rien. Par ailleurs, si le législateur avait vu la difficulté mais que celle-ci l'a empêché de trouver une solution, il a pu s'en remettre aux interprètes pour la trouver. Enfin, malheureusement, le plus souvent le manque de clarté des travaux parlementaires les rend inutilisables. En effet, lorsque l'on recherche la lumière sur un texte dans des travaux préparatoires on trouve tout sauf ce que l'on cherche, et même l'inverse, à savoir l'obscurité. V. en ce sens CAPITANT (H.), « L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires », *D.H.*, 1935, chron., p. 77, pour qui les travaux préparatoires des lois sont inutilisables dans la mesure où la recherche du sens de la loi à travers eux est rationnellement inadmissible et pratiquement impossible. Comp. avec COUDERC (M.), « Les travaux préparatoires de la loi ou la remontée des enfers », *D.*, 1975, chron., p. 249, qui propose une nouvelle analyse réhabilitant les travaux préparatoires eu égard à l'évolution profonde des règles d'élaboration de la loi.

¹⁴¹ V. en ce sens C.E., 29 mars 1963, (Sieur Chavillon), *Lebon*, p. 219, qui se réfère explicitement à l'intention du législateur pour juger que la L. du 28 avril 1952 [texte spécial postérieur], « n'a entendu abroger » les dispositions de l'art. 2, al. 2, de l'Ord. du 17 mai 1945 [texte général antérieur] qu'en ce qui concerne les conseils municipaux et non les conseils généraux.

¹⁴² Trib. com. Seine, 12 novembre 1959, *J.C.P. éd. G.*, II, 11809, obs. D. BASTIAN : « Attendu que les lois générales ne sont pas présumées déroger aux lois spéciales sauf dispositions contraires ; que l'abrogation d'une disposition législative doit, pour devenir effective, être l'objet d'une spécification expresse ; qu'elle ne peut résulter implicitement de la promulgation d'une loi postérieure qu'autant que les prescriptions de cette nouvelle loi sont, dans leur principe ou dans leur application, incompatibles avec les mesures édictées antérieurement et auxquelles elles sont destinées à se substituer ».

¹⁴³ V. en ce sens MAZEAUD (H.), MAZEAUD (L.) et MAZEAUD (J.) par CHABAS (F.), *Leçons de droit civil*, Montchrestien, t. I, vol. 1, *Introduction à l'étude du droit*, 11^{ème} éd., 1996, spéc. p. 142, n° 83, pour lesquels : « dans l'espèce inverse – loi ancienne spéciale et loi nouvelle plus générale –, la solution est douteuse » ; TERRE (François), *op. cit.*, spéc. p. 397, n° 486 ; et POLLAUD-DULIAN (F.), « Du droit commun au droit spécial — et retour », dans *Mélanges en l'honneur d'Yves Guyon. Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 925, spéc. p. 947, pour qui l'adage *Generalia specialibus non derogant* « est moins convainquant ». Sur les moyens de remédier à la difficulté, v. BECANE (J.-Cl.) et COUDERC (M.), *La loi*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1994, spéc. p. 218, pour lesquels : « il faudra se référer dans ce cas à l'intention du législateur et recourir notamment aux travaux préparatoires » ; et ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.*, v° *Lex...*, p. 388, n° 202, et v° *Specialia...*, p. 845, n° 418, qui exposent *in fine* quelques pistes pour résoudre la discussion sur ce cas particulier.

¹⁴⁴ V. en ce sens les auteurs cités à la note suivante ainsi que CORNU (G.), *Introduction*, préc., spéc. p. 192, n° 361 pour lequel : « Lorsque la loi postérieure est plus générale, elle n'abroge pas la règle spéciale antérieure, si elle ne le spécifie pas ». V. égal. Paris, 13 juillet 1984, *D.*, 1984, I.R., p. 387, où la C.A. relève qu'« à moins de disposition expresse du nouveau texte, ou d'une volonté certaine du législateur de faire table rase du passé, la loi spéciale, censée mieux adaptée à son objet particulier que la loi générale, n'est pas abrogée par celle-ci ; a fortiori, l'autorité de la loi spéciale est intégralement respectable lorsqu'elle est la dernière en date et doit recevoir sa pleine application, nonobstant les dispositions de la loi générale antérieure ». *Contra* : Cass. soc., 21 mars 1947, *D.*, 1947, jur., p. 334 et Cass. soc., 20 juillet 1950, *D.*, 1951, som. com., p. 1, où la Ch. soc. de la C. de cass. a dans ces deux décisions caractérisé une abrogation implicite d'un texte spécial antérieur par un texte général postérieur ;

et il n'est pas dérogé à un texte spécial par un texte général¹⁴⁵ même postérieur. Autrement dit, le texte spécial prévaut toujours dans le domaine particulier de son application¹⁴⁶ et le texte général demeure applicable pour le reste. En faveur de cette solution, plusieurs exemples d'origine légale et d'origine jurisprudentielle méritent d'être évoqués.

36. Illustrations tirées de la loi. L'étude de la loi apporte au moins quatre illustrations¹⁴⁷.

- L'article 1527, alinéa 2, du Code civil accordait, dans sa rédaction première¹⁴⁸, uniquement aux enfants d'un précédent mariage une action en retranchement pour faire réduire les avantages excessifs qui auraient été consentis à leur préjudice en cas de remariage de leur auteur sous le régime de la communauté. La loi postérieure n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, qui était entièrement dominée par l'idée d'égalité des filiations, avait introduit deux nouveaux articles dans le Code civil : selon le premier, « *L'enfant naturel a en général les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère* » (art. 334, al. 1^{er}) et selon le second, « *L'enfant naturel a, en général, dans la*

et C.E., 11 juin 1975, (Chambre syndicale C.G.T. des cochers-chauffeurs de voitures de place de la région parisienne), *Lebon*, p. 343.

¹⁴⁵ Cette solution est exprimée par les adages suivants : *Legi speciali per generalem non derogatur* (Il n'est pas dérogé à une loi spéciale par une loi générale), *Per generalia non specialibus derogatur* (Il n'est pas dérogé aux lois spéciales par les lois générales) et *Generalia specialibus non derogant* (Ce qui est général ne déroge pas à ce qui est spécial) qui revêtent la même signification selon JOUANNEAU (A.), *op. cit.*, v° *Legi...*, spéc. p. 222, n° 2037, v° *Per generalia...*, spéc. p. 300, n° 2776, et v° *Generalia...*, spéc. p. 412, n° 3748 ; ainsi que selon ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.*, v° *Lex...*, p. 388, n° 202. Ces derniers affirment en plus dans l'ouvrage susmentionné, spéc. p. 297, n° 152, à propos de l'adage *Generalia...*, que : « *son domaine privilégié est celui de la loi générale venant après la loi spéciale* ». V. égal. AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.), *op. cit.*, spéc. § 29, p. 57 : « *L'abrogation tacite supposant une incompatibilité formelle, elle ne saurait, quant aux lois qui règlent des matières spéciales, découler de la promulgation d'une loi générale postérieure, à moins que l'intention contraire du législateur ne résulte clairement de l'objet ou de l'esprit de cette loi : Legi speciali per generalem non derogatur. Les lois spéciales ne peuvent donc, en général, être tacitement abrogées que par des lois spéciales nouvelles* ». Dans le même sens, v. aussi GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.) et FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, spéc. p. 323, n° 356 ; LARROUMET (Ch.), *op. cit.*, spéc. p. 142, n° 235 ; et CABRILLAC (R.), *op. cit.*, spéc. pp. 119-120, n° 119.

¹⁴⁶ Étant précisé que : « *la disposition spéciale, tout en l'emportant sur la disposition générale, demeure d'interprétation stricte* » car « *une exception est toujours d'interprétation stricte* (Exceptio est strictissimæ interpretationis). *Tout ce qui excède le champ assigné à la loi spéciale relève ipso facto de la loi générale* » selon les termes de GRIDEL (J.-P.), *op. cit.*, spéc. p. 654 et p. 655. Dans le même sens, v. MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *Introduction générale au droit*, Cujas, 2^{ème} éd., 1994-1995, spéc. p. 327, n° 982 ; ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.*, v° *Specialia...*, p. 843, n° 418. Adde ROBINE (L.), *L'interprétation des Textes exceptionnels en Droit civil français*, th. droit privé, Bordeaux, Imprimerie-Librairie de l'Univ., 1933, sous la dir. de J. BONNECASE.

¹⁴⁷ Nous signalerons que les deux derniers exemples cités, à la différence du premier, portent sur des textes qui ne sont pas au même niveau hiérarchique. Ces solutions montrent une fois encore que la condition relative à l'identité de valeur juridique des textes n'est pas toujours respectée. V. *supra*.

¹⁴⁸ C. civ., art. 1527, al. 2 : « *Néanmoins, dans la cas où il y aurait des enfants d'un précédent mariage, toute convention qui aurait pour conséquence de donner à l'un des époux au-delà de la portion réglée par l'article 1098 au titre "Des donations entre vifs et testaments", sera sans effet pour tout l'excédent ; mais les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs quoique inégaux, des deux époux, ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfants d'un précédent lit* ».

succession de ses père et mère et autres ascendants, ainsi que de ses frères et sœurs et autres collatéraux, les mêmes droits qu'un enfant légitime » (art. 757). La question avait pu se poser de savoir si les textes généraux postérieurs – articles 334, al. 1, et 757 – n'avaient pas implicitement abrogé le texte spécial antérieur – art. 1527, al. 2 – en raison de leur incompatibilité. La réponse à cette question devait nécessairement être négative en application de l'adage *Legi speciali per generalem non derogatur*. En d'autres termes, le texte spécial antérieur ne pouvait être regardé comme ayant été abrogé par les textes généraux postérieurs ; ces derniers ne pouvaient ni déroger au texte spécial même antérieur ni avoir pour effet de modifier ce texte pour le mettre en conformité avec les nouvelles dispositions¹⁴⁹. Aujourd'hui, cette illustration n'a plus qu'un intérêt historique pour trois raisons. Premièrement, parce que la rédaction de l'article 1527, al. 2, a été modifiée par l'article 17 de la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 qui a substitué l'expression « *qui ne seraient pas issus des deux époux* » à « *d'un précédent mariage* ». Deuxièmement, parce que l'article 757 a été abrogé et remplacé par la loi précitée du 3 décembre 2001. Troisièmement, parce que l'article 334 a été également abrogé mais par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002.

- Le législateur a d'abord reconnu la liberté d'association aux syndicats – qui sont une variété d'association – dans la loi du 21 mars 1884, puis il a reconnu de manière générale cette liberté à toutes les associations dans la loi du 1^{er} juillet 1901. La loi de 1901 n'a pas abrogé, ni dérogé à la loi de 1884, ces deux lois coexistent : la seconde régit toutes les associations à l'exception des syndicats qui demeurent régis par la première.

- La loi du 5 juillet 1974 a fixé, de manière générale, l'âge de la majorité à dix huit ans¹⁵⁰. Mais il existait des textes antérieurs particuliers qui exigeaient un âge plus élevé que celui de la majorité notamment pour conduire des poids lourds¹⁵¹ ou acheter une arme d'une certaine catégorie¹⁵². La loi de 1974 a laissé subsister ces textes et n'a pas dérogé à ces textes.

- Le décret du 4 janvier 1955 opérant réforme générale du système français de publicité foncière n'a pas porté atteinte au régime particulier antérieur de publicité des donations de biens susceptibles d'hypothèques figurant aux articles 939 et suivants du Code civil.

37. Illustrations puisées dans la jurisprudence. L'analyse de la jurisprudence fait apparaître une kyrielle d'illustrations parmi lesquelles douze seront mises en exergue.

¹⁴⁹ V. sur ce dernier point Cass. civ. 1^{ère}, 8 juin 1982, *D.*, 1983, jur., p. 19, note M. BEAUBRUN ; *J.C.P. éd. G.*, 1983, II, 20018, obs. M. HENRY, qui en donnant la solution suivante aux faits litigieux : « *La loi du 3 janvier 1972, qui a expressément prévu dans le nouvel article 1098 du Code civil une règle particulière protectrice des enfants du premier lit, contre certaines dispositions faites au profit de son conjoint par un époux remarié n'a pas étendu au bénéfice des enfants naturels la protection assurée par l'article 1527, al. 2, du même code aux enfants nés d'un précédent mariage* », précise que « *ce texte spécial [art. 1527, al. 2], non modifié, déroge au principe posé par l'alinéa 1^{er} du même article, doit être considéré en tant que de besoin comme dérogeant à la disposition du nouvel article 334, alinéa 1^{er}, du Code civil* ».

¹⁵⁰ C. civ., anc. art. 488 ; nouv. art. 414.

¹⁵¹ C. de la route, art. R. 125.

¹⁵² Art. 19 et 22 du D. n° 73-364 du 12 mars 1973.

- Un pourvoi en cassation a été formé contre l'arrêt de la Cour royale d'Amiens ayant, le 20 août 1819, déclaré : « *Attendu que la loi du 10 vendémiaire an IV, concernant la responsabilité des communes, n'a été formellement abrogée par aucune loi postérieure, qu'elle ne peut être considérée comme remplacée par le Code civil*¹⁵³, *puisqu'il ne contient aucune disposition relative à la responsabilité des communes, et qu'au contraire, un avis du Conseil d'État du 5 floréal an XIII, postérieur à ce Code, indique des mesures pour l'application de cette loi, le cas échéant* ». L'auteur du pourvoi soutenait que « *le Code civil, liv. 3, tit. 4, chap. 2, offre un système complet en matière de responsabilité civile, à raison des délits et quasi-délits, dès lors toutes lois antérieures, sur la même matière, sont abrogées de plein droit* ». La Chambre des requêtes de la Cour de cassation a, le 24 avril 1821¹⁵⁴, rejeté le pourvoi au motif que : « *La loi du 10 vendémiaire an IV, sur la responsabilité civile des communes, à raison des dégâts commis par les habitants de ces communes, n'a été abrogée ni explicitement, ni implicitement par les dispositions générales du Code civil sur la responsabilité civile, ni par aucune loi ultérieure ; qu'ainsi l'on ne peut se dispenser de la considérer comme étant encore en vigueur* ».

- La Chambre criminelle de la Cour de cassation a, dans un arrêt rendu le 4 février 1898¹⁵⁵, considéré que : « *le paragraphe 2 du décret du 2 mars 1848 [texte spécial antérieur], qui abolit l'exploitation des ouvriers par des sous-entrepreneurs, et l'arrêté du 21 mars 1848 [texte spécial antérieur], qui réprime le délit de marchandage, sont encore en vigueur, comme n'ayant été abrogés, soit expressément, soit implicitement, par aucun texte de loi* » motif pris de ce que : « *l'abrogation ne saurait notamment s'induire de l'article 13 de la Constitution du 4 novembre 1848 [texte général postérieur], aux termes duquel la Constitution garantit aux citoyens la liberté du travail et de l'industrie ; que cet article 13 formule seulement une doctrine générale, empruntée à la loi du 2 mars 1791, mais qu'il n'a pas pour effet d'abroger des dispositions législatives spéciales, telles que les décret et arrêté de mars 1848, réglementant, dans l'intérêt de l'ouvrier, l'exercice de la liberté du travail* ».

- La Cour de cassation, dans un arrêt du 21 avril 1942¹⁵⁶, a considéré que devait « *être cassé le jugement qui ordonne la restitution des droits de mutation par décès perçus sur le capital d'une assurance sur la vie contractée par un mari*

¹⁵³ Pour la compréhension de la décision, nous rappellerons pour ceux qui ne le sauraient pas que le « *Code civil des Français* » a été adopté par la L. du 30 ventôse an XII (21 mars 1804).

¹⁵⁴ Cass. req., 24 avril 1821, S., 1822, 1, p. 27.

¹⁵⁵ Cass. crim., 4 février 1898, D.P., 1898, 1, p. 369, rapp. du conseiller ROULIER, note J. APPLETON ; S., 1899, 1, p. 249, note J.-A. ROUX. Une précision importante doit être faite à propos de cet arrêt. Il manque *a priori* une condition d'application de l'adage *Specialia...* envisagé sous l'angle particulier où la loi spéciale est antérieure à la loi générale, à savoir celle nécessitant des normes de même niveau hiérarchique. En vérité, il est au contraire permis de considérer, pour plusieurs raisons, qu'en l'espèce les normes en conflit sont au même rang. En premier lieu, à l'époque où cet arrêt est rendu, la hiérarchie des normes n'a pas encore été aussi bien structurée, stratifiée comme c'est le cas aujourd'hui. En second lieu, la Ch. crim. regroupe le décret et l'arrêté de 1848 sous les termes de « *dispositions législatives spéciales* » et affirme auparavant que « *les deux dispositions contenues dans le décret précité [de 1848] sont d'une égale importance et doivent avoir force de loi* », ce qui semblerait les mettre sur un pied d'égalité avec la loi constitutionnelle de 1848.

¹⁵⁶ Cass. civ., 21 avril 1942, D.A., 1942, jur., p. 127 ; S., 1944, 1, p. 49, obs. P. TIRLEMONT.

commun [en biens] et stipulée payable à sa veuve, par le motif que l'article 71 de la loi du 13 juillet 1930 [texte général postérieur] disposant que le bénéficiaire de l'assurance contractée par un époux commun en biens en faveur de son conjoint constitue un propre pour celui-ci, a abrogé l'article 6 de la loi du 21 juin 1875 [texte spécial antérieur] prévoyant que les sommes, rentes ou émoluments dus par l'assureur aux bénéficiaires à titre gratuit, en raison du décès de l'assuré, sont considérés, pour la perception du droit de mutation par décès, comme faisant partie de la succession de l'assuré, sous la réserve, le cas échéant, des droits de communauté ; alors qu'une loi d'ordre général et de pur droit privé ne saurait avoir pour effet d'abroger une loi fiscale à laquelle le législateur n'a pas manifesté son intention de porter atteinte et qui est limitée à la perception des droits de mutation par décès sur les émoluments qui adviennent, à titre gratuit, aux bénéficiaires des contrats d'assurance, à la suite du décès de l'assuré ».

- La 8^{ème} Chambre de la Cour d'appel de Paris a, sous la Présidence du magistrat Jean Mazeaud, rendu le 20 décembre 1960¹⁵⁷ un arrêt faisant – une fois n'est pas coutume – explicitement mention de l'application « *du principe legi speciali per generalem non derogatur* », pour décider que l'article 31 du Code de procédure civile – texte spécial antérieur – interdisant l'appel des jugements préparatoires rendus par le tribunal d'instance sauf après le jugement définitif sur le fond et conjointement avec l'appel de ce jugement n'a pas été abrogé implicitement par l'article 451 du même Code – texte général postérieur – prévoyant que tout jugement avant dire droit pourra être frappé d'appel avant le jugement définitif.

- La Chambre commerciale de la Cour de cassation a, dans un arrêt rendu le 5 juillet 1971¹⁵⁸, pour rejeter le pourvoi intenté contre l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 4 mars 1970¹⁵⁹, jugé que : « *l'article 38 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens [texte général postérieur] conférant au syndic le droit d'exiger la continuation des contrats en cours [quels qu'ils soient, ce qui inclut les contrats d'assurance] n'a pas eu pour effet d'abroger implicitement les dispositions spéciales au contrat d'assurance édictées par l'article 18, alinéa 1^{er},*

¹⁵⁷ Paris, 20 décembre 1960, *J.C.P. éd. G.*, 1961, II, 11929, obs. J. MAZEAUD ; S., 1961, jur., p. 186, note R. MEURISSE.

¹⁵⁸ Cass. com., 5 juillet 1971, *Bull. civ.*, IV, n° 188, p. 177 ; *D.*, 1972, jur., p. 135, note Cl.-J. BERR et H. GROUDEL ; *J.C.P. éd. G.*, 1971, II, 16877. Les annotateurs au *Dalloz* ont approuvé le raisonnement juridique tenu par la C. de cass. qui l'avait conduit à décider « *conformément aux principes généraux en matière de conflits de lois que l'article 18 n'avait pas été abrogé par la loi de 1967, la loi générale ne devant pas porter atteinte aux lois spéciales antérieures* ».

¹⁵⁹ Rennes, 4 mars 1970, *J.C.P. éd. G.*, 1971, II, 16659, obs. J. BIGOT. Pour décider qu'un assureur, qui a dénoncé la police avant l'expiration du délai de trois mois compté à partir de l'ouverture du règlement judiciaire, ne peut être contraint par le syndic à poursuivre les contrats qui le liaient jusqu'alors à son assuré en état de règlement judiciaire, la C.A. avait estimé que « *L'article 38 de la loi du 13 juillet 1967, qui n'a fait que reprendre les dispositions de l'article 151 du Code de commerce [...] n'introduit pas dans la loi une innovation de laquelle résulterait l'abrogation implicite de l'article 18 de la loi du 13 juillet 1930 dont la raison d'être, tenant à la nature des contrats qu'il vise, subsiste* ». Et le Professeur J. BIGOT de préciser : « *L'article 38 nouveau contient en effet, une disposition générale concernant l'exécution de l'ensemble des contrats en cours. L'article 18 contient une disposition spéciale concernant uniquement l'exécution d'un contrat particulier : le contrat d'assurance. Or "legi speciali per generalem non derogatur"* ». *Adde*, du même auteur, « *La réforme de la faillite et le droit de résiliation de l'assureur* », *J.C.P. éd. G.*, 1969, I, doct., 2268, spéc. n°s 8 à 12, qui discute du caractère incompatible et du caractère général et spécial des deux dispositions précitées.

de la loi du 13 juillet 1930 [texte spécial antérieur] qui donnent à l'assureur, en cas de faillite ou de règlement judiciaire de l'assuré, le droit de résilier le contrat d'assurance pendant un délai de trois mois à partir de l'ouverture de la faillite ou du règlement judiciaire ».

- Cette même Chambre de la Cour de cassation, dans deux arrêts rendus le 24 juin 1980¹⁶⁰, a admis que « l'article 108, alinéa 1^{er}, du décret du 22 décembre 1967, qui prévoit une forme particulière de l'appel des décisions rendues en application de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967, n'est pas en contradiction ni incompatible avec la réglementation générale instituée par les articles 901 et suivants [relatifs à la forme de l'appel] du nouveau Code de procédure civile [issus du décret du 5 décembre 1975] et dès lors cet article n'a pas été abrogé par des dispositions nouvelles ».

- Dans le même sens, le Tribunal de Grande Instance de Bastia, saisi à propos de la perception d'une taxe additionnelle au prix des billets d'entrée dans les manifestations sportives en Corse, a déclaré le 21 octobre 1982¹⁶¹ que l'article 21 de la loi de finances pour 1976 (Loi du 31 décembre 1975 ; devenu l'article 1621 bis du Code général des impôts) prévoyant la perception de ladite taxe était inopérant sur cette île car l'article 16 du décret impérial du 24 avril 1811 supprime la perception des impôts indirects sur l'île natale de l'Empereur, motif pris de ce qu'en l'absence de dispositions expresses, le texte général postérieur créant la taxe additionnelle ne saurait ni abroger le texte spécial antérieur contraire, ni déroger au régime exceptionnel établi par le décret¹⁶².

- Restons sur l'île de Beauté, en évoquant l'arrêt de la Chambre commerciale et financière de la Cour de cassation qui a approuvé, de manière éloquente, un jugement en ces termes : « ayant énoncé à bon droit que la loi générale ne déroge pas à la loi spéciale et retenu qu'aucune disposition législative n'est venue apporter une modification expresse ou une abrogation, fût-elle implicite, du régime spécial institué par l'arrêté du 21 prairial an IX pour déterminer la valeur des immeubles situés en Corse, taxable au titre des successions, le Tribunal qui déclare ce texte applicable ne peut se voir reproché d'avoir violé l'article 761 du Code général des impôts »¹⁶³.

- Quelques années plus tard, ce fut au tour de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 22 décembre 1988¹⁶⁴, de considérer, à propos d'une personne qui avait été blessée par un parent proche dans un accident de la circulation intervenu au cours de l'exécution d'un contrat d'entraide agricole, que « l'article 20 de la loi spéciale du 8 août 1962 [sur l'entraide agricole], lequel n'a été abrogé, ni expressément, ni tacitement par la loi générale du 5 juillet 1985 [ayant pour objet l'indemnisation des victimes d'accidents impliquant un véhicule

¹⁶⁰ Cass. com., 24 juin 1980 (2 arrêts), *Bull. civ.*, IV, n° 271 et n° 272, p. 218.

¹⁶¹ T.G.I. de Bastia., 21 octobre 1982, *D.*, 1984, I.R., p. 181, obs. J.-L. LENCLOS.

¹⁶² Une difficulté subsiste dans cette décision quant à la question de savoir si la condition, envisagée plus haut, d'identité de valeur juridique des textes, était en l'espèce remplie. En effet, un décret fut-il impérial, est-il hiérarchiquement au même niveau que la loi ? Au regard de la nature particulière du décret et de la solution retenue dans le jugement, nous le présumerons.

¹⁶³ Cass. com., 4 décembre 1984, *Bull. civ.*, IV, n° 330, p. 268. V. exactement dans le même sens, Cass. com., 28 janvier 1992, *Bull. civ.*, III, n° 43, p. 33.

¹⁶⁴ Cass. Ass. plén., 22 décembre 1988, *Bull. civ.*, Ass. plén., n° 9, p. 13.

terrestre à moteur], *exclut toute action de droit commun du prestataire, victime d'un accident du travail, à l'encontre du bénéficiaire de l'entraide agricole* ». En d'autres termes, le Cour de cassation a écarté l'application de la loi générale nouvelle.

- Au début des années 1990, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a donné raison à une cour d'appel qui avait déclaré prescrite l'action en responsabilité civile extracontractuelle intentée devant le juge civil par la victime deux ans après les faits constitutifs d'une infraction d'injure non publique, au motif qu' : « *en édictant le principe général suivant lequel l'action en responsabilité civile, fondée sur une faute constitutive d'une infraction pénale, se prescrit selon les règles du droit civil, l'article 10, alinéa 1^{er}, du Code de procédure pénale [issu de la loi du 23 décembre 1980 réformant le délai de prescription de l'action civile] laisse subsister la disposition spéciale de l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 [sur la presse] prévoyant une prescription de trois mois* »¹⁶⁵.

- Il ne faut pas oublier de citer la jurisprudence du Conseil d'État¹⁶⁶. Celui-ci a, le 8 janvier 1997¹⁶⁷, considéré que « *ni l'article 132-12 du nouveau Code pénal, issu de quatre lois du 22 juillet 1992 et entré en vigueur le 1^{er} mars 1994, disposant qu' « aucune peine ne peut être appliquée si la juridiction ne l'a expressément prononcée », ni l'article 132-21 de ce code, prévoyant que « l'interdiction de tout ou partie des droits civiques, civils et de famille, mentionnés à l'article 131-26 ne peut, nonobstant toute disposition contraire, résulter de plein droit d'une condamnation pénale* » [textes généraux postérieurs], *n'ont eu pour objet ou pour effet de supprimer les régimes particuliers d'incapacité résultant de décisions rendues par des juridictions non répressives* », en l'espèce le régime particulier prévu par l'article 202 du Code électoral [texte spécial antérieur], aux termes duquel « *conformément à l'article 194 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, sont inéligibles les personnes physiques à l'égard desquelles la liquidation judiciaire, la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer prévue par l'article 192 de la loi précitée a été prononcée* ».

- Le dernier exemple que l'on citera est également tiré d'un arrêt du Conseil d'État qui a, le 24 juin 2002¹⁶⁸, décidé que « *les dispositions de l'article 2 de la loi du 3 février 1953 [texte spécial antérieur], qui a soustrait les fonctionnaires des corps du service de documentation extérieure et de contre-espionnage, auquel a succédé la direction générale de la sécurité extérieure, aux dispositions de la loi du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires, n'ont fait l'objet d'aucune abrogation expresse et ne sauraient être regardées comme ayant été implicitement abrogées par l'intervention de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ou de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État* [textes généraux postérieurs]».

¹⁶⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 17 février 1993, *Bull. civ.*, II, n° 66, p. 36 ; *D.*, 1994, som. com., n° 19, p. 19, obs. É. FORTIS.

¹⁶⁶ V. déjà l'arrêt : C.E., Sect., 22 janvier 1965, (Secrétaire d'État au budget contre Demoiselle Bertin), *Lebon*, p. 43.

¹⁶⁷ C.E., 3^{ème} et 5^{ème} Sous-sect. réunies, 8 janvier 1997, (Tapie), *Lebon*, p. 9.

¹⁶⁸ C.E., 24 juin 2002, (Ministre de la défense contre Wolny), *Lebon*, p. 608.

Néanmoins, cette solution ne saurait jouer systématiquement¹⁶⁹. La solution dépendra là encore en grande partie de l'intention de l'auteur du texte qui a peut-être, au contraire, entendu abroger le texte spécial ancien¹⁷⁰.

38. Justification de l'effet dérogoire. La raison classique¹⁷¹ de ces solutions tient à une présomption de meilleure adaptation du texte spécial au cas particulier en cause que le texte général¹⁷², étant précisé que si l'auteur du texte a pris le soin de mettre au point une solution particulière pour une situation donnée, c'est pour fournir un règlement juridique « *sur mesure* »¹⁷³. À cela s'ajoute le fait que ces solutions s'expliquent comme « *répondant à un vœu implicite* »¹⁷⁴ de l'auteur du texte – dès lors que l'on présume la rationalité de celui-ci –, en ce que le texte spécial qui est à la fois mieux défini et plus nettement délimité que le texte général mérite d'être appliqué à sa place car, « *à défaut, la loi nouvelle spéciale, ne parviendrait pas à la vie juridique, puisqu'elle ne trouverait aucun terrain sur lequel s'exercer* »¹⁷⁵. Cette analyse conduit alors à faire de l'adage *Specialia generalibus derogant* un instrument juridique qui ne serait pas uniquement un critère objectif mais un instrument qui serait également un critère subjectif intentionnel.

¹⁶⁹ En ce sens, LARROUMET (Ch.), *op. cit.*, spéc. p. 142, n° 235, *in fine*.

¹⁷⁰ V. COLIN (A.) et CAPITANT (H.), par JULLIOT DE LA MORANDIERE (L.), *op. cit.*, spéc. pp. 216-217, n° 364, qui, envisageant le cas d'une loi nouvelle posant un principe général contraire aux règles posées par la loi spéciale antérieure, décidaient qu'« il y avait lieu d'interpréter la volonté du législateur. *Il faudra rechercher si le législateur, en posant un principe général, a voulu abroger les cas antérieurs particuliers qui sont maintenant contraires à ce principe, ou si, tout en posant un principe général contraire, il a voulu maintenir à titre d'exception, les cas particuliers qui existaient antérieurement. On ne peut pas dire par avance ce qu'il faut décider. Il faut, pour chaque loi de ce genre, regarder quelle est, dans le cas, la volonté du législateur* ». Pour une illustration jurisprudentielle se référant aux travaux préparatoires d'une loi, v. Trib. civ. Dunkerque, 28 février 1901, *D.P.*, 1901, 2, p. 397, qui a considéré que l'art. 1^{er} de la L. du 30 janv. 1893, intitulée « *loi sur la marine marchande* », qui porte la définition générale suivante : « *La navigation marchande se divise en navigation au longs cours, au cabotage international et au cabotage français... sont réputés voyages au cabotage français, ceux qui se font de ports français à ports français, y compris ceux de l'Algérie* », n'a pas abrogé implicitement la législation antérieure spéciale sur le cabotage maritime et le cabotage en douane, car décider le contraire en donnant une interprétation étendue de la L. de 1893 serait notamment « *contraire à la pensée du législateur telle qu'elle s'est manifestée à maintes reprises dans les travaux préparatoires* ».

¹⁷¹ Une autre raison « *plus audacieuse* » a pu être proposée par BOBBIO (N.), « Des critères pour résoudre les antinomies », dans *Les antinomies en droit*, préc., p. 237, spéc. p. 249. Elle consiste à justifier la primauté du texte spécial sur le texte général en renvoyant à l'idéal de justice distributive caractérisé par l'exigence d'équité – telle que l'exprime la fameuse formule *Suum cuique tribuere* – imposant un traitement différent pour chaque individu.

¹⁷² En ce sens, v. CARBONNIER (J.), *Introduction*, préc., spéc. pp. 199-200, n° 107, selon lequel : « *La présomption est que, lorsque le législateur concentre son attention sur une matière plus étroite, c'est qu'il lui attribue plus d'importance. Logiquement, l'interprète devra la faire prévaloir si elle entre en contradiction avec une autre loi, plus générale, donc plus vague : la loi spéciale est la plus énergique, étant la mieux définie* ».

¹⁷³ SAINTOURENS (B.), *op. cit.*, spéc. p. 157, n° 103 et pp. 176-177, n° 121.

¹⁷⁴ GASSIN (R.), art. préc., spéc. p. 91, n° 2. Comp. avec BUSSY-DUNAUD (F.), *op. cit.*, spéc. p. 271, n° 572 : « *la règle specialia generalibus derogant constitue une règle d'interprétation de la volonté présumée du législateur : lorsque ce dernier édicte des dispositions spécifiques pour régir une situation particulière, il est censé avoir eu l'intention de soustraire cette situation à l'application de la règle générale à laquelle elle aurait été soumise en leur absence* ».

¹⁷⁵ ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.*, v° *Specialia*..., p. 845, n° 418.

L'avantage de l'adage *Specialia generalibus derogant* est donc d'empêcher que le recours à un texte général n'aboutisse à tourner les dispositions d'un texte spécial édictées pour régir une situation particulière. Cependant, cet adage a pour inconvénient de ne pas pouvoir être modulé en fonction du contenu respectif des textes : que le texte général soit ou non plus favorable à une catégorie de personnes déterminées, son exercice est indifféremment exclu. Cet inconvénient a conduit une partie de la doctrine à critiquer l'opportunité du recours à cet adage en estimant que lorsque le texte spécial est soumis à des conditions d'exercice plus souples que le texte général, l'intéressé doit avoir la faculté de renoncer au régime de protection institué en sa faveur par le premier¹⁷⁶.

39. Effets différents. En tout état de cause, le texte général quel que soit le moment de son intervention n'est abrogé en aucun cas à la différence de ce qui se passe pour le texte antérieur en application de l'adage *Lex posterior derogat priori*.

B. L'effet abrogatoire de l'adage *Lex posterior derogat priori*

40. Définition de l'abrogation. L'application de l'adage *Lex posterior derogat priori* conduit à l'abrogation¹⁷⁷ du texte ancien par le nouveau texte, c'est-à-dire à l'abolition ou à la disparition du texte ancien de la « *circulation juridique* »¹⁷⁸, pour l'avenir seulement¹⁷⁹ et sans rétroactivité¹⁸⁰. Concrètement, le texte nouveau

¹⁷⁶ V. par ex. LARROUMET (Ch.), notes sous Cass. civ. 2^{ème}, 25 janvier 1984, préc., spéc. p. 244 ; et sous Cass. civ. 3^{ème}, 8 mars 1978, *D.*, 1978, jur., p. 641, spéc. p. 644, qui, à propos d'un arrêt ayant retenu – sur le fondement de l'art. 1384, al. 1^{er}, du C. civ. et non sur celui des troubles anormaux de voisinage – la responsabilité civile d'un entrepreneur pour les nuisances sonores causées aux habitants des immeubles voisins du fait du comportement anormal des engins de chantier, justifie cette solution de la manière suivante : « *dès lors qu'une responsabilité de droit commun, ce qui est le cas de celle que l'on fait reposer sur l'article 1384, alinéa 1^{er}, n'est pas plus favorable aux victimes qu'une responsabilité spéciale, il doit être permis à celles-ci d'invoquer le régime général plutôt que le régime spécial instauré pour une meilleure protection de leurs intérêts. La règle specialia generalibus derogant n'a pas une portée absolue* ».

¹⁷⁷ Rapp. d'une autre expression latine : *Lex posterior contraria abrogat* (la loi postérieure abroge celles qui lui sont contraires) citée par ROLAND (H.), *Lexique juridique. Expressions latines*, Litec, collection Objectif-Droit, 4^{ème} éd., 2006, spéc. p. 184. *Adde*, sur l'origine du terme abrogation, PLANIOL (M.), *op. cit.*, spéc. p. 87, n° 226 : « *Le mot abrogation est emprunté aux habitudes romaines. Quand la loi était votée par les comices, sa proposition s'appelait rogatio, son abolition abrogatio : "Lex aut rogatur, id est fertur, aut abrogatur, id est prior lex tollitur" (Ulpian, Regulae, 3)* ».

¹⁷⁸ SOURIOUX (J.-L.), *Introduction au droit*, P.U.F., coll. Droit fondamental, 2^{ème} éd., 1990, spéc. p. 176, n° 129.

¹⁷⁹ V., s'agissant d'une abrogation expresse, C.E., 13 novembre 1964, (Ministre de l'Intérieur contre Livet), *Lebon*, p. 534. V., s'agissant d'une abrogation implicite, Cass. civ. 2^{ème}, 27 avril 1988, *Bull. civ.*, II, n° 101, p. 52 ; *D.*, 1988, I.R., p. 133 ; *J.C.P. éd. G.*, 1988, IV, p. 229 ; où la 2^{ème} Ch. civ. de la C. de cass. a cassé l'arrêt rendu par la C.A. de Paris, qui avait admis une abrogation implicite rétroactive d'un texte en l'absence de dispositions expresse, en déclarant un conducteur d'automobile non assuré – d'où l'intervention du Fonds de garantie automobile – seul responsable des dommages subis par le propriétaire de cette automobile, passager du véhicule au moment de l'accident survenu en 1980, au motif que les art. 1 à 6 de la L. du 5 juillet 1985, applicables aux instances en cours et prévoyant que les victimes d'accidents de la circulation sont indemnisées des dommages résultant des atteintes à leur personne, à l'exception des seuls conducteurs, avaient abrogé rétroactivement et implicitement l'art. R. 420-2 du C. des ass., dans sa rédaction antérieure au D. du 9 juin 1983, prévoyant en sens contraire que les propriétaires de véhicules sont exclus du bénéfice du Fonds de garantie automobile ; alors qu'« *en*

vient retirer toute valeur normative au texte antérieur¹⁸¹. Une fois le nouveau texte en vigueur, l'ancien ne s'impose plus à personne : la population n'aura plus à s'y soumettre, l'Administration n'aura plus à l'appliquer¹⁸² et le juge n'aura plus à le faire respecter. L'image classique de l'abrogation est donc celle d'une « *technique de « mise à mort » d'un acte juridique* »¹⁸³. Mais comme l'écrit avec une certaine retenue le Professeur Jacques Moreau, lorsqu'elle est implicite, l'image changerait et l'abrogation deviendrait un « *processus de substitution d'un régime juridique à un autre* »¹⁸⁴.

41. Définition de l'abrogation implicite. L'abrogation résultant de l'application de l'adage *Lex posterior derogat priori* est qualifiée d'implicite¹⁸⁵ ou de tacite¹⁸⁶ parce qu'elle joue lorsque le texte nouveau ne contient pas de disposition

l'absence de volonté contraire expressément affirmée, la loi ne produit effet que pour l'avenir ». Même si en l'espèce il s'agissait plus de la question de l'abrogation implicite résultant de l'application de la hiérarchie des normes que de celle de l'abrogation implicite résultant de l'application de l'adage *Lex...*, il semblerait qu'il soit permis d'étendre la solution de cet arrêt consistant à refuser l'abrogation rétroactive implicite à l'étendue de l'effet abrogatoire de l'adage sus-mentionné.

¹⁸⁰ Cette solution n'est pas toujours aussi évidente. En effet, comme l'écrivait B. OPPETIT « *abroger un texte rétroactif revient à lui ôter son caractère rétroactif, donc à le priver d'effets pour le passé, si bien que le texte abrogatoire serait lui-même rétroactif par ricochet, pourrait-on dire, sans l'être lui-même directement* » (art. préc., spéc. n° 11). Il faut préciser qu'en matière pénale ce n'est pas l'application de l'adage *Lex...* qui peut conduire à l'abrogation rétroactive implicite du texte ancien par le nouveau texte et par conséquent à l'application de ce dernier, même en l'absence de disposition expresse et en l'absence de disposition contraire expresse, mais c'est en vertu de la règle d'exception dite de la rétroactivité in mitius selon laquelle certaines lois pénales nouvelles, parce qu'elles diminuent la peine encourue par le délinquant ou parce qu'elles suppriment une incrimination, vont s'appliquer non seulement aux infractions commises postérieurement à son entrée en vigueur mais aussi aux infractions commises antérieurement à son entrée en vigueur à condition que le délinquant n'ait pas été définitivement condamné par le juge pour ces infractions (C. pénal, art. L. 112-1, al. 3).

¹⁸¹ En ce sens, v. PLANIOL (M.), *op. cit.*, spéc. p. 87, n° 226 : « *Abroger une loi, c'est lui retirer sa force obligatoire* ».

¹⁸² V. C.E., Sect., 16 février 1962, (Consorts Bertholet), *Lebon*, p. 109, qui indique qu'une fois le texte antérieur abrogé par un texte postérieur, le texte abrogé ne peut plus être appliqué ni, comme en l'espèce, servir de base à un autre acte. Et si c'était le cas, l'acte pris en application d'un texte abrogé, fût-ce implicitement, serait illégal : C.E., 9^{ème} et 10^{ème} Sous-sect. réunies, 2 février 2004, (Époux Abdallah), *Lebon*, p. 15.

¹⁸³ MOREAU (J.), art. préc., spéc. concl.

¹⁸⁴ *Idem*. En ce sens, v. C.E., 7 novembre 1962, (Sieur Verrando), *Lebon*, p. 593, qui relève que les dispositions du décret du 22 octobre 1955, fixant les règles générales de construction applicables aux bâtiments d'habitation, « *se substituent de plein droit aux dispositions contraires ou divergentes des règlements départementaux ou communaux* ».

¹⁸⁵ V. en ce sens CORNU (G.), *Introduction*, préc., spéc. p. 192, n° 359 ; MOREAU (J.), art. préc. ; et TERRE (F.), *op. cit.*, spéc. p. 414, n° 486, qui, depuis la 7^{ème} éd. du Précis Dalloz, emploie l'expression d'« *abrogation implicite* » alors que dans la 6^{ème} éd. du même ouvrage (spéc. p. 391, n° 388) il utilisait celle d'« *abrogation tacite* ». Pour cet auteur, l'abrogation implicite est celle qui « *ne résulte pas d'un texte exprès, mais d'une diversité de circonstances qui peuvent la rendre nécessaire et expliquer son mécanisme* ». Ce changement, qui n'est pas neutre, s'appuie notamment sur le fait que les adages que nous étudions sont de moins en moins mentionnés par la doctrine et par la jurisprudence qui préfèrent employer l'expression plus large d'abrogation implicite, l'effet prenant alors l'ascendant sur la cause ou plus exactement sur l'une des causes.

¹⁸⁶ La majorité des auteurs préférant utiliser l'expression d'abrogation tacite à celle d'abrogation implicite. V. par ex. MAZEAUD (H.), MAZEAUD (L.) et MAZEAUD (J.) par CHABAS (F.), *op. cit.*, spéc. p. 141, n° 83 ; et ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Introduction au droit*, préc., spéc. p. 138, n° 388. *Adde*

spéciale prévoyant l'abrogation expresse du texte ancien. En d'autres termes, l'abrogation d'un texte est expresse lorsque le texte nouveau contient une formule indiquant, d'une manière formelle, le texte ancien qui doit disparaître pour l'avenir et laisser la place au texte nouveau¹⁸⁷. Ce qui signifie que le texte nouveau qui se borne à énoncer, selon les cas, « sont abrogées toutes les dispositions contraires à la présente loi » ou « au présent décret » n'est pas un cas d'abrogation expresse car « *le fait que ne soit pas connue la liste des textes contraires au nouveau incline fortement à qualifier cette hypothèse d'exemple d'abrogation implicite* »¹⁸⁸. Encore faut-il que soient réunies toutes les conditions d'application¹⁸⁹ de l'adage *Lex posterior derogat priori* et notamment que les dispositions nouvelles soient inconciliables avec les dispositions antérieures, car l'abrogation ne se présume pas¹⁹⁰. Au contraire, on peut donc dire que l'adage *Lex posterior derogat priori*

GODE (P.), *Volonté et manifestations tacites*, th. droit privé, Lille II, P.U.F., coll. Trav. et rech. de l'Univ. de Lille, 1977, préf. de J. PATARIN, spéc. p. 24 et p. 25, n° 14, pour lequel il faut parler « *de manifestation tacite dans tous les cas où la volonté ne sera révélée par d'autres moyens que les langages. L'on parle aussi souvent de manifestations ou de volontés implicites. Mais il ne s'agit là que d'une catégorie particulière de manifestations tacites : celles qui révèlent un état psychique tout entier contenu dans une autre volonté, elle-même manifestée, soit expressément soit tacitement* ».

¹⁸⁷ L'exemple le plus connu – parce que l'abrogation opérée était colossale – d'abrogation expresse est tiré de l'art. 7 de la L. du 30 ventôse an XII, portant promulgation du C. civ. et abrogation du droit antérieur, qualifié d'Ancien droit, aux termes duquel : « *à compter du jour où ces lois seront exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière, dans les matières qui forment l'objet desdites lois composant le présent code* ». Une disposition similaire fut insérée à l'art. 1041 du C. de proc. civ. anc., prévoyant qu'à compter de l'entrée en vigueur dudit Code – fixée le 1^{er} juillet 1807 –, « *toutes lois, coutumes, usages et règlements relatifs à la procédure civile, seront abrogés* ». Quant au C. de com., l'art. 2 de la L. du 15 sept. 1807 disposait que : « *à compter dudit jour, toutes les anciennes lois touchant les matières commerciales sur lesquelles il est statué par ledit Code sont abrogées* ». De même, la L. n° 74-631 du 5 juillet 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité a, dans son art. 11, expressément abrogé toutes les dispositions légales antérieures qui l'avaient fixé à vingt et un ans : « *Dans toutes les dispositions légales où l'exercice d'un droit civil est subordonné à une condition d'âge de vingt et un ans, cet âge est remplacé par celui de dix-huit ans* ». Enfin, l'art. 6 de l'Ord. n° 2004-164 du 20 fév. 2004, relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs, dispose que « *Sont abrogés : la loi du 12 vendémiaire an IV qui détermine un mode pour l'envoi et la publication des lois ; l'ordonnance royale du 27 novembre 1816 concernant la promulgation des lois et ordonnances ; l'ordonnance royale du 18 janvier 1817 additionnelle à celle du 27 novembre 1816 concernant la publication des lois et ordonnances ; le décret du 5 novembre 1870 relatif à la publication des lois et des décrets ; la loi du 19 avril 1930 substituant l'insertion au Journal officiel à l'insertion au Bulletin des lois dans tous les cas où elle est prévue par les textes législatifs et réglementaires et supprimant le Bulletin des lois* ». Ces textes anciens n'ayant pas disparus par désuétude.

¹⁸⁸ MOREAU (J.), art. préc., spéc. A) de la 1^{re} partie. Dans le même sens, v. en jurispr. : C.E., Ass., 21 octobre 1966, (Ministre des Armées contre S.N.C.F.), *D.*, 1967, jur., p. 164, concl. M. BAUDOUIN, qui, après avoir relevé que l'art. 77 de la L. du 28 oct. 1946 prévoit que « *sont abrogées toutes les dispositions contraires à la présente loi* », considère que la L. du 3 mai 1921 a été implicitement abrogée par la L. de 1946 dans la mesure où elles ont le même champ d'application en ce qu'elles visent les dommages matériels résultant d'explosions de substances utilisées pour les besoins de la Défense nationale ; C.E., 10 janvier 1968, (Sieur Daspre), *Lebon*, p. 37 ; et C.E., 8 mars 1989, (Richer), *Lebon*, p. 475.

¹⁸⁹ V. *supra* notre 1^{re} partie.

¹⁹⁰ V. not. Cass. crim., 31 janvier 1873, *Bull. crim.*, n° 31, p. 57 : « *Attendu que l'abrogation tacite ne se présume pas ; que, pour qu'une loi ou un règlement soit considéré comme abrogé par une disposition postérieure, il faut qu'il y ait impossibilité absolue de concilier la disposition ancienne avec la nouvelle* ». V. égal. Cass. crim., 15 janvier 1948, *Bull. crim.*, n° 13, p. 18 ainsi que Cass. crim., 6 mai 1949, *Bull. crim.*, n° 161, p. 258, où la C. de cass. a, à chaque fois, affirmé avec soin dans un de ses

vient renverser la présomption de compatibilité des textes¹⁹¹ ou la présomption de survivance du texte ancien¹⁹² résultant de l'absence d'abrogation expresse.

À cet égard, l'adage *Lex posterior derogat priori* n'entraîne pas l'abrogation tacite des dispositions du décret-loi du 30 octobre 1935 relatives au chèque du seul fait qu'elles ont échappé en l'an 2000 à la codification à droit constant du nouveau Code de commerce¹⁹³. Cela s'explique parce qu'il manque une condition d'application de cet adage : l'incompatibilité des textes¹⁹⁴ ; ce qui est corroboré par le fait que les dispositions relatives au chèque figurent dans le Code monétaire et financier.

En matière civile, la Cour de cassation, dans des arrêts cités plus haut¹⁹⁵, avait d'abord admis en 1940¹⁹⁶ que : « toute loi nouvelle dont l'exécution est inconciliable avec une loi ancienne abroge tacitement celle-ci », puis avait confirmé cette solution en 1972¹⁹⁷ en faisant application du texte le plus récent.

Dans le même sens, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a appliqué, sans le dire, l'adage *Lex posterior derogat priori*, dans quatre arrêts en

attendus : « [...] que l'abrogation ne se présume pas, qu'elle ne peut résulter que d'un texte formel, ou de dispositions nouvelles inconciliables avec les dispositions antérieures ». V. enfin BOURGEON, rapp. sous Cass. crim., 8 novembre 1918, S., 1920, 1, p. 377, spéc. p. 381, 1^{ère} col., qui écrivait que « l'abrogation d'un texte législatif ne se présume pas, et on ne saurait y conclure par voie de simples déductions. Cette abrogation ne peut résulter que d'une disposition certaine et incontestable d'une loi nouvelle, disposition formelle, déclarant expressément que le texte ancien a cessé d'exister : c'est l'abrogation expresse, ou pour le moins d'une disposition nouvelle, nettement et absolument incompatible avec le texte qu'elle exclut, et dans les limites étroites de cette incompatibilité : c'est l'abrogation tacite ».

¹⁹¹ V. GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.) et FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, spéc. p. 323, n° 356, qui affirment qu'« en l'absence d'abrogation expresse il faut présumer que les lois sont compatibles et préciser leurs domaines respectifs ». En ce sens, v. not. Cass. civ. 1^{ère}, 26 novembre 1985, *Bull. civ.*, I, n° 318, p. 281, où la C. de cass. a estimé que : « le décret du 28 septembre 1981, qui n'a fait que modifier un précédent décret du 2 avril 1980, qui avait lui-même instauré de nouvelles modalités de la formation professionnelle et du C.A.P.A., n'est pas incompatible avec les dispositions de l'article 44-1 du décret du 9 juin 1972, qui a dispensé de cette formation et de ce certificat les conseils juridiques ayant exercé leurs fonctions pendant cinq ans au moins ; à défaut de disposition expresse, ledit article 44-1 n'a donc pas été abrogé par le décret du 2 avril 1980 tel que modifié par le décret du 28 septembre 1981 ».

¹⁹² V. LIENHARD (A.) et RONDEY (C.), « Incidences juridiques et pratiques des codifications à droit constant (À propos du nouveau code de commerce) », *D.*, 2000, chron., p. 521, spéc. p. 523. V. déjà en ce sens BOURGEON, rapp. sous Cass. crim., 8 novembre 1918, préc., spéc. p. 382, 2^{ème} col. : « La volonté du législateur d'abroger la loi antérieure doit, pour le juge, apparaître absolue et certaine ; dans l'hésitation ou le doute, son devoir strict est de se prononcer pour la survivance du texte prétendu abrogé ». Comp. avec ODENT (R.), *Contentieux administratif*, Dalloz, Hors coll., t. I, fasc. 1 à 3, 2007, préf. de R. DENOIX DE SAINT MARC, spéc. p. 335, qui parle de « principe de pérennité » pour signifier que « les lois et les décrets s'appliquent aussi longtemps qu'ils n'ont pas été abrogés ». Rapp. de Cass. req., 4 avril 1887, *D.P.*, 1888, 1, p. 406 : « Une loi ou un décret ne cessant d'être en vigueur que lorsqu'il est abrogé par une nouvelle loi ou un nouveau décret [...] » ; et de C.E., Sect., 4 décembre 1964, (Ministre de l'Industrie contre Syndicat de défense des intérêts des quartiers des Arciveaux et autres), *Lebon*, p. 614 : les dispositions du D. du 1^{er} avril 1939, pris en vertu de la L. d'habilitation du 19 mars 1939, « n'ont fait l'objet d'aucune abrogation expresse ou implicite ; elles demeurent donc en vigueur ».

¹⁹³ En ce sens, v. BUREAU (D.) et MOLFESSIS (N.), « Le nouveau code de commerce ? Une mystification », *D.*, 2001, chron., p. 361, spéc. p. 365, n° 12 ; mais surtout LIENHARD (A.) et RONDEY (C.), art. préc., spéc. p. 523.

¹⁹⁴ V. *supra*, n°s 15 et s.

¹⁹⁵ V. *supra*, n° 21.

¹⁹⁶ Cass. civ., 23 mai 1940, S., 1940, 1, p. 56.

¹⁹⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 11 juillet 1972, *Bull. civ.*, I, n° 180, p. 157.

date du 21 mai 1992¹⁹⁸, en décidant qu'« *il résulte des dispositions combinées des articles 98 de la loi du 29 décembre 1989 et 23 de la loi du 12 juillet 1990 [textes postérieurs], prises en conformité de la directive communautaire du 24 juin 1988, qu'en soumettant désormais à une simple déclaration les transferts de sommes, titres ou valeurs vers l'étranger ou en provenance de l'étranger, le législateur a rétabli la liberté des relations financières, dont le principe est affirmé à l'article 1^{er} de la loi du 28 décembre 1966 demeurée en vigueur ; par voie de conséquence sont devenues incompatibles avec ce principe [et tacitement abrogées] toutes dispositions antérieures ayant édicté des restrictions, tels les décrets pris sur le fondement de l'article 3 de la loi précitée [de 1966] ainsi que l'article 24-II de la loi du 8 juillet 1987 [textes antérieurs] ».*

Enfin, saisi d'une demande d'avis sur la question de savoir si l'article L. 58 du Code des pensions civiles et militaires de retraite, prévoyant la suspension du droit à l'obtention ou à la jouissance de la pension et de la rente viagère d'invalidité en cas de condamnation à une peine afflictive ou infamante pendant la durée de la peine, avait été implicitement abrogé par le nouveau Code pénal, issu de la loi n° 92-683 du 22 juillet 1992 modifiée par la loi n° 93-913 du 19 juillet 1993 et entré en vigueur le 1^{er} mars 1994, qui a supprimé la qualification de peines afflictives et infamantes appliquée aux peines criminelles par les articles 6, 7 et 8 de l'ancien Code pénal, le Conseil d'État a fait usage sans l'énoncer de l'adage *Lex posterior derogat priori* pour considérer que « *l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal a privé d'effet la disposition précitée de l'article L. 58 du Code des pensions civiles et militaires de retraite* »¹⁹⁹.

42. Justification de l'abrogation implicite. Cette solution qui fait prévaloir le texte nouveau s'explique dans la mesure où celui-ci est présumé être meilleur que le précédent²⁰⁰ et est supposé « *réaliser un progrès du droit* »²⁰¹. Admettre la solution contraire conduirait systématiquement à rendre l'œuvre du législateur inutile²⁰². C'est donc une solution de raison²⁰³ mais aussi une solution d'évidence – si tant est que la raison et l'évidence soient, si l'on peut dire, incompatibles ! –

¹⁹⁸ Cass. crim., 21 mai 1992 (4 arrêts), *Bull. crim.*, n° 203, p. 557 ; *J.C.P. éd. G.*, 1993, II, 21985, p. 27, note J. PANNIER.

¹⁹⁹ C.E., Avis, 2 avril 2003, (Sarrat), *Lebon*, p. 164. V. déjà dans le même sens : C.E., 17 juin 1966, (Ringebach), *Lebon*, p. 863 ; et C.E., Sect., 24 novembre 1967, (Dame veuve Martin et autres), *Lebon*, p. 440.

²⁰⁰ V. CARBONNIER (J.), *Introduction*, préc., spéc. p. 229, n° 127 ; et TERRE (F.), *op. cit.*, spéc. p. 397, n° 486.

²⁰¹ ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.*, v° *Lex...*, p. 388, n° 202. Cette affirmation doit néanmoins être nuancée. Le nouveau vaut-il toujours mieux que l'ancien ? La tradition doit-elle céder devant la nouveauté ? Nous n'en sommes pas entièrement convaincus.

²⁰² Dans ce sens, v. PLANIOL (M.), *op. cit.*, spéc. p. 87, n° 228 : « *A moins d'admettre que le législateur a fait une œuvre inutile, il faut bien considérer les règles anciennes comme abrogées, puisqu'elles sont contraires aux règles nouvelles, et que les unes et les autres ne peuvent pas recevoir en même temps leur exécution* ».

²⁰³ En ce sens, v. BAUDRY LACANTINERIE (G.), *op. cit.*, spéc. p. 26, n° 43 : « *L'abrogation tacite est fondée sur cette règle de raison, que lorsque le législateur a manifesté successivement deux volontés différentes, c'est la plus récente qui doit prévaloir. Tel est le sens de l'adage Lex posterior derogat priori* ».

fondée sur le fait que « *le passé peut être aboli par l'avenir, mais le phénomène inverse serait inconcevable* »²⁰⁴. Ce sont pour ces raisons que les Professeurs Henri Roland et Laurent Boyer soutiennent qu'« *il y a superfétation de la part des rédacteurs de nos lois modernes à inscrire dans un article final la formule habituelle : "toutes dispositions antérieures contraires à la présente loi sont abrogées"* »²⁰⁵.

43. Effet immédiat ou différé de l'abrogation implicite. En règle générale, le texte ancien implicitement abrogé disparaît immédiatement c'est-à-dire dès l'entrée en vigueur du texte nouveau²⁰⁶, ce qui signifie que jusque là le texte ancien demeure applicable²⁰⁷. Cependant, l'abrogation implicite n'est pas toujours immédiate et peut être différée.

L'effet abrogatoire de l'adage *Lex posterior derogat priori* est différé d'une part lorsque l'entrée en vigueur du texte abrogatoire est soumise au respect d'une condition. Ainsi, le Conseil d'État a, le 20 décembre 1974²⁰⁸, considéré que les dispositions de la loi du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires, n'ont pas implicitement abrogées les dispositions contraires prévues par le décret du 15 avril 1910 modifié par le décret du 25 septembre 1952, dans la mesure où l'entrée en vigueur des dispositions nouvelles était subordonnée à la publication d'un décret qui n'avait pas encore été pris. Ainsi encore, le Conseil d'État a, le 29 décembre 1989²⁰⁹, décidé que l'article 6 de la loi du 26 janvier 1984, portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, prévoyant que les statuts particuliers, ayant notamment pour objet de déterminer les règles de recrutement, de

²⁰⁴ JOSSERAND (L.), *op. cit.*, spéc. p. 57, n° 76.

²⁰⁵ ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Introduction au droit*, préc., spéc. p. 138, n° 388. Dans le même sens, v. déjà COLIN (A.) et CAPITANT (H.), par JULLIOT DE LA MORANDIERE (L.), *op. cit.*, spéc. p. 216, n° 363 ; et PLANIOL (M.), *op. cit.*, spéc. p. 87, n° 228.

²⁰⁶ En ce sens, v. C.E., 29 janvier 1975, (Sieur Emery), *Lebon*, p. 59, qui, après avoir constaté que l'art. 8 du D. du 22 nov. 1967, portant réglementation du logement et de l'ameublement des magistrats et des fonctionnaires de l'État en service dans les territoires d'outre-mer, a abrogé implicitement le D. du 17 août 1944 en ce qu'il contient des dispositions contraires au décret de 1967, a considéré que l'abrogation a pris effet immédiatement – l'entrée en vigueur de l'art. 8 du décret n'ayant pas été retardée – même si certaines dispositions du décret de 1967 ne sont pas entrées en vigueur immédiatement, en l'absence d'arrêts opposables aux intéressés, dans la mesure où « *il n'existe aucun caractère indivisible entre les différents articles de ce texte réglementaire* ».

²⁰⁷ En ce sens, v. C.E., Ass., 16 avril 1943, (Sieur Lanquetot), *Lebon*, p. 100 : « *d'après le décret-loi du 5 novembre 1870, les lois ne deviennent obligatoires qu'un jour franc après la publication au Journal officiel ou après l'arrivée dudit Journal officiel au chef-lieu de l'arrondissement ; en conséquence, les textes qu'elles abrogent demeurent en vigueur jusqu'à l'expiration de ce délai* ».

²⁰⁸ C.E., 20 décembre 1974, (Sieur Violette), *Lebon*, p. 647. Dans le même sens, v. C.E., Ass., 5 mai 1961, (Sieur Ruais), *Lebon*, p. 299 ; et C.E., Sect., 8 novembre 1963, (Sieurs Le Fay et Denis), *Lebon*, p. 540. Dans le même sens, mais sans que l'on sache s'il s'agit d'une abrogation implicite ou bien expresse, v. C.E., 30 avril 1931, (Sieur Philip), *Lebon*, p. 454 ; C.E., Sect., 17 avril 1953, (Société des Papeteries Boucher), *Lebon*, p. 171 ; et C.E., 21 décembre 1966, (Sieur Moreau), *Lebon*, p. 674. Dans le même sens, mais s'agissant cette fois d'une abrogation expresse, voir C.E., 27 juin 1973, (Société Delom et C^{ie}), *Lebon*, p. 446. Comp. enfin avec C.E., Sect., 2 juin 1961, (S.A.R.L. Braux, Moulle et C^{ie}), *Lebon*, p. 359, qui indique que lorsque l'entrée en vigueur d'un texte est subordonnée à la constitution d'un organisme collectif, les textes antérieurs abrogés par le nouveau texte restent en vigueur jusqu'à ce que l'organisme collectif soit constitué et ses membres nommés.

²⁰⁹ C.E., 29 décembre 1989, (Département du Val-de-Marne), *Lebon*, p. 475.

déroulement de carrière et de rémunération applicables à l'ensemble des agents titulaires de la fonction publique territoriale, sont établis par décret en Conseil d'État, « *a implicitement abrogé, à compter de la date d'intervention desdits statuts particuliers, en ce qui concerne les fonctionnaires relevant desdits statuts, les dispositions de l'article 45, al. 3, de la loi du 10 août 1871 aux termes desquelles "le conseil général détermine les conditions auxquelles seront tenus de satisfaire les candidats aux fonctions rétribuées exclusivement sur les fonds départementaux et les règles des concours d'après lesquelles les nominations devront être faites"* ». Ces solutions jurisprudentielles ont reçu il y a peu de temps, d'une certaine manière, une consécration par l'Ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004, relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs, inscrivant à l'article 1^{er} du Code civil la formule suivante : « *L'entrée en vigueur [des dispositions législatives] dont l'exécution nécessite des mesures d'application est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures* ».

L'effet abrogatoire de l'adage *Lex posterior derogat priori* est différé d'autre part à l'égard des situations juridiques contractuelles en cours d'exécution au moment de l'abrogation. L'effet abrogatoire de l'adage *Lex posterior derogat priori* opère – comme en cas d'abrogation expresse – immédiatement à l'égard des situations qui se créeront à partir de la date d'abrogation du texte ancien par le nouveau. Toutefois, cet effet est différé à l'extinction des situations juridiques contractuelles en cours au moment de l'abrogation. En d'autres termes, les relations juridiques établies par des actes juridiques privés, qui sont en cours d'exécution au moment où l'abrogation du texte ancien par le texte nouveau se produit, restent régies par le texte ancien. Cette survie du texte abrogé constitue un principe, dont la création est à attribuer à la jurisprudence²¹⁰, qui se rencontre à propos des situations juridiques contractuelles qui s'échelonnent sur une longue durée – par exemple : le contrat de mariage, le contrat de travail, le contrat de bail à usage d'habitation, etc. – mais souffre de plus en plus d'exceptions²¹¹, étant précisé que le juge administratif admet plus facilement que le juge judiciaire l'application directe de la loi aux contrats en cours²¹². La raison d'être de cette règle trouve sa source non seulement dans le respect de la sécurité juridique²¹³ mais encore dans le respect de la liberté

²¹⁰ Voir Cass. com., 15 juin 1962, *Bull. civ.*, III, n° 313, p. 258 ; Cass. civ. 3^{ème}, 3 juillet 1979, *Bull. civ.*, III, n° 149, p. 115 ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 1982, *Bull. civ.*, I, n° 156, p. 139 ; et Cass. civ. 1^{ère}, 18 avril 1989, *Bull. civ.*, I, n° 160.

²¹¹ La règle de la survie du texte ancien comporte une exception au nom de l'ordre public. Il arrive parfois que le caractère d'ordre public de la loi nouvelle conduise à l'application immédiate de la loi nouvelle aux contrats en cours d'exécution primant ainsi l'exigence de sécurité juridique à condition qu'il existe de très bonnes raisons d'écarter la survie de la loi ancienne : c'est le cas, par exemple, des lois nouvelles poursuivant des buts économiques ou sociaux telles que les lois sociales qui s'appliquent immédiatement aux contrats de travail en cours d'exécution parce qu'elles accordent des droits nouveaux aux salariés.

²¹² V. BERGEAL (C.), *Rédiger un texte normatif. Loi, décret, arrêté, circulaire...*, Berger-Levrault, coll. Le point sur, 6^{ème} éd., 2008, préf. de Renaud DENOIX DE SAINT MARC, spéc. p. 214, n° 185.

²¹³ Eu égard à la règle de la survie de la loi ancienne, la sécurité juridique a pour objectif d'assurer la stabilité des relations contractuelles, la prévisibilité contractuelle de l'avenir, la sécurité des transactions c'est-à-dire la confiance qui réside dans la fidélité à la parole donnée. En d'autres termes, la sécurité est un impératif qui permet de maintenir la paix sociale mais c'est aussi la garantie de la confiance, qui est essentielle au développement du crédit qui est à la base de la prospérité.

contractuelle²¹⁴ consistant ici à ne pas déjouer les prévisions des contractants qui sont fonction de la législation applicable aux effets du contrat²¹⁵. Mais cette règle présente, selon les Professeurs Henri Roland et Laurent Boyer, « *un inconvénient considérable : elle compromet l'unité nécessaire de la législation. Si les situations préexistantes restaient régies par la législation ancienne alors que les situations nouvelles seraient gouvernées par la législation nouvelle, on aboutirait à créer une disparité de statut entre des personnes placées dans le même état juridique [...] ce qui serait incompatible avec le principe de généralité de la loi et celui d'égalité de tous devant la loi* »²¹⁶.

44. Effet total ou partiel de l'abrogation implicite. L'étendue de l'abrogation dépend foncièrement de l'étendue de l'incompatibilité²¹⁷. En d'autres termes, « *l'abrogation tacite n'opère que dans la mesure du strict minimum, c'est-à-dire de la contrariété entre les deux textes ; la loi ancienne subsiste dans la mesure où elle n'est pas contredite par la loi nouvelle* »²¹⁸. Dès lors, si l'incompatibilité entre les deux textes n'est que partielle, le texte ancien est simplement amputé de la partie de son contenu qui provoque cette incompatibilité. À titre d'illustration, l'on cite généralement – même si c'est à tort²¹⁹ – un vieil arrêt de la Chambre criminelle qui a affirmé que : « *L'article 68 de la loi du 29 juillet 1881, qui a abrogé les lois et règlements relatifs à l'affichage, a fait disparaître la disposition de l'article 3 du décret du 25 août 1852, qui astreint l'afficheur à inscrire sur chaque exemplaire de l'affiche le numéro du permis délivré par l'autorité municipale. Mais il a laissé subsister la disposition finale du même article qui, dans un intérêt purement fiscal, prescrit l'inscription d'un numéro d'ordre sur chaque exemplaire*

²¹⁴ La liberté contractuelle est un principe juridique, que certains ont étroitement lié à la théorie de l'autonomie de la volonté, qui s'exprime essentiellement quant au fond à travers la liberté de contracter ou de ne pas contracter, de choisir librement son cocontractant, de déterminer librement le contenu du contrat ; et quant à la forme à travers le principe du consensualisme, c'est-à-dire de l'absence de formalisme. En ce sens, v. not. TERRE (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 10^{ème} éd., 2009, spéc. pp. 31 et 32, n° 24.

²¹⁵ V. AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (É.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, coll. Université, 12^{ème} éd., 2008, spéc. p. 95, n° 106, écrivant : « [...] pour ce qui est du contrat stricto sensu, la solution concorde avec sa fonction stabilisatrice, effet obligatoire et fixateur d'une situation pour l'avenir ».

²¹⁶ ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Introduction au droit*, préc., spéc. p. 221, n° 625.

²¹⁷ En ce sens, v. BEIGNIER (B.) et BLERY (C.), *op. cit.*, spéc. p. 191, n° 131 : « *Le principe est que, dans le silence de la loi nouvelle, seules sont abrogées les dispositions anciennes qui sont incompatibles avec les dispositions nouvelles* ».

²¹⁸ JOSSERAND (L.), *op. cit.*, spéc. p. 57, n° 76.

²¹⁹ Il nous semble en effet que la C. de cass. ne fait pas application de l'adage *Legi... ou Generalia...* dont le but est de résoudre l'incompatibilité provenant de dispositions textuelles contradictoires de valeur égale parce qu'en l'espèce les deux dispositions ne sont pas au même rang dans la hiérarchie des normes et surtout ne sont pas vraiment inconciliables dans la mesure où, comme le dit elle-même la Cour, « *la disposition finale de l'article 3 du décret de 1852 [...] n'a aucun rapport avec la liberté de l'affichage et ne constitue pas une mesure préventive, elle a pour but de faciliter la surveillance des agents chargés de constater les infractions édictées par le décret précité, et par conséquent, d'assurer la répression de la fraude ; [...] [alors que] le but unique de l'article 68 de la loi de 1881 est d'établir la liberté de l'affichage et de faire disparaître toutes les lois et tous les règlements de nature à mettre obstacle à l'exercice de cette liberté* ».

de l'affiche au moment où il est placardé »²²⁰. La Haute Juridiction de l'ordre administratif s'est également prononcée sur cette question dans un arrêt du 13 mai 1949²²¹ en décidant que « si la disposition [de l'article 3 du décret du 29 décembre 1854] exigeant l'approbation du ministre de l'Intérieur doit être regardée comme ayant été implicitement abrogée par le décret du 10 septembre 1926, il ressort de l'article 3 [du décret précité], dont les prescriptions, sur ce point, n'ont pas cessé d'être applicables que [...] ». Enfin, plus récemment, la décision du Conseil d'État rendue le 23 novembre 2005²²² met en évidence l'affirmation selon laquelle l'abrogation implicite peut n'être que partielle en ce qu'elle a en l'occurrence des effets limités dans son champ d'application *ratione personae*²²³. En l'espèce, les juges ont constaté l'abrogation implicite de la loi du 30 décembre 1921 dite loi « Roustan », relative au rapprochement des conjoints, par les dispositions de l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984 prévoyant également le rapprochement des conjoints, mais uniquement en ce qu'elle concerne les fonctionnaires de l'État régis par la loi de 1984. Les juges n'ont donc pas remis en cause l'application de la loi Roustan aux militaires et aux agents appartenant à la fonction publique hospitalière.

45. Conséquences de l'abrogation implicite sur les textes d'application.

L'effet abrogatoire de l'adage *Lex posterior derogat priori* opère directement à l'égard du texte ancien, mais se pose la question de savoir si les textes pris pour l'application du texte tacitement abrogé – par exemple les décrets d'application des lois abrogées – survivent ou non à cette abrogation.

A priori, le lien de dépendance qui unit incontestablement le texte pris pour l'application du texte abrogé et le texte abrogé lui-même, caractérisant une relation d'accessoire à principal, devrait avoir pour conséquence la non survivance du texte pris pour l'application du texte qui a été abrogé. Autrement dit, « quand l'abrogation tacite porte sur une disposition principale, celle-ci entraîne dans sa chute toutes les dispositions qui en dépendent »²²⁴.

Mais la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui a eu à connaître de cette question à de nombreuses reprises – les accusés et les prévenus souhaitant ainsi échapper à des sanctions pénales – a répondu à la question posée ci-dessus, par

²²⁰ Cass. crim., 1^{er} mai 1885, *D.P.*, 1885, 1, p. 430. Pour un autre exemple d'abrogation implicite partielle sans respecter la condition d'identité de valeur juridique des textes, v. C.E., 3 juillet 1959, (Fédération des syndicats des marins), *Lebon*, p. 433.

²²¹ C.E., Ass., 13 mai 1949, (Sieur Couvrat), *Lebon*, p. 216. Dans le même sens, v. C.E., Sect., 5 mai 1967, (Conseil national de l'Ordre des médecins, Union syndicale des médecins de France et Union pour l'avenir de la médecine), *Lebon*, p. 192.

²²² C.E., Sect., 23 novembre 2005, (Mme Baux), *Lebon*, p. 726 ; *A.J.D.A.*, 2006/7, 20 fév. 2006, p. 357, obs. C. LANDAIS et F. LENICA ; *R.F.D.A.*, 2006/1, p. 32, concl. R. KELLER.

²²³ V. égal. C.E., Sect., 7 juillet 1967, (Élections municipales de Guagno), *Lebon*, p. 303.

²²⁴ PLANIOL (M.), *op. cit.*, spéc. p. 87, n° 228. Comp. avec C.E., 29 juin 1983, (Forest), *Lebon*, p. 279, qui a considéré que la L. n° 74-630 du 4 juillet 1974, qui a eu pour effet notamment de substituer, dans la définition du journaliste professionnel énoncée à l'art. L. 761-2 du C. du trav. tel qu'il résultait de la L. du 29 mars 1935 relative au statut professionnel des journalistes, l'expression « qui en tire le principal de ses ressources » à l'expression « qui en tire le principal des ressources nécessaires à son existence », et ce afin d'exclure toute condition relative à un montant minimum de ressource, a abrogé implicitement l'art. R. 761-8, 5°, du C. du trav., issu du D. n° 73-1048 du 15 nov. 1973, en tant qu'il subordonne à une telle condition la délivrance de la carte de journaliste professionnel.

l'affirmative, en ces termes : « *les arrêtés ou règlements légalement pris par l'autorité compétente revêtent un caractère de permanence qui les fait survivre aux lois dont ils portent application, tant qu'ils n'ont pas été rapportés ou qu'ils ne sont pas devenus inconciliables avec les règles fixées par une législation nouvelle* »²²⁵. Cela signifie que si le texte d'application ancien n'est pas incompatible avec le texte nouveau, il restera en vigueur²²⁶. Dans ce cas, il – s'agissant d'un décret d'application – pourra même servir le texte nouveau – par exemple une loi – en lui permettant d'entrer en vigueur²²⁷. Nous pouvons aller plus loin en écrivant que le texte d'application ancien restera également en vigueur quand bien même il serait incompatible avec le texte nouveau dès lors et tant que celui-ci n'est pas entré en vigueur²²⁸.

Cette solution jurisprudentielle, pour laquelle « *on présume que le législateur a entendu maintenir d'une façon tacite l'habilitation qu'il avait donnée aux détenteurs du pouvoir réglementaire pour prendre les décrets ou arrêtés nécessaires* »²²⁹, peut raisonnablement être étendue à toutes les matières²³⁰. Elle renforce d'ailleurs la condition relative à l'identité de valeur juridique des textes. Celle-ci prend toute son importance dans cette situation²³¹ puisque l'abrogation est subordonnée au parallélisme des compétences²³², c'est-à-dire qu'en principe seule

²²⁵ V. Cass. crim., 20 mai 1887, *Bull. crim.*, n° 202, p. 312, où la Ch. crim. a exprimé, semble-t-il, pour la première fois ce principe ; puis dans Cass. crim., 21 janvier 1944, *Bull. crim.*, n° 27, p. 43 ; Cass. crim., 16 octobre 1958, *Bull. crim.*, n° 635, p. 1126 ; Cass. crim., 4 mai 1976, *Bull. crim.*, n° 140, p. 343 ; Cass. crim., 23 juin 1993, *Bull. crim.*, n° 221, p. 556 ; Cass. crim., 4 mai 1995, *D.*, 1995, I.R., p. 181 ; Cass. crim., 20 décembre 1995, *Bull. crim.*, n° 395, p. 1152 ; et Cass. crim., 16 octobre 1996, *Bull. crim.*, n° 367, p. 1075.

²²⁶ En ce sens, v. ODENT (R.), *op. cit.*, spéc. p. 339 : « *l'abrogation d'un texte législatif ou réglementaire ne rend pas nécessairement caduques toutes les dispositions prises pour leur application : c'est surtout vrai pour les lois : afin d'éviter qu'il ne se crée un vide juridique leur abrogation est, chaque fois que cela est possible, interprétée comme laissant subsister la réglementation prise sur le fondement du texte ancien jusqu'à l'entrée en vigueur de la réglementation établie pour l'application et sur le fondement du texte nouveau* ».

²²⁷ En ce sens BERGÉAL (C.), *op. cit.*, spéc. p. 66, n° 49.

²²⁸ V. C.E., Ass., 16 avril 1943, (Sieur Lanquetot), préc. ; Cass. crim., 2 mai 1963, *Bull. crim.*, n° 163, p. 331 ; et C.E., Sect., 12 mars 1971, (Société Schering-France), *Lebon*, p. 212.

²²⁹ MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, Cujas, t. I, *Problèmes généraux de la science criminelle*, 6^{ème} éd., 1984, spéc. p. 280, n° 202 *in fine*.

²³⁰ En faveur d'une extension de cette solution au droit commercial, v. LIENHARD (A.) et RONDEY (C.), art. préc., spéc. pp. 524 et 525. Pour des applications de cette solution à des matières autres que le droit pénal, v. not. C.E., 11 février 1907, 2^{ème} esp., (Ministre de l'agriculture contre Jacquin et autres), *D.P.*, 1908, 3, p. 92 ; C.E., 19 mai 1950, (Marcetteau), *Lebon*, p. 711 ; Aix, 14 juin 1955, *J.C.P. éd. G.*, 1955, II, 8817, obs. G. VEDEL : « *aux termes d'une jurisprudence constante, les règlements pris en vertu d'une loi abrogée subsistent par suite du caractère de permanence que leur a donné l'autorité compétente, et ils ne sont privés de toute force juridique que dans leurs dispositions inconciliables avec la loi nouvelle* ».

²³¹ V. C.E., 13 avril 1992, (Département d'Ille-et-Vilaine et autres), *Lebon*, p. 725, où l'abrogation implicite d'une loi par une loi postérieure n'a pas eu pour effet d'abroger le décret pris pour l'application de la première car un second décret est intervenu postérieurement à cette seconde loi pour réaliser cette abrogation elle aussi implicite. Comp., s'agissant d'un acte réglementaire pris en application d'une loi par la suite abrogée, avec C.A.A. Lyon, Plénière, 16 février 1993 (S.A.R.L. Scierie Dubot et fils), *Lebon*, p. 594.

²³² V. C.E., Sect., 30 septembre 2005, (Ilouane), *Lebon*, p. 402 : « *Considérant qu'en principe l'autorité administrative compétente pour modifier, abroger ou retirer un acte administratif est celle qui, à la date de la modification, de l'abrogation ou du retrait, est compétente pour prendre cet acte* ».

l'autorité normative qui avait posé précédemment une règle est compétente pour l'abroger²³³ comme l'affirme pour la loi l'adage *Cujus est condere legem ejus est abrogare*²³⁴. Ainsi le texte qui abroge doit avoir la même valeur juridique que le texte abrogé : seule une loi postérieure peut abroger une loi antérieure ayant le même caractère juridique²³⁵, seul un décret postérieur peut abroger un décret antérieur ayant le même caractère juridique²³⁶, seul un arrêté ministériel postérieur peut abroger un arrêté ministériel antérieur²³⁷, etc.

46. Abrogations successives. Une dernière difficulté doit être envisagée en cas d'abrogations successives. Au vu de l'intitulé de cette étude, la difficulté peut être posée sous forme de deux questions de la manière suivante : lorsqu'un texte a été tacitement abrogé en application de l'adage *Lex posterior derogat priori*, l'effet abrogatoire de cet adage est-il ou non définitif ou juridiquement irrévocable ? L'abrogation – en application de l'adage *Lex posterior derogat priori*²³⁸ – d'un texte

²³³ V. les obs. générales de MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *op. cit.*, spéc. p. 195 et p. 196, n° 563 : « le droit d'abroger les lois n'appartient qu'au pouvoir qui a le droit de légiférer : *cujus est condere legem ejus est abrogare* (celui qui a le pouvoir de faire la loi a celui de l'abroger). Par conséquent, un décret ne peut abroger une loi : il y a une « hiérarchie » entre les normes ». Dans le même sens, v. les obs. particulières à la matière pénale de MERLE (R.) et VITU (A.), *op. cit.*, spéc. p. 278, n° 202. V., pour une illustration jurisprudentielle, Cass. crim., 11 février 1976, *Bull. crim.*, n° 55, p. 130 : « l'article 173 du Livre II du Code du travail, dans sa rédaction résultant de la loi du 5 juillet 1972, instituait et réprimait un délit. Dès lors ce texte, de caractère législatif, n'a pu être valablement abrogé par un décret [en date du 24 oct. 1972] ayant eu pour objet de modifier certaines dispositions relatives à des pénalités conventionnelles ».

²³⁴ « À qui a le pouvoir de faire la loi, le pouvoir de l'abroger », trad. de ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.*, v° *Cujus est condere legem ejus est abrogare*, spéc. p. 126, n° 68. V. égal. JOUANNEAU (A.), *op. cit.*, v° *Cujus est...*, spéc. p. 85, n° 675, et v° *Lex lege tollitur*, spéc. p. 223, n° 2052, signifiant « Une loi est abrogée par une autre loi ».

²³⁵ V. C.E., Ass., 13 mai 1949, (Sieur Bourgoïn), *Lebon*, p. 214 : « Considérant que l'article 101 de la loi du 19 décembre 1926, qui dispose que pour l'avenir sans limitation de durée, n'a été abrogé expressément ou implicitement par aucune disposition législative ; que, dès lors, il doit être regardé comme étant toujours en vigueur » ; et C.E., Sect., 27 janvier 1950, (Sieur Ducasse), *Lebon*, p. 61, qui a décidé qu'une disposition législative ne pouvait être abrogée que par une loi ou par un texte ayant « valeur législative », en l'espèce un décret-loi.

²³⁶ V. C.E., Sect., 30 juillet 1949, (Sieur Bertin), *Lebon*, p. 415 ; C.E., Sect., 17 juillet 1950, (Sieur Delteil), *Lebon*, p. 440 ; C.E., 6 novembre 1953, (Association générale des administrateurs civils), *Lebon*, p. 471 ; C.E., 25 juin 1954, (Syndicat national de la meunerie à seigle), *D.*, 1954, jur., p. 49, concl. J. DONNEDIEU DE VABRES ; C.E., 14 février 1964, (Société d'oxygène et d'acétylène d'Extrême Orient), *Lebon*, p. 107.

²³⁷ C.E., 13 mai 1949, (Fédération nationale de l'industrie hôtelière de France et d'outre-mer), *Lebon*, p. 222.

²³⁸ S'il s'agit non pas d'une abrogation tacite mais d'une abrogation expresse d'un texte portant lui-même abrogation, deux hypothèses doivent être distinguées. Premièrement, l'abrogation expresse du texte abrogatoire prévoit expressément le rétablissement ou le non-rétablissement du texte abrogé par ce dernier. Dans ce cas, les choses sont simples, comme en témoigne un exemple ancien. La L. du 27 juillet 1884 (loi Naquet) qui a abrogé la L. du 8 mai 1816 (loi de Bonald) qui abolissait le divorce autorisé par le Code Napoléon commence en disant que « La loi du 8 mars 1816 est abrogée. Les dispositions du Code civil abrogées par cette loi sont rétablies, à l'exception de celles qui sont relatives au divorce par consentement mutuel [...] ». Deuxièmement, l'abrogation expresse du texte abrogatoire ne dit pas si le texte abrogé par ce dernier est ou non rétabli. Dans ce cas, les choses sont complexes et la solution à retenir sera similaire à celle où l'abrogation du texte abrogatoire est tacite.

portant lui-même abrogation expresse ou tacite fait-elle ou non revivre le texte abrogé ?

Il est à noter d'abord avant de tenter de répondre à ces questions que les auteurs qui se sont intéressés aux adages *Lex posterior derogat priori* et *Specialia generalibus derogant* se sont rarement posés ces questions, ensuite que ceux qui l'ont fait y ont rarement répondu²³⁹ principalement en raison du fait que la jurisprudence n'a pas eu souvent l'occasion de trancher de telles questions et lorsqu'elle l'a fait elle a rendu des solutions – si l'on ose dire – contradictoires.

Un premier élément de réponse peut être trouvé à la lecture d'un arrêt datant du milieu du XIX^{ème} siècle dans lequel la Cour de cassation a considéré que « *L'abrogation prononcée par le décret du 6 mars 1848, de la loi du 9 septembre 1835, qui, tout en limitant l'étendue de la réponse faite à un article de journal au double de la longueur de cet article, permettait à l'auteur de la réponse d'en exiger l'insertion intégrale, en payant les frais de l'excédant, a remis en vigueur la loi du 25 mars 1822, qui fixait le même maximum sans accorder cette dernière faculté* »²⁴⁰. Dans le même sens mais plus récemment, les juges de la Cour d'appel de Paris ont, dans une décision déjà citée du 20 décembre 1960²⁴¹, été amenés à relever que l'article 31 du Code de procédure civile ancien – texte antérieur – qui avait été abrogé tacitement par l'article 453 du même Code – texte postérieur – était revenu à la vie parce que ce dernier texte avait lui-même fait l'objet quelques temps après d'une abrogation expresse par l'article 13 du décret du 22 décembre 1958. Mais cette décision – bien que rendue sous la présidence de Jean Mazeaud et dont les observations à la *Semaine juridique*²⁴² expliquent clairement la solution – ne semble pas avoir été confirmée par la jurisprudence ultérieure²⁴³ et en l'occurrence celle de la Cour de cassation. Au contraire, la Chambre sociale a, le 16 mai 1979²⁴⁴, estimé

²³⁹ V. toutefois ODENT (R.), *op. cit.*, spéc. p. 339 : « *l'une des premières conséquences de [l'abrogation] est qu'elle remet en vigueur les textes que le texte abrogé avait lui-même abrogés* ». Contra AUBY (J.-M.), art. préc., spéc. p. 136 ; BACH (L.), art. préc., spéc. p. 35, n° 252 ; BERGEAL (C.), *op. cit.*, spéc. p. 67, n° 51, pour qui « *abrogation sur abrogation ne vaut. L'abrogation d'une loi ou d'un décret, qui avait abrogé un texte, n'a pas pour conséquence de faire revivre ce dernier* » ; et ROLAND (H.), *Lexique juridique*, préc., spéc. p. 2, qui mentionne l'expression : *Abrogata lege abrogante non revivescit lex abrogata* (L'abrogation de la loi abrogeante ne fait pas revivre la loi abrogée).

²⁴⁰ Cass. crim., 8 février 1850, *D.P.*, 1850, 1, p. 69.

²⁴¹ Paris, 20 décembre 1960, *J.C.P. éd. G.*, 1961, II, 11929, obs. J. MAZEAUD ; S., 1961, jur., p. 186, note R. MEURISSE.

²⁴² MAZEAUD (J.), obs. au *J.C.P. éd. G.*, 1961, II, 11929, qui affirme au soutien de cette solution qu'« *Il est de principe que la loi ancienne abrogée reprend vie lorsque la loi incompatible avec le maintien du texte antérieur fait elle-même l'objet d'une abrogation ; ce principe est admis en jurisprudence, en doctrine, et paraît être approuvé par le législateur* ». Pour des remarques critiques de cette solution, v. R. MEURISSE, note sous Paris, 20 décembre 1960, préc., spéc. p. 187.

²⁴³ V. toutefois en doct. et à titre comparatif, MOYSAN (H.), « Les incertitudes de l'établissement de la loi applicable. L'exemple d'une abrogation « indirecte » », *J.C.P. éd. G.*, 2004, Actualité, 556, p. 2003, qui donne un exemple récent d'une abrogation expresse d'un texte ayant modifié un texte antérieur et conduisant au rétablissement dans sa rédaction originelle de ce texte. Concrètement, le D. n° 2004-1044 du 4 oct. 2004, prescrivant que « *le décret-loi du 6 mai 1939 relatif au contrôle de la presse étrangère est abrogé* », a abrogé expressément l'art. 1^{er} dudit décret-loi, qui avait modifié l'art. 14 de la L. du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse, et a rétabli, sans aucun doute possible, ce texte dans sa rédaction originelle. À travers cet exemple, l'auteur relève surtout que l'abrogation directe d'un texte ayant modifié un texte antérieur conduit à l'abrogation indirecte de la modification du texte antérieur.

²⁴⁴ Cass. soc., 16 mai 1979, *Bull. civ.*, V, n° 421, p. 305.

que « l'article 11 de la loi du 21 avril 1898 prévoyant un recours de droit commun de la victime d'un accident de travail maritime ou de ses ayants droit contre l'armateur en cas de faute lourde de celui-ci, a été abrogé par l'article 11 de la loi du 29 décembre 1905, les règles différentes édictées par ces textes ne pouvant recevoir immédiatement application. Et l'abrogation de l'article 11 de la loi du 29 décembre 1905 par le troisième alinéa de l'article 51 du décret-loi du 17 juin 1938 n'a pu avoir pour effet, à elle seule, de remettre en vigueur l'article 11 de la loi du 21 avril 1898, le maintien de ce texte étant d'ailleurs inconciliable avec l'article 20 du décret-loi du 17 juin 1938, modifié par le décret 56-162 du 28 juin 1956, selon lequel la victime d'un accident de travail maritime ne peut exercer de recours selon le droit commun contre l'auteur de l'accident que si celui-ci n'est ni l'employeur ni l'un de ses préposés ». En vérité, ces deux dernières décisions de justice ne sont pas entièrement contradictoires. Elles peuvent être conciliées en partie au regard de la volonté de l'auteur du texte abrogeant le texte abrogatoire dans la mesure où dans la première affaire le texte abrogé avait repris vie parce que le législateur avait manifesté sa volonté dans le sens de la survivance de ce texte²⁴⁵ et dans la seconde affaire le texte abrogé n'avait pas repris vie parce qu'à l'opposé le législateur avait manifesté sa volonté dans le sens de l'extinction définitive de ce texte²⁴⁶. En tout état de cause, ce critère tiré de la volonté de l'auteur du texte abrogeant le texte abrogatoire ne sera pas toujours efficace notamment lorsque l'intention de l'auteur quant à la résurrection ou non du texte abrogé ne parvient pas à être déterminée.

En définitive, bien que les réponses aux questions posées au début de ce paragraphe soient, comme on vient de le voir, incertaines et controversées, il ressort clairement de la décision de la Chambre sociale que le principe n'est plus, comme ce fut le cas pendant longtemps, celui du retour à la vie du texte ancien abrogé, sauf manifestation de volonté contraire de l'auteur du texte, lorsque le texte incompatible avec le maintien du texte antérieur fait lui-même l'objet d'une abrogation, mais le principe inverse selon lequel : « le texte abrogé ne peut en principe, et à défaut de stipulation législative particulière, redevenir en vigueur du seul fait de l'abrogation ultérieure du texte qui l'avait abrogé »²⁴⁷. Ce changement de principe nous paraît regrettable dans la mesure où il opère en apparence une clarification et une simplification du droit applicable qui risque en réalité de déboucher bien souvent sur un *vacuum juris*, dont le droit a horreur, ou, du moins, de créer des lacunes dans l'ordonnement juridique.

47. Conclusion. Pour conclure, qu'il nous soit permis de formuler une mise en garde et des mises au point.

Les adages *Lex posterior derogat priori* et *Specialia generalibus derogant* sont à manier avec précaution. À première vue, ils apparaissent commodes, approximatifs et inoffensifs. Pourtant, leur invocation rituelle leur donne une fausse impression de simplicité qui est démentie par la rigueur de leurs conditions d'application.

²⁴⁵ V. en ce sens les obs. de J. MAZEAUD sous Paris, 20 décembre 1960, préc., spéc. le c. du B. de la II^{ème} partie.

²⁴⁶ V. l'attendu préc. *in fine*.

²⁴⁷ Cass. soc., 16 mai 1979, préc.

Plus que de simples directives ou des techniques traditionnelles – parce que d’origine coutumière et non consacrées par les textes – d’interprétation des textes – entendu au sens étroit de détermination du sens d’un texte²⁴⁸ – ces adages constituent à dire vrai « *des règles de conflit intéressant la structure de l’ordre juridique* »²⁴⁹ dans la mesure où ils ordonnent les rapports respectifs entre les textes en assignant à chacun sa place à l’égard de l’autre²⁵⁰. Ce sont ensuite des règles subsidiaires qui fournissent des solutions aux cas qui n’ont pas été directement envisagés. Ce sont également des critères objectifs²⁵¹ parce qu’ils ne sont pas fondés en principe sur la volonté subjective de l’auteur d’un texte même si leur application nécessite dans certains cas une appréciation – qui sera toujours plus ou moins exacte et fidèle – de la réalité juridique. Ce sont aussi des critères généraux parce qu’ils ne sont pas cantonnés à un domaine d’application particulier, mais sont au contraire d’application régulière et pluridisciplinaire. Ce sont encore des instruments juridiques, dotés d’une certaine force normative, qui permettent de résoudre une difficulté juridique en s’appuyant sur la logique et la raison²⁵². Ils contraignent plus le juge à un choix qu’ils n’orientent le choix du juge. Ce sont enfin des « *présomptions de justice* »²⁵³ en ce que les solutions qu’ils donnent apparaissent relativement justes.

Ainsi, les adages, et nous indiquons en particulier les adages *Lex posterior derogat priori* et *Specialia generalibus derogant*, sont comme l’écrivait Ripert : « *les vieillards qui guident encore le pas de l’humanité* »²⁵⁴.

²⁴⁸ V. RIEG (A.), « L’interprétation par le juge des règles écrites en droits civil et commercial français », dans *Trav. de l’Ass. H. Capitant*, Economica, 1980, t. XXIX, *L’interprétation par le juge des règles écrites*, p. 70, spéc. p. 70 et p. 79.

²⁴⁹ JEAMMAUD (A.), *op. cit.*, spéc. p. 646, n° 369. Rapp. de MALAURIE (Ph.) et MORVAN (P.), *Introduction générale*, Defrénois, 2^{ème} éd., 2005, spéc. p. 316, n° 406, qui estiment que les adages *Lex...*, *Specialia...* et *Legi...* suggèrent un critère permettant de trancher une question ayant trait à un « *conflit de normes dans le temps* ».

²⁵⁰ V. GOLDIE-GENICON (C.), *Contribution à l’étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, th. droit privé, dactyl., Paris II, 2006, sous la dir. d’Y. LEQUETTE, spéc. p. 594, n° 402, qui propose l’élaboration d’une règle de conflit, inspirée de l’adage *Specialia...* et reposant sur la notion d’antinomie, pour résoudre les conflits opposant les règles communes à l’ensemble des contrats aux règles particulières à certains contrats.

²⁵¹ V. GENY (Fr.), *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, L.G.D.J., 1954, 2^{ème} éd., 1954, t. I, préf. de R. SALEILLES, spéc. p. 31, n° 14, qui donnait la marche à suivre dans l’interprétation des sources : « *si, malgré tout effort, et nonobstant les procédés d’interprétation, qui vont être indiqués, la contrariété reste irréductible, on devra, pour éviter d’imputer au législateur un reproche trop grave, qu’il ne paraît pas pouvoir encourir, trancher mathématiquement le conflit, en décidant, [...] que la loi postérieure a abrogé la précédente en la contredisant [...]* ».

²⁵² Pour PERREAU (E. H.), *Technique de la jurisprudence en droit privé*, Paris, Marcel Rivière éd., t. I, 1923, préf. de Fr. GENY, spéc. p. 156, c’est la raison qui est la base de ces maximes qui permet d’expliquer leur conservation pendant des siècles.

²⁵³ BOBBIO (N.), « Des critères pour résoudre les antinomies » art. préc., spéc. p. 245, qualifie ainsi ces adages en raison non seulement de leur objectivité tirée des principes valables à l’infini qu’ils renferment permettant le passage du connu à l’inconnu, mais aussi de leur consécration de l’idée de justice.

²⁵⁴ RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., 1955, spéc. p. 328, n° 133.