



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MEMOIRES

Master de Philosophie du droit et droit politique
Dirigé par Monsieur le Professeur Olivier Jouanjan
2023

Les lois obsolètes

Yanis MOYA

Sous la direction de Monsieur le Professeur Denis Baranger

Remerciements.

Je tiens tout d'abord à remercier Monsieur le Professeur Denis Baranger qui m'a proposé ce sujet extrêmement enrichissant, ainsi que pour ses indications durant la fastidieuse étape de recherche qui a précédé l'élaboration de ce mémoire. Ses conseils précieux m'ont permis d'affiner du mieux possible mon axe de recherche et de déterminer les problèmes afférents à mon sujet.

Je tiens ensuite à remercier les enseignants du Master Philosophie du droit et droit politique pour les précieux enseignements reçus durant l'année.

Je tiens enfin à remercier mes proches.

SOMMAIRE

Partie 1. Le concept d'obsolescence

Chapitre 1. Justifications du concept

Chapitre 2. Identification du concept

Partie 2. Le traitement de l'obsolescence législative

Chapitre 1. Les maux de l'obsolescence

Chapitre 2. Les remèdes à l'obsolescence

INTRODUCTION

« Les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires. »

MONTESQUIEU¹

Instrument par excellence utilisé par l'homme pour maintenir la paix civile en société, la loi offre des garanties aux citoyens qui la composent en limitant une partie de leurs libertés. Elle est donc nécessaire à tout système juridique moderne pour réguler les relations entre sujets de droit. Mais est-elle infaillible pour autant ? Dans son discours préliminaire du premier projet de Code civil, Portalis expliquait à propos de la confection et la correction des lois « *qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir ; [...] qu'en corrigeant un abus, il faut encore voir les dangers de la correction même, qu'il serait absurde de se livrer à des idées absolues de perfection, dans des choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative* »². En effet, les lois ne peuvent être exemptes par essence de toute impureté, c'est pourquoi il est fréquent qu'une loi, entendue ici comme une règle de droit émanant de la volonté suprême du souverain au sein d'un système juridique³, puisse constituer une « anomalie » au sein de l'ordre juridique, menant à ce qu'on la qualifie de désuète ou d'obsolète. Cette anomalie pouvant aller jusqu'à affecter l'accessibilité et la lisibilité du droit.

Les lois obsolètes en tant que telles n'ont que peu fait parler d'elles dans la doctrine ou dans l'action du législateur si ce n'est récemment. En effet, ce sont les travaux d'une commission sénatoriale qui en 2018 ont abouti à l'adoption d'une loi en 2019⁴ et une seconde en 2022⁵ qui ont eu pour objet de supprimer un certain nombre de lois

¹ MONTESQUIEU (C.), *De l'esprit des lois*, 1758, Paris, Éditions Gallimard, 1995, p. 386.

² PORTALIS (J-M-E), *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 21 janvier 1801.

³ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2018.

⁴ Loi n° 2019-1332 du 11 décembre 2019 tendant à améliorer la lisibilité du droit par l'abrogation de lois obsolètes.

⁵ Loi n° 2022-171 du 14 février 2022 tendant à abroger des lois obsolètes pour une meilleure lisibilité du droit.

considérées comme « obsolètes ou inutiles ». Le but était de purger une partie du corpus législatif de lois qui porteraient atteinte à la lisibilité du droit. Même si la méthodologie employée par les sénateurs n'est pas exempte de tout reproche⁶, il semble qu'au lieu de régler le vrai problème des lois obsolètes ces travaux aient ouvert la voie à des réflexions substantielles sur le phénomène même d'obsolescence législative. Et c'est tout l'objet de ce travail de recherche.

On oppose classiquement les usages à la loi quand on évoque un phénomène pouvant amoindrir la force obligatoire de celle-ci⁷. Il incombe dès lors avant tout de s'interroger sur les lois obsolètes, de se questionner sur le processus par lequel elles deviennent désuètes ou obsolètes, si seul l'usage est responsable de l'obsolescence d'une loi ou si l'obsolescence recouvre un champ plus large. Et cela implique irrémédiablement de s'interroger sur la possible existence d'un concept juridique de l'obsolescence, là où les textes sont silencieux sur la question.

S'agissant de l'obsolescence en tant que telle, le mot nous vient du latin *obsolescere*, qui signifie perdre de sa valeur ou plus simplement le fait d'être périmé. On parle aussi d'obsolescence pour évoquer la dépréciation d'un matériel ou d'un équipement avant son usure matérielle⁸. Mais il nous semble inopportun ici de s'en tenir à la racine étymologique du terme pour en inférer des conséquences sur le plan juridique.

Nous proposons plutôt de partir d'une distinction opérée par Daniel Gutmann entre la désuétude et l'obsolescence qui explique que la désuétude « désigne la « mort naturelle des lois » et suppose une vie suffisamment longue avant le trépas », alors que l'obsolescence signifierait plutôt le « *dépérissement rapide des textes* ». L'obsolescence de la loi serait selon l'auteur « *de même nature que celle d'un bien de consommation. À peine promulguée, elle passe de mode, se révèle inadaptée aux exigences de l'année qui suit celle de sa mise sur le marché* »⁹. Mais la comparaison consumériste nous semble encore incomplète et peu précise sur le domaine de l'obsolescence législative.

⁶ *Infra*, Partie 2, Chapitre 2, Paragraphe 2

⁷ MOUSSERON (P.), Les usages : un Droit hors la loi. *LGDJ Lextenso*. Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre Liber amicorum, pp.663 - 673, 2019.

⁸ Dictionnaire Larousse, « obsolescence ».

⁹ GUTMANN (D.), Temps, in ALLAN (D.), RIALS (S). {ss dir.}, Dictionnaire de la culture juridique, *Lamy-PUF*, coll. « *quadrige-dicos poche* », 2003, p. 1471]

Pascale Deumier complète cette définition en expliquant que « *L' «obsolescence» permet ainsi de dépasser la « désuétude », puisqu'elle peut frapper des règles plus ou moins jeunes mais encore en usage, pas complètement oubliées mais périmées « pour des raisons indépendantes de leur usure physique mais liées au progrès technique, à l'évolution des comportements, à la mode, etc. » (Petit Robert). Le stock législatif ne cesse de révéler de telles règles non seulement désuètes, mais aussi inadaptées, absurdes, périmées, dépassées, dont la recension fait depuis longue date les délices des juristes. »¹⁰ L'obsolescence est donc à isoler du phénomène de désuétude qui ne permet pas de recouvrir toutes les réalités que surplombe l'obsolescence. Ainsi, si une loi désuète est forcément obsolète car périmée, la réciproque n'est pas vraie d'un point de vue juridique.*

Le Conseil d'Etat quant à lui nous explique qu'« *Est regardée comme obsolète une loi dont toutes les dispositions n'ayant pas fait l'objet d'une abrogation explicite, soit ont été abrogées implicitement par des lois ultérieures posant des règles contraires, soit ont épuisé leurs effets eu égard à leur objet, soit sont désormais privées d'objet parce qu'elles visaient des situations qui, en raison de l'évolution des circonstances de droit et de fait, ne sont plus susceptibles de se présenter. »*¹¹. Le Conseil d'Etat établit donc 3 critères alternatifs permettant de savoir si une loi n'ayant pas fait l'objet d'une abrogation explicite est obsolète ou non : absence d'abrogation implicite par une loi ultérieure contraire ; épuisement des effets de la loi à l'égard de son objet ; loi privée d'effet car les situations que celle-ci vise ne sont plus susceptibles de se présenter en raison d'un changement de circonstance de fait ou de droit.

Le choix de tels critères fera l'objet d'interrogations au cours de notre étude, en particulier le deuxième concernant l'épuisement des effets de la loi à l'égard de son objet. Cette situation est la plus difficile à caractériser car comme le démontre l'avis du Conseil d'Etat une loi qui peut paraître obsolète de prime abord conserve un intérêt à ce qu'on ne la supprime pas. Et ce car « *Le choix d'abroger des lois, même si celles-ci ont été sélectionnées en raison de leur obsolescence, n'est pas sans risque et une abrogation erronée est susceptible de poser de lourdes difficultés pour les personnes ou les situations concernées. Pour des questions de lisibilité du droit, il n'est ainsi pas apparu opportun*

¹⁰ DEUMIER (P.), « Les règles de droit obsolètes et le juge », *RTD civ.*, 2005, p.78.

¹¹ CE, avis n° 401591 sur la proposition de loi n° 68 tendant à abroger des lois obsolètes pour une meilleure lisibilité du droit, séance du 11 février 2021.

au Sénat d'abroger des lois ayant créé ou modifié des articles encore en vigueur. »¹². En effet, l'acte même d'abrogation doit se faire en toute prudence, au risque de provoquer des instabilités juridiques là où on avait pour objectif initial de les faire disparaître.

C'est pourquoi l'avis du Conseil d'Etat a permis d'éviter au Parlement de supprimer 49 des 163 lois identifiées par la mission BALAI 2. Le rapport de Monsieur le député Latombe évoque plusieurs raisons au maintien de ces lois, notamment leur caractère historique ou symbolique ou de manière plus pragmatique le fait que leur abrogation priverait de base légale un texte réglementaire. Ou encore le fait que *« les dispositions qu'elles contiennent puissent encore s'appliquer à des situations en cours, c'est notamment le cas de règles de droit civil, de procédures contentieuses ou de prestations sociales pouvant bénéficier à des ayants droit »¹³.*

Nous voyons donc bien à quel point le travail de « purge » des lois obsolètes est périlleux, faisant écho aux propos de Montesquieu expliquant qu'*« Il est parfois nécessaire de changer certaines lois mais le cas est rare et, lorsqu'il arrive, il ne faut y toucher que d'une main tremblante »¹⁴*. L'intérêt d'établir de manière pragmatique des critères permettant de qualifier juridiquement une loi d'obsolète se manifeste alors. Plus nos critères seront précis et solides, plus le travail d'élimination des lois dites obsolètes pourra se faire sereinement.

Nous précisons dès lors que nous excluons de notre étude les normes autres que législatives c'est-à-dire les normes constitutionnelles et conventionnelles, à l'exception des normes réglementaires lorsque celle-ci ont été adoptées pour l'application d'une loi. En effet, la norme constitutionnelle nécessiterait des développements bien trop fournis pour pouvoir la traiter concomitamment à la norme législative. Et entre la norme législative et réglementaire, nous mettrons largement l'accent sur la première car s'agissant de la seconde, elle est beaucoup plus simple à traiter, du fait de sa conformité nécessaire aux lois, le contrôle de légalité permet de rapidement se débarrasser d'une norme réglementaire obsolète.

¹² LATOMBE (P.), Rapport N° 4964 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, tendant à abroger des lois obsolètes pour une meilleure lisibilité du droit, déposé le 26 janvier 2022, p. 11.

¹³ *Ibid.*, p. 32.

¹⁴ MONTESQUIEU (C.), Lettres persanes, Lettre CXXIX, Edition Edouard Laboulaye Garnier frères, 1875.

Et pour cause, dans un monde idéal il faudrait un concept d'obsolescence pour chaque type de norme tant les modalités de créations des différentes normes, leur validité et leur contenu diffèrent les unes des autres. Cependant, notre étude porte exclusivement sur le concept de l'obsolescence législative et nous empêche de nous égarer avec d'autres notions.

Il faut ainsi se demander si une loi qualifiée d'obsolète doit « sortir » de l'ordre juridique de manière automatique. Répondre à cette question nécessite d'élaborer des critères de l'obsolescence législative dans le but de déterminer à quel moment une loi rentre dans ce cadre ou non. C'est la raison pour laquelle notre étude consistera notamment à confronter les critères retenus par les sénateurs et le Conseil d'Etat avec des critères retenus par certains membres de la doctrine, et ce dans le but d'en tirer le meilleur.

Mais avant même de s'interroger sur ce point il sera nécessaire de démontrer l'intérêt de déterminer, sur le plan de la théorie ou de la philosophie du droit le concept d'obsolescence législative. C'est pourquoi il est selon nous nécessaire d'établir l'existence d'un tel concept juridique dans le but d'en déduire une catégorie juridique. En effet, « *Tout système juridique repose sur l'existence de catégories* »¹⁵, si nous recherchons réellement à simplifier le droit s'agissant de l'élimination des lois obsolètes, il semble plus qu'opportun de tenter d'établir une catégorie juridique de l'obsolescence. Et ce dans le but de permettre au législateur comme au juge de faciliter son travail de purge des lois inutiles, obsolètes, et désuètes dans le corpus législatif car « *Chaque fois que le législateur, le juge ou la doctrine usent de définitions, ils rassemblent sous une même catégorie des cas* »¹⁶. La catégorie qui nous importe ici est celle de l'obsolescence législative. Si l'obsolescence prise à part entière ne nous apporte rien d'un point de vue juridique, il semble opportun de tenter de l'élever au rang de concepts.

De toutes ces interrogations, il convient alors de poser la problématique suivante : La caractérisation d'un concept juridique de l'obsolescence permet-elle d'appréhender le phénomène des lois obsolètes ?

¹⁵ MOREAU (J.), MOREAU (P.), CAZIN (B.), Compétence : répartition entre le judiciaire et l'administratif in : *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, Juin 2002.

¹⁶ ROUVIERE (F.), « Le fondement du savoir juridique », RTD civ., 2016. 279

C'est seulement en démontrant l'existence et l'intérêt d'un concept d'obsolescence en droit (Partie 1) que nous pourrons traiter des questions afférentes au traitement à réserver aux lois obsolètes (Partie 2).

Partie 1. Le concept d'obsolescence

Démontrer l'existence du concept d'obsolescence implique de le justifier et mettre en exergue la pertinence d'un tel concept dans la science juridique (Chapitre 1) pour ensuite le décortiquer en profondeur et proposer une identification du concept en caractérisant les éléments qui le composent ou non (Chapitre 2).

Chapitre 1. Justifications du concept

L'obsolescence se manifeste de manière plus ou moins évidente, de diverses manières et dans plusieurs domaines du droit (Paragraphe 1). Dès lors, le concept d'obsolescence présente plusieurs utilités majeures pour le professionnel du droit, praticien ou non, législateur ou juge, démontrant l'importance de la caractérisation d'un tel concept dans la science juridique (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les manifestations de l'obsolescence

Que ce soit pour les lois BALAI 1 ou 2, les lois qualifiées d'obsolètes peuvent être très nombreuses et concerner des domaines très variés. Droit de l'urbanisme, droit de l'action sociale, droit pénal, procédure pénale, etc. Aucun domaine du droit ne semble épargné par l'obsolescence. Certains domaines semblent plus touchés que d'autres par le fait que ces pans du droit sont constamment réformés. A tel point que l'enseignement de ces matières au niveau universitaire change plus ou moins fortement d'une période à l'autre. C'est l'exemple du droit de l'urbanisme, du droit de l'action sociale ou le droit fiscal qui sont particulièrement touchés par le phénomène d'inflation législative. Pouvant se définir comme la prolifération excessive de normes législatives en une période donnée. C'est l'une des causes majeures d'insécurité juridique et donc d'apparition de lois obsolètes. La connaissance des lois est donc compliquée en raison de leur prolifération constante et excessive à tel point que certains se demandaient déjà il y a près de 70 ans « *Le texte copié sur le Journal officiel est-il vraiment le texte de loi ? Nous n'en avons même pas la certitude* »¹⁷.

Le phénomène d'inflation législative trouve lui-même sa cause dans le fait que depuis plusieurs années la loi a perdu de son caractère général, notamment en raison du

¹⁷ RIPERT (G.), *Le déclin du droit : Études sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949, p. 162.

principe de spécialité. En effet, le volontarisme s'abaisse pour laisser place au particularisme, et la confection de la loi est de plus en plus influencée par les groupes d'intérêt. C'est le constat déjà dressé en 1980 par François Terré qui considère que « *la politisation des lois est de nature à porter atteinte à ce qui a pu être considéré comme la rationalité du droit* »¹⁸. La loi servait déjà à ce moment-là « *souvent l'élément d'un « programme »* »¹⁹ politique donc. C'est ce qui conduit inexorablement selon lui à l'adoption de « *lois inutiles* »²⁰ que nous qualifierons nous comme obsolètes. Nous pouvons d'ailleurs citer à titre d'action irrationnelle du législateur son entrain à modifier ou adopter de nouvelles dispositions pénales dans le but de répondre à l'émoi suscité par un fait divers.

Ainsi en est-il de la réforme de la responsabilité pénale qui a fait suite à la tragique affaire Sarah Halimi, décédée en raison d'une agression par un individu drogué au moments des faits. L'activité législative à la suite de ce drame a suscité de nombreuses questions quant à l'utilité réelle de réformer la responsabilité pénale. Certains jugeant cette réforme opérée par la loi n° 2022-52 du 24 janvier 2022 relative à la responsabilité pénale et à la sécurité intérieure en ces termes « *On le voit, le régime n'est pas simple, le législateur ayant eu le souci, par ces dispositions tortueuses, de répondre à une attente de l'opinion sur des impunités difficiles à justifier, tout en faisant la part revenant au droit, sous couvert des principes de nécessité, de proportionnalité, de légalité, de responsabilité personnelle et de présomption d'innocence [...] il faut y voir l'expression d'un consensus politique, voire d'un hommage parlementaire rendu à Sarah Halimi* »²¹. Pourtant ce phénomène fut déjà pointé du doigt 40 ans plus tôt par François Terré « *Ainsi encore, la loi apparaît souvent comme un procédé de diversion ou même de divertissement. D'une manière ou d'une autre, on confond la fin et le moyen. On promet une réforme, on annonce une loi, puis le temps passe et fréquemment l'on s'aperçoit que rien ne change, soit parce que nul texte nouveau ne voit le jour, soit parce que le nouveau texte ne change rien, malgré les apparences* »²². En effet, l'obsolescence d'une loi se caractérise notamment par son inutilité mais pas que. L'obsolescence se manifeste surtout

¹⁸ TERRE (F.), « La “crise de la loi” », *Archives de philosophie du droit*, t. 25, 1980, p. 23.

¹⁹ *Ibid.*, p. 23.

²⁰ *Ibid.*, p. 23.

²¹ MAYAUD (Y.), « Violences volontaires », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Février 2023.

²² TERRE (F.), « La “crise de la loi” », *op.cit.*, p. 25.

quand la loi devient irrationnelle²³, et cet évènement trouve sa cause dans l'irrationalité de l'action du législateur. Montesquieu avait lui-même fait remarquer cela en expliquant au sujet de lois successorales contradictoires que « *La loi Falcidie ordonnait, chez les Romains, que l'héritier eût toujours la quatrième partie de l'hérédité : une autre loi permit au testateur de défendre à l'héritier de retenir cette quatrième partie: c'est se jouer des lois. La loi Falcidie devenait inutile : car, si le testateur voulait favoriser son héritier, celui-ci n'avait pas besoin de la loi Falcidie; et s'il ne voulait pas le favoriser, il lui défendait de se servir de la loi Falcidie* ». ²⁴ François Terré nous offre un exemple similaire quand il explique qu'est irrationnelle « *une législation des entreprises en difficulté qui s'obstine à traiter avec les remèdes du droit privé ce qui relève, dans une large mesure, des interventions des pouvoirs publics* » ou encore « *une législation qui tend à protéger le consommateur de biens ou de services mais manifeste une évidente indifférence quant à la protection des citoyens, considérés en l'occurrence comme des consommateurs de lois* » ²⁵.

Une loi est donc susceptible de devenir obsolète en raison de l'apparition d'une autre loi qui vient la contredire. Et nous ne visons pas ici le cas de l'abrogation implicite qui désigne la situation dans laquelle une nouvelle loi incompatible avec une première rend inapplicable celle-ci. L'abrogation implicite résulte « *d'une diversité de circonstances qui peuvent la rendre nécessaire et expliquer son mécanisme. Ainsi en est-il lorsqu'un texte nouveau rend impossible le maintien d'un texte existant* » ²⁶. Nous retenons donc que l'abrogation implicite découle d'une volonté « cachée » du législateur de ne pas maintenir la loi destinée à périr. Alors que dans le cas de la loi rendue obsolète, le législateur a agi irrationnellement et n'avait absolument pas l'intention d'éteindre la loi qui précède la loi qu'il adopte !

En outre, les lois peuvent être frappées d'obsolescence en raison de l'usage, des pratiques ou des coutumes. En effet, il est connu des juristes que la coutume entre par moment en contradiction avec une norme législative, on parle dans ce cas de coutume *contra legem*. Sur ce point, il est intéressant de remarquer qu'« *aujourd'hui, en Droit*

²³ Sur la notion de rationalité juridique : *Infra*, Partie 1, Chapitre 2, Paragraphe 2.

²⁴ MONTESQUIEU (C.), *De l'esprit des lois*, 1758, Paris, Éditions Gallimard, 1995, p. 386.

²⁵ TERRE (F.), « La "crise de la loi" », *op. cit.*, p. 24.

²⁶ MOLFESSION (N.), TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 2022, p. 778.

français, la loi paraît résister comme en atteste notamment l'opposition des juges devant l'abrogation par désuétude »²⁷. Si la loi se doit d'être le reflet des mœurs à une période donnée, il est parfaitement logique d'accepter que les pratiques des membres de la société puissent contredire les lois, avant de provoquer leur modification. En effet, « des fissures apparaissent dans l'édifice législatif sous l'effet de phénomènes aussi divers que l'extension du pouvoir réglementaire, de la force interprétative de la jurisprudence et de la primauté du Droit de l'Union européenne. La loi fait en outre l'objet d'attaques plus radicales liées aux phénomènes de dérégulation, de désobéissance civile ou d'autonomie »²⁸. Ces différents phénomènes sont autant de causes possibles de l'obsolescence des lois.

A titre d'illustration jusqu'en 2013 demeurait en vigueur une loi²⁹ vieille de plus de 200 ans interdisant le port du pantalon pour les femmes. Nous constatons à juste titre que « l'interprétation des prescriptions juridiques qui émanent de la branche législative et expriment la volonté générale ne se limitent pas à celle de la branche judiciaire ».³⁰ Le législateur est donc intervenu en 2013 pour déclarer que cette loi est abrogée implicitement. Il demeure cependant étonnant de parler d'abrogation implicite quand le législateur intervient de manière explicite pour abroger une loi manifestement obsolète par désuétude. Le ministère explique d'ailleurs que la loi en question « est incompatible avec les principes d'égalité entre les femmes et les hommes qui sont inscrits dans la Constitution et les engagements européens de la France, notamment le Préambule de la Constitution de 1946, l'article 1er de la Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme. De cette incompatibilité découle l'abrogation implicite de l'ordonnance du 7 novembre qui est donc dépourvue de tout effet juridique et ne constitue qu'une pièce d'archives conservée comme telle par la Préfecture de police de Paris »³¹.

Malgré l'évidence du caractère désuet d'une telle loi, le législateur a adopté une loi d'abrogation pour effacer la loi du 7 novembre 1800. Cela démontre bien l'importance

²⁷ MOUSSERON (P.), Les usages : un Droit hors la loi, *op.cit.*, p. 3.

²⁸ *Ibid.*, p. 4.

²⁹ Loi du 7 novembre 1800.

³⁰ LANG (I.), « L'obsolescence législative motrice de l'évolution juridico-sociale », *Blogs pédagogiques de l'Université Paris Nanterre*, 2016.

³¹ Abrogation de l'interdiction du port du pantalon pour les femmes, Réponse du ministère des Droits des femmes quant à l'abrogation implicite de loi du 7 novembre 1800; publiée dans le JO Sénat du 31/01/2013, p. 339

de considérer avec parcimonie le procédé à employer pour identifier une loi obsolète et nous fait prendre conscience d'une pluralité des causes et a fortiori des cas d'obsolescence.

Paragraphe 2. Les utilités d'un concept d'obsolescence en droit

La science juridique est parsemée de concepts juridiques qui lui donnent sa cohérence. A chaque problème que rencontre le juriste, il tente d'appliquer une règle de droit « majeure » à une situation de faits bruts pour en tirer une conclusion. Le raisonnement juridique se fonde donc sur des concepts juridiques qu'on peut aussi appeler « catégories juridiques ». Et pour cause, « toute activité théorique ou pratique se doit de disposer de notions ou de concepts qui l'aident à s'orienter dans le désordre du monde »³². Celui qui raisonne en droit opère donc un travail de qualification juridique qui consiste à extraire à partir d'informations brutes une ou des notions juridiques, pour ensuite appliquer au cas d'espèce le régime juridique rattaché aux notions juridiques qu'il a préalablement trouvées.

Ce processus est celui du syllogisme juridique le plus répandu chez le juriste, qui « consiste à subsumer sous une prémisse majeure – un énoncé général (« tous les voleurs doivent être punis ») – une prémisse mineure – un énoncé particulier (« Socrate est un voleur ») -, pour tirer une conclusion : « Socrate doit être puni » »³³. Or, nos règles générales (majeures) reposent sur des concepts juridiques aussi appelé catégories juridiques. La notion juridique dont nous parlons est donc bien un concept juridique qui a été élaborée au fil des époques par la doctrine ou la jurisprudence voir parfois par les deux. C'est l'exemple de la personnalité juridique, le contrat, le service public, l'Etat de droit, les biens, le mariage, etc. Ces « notions conceptuelles »³⁴ sont rattachées chacune à un ensemble de règles bien précis. C'est ce qui permet au juge de savoir dans quelle situation il pourra décider qu'un individu profite de la personnalité juridique et donc des droits qui s'y rattachent. La personnalité juridique en droit français n'étant pas accordée par exemple aux fœtus ou aux animaux.

³² TUSSEAU (G.), « Critique d'une métonymie fonctionnelle », *RFDA* 2009. 641.

³³ CHAMPELS-DESPLATS (V.), *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2022, 3^{ème} éd., p. 397.

³⁴ VEDEL (G.), « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein. La légalité des actes administratifs », *Semaine juridique*, 1948, I, n° 682.

A titre d'illustration, Frédéric Rouvière à propos de la conceptualisation de l'opposabilité en droit opérée par Pierre Crocq nous dit que « *Conceptualiser l'opposabilité selon le temps ou la connaissance aboutit donc bien à des façons différentes de penser. Il ne s'agit donc pas du même problème envisagé sous deux angles différents mais bien de deux problèmes différents envisagés sous le même angle de l'opposabilité !* »³⁵ et poursuit en expliquant que Pierre Crocq avait ainsi « *parfaitement pressenti qu'il s'agit aussi de trouver une cohérence besoin en effectuant les revirements de jurisprudence qui s'imposent. N'est-ce pas là une preuve éclatante que les solutions juridiques ne sont pas seulement guidées par des considérations d'opportunité mais bien par des exigences de logique et de cohérence ? N'est-ce pas encore la preuve que les concepts juridiques sont en définitive les pièces maîtresses de la vie du droit ?* »³⁶. En effet, les concepts juridiques sont nécessaires pour la cohérence de la science juridique et la théorie du droit.

Donc, en matière d'obsolescence « *la construction des concepts est bien l'œuvre qui doit retenir toute notre attention* »³⁷. Tenter d'élaborer un concept juridique d'obsolescence est donc absolument fondamental et nécessaire si nous voulons nous occuper des lois dites obsolètes. Ce n'est qu'en passant par ce travail de conceptualisation que nous pourrions établir les modalités de suppression des lois obsolètes. Nous justifions cela car le travail d'élimination des lois obsolètes ne peut pas se faire dans l'obscurité en se fondant sur des critères choisis de manière plus ou moins hasardeuse³⁸. C'est pourquoi nous discuterons ensuite des critères propres à l'obsolescence législative³⁹. L'intérêt d'un tel concept serait ainsi également d'éviter les risques propres à la suppression des lois, le Conseil d'Etat ayant évité au législateur de supprimer des lois qui se devaient de rester en vigueur. Il faut donc faciliter le travail du législateur et du juge quand il est confronté à une loi obsolète.

L'autre intérêt d'une telle conceptualisation est donc aussi d'éviter de créer une loi inutile ou obsolète en opérant une abrogation elle-même inutile. Sur ce point Michel

³⁵ ROUVIERE (F.), « La construction du concept d'opposabilité », *RTD Civ*, 2020.233.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Exemple du critère de la mission BALAI 1 d'absence de modification de 20 ans pour abroger les lois inutiles.

³⁹ *Infra*, Partie 1, Chapitre 2, Paragraphe 2.

Verpeaux souligne que « *Bien qu'il considérât cette démarche d'abrogation comme totalement nécessaire, le rapporteur de la commission des lois de l'Assemblée soulignait le caractère paradoxal de ce texte qui supprime des lois devenues obsolètes mais qui, par définition, ne servent plus à rien. Le texte, en ce qu'il n'aura aucune incidence sur l'état du droit applicable, peut donc apparaître lui-même inutile, même si la loi peut toujours défaire ce qu'une autre a fait* »⁴⁰. Le but étant ainsi de construire un concept qui ne permet pas d'abroger les lois inutiles mais surtout les lois dites gênantes.

Le Sénat nous a d'ailleurs rappelé dans une infographie⁴¹ l'urgence de nous occuper d'éliminer les lois obsolètes. En effet, pour la seule année 2018, le journal officiel compte 71521 pages dont 1267 décrets, 8327 arrêtés réglementaires et 45 lois. Selon le Sénat l'ordre juridique français au 25 janvier 2018 comptait 320 458 articles dont 25% à valeur législatives et 75% à valeur réglementaires. Le Sénat nous rappelle que les collectivités territoriales sont chargées d'appliquer en tout 400 000 normes ! L'enjeu d'un point de vue de la sécurité juridique est donc important. L'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi⁴² nécessite d'opérer une purge prudente et surtout efficace des lois obsolètes.

C'est pourquoi la loi Balai 2 fut « *résolue mais prudente : elle élague des lois complètes, anciennes et oubliées lorsque, à l'analyse, les modifications successives leur ont fait perdre leur sens et leur utilité* »⁴³. Disposer d'un concept juridique de l'obsolescence permettrait donc d'entreprendre à l'avenir un travail de simplification du droit d'envergure, ainsi que la suppression d'un nombre important de lois obsolètes. Mais aussi « *inciter à la pertinence continue des normes existantes en procédant à de véritables évaluations du droit, aussi bien ex ante qu'ex post, voire in itinere* »⁴⁴. Il faut donc profiter d'un concept qui permette de purger notre droit des lois obsolètes en agissant également au moment de l'élaboration d'une loi, dans le but d'éviter d'introduire une nouvelle loi obsolète dans le système juridique. Et pour cause le travail de simplification du droit comporte lui-même des dangers d'envergure. Le professeur Nicolas Molfessis nous

⁴⁰ VERPEAUX (M.), « La loi du 11 décembre 2019 ou l'obsolescence abrogée », *AJDA*, 2020. 624.

⁴¹ Infographie du Sénat sur l'enjeu des lois obsolètes : <https://www.senat.fr/salle-de-presse/201902/ameliorer-la-lisibilite-du-droit-par-labrogation-de-lois-obsolètes.html>

⁴² Cons. const., 16 déc. 1999, n° 99-421 DC.

⁴³ COSTA (D.), GILBERG (K.), « Du balai ! », *AJDA*, 2022. 649.

⁴⁴ *Ibid.*

explique même que combattre l'insécurité juridique implique de faire lutter le système juridique contre lui-même. Selon lui « *les dysfonctionnements du système juridique sont désormais devenus problème de société. C'est l'affaire de tous et non celle des seuls juristes dont il est question* »⁴⁵. Il va jusqu'à même considérer que l'insécurité juridique touche les juristes comme les profanes tant les dysfonctionnements qu'elle engendre sont grands. C'est pourquoi il proposait déjà en 2005 « *d'ouvrir un chantier de plus : dressons l'inventaire, en tous domaines, des règles inutiles, parce que superflues, obsolètes, redondantes, etc., afin de proposer leur abrogation expresse. Une loi de plus peut-être, mais pas n'importe laquelle : une loi d'abrogation des textes inutiles* »⁴⁶.

Cependant, le professeur N. Molfessis ne proposait pas à ce moment-là le moyen concret d'élimination des lois obsolètes, comment dresser un inventaire des lois obsolètes si on ne sait même pas précisément ce qu'est une loi obsolète ? Et *a fortiori* si nous ne disposons d'aucun concept juridique et donc de catégorie juridique de l'obsolescence législative. Il n'est en effet pas possible de nous occuper des lois obsolètes avant de pouvoir qualifier juridiquement ce qu'est une loi obsolète. Et c'est malheureusement le point commun des écrits doctrinaux que nous avons pu trouver qui traitaient de manière partielle ou entière de la question de l'obsolescence. C'est pourquoi nous nous devons d'identifier les critères précis de l'obsolescence dans le but de surpasser la problématique que comporte la loi aujourd'hui. Présenté par le professeur Denis Baranger de la manière suivante « *Au cœur de notre histoire politique se cache ainsi un événement qu'il serait relativement aisé de présenter sous des traits dramatiques : la dévaluation de l'outil législatif et, plus profondément encore, sa perte de sens. S'agissant de nos lois, nous ne savons plus guère où nous en sommes* »⁴⁷. Si nous ne savons plus où nous en sommes s'agissant de nos lois, quid de nos lois obsolètes ? Selon nous l'urgence à combattre l'insécurité juridique est corrélée avec l'urgence de combattre la prolifération des lois obsolètes.

Mais cette tâche ne peut être atteinte qu'avec des critères clairs permettant d'identifier une loi obsolète. Le terme critère pouvant se définir selon le dictionnaire

⁴⁵ MOLFESSION (N.), « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même. », Rapport annuel du Conseil d'Etat, 2006, p. 391.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 398.

⁴⁷ BARANGER (D.), *Penser la loi : Essai sur le législateur des temps modernes*, Gallimard, 2018.

Larousse comme « *Principe, élément de référence qui permet de juger, d'estimer, de définir quelque chose* »⁴⁸.

La charge nous incombe alors d'établir les éléments de référence à partir desquels nous serons en mesure de juger de l'obsolescence. Plus précisément de définir ce qui est ou non une loi obsolète. En effet, l'identification d'un concept ne peut se faire qu'en mettant un lumière les éléments qui le composent.

⁴⁸ Dictionnaire Larousse, entrée "critère", site : Larousse.fr

Chapitre 2. Identification du concept

Nous tenterons ici d'identifier le concept d'obsolescence en confrontant les critères mis en avant par la doctrine, le législateur et la jurisprudence (Paragraphe 1) pour en déduire les critères qui nous semblent les plus à même d'être sauvegardés pour obtenir le concept le plus efficient et fonctionnel possible (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Thèses en présence

Le concept d'obsolescence législative implique selon certains de s'attacher aux lois gênantes (A), pour d'autres encore une loi obsolète est surtout celle qui perd sa rationalité juridique (B).

A. De l'inutilité de supprimer des lois purement... inutiles

« Observons que la loi du 14 février [2022] a abrogé le plus souvent non pas des lois entières, mais un ou deux articles de lois déjà abrogées dans leur quasi-totalité »⁴⁹, selon la professeure Aude Denizot, il ne suffisait pas de s'atteler à supprimer les lois inutiles mais il fallait surtout s'attaquer aux lois qu'elle qualifie de gênantes. Le risque étant de supprimer non plus des lois purement inutiles mais inutilement des lois qui ne le méritaient pas. Elle reproche notamment aux sénateurs d'avoir supprimé des dispositions qui ne présentaient aucun intérêt, tel est le cas des lois d'abrogation. En effet, « sont aussi abrogées des lois de suppression, comme la loi du 28 juillet 1962 relative à la suppression de la commission supérieure de cassation des dommages de guerre. Or, il n'y a aucun sens à abroger des textes d'abrogation, car le faire supposerait d'abroger la loi qui abroge le texte d'abrogation, et ainsi de suite jusqu'à l'infini... »⁵⁰. Nous partageons cette analyse car le travail de suppression des lois obsolètes concerne un nombre de lois déjà assez élevé pour se concentrer sur la suppression de lois d'abrogation. Mais surtout, une loi d'abrogation a pour objet d'épuiser son effet au moment de naître car elle consiste en « la suppression d'une règle qui cesse d'être applicable pour l'avenir »⁵¹. Abroger une telle loi n'a donc aucun intérêt car elle épuise son effet dès sa « naissance ». Nous pouvons faire le même reproche au législateur s'agissant de l'abrogation de dispositions législatives purement transitoires qui avaient épuisé leurs effets. En effet, le législateur

⁴⁹ DENIZOT (A.), « Perseverare diabolicum », *RTD civ.*, 2022.468

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2018.

nous explique dans son rapport sur cette loi qu'elle « *procède à une mesure ponctuelle qui a entièrement pris fin et les litiges concernés sont achevés. Elle peut donc être abrogée* »⁵². Le plus étonnant est que le Sénat use de ce genre de procédé pour de nombreuses lois qu'il propose d'abroger, nous pouvons ainsi remarquer des incohérences dans les motifs invoqués.

Et pour cause, s'agissant de la loi du 28 juillet 1942 relative à l'organisation des services médicaux et sociaux du travail, le rapport explique l'abrogation de cette loi en avançant que « *Les articles de cette loi encadrent l'application de dispositions législatives déjà abrogées* »⁵³. Or, nous avons du mal à trouver l'intérêt d'abroger une loi qui est devenue *ipso facto* sans effet en raison du fait qu'elle encadre des dispositions elles-mêmes déjà abrogées. La critique est la même concernant l'abrogation d'une loi qui avait modifié un décret abrogé par la suite, sur ce point A. Denizot ajoute « *Ainsi en va-t-il, par exemple, d'un article 7 d'une loi du 30 juillet 1960, elle-même complètement tombée dans l'oubli puisque le décret de 1953 qu'elle modifiait légèrement avait été abrogé à l'occasion de la réforme du code de commerce en 2000. Cet article 7, à juste titre épargné par l'abrogation de 2000, fixait les modalités d'entrée en vigueur de la loi du 30 juillet 1960. Il ne servait donc strictement à rien de l'abroger* »⁵⁴.

Un autre cas concerne encore les lois déjà abrogées de manière implicite par l'adoption de nouvelles lois contraires, « *beaucoup de textes abrogés l'avaient déjà été de manière implicite par l'adoption de lois nouvelles contraires* »⁵⁵. Tel est encore le cas de la loi du 2 février 1948 portant aménagement de certaines dispositions de la réglementation des changes, le législateur nous explique que « *La seule disposition de cette loi encore en vigueur fait référence à une disposition abrogée en 2000. Elle peut donc être abrogée* »⁵⁶, le législateur ici décide une nouvelle fois d'abroger une loi déjà abrogée implicitement... Bref, les illustrations sont nombreuses et nous démontrent qu'un critère intéressant à retenir pour caractériser l'obsolescence législative serait un critère téléologique : abrogeons-nous la loi pour uniquement réduire le nombre de lignes du Journal officiel ou opérons-nous un travail pragmatique permettant de purger une norme

⁵² LATOMBE (P.), Rapport N° 4964 fait au nom de la commission des lois..., *op.cit.*, p. 19

⁵³ *Ibid.*, p. 13

⁵⁴ DENIZOT (A.), *op.cit.*

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ LATOMBE (P.), Rapport N° 4964 fait au nom de la commission des lois..., *op.cit.*, p. 15.

potentiellement nocive pour le système juridique ? La professeure A. Denizot nous permet donc au moins de retenir ce critère pour caractériser l'obsolescence législative, son constat sur le travail du législateur est ainsi sans appel : « *Comme on pouvait s'y attendre, les lois obsolètes supprimées par la loi du 14 février 2022 ne gênaient personne, sauf quelques bureaucrates qui visiblement ne pratiquent pas le droit au quotidien* »⁵⁷.

B. Sur la notion de rationalité juridique

La professeure Pascale Deumier opère comme D. Gutmann une distinction entre désuétude et obsolescence en expliquant que « *Certains textes ne sont plus appliqués : ils sont frappés de désuétude ; certains textes ne sont pas oubliés mais ils ne sont plus adaptés, ayant été dépassés par des évolutions techniques, sociales, économiques ou juridiques : ils sont obsolètes* »⁵⁸. Une fois cette distinction établie, elle décide de fonder quant à elle l'identification de l'obsolescence sur la notion de rationalité juridique. En effet, elle nous explique que les lois obsolètes « *ne souffraient d'aucun vice au moment de leur élaboration, sont toujours en vigueur au moment de leur application dans les arrêts précités, mais avaient entre-temps perdu leur rationalité juridique, devenant ainsi obsolètes* »⁵⁹. La perte de rationalité juridique signifie qu'une règle de droit devient, en raison d'une des causes évoquées plus tôt⁶⁰, sans objet. L'objet d'une règle de droit et donc d'une loi constitue sa raison de vivre, celle-ci est créée dans ce but précis, si cet objet disparaît elle n'a dès lors plus aucune raison de perdurer dans notre système juridique. Et pour cause, « *La loi doit se conformer à des standards de rationalité : la cohérence, la complétude, l'indépendance (ou absence de redondance). Le respect de ces standards est à la fois l'idéal rationnel de la science du droit qui tente de reconstruire son objet et le fondement intuitif de la pratique juridique qui doit appliquer le droit aux faits* »⁶¹. D'ailleurs, tout comme A. Denizot, P. Deumier faisait déjà le constat de l'inutilité d'abroger certaines lois en affirmant que « *s'il faut souhaiter l'amélioration des qualités de la loi, tous ses défauts ne justifient peut-être pas le recours à la sanction, qui devrait être réservée aux tares les plus répréhensibles* »⁶². En effet, toute règle de droit

⁵⁷ DENIZOT (A.), *op.cit.*

⁵⁸ DEUMIER (P.), *Introduction générale au droit*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2022.

⁵⁹ DEUMIER (P.) « Les règles de droit obsolètes et le juge », *op.cit.*

⁶⁰ *Supra*, Partie 1, Chapitre 1, Paragraphe 1.

⁶¹ OST (F.), LENOBLE (J.), *DROIT, MYTHE ET RAISON, Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Presses de l'Université Saint-Louis, 2019, p. 126.

⁶² DEUMIER (P.), « Les qualités de la loi », *RTD civ.*, 2005.93.

qui perd son objet n'est pas bonne à abroger comme nous venons de le voir. L'approche de P. Deumier a le mérite de présenter le procédé par lequel une loi passe d'un état fonctionnel à un état « *semi-comateux, toujours en vie mais dans un profond sommeil* »⁶³. En outre, dans sa jurisprudence la Cour de cassation ne prend pas en compte la temporalité pour juger de l'obsolescence d'une règle. En effet, pour le juge « *Il n'y a pas de degré dans la force obligatoire d'un texte au long de sa vie : il est en vigueur, ou il n'est pas ; et tant qu'il est, il doit être appliqué* ».⁶⁴ Cela coïncide avec ce que nous avons déjà établi⁶⁵, l'obsolescence dépasse la désuétude. Cette dernière ne représentant qu'une petite partie des lois obsolètes. La cour de cassation considère en effet des motifs liés à la désuétude d'une règle législative « *au mieux, « surabondants » (Soc. 12 avr. 1967, Bull. civ. IV, n° 289) au pire, « erronés » (Soc. 30 oct. 1991, pourvoi n° 88-44 351) ou « inexacts et surabondants » (Soc. 16 mars 1966, Bull. civ. IV, n° 288)* »⁶⁶.

Malgré tout, il reste à se poser la question suivante « *Existe-t-il un statut de l'obsolescence de la règle ?* »⁶⁷. La question demeure car nous venons d'établir qu'une loi peut être obsolète bien que toujours en vigueur mais en dépit de cela « *Il est admis que l'abrogation d'une loi par désuétude n'existe pas* »⁶⁸ en droit français. En effet, « *tant qu'une loi n'est pas abrogée par une loi ou implicitement par une norme supérieure, elle continue d'être valide dans le système juridique. L'existence de ce mode de disparition de la loi est vivement contestée* »⁶⁹. Et c'est bien parce que le concept de désuétude est insuffisant et limité qu'il nous faut un concept d'obsolescence pour non pas abroger par désuétude mais abroger par obsolescence des lois.

Pour conforter la position de P. Deumier, le Conseil d'Etat parmi les trois critères qu'il énumère pour identifier une loi obsolète en cite un identique au critère élaboré par P. Deumier. C'est le critère qui consiste à établir des lois obsolètes quand celles-ci « *sont désormais privées d'objet parce qu'elles visaient des situations qui, en raison de l'évolution des circonstances de droit et de fait, ne sont plus susceptibles de se*

⁶³ DEUMIER (P.) « Les règles de droit obsolètes et le juge », *op.cit.*

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Supra*, Introduction, p. 3.

⁶⁶ DEUMIER (P.) « Les règles de droit obsolètes et le juge », *op.cit.*

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ LASSERRE (V.), « Loi et règlement », *Répertoire de droit civil*, 2015, point n°283

⁶⁹ *Ibid.*

présenter »⁷⁰. C'est pourtant bien ce critère qui est visé par P. Deumier quand elle évoque la perte de rationalité juridique. Ce critère englobe en réalité les deux autres qui ont été invoqué par le Conseil d'Etat. En effet, que le cas de figure soit l'obsolescence des lois par abrogation implicite « *par des lois ultérieures posant des règles contraires* »⁷¹ ou par épuisement de leurs « *effets eu égard à leur objet* »⁷² nous nous trouvons dans ces deux cas dans la perte de rationalité juridique car ils concernent la disparition de l'objet de la loi.

Après avoir esquissé toutes ces tentatives de caractérisation des critères de l'obsolescence nous pouvons proposer notre vision du concept d'obsolescence. En partant du critère téléologique s'agissant du domaine concerné par l'obsolescence législative et sur le critère de la perte de rationalité juridique s'agissant du processus par lequel une loi devient obsolète. Il ne nous reste plus maintenant qu'à élaborer notre conceptualisation juridique de l'obsolescence.

⁷⁰ CE, avis n° 401591 sur la proposition de loi n° 68 tendant à abroger des lois obsolètes pour une meilleure lisibilité du droit, *op.cit.*

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*

Paragraphe 2. Tentative d'élaboration d'un concept juridique de l'obsolescence

Nous tenterons d'élaborer le concept d'obsolescence en usant de la méthode phénoménologique (A) pour ensuite déterminer le type de concept auquel appartient l'obsolescence (B) et enfin conclure sur les critères retenus pour caractériser notre concept (C).

A. L'obsolescence comme phénomène

Nous avons mis en avant plus tôt⁷³ l'intérêt mais surtout la nécessité pour le juriste d'user de concepts juridiques pour interpréter la réalité. Il faut désormais s'attacher au procédé de construction d'un concept juridique pour proposer un concept performant de l'obsolescence législative. En effet, les juristes, qu'ils soient praticiens ou universitaires « *Dans leurs activités quotidiennes d'identification, de description, de systématisation, de critique, de proposition, de production du droit, mettent en œuvre un certain nombre de notions, dont le rôle est, grosso modo, de leur permettre d'appréhender une masse mouvante et a priori indifférenciée de phénomènes* »⁷⁴. Le législateur et plus largement le juriste est confronté s'agissant des lois obsolètes à un phénomène. Et c'est bien en partant d'un point de vue phénoménologique que nous prenons le parti d'identifier l'obsolescence.

De la même manière que nous adhérons à l'idée selon laquelle le droit n'a pas d'essence propre et est un pur phénomène, nous considérons qu'il en est de même pour l'obsolescence. Et la méthode phénoménologique nous oblige à étudier le phénomène d'obsolescence par ses différentes « apparitions » au sein du système juridique comme nous venons de le faire dans le paragraphe précédent. Et ce dans le but d'en inférer les propriétés qui lui sont propres. Nous empruntons la méthode au professeur Paul Amselek⁷⁵ qui s'est lui-même basé sur la méthode philosophique de la phénoménologie. Celle-ci consiste à décrire les choses telles qu'elles se donnent à voir, c'est-à-dire décrire les choses en tant que phénomènes.

⁷³ *Supra*, Partie 1, Chapitre 1, paragraphe 1.

⁷⁴ TUSSEAU (G.), « Critique d'une métanotion fonctionnelle », *op.cit.*

⁷⁵ AMSELEK (P.), *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2014, p.27-28 et p.43-46.

Pour exprimer cette idée, le fondateur de la phénoménologie, le philosophe autrichien Edmund Husserl utilisait un mot d'ordre pour essayer d'expliquer l'esprit de ce mouvement, il parlait de « *retour aux choses mêmes* »⁷⁶. Il y a donc une volonté de revenir aux choses en rejetant l'hyper subjectivisme de la modernité de Descartes. Il ne s'agit pas non plus de nier le sujet mais de prôner un retour aux choses c'est-à-dire qu'on revient à une forme de réalisme. Donc Husserl veut retourner aux choses mêmes, la phénoménologie est un peu un retour au réalisme ancien d'Aristote, par lequel on essaye de déceler le sens des choses. Ainsi la phénoménologie juridique de P. Amselek consiste à extirper de l'analyse d'un phénomène les caractéristiques qui lui sont propres. Il applique sa phénoménologie au concept de droit afin d'en faire ressortir ce qu'il estime être ses éléments essentiels. Nous proposons ainsi d'appliquer cette méthode au phénomène de l'obsolescence législative. Nous allons tenter d'induire les propriétés essentielles de l'obsolescence.

B. L'obsolescence, un concept induit

Jean Marie Denquin dans un ouvrage d'envergure sur les concepts juridiques décide d'ailleurs d'opérer lui-même une approche phénoménologique de la notion de concept juridique. Ce ne serait donc pas tant la définition de l'obsolescence elle-même que l'on doit s'atteler à l'élaborer mais celle du concept d'obsolescence. L'approche phénoménologique nécessite de se détacher d'une vision essentialiste de l'objet que l'on souhaite ériger au rang de concept. Nous devons en effet faire preuve de pragmatisme, le juriste, le législateur, le juge et l'universitaire disposent de nombreux concepts juridiques attachés à des notions elles-mêmes impossibles à définir dans l'absolu. J-M. Denquin explique alors que concernant les concepts dits juridiques « *poser la question du concept n'implique pas il est vrai une définition a priori du droit* »⁷⁷. La prudence est alors de mise concernant la définition du concept d'obsolescence. En logique, une différence est faite entre l'intension et l'extension d'un concept. L'intension est simplement la définition ou signification du concept alors que l'extension correspond à tous les éléments auxquels la définition s'applique. Il semble que concernant l'obsolescence, tout comme d'autres concepts (exemple de l'Etat de droit) il ne soit pas possible a priori d'établir une intension « absolue » du concept. Sur ce point J-M. Denquin explique que s'il « *existe un*

⁷⁶ HUSSERL (E.), *Recherches logiques*, PUF, 1969, parution originale en 1900-1901.

⁷⁷ DENQUIN (J.-M.), *Les concepts juridiques*, Classiques Garnier, 2021, p.9.

concept juridique désigné par le terme universel de vol »⁷⁸ alors « l'intension (ou signification) de celui-ci explicite des caractères qui traduisent les propriétés inhérentes aux objets individués qui constituent son extension et fournissent les critères nécessaires à leur désignation »⁷⁹. En effet, « le concept juridique ne se réduit donc pas ontologiquement à une généralité et logiquement à une définition, il implique une relation non pas unilatérale mais réciproque entre la formule générale qui en pose les critères d'une part et l'ensemble des applications à des cas individuels qui en ont été ou en seront faites à un moment donné du temps d'autre part »⁸⁰.

La formule générale que nous proposerons⁸¹ doit donc entretenir un lien de réciprocité avec les toutes les illustrations de lois inutiles, dépassées, désuètes, sans objet, que nous constatons dans le système juridique. Et nous avons déjà exploré les nombreux cas dans lesquels on pourrait qualifier une loi d'obsolète. Notre concept d'obsolescence ne peut donc pas se figer dans le temps, il évolue en fonction de l'évolution de la société et des besoins du juriste et objectifs qu'il se fixe pour combattre le phénomène de l'obsolescence. C'est pourquoi notre étude n'a pas la prétention d'apporter une définition (intension) figée, absolue et intemporelle de l'obsolescence législative. Mais plutôt de tenter d'esquisser à notre époque une conceptualisation possible de l'obsolescence. Cette conceptualisation dépend donc des objectifs que nous souhaitons atteindre (combattre l'insécurité juridique par exemple).

C'est la raison pour laquelle nous devons déterminer maintenant à quel type de concept nous rattachons le concept d'obsolescence législative. J-M. Denquin établit une distinction intéressante entre 2 types de concepts⁸² : les concepts induits et les concepts projectifs. Pour mettre en œuvre cette distinction J-M. Denquin part du postulat selon lequel « le principe même du droit est d'aller du langage au monde »⁸³. La distinction des deux concepts repose alors sur deux manières de voir le monde. S'agissant du concept induit « le langage observe d'abord que le monde est imparfait : il décrit ou plus

⁷⁸ *Ibid.*, p. 325.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 325.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 328.

⁸¹ *Infra*, petit C.

⁸² L'auteur met en avant un autre système d'opposition de concepts (concepts instituants et régulateurs) que nous ne traiterons pas ici dans un souci de pragmatisme et en raison du fait que le concept instituante est déjà selon nous assimilable au concept induit.

⁸³ DENQUIN (J.-M.), *Les concepts juridiques*, op.cit., p. 352.

exactement typifie en termes généraux les délits, crimes ou imperfections diverses avant de prescrire les moyens de leur répression, etc. On peut qualifier ces concepts d'induits puisqu'ils partent du monde, mais dans le but déclaré de revenir vers lui pour le transformer »⁸⁴. Alors que « *dans le second cas le droit constate que le monde est incomplet : il a pour objectif de créer de toutes pièces des objets artificiels qu'il entend ajouter au monde. Ces concepts, qui existent dans le langage avant d'exister, peut-être, dans le monde peuvent être qualifiés de projectifs* »⁸⁵. Ayant déjà constater dans le monde la réalité du phénomène de l'obsolescence⁸⁶, nous faisons le choix de classer notre concept d'obsolescence législative dans la catégorie des concepts induits. En effet, nous avons démontré plus tôt les différentes manifestations de l'obsolescence, nous devons dès lors adopter l'approche inductive, c'est-à-dire partir d'une observation répétée de faits pour remonter à une règle, idée, notion ou l'occurrence ici un concept. Contrairement à l'approche déductive qui consiste à considérer que la règle, l'idée, le concept se justifie à lui-même et s'impose aux faits. Nous partons de l'expérience déjà décrite des lois obsolètes pour conceptualiser cette obsolescence.

C. Les propriétés de l'obsolescence législative

Tout d'abord, la loi obsolète est une loi qui perd de sa rationalité juridique comme nous l'avons déjà vu. La perte de cette rationalité juridique qui correspond à la situation dans laquelle une loi perd son objet et peut se manifester de diverses manières : évolution du droit, de la société, des pratiques et usages, action irrationnelle du législateur, l'action du juge, etc. Nous décidons ainsi de fonder l'obsolescence tout d'abord sur un critère matériel qui est la disparition de la rationalité juridique. Le choix de ce critère permet d'englober tous les cas de figure d'obsolescence. Mais nous faisons le choix de ne pas nous limiter à ce critère et d'ajouter un critère téléologique (mis en avant par la professeure A. Denizot). L'ajout de ce critère a pour but de construire un concept d'obsolescence législative utile et non simplement comme permettant uniquement de recenser ce qui fait partie ou non des lois obsolètes. Et surtout d'éviter le constat fait selon lequel « *il n'est guère possible [...] de consacrer l'abrogation par désuétude ou par obsolescence : on imagine les débats sans fin des uns des autres pour savoir si telle loi,*

⁸⁴ *Ibid.*, p.353

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Supra*, Partie 1, Chapitre 1, Paragraphe 1.

peu appliquée mais un peu appliquée, devenue inadaptée mais encore utile, est ou non abrogée »⁸⁷ et donc que « *Dans l'opinion dominante, on admet que la désuétude ou l'établissement d'un usage contraire n'entraînent pas, en droit, l'abrogation de la loi* »⁸⁸. Toujours dans l'objectif de dépasser la désuétude avec l'obsolescence, le critère téléologique revient donc à identifier la loi obsolète comme une loi gênante. Et permettrait de faire passer une loi simplement inutile et désuète à obsolète car gênante. Mais comment caractériser cette gêne ? Au sein du système juridique la gêne se caractérise par la mise en danger de la sécurité juridique, qui se définit comme « *tout système juridique de protection tendant à assurer, sans surprise, la bonne exécution des obligations, à exclure ou au moins réduire l'incertitude dans la réalisation du droit* »⁸⁹. Or, les lois obsolètes et leur prolifération constitue bien une cause d'incertitude dans la réalisation du droit car elles amoindrissent sa lisibilité et sa compréhension.

Le concept d'obsolescence législative est donc constitué des critères suivants : perte de la rationalité juridique et capacité à provoquer des situations d'insécurité juridique. Mais quels sont précisément les types d'insécurité juridique qui peuvent découler d'une loi obsolète ? Et surtout, comment cette insécurité se manifeste-t-elle ?

⁸⁷ DEUMIER (P.), *Introduction générale au droit, op.cit.*, p. 242.

⁸⁸ MOLFESSIS (N.), TERRE (F.), *Introduction générale au droit, op.cit.*, p. 780.

⁸⁹ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2018.

Conclusion de la première partie

Il nous importe alors, maintenant que nous avons établi autant que faire se peut un concept de l'obsolescence législative, c'est-à-dire l'outil permettant d'identifier les lois obsolètes, de proposer un traitement approprié permettant de purger les lois obsolètes. Nous reconnaissons que bien que notre analyse et élaboration du concept d'obsolescence n'est pas infaillible, ce passage était pourtant obligé pour instaurer les repères nous permettant d'adopter la démarche qui va suivre. En tout état de cause notre propos ne consistait pas non plus à ériger le concept « parfait » mais simplement le prisme par lequel découvrir et éliminer les lois obsolètes nous serait plus facile.

En effet, nous avons dû démontrer l'intérêt d'un tel concept car il nous semblait impossible d'évaluer les risques que comporte ce type de lois avant même de savoir ce qui est du ressort ou non de l'obsolescence. C'est pourquoi nous avons voulu mettre en avant une tentative de conceptualisation de l'obsolescence, faute d'avoir pu en identifier une parmi les écrits doctrinaux. Bien que les écrits des auteurs sur l'insécurité juridique soient nombreux, la grande majorité d'entre eux a constamment fait le choix de traiter des lois inutiles, désuètes ou obsolètes que comme un sous-propos ne méritant pas d'occuper la pensée aussi fortement que les autres types d'insécurité juridique.

Nous pouvons maintenant envisager d'éprouver notre concept d'obsolescence législative à la réalité. Le but étant de proposer un traitement efficace à la maladie que constitue la masse de lois obsolètes dans notre corpus juridique. Si notre concept existe maintenant en tant qu'outil, il s'agit dorénavant de voir comment l'utiliser.

Partie 2. Le traitement de l'obsolescence législative

L'obsolescence législative représente un risque pour notre système juridique et plus précisément pour la sécurité juridique. Ce risque se manifeste par différents maux (Chapitre 1) dont la recherche de remède est absolument nécessaire (Chapitre 2).

Chapitre 1. Les maux de l'obsolescence

Les maux propres à l'obsolescence peuvent être de deux types, le premier étant la cause du second. L'appauvrissement de la loi causé par l'obsolescence législative (Paragraphe 1) est en effet susceptible de provoquer dans plusieurs pans du droit des bouleversements sur le plan de la pratique judiciaire (Paragraphe 2)

Paragraphe 1. L'obsolescence, cause d'appauvrissement de la loi

L'obsolescence est un des facteurs parmi d'autres qui affecte les qualités de la loi (A), ce qui rend difficile sa connaissance et son intelligibilité (B).

A. La disparition des qualités de la loi

Peut-on considérer que la loi est assortie de qualités qui lui sont intrinsèques ? Si tel est le cas nous pourrions considérer qu'une loi obsolète est une loi qui a perdu une ou plusieurs de ses qualités, qui sont bien sûr sous la coupe de la notion de rationalité juridique. Lorsque la loi est donc privée d'une ou plusieurs de ces qualités alors cela provoque son illisibilité et son manque de clarté. Tout d'abord sa rédaction est importante car « *la mauvaise qualité de sa rédaction rend incertaine sa compréhension et génère de l'insécurité juridique* »⁹⁰. La loi mauvaise est donc avant tout la loi mal rédigée, il arrive ainsi que la mauvaise rédaction d'une loi provoque son obsolescence. La mauvaise rédaction de la loi peut en effet conduire à « *favoriser des erreurs, omissions ou malfaçons qui retarderont ensuite l'adoption de la norme et son application* »⁹¹. Malheureusement, les censures par le Conseil constitutionnel au nom de l'objectif à valeur constitutionnelle de clarté et intelligibilité de la loi « *se font rares* »⁹² dans la pratique. Et cela peut s'expliquer par la difficulté que recouvre la tâche d'identifier tant les lois mal écrites que les lois obsolètes. Le plus problématique étant que le législateur lui-même en essayant

⁹⁰ DEUMIER (P.), « Les qualités de la loi », *op.cit.*

⁹¹ Conseil d'État, Étude annuelle 2016, *Simplification et qualité du droit*, Doc. fr, 2016.

⁹² DEUMIER (P.), « Les qualités de la loi », *op.cit.*

d'appliquer l'exigence de clarté de la loi peut ajouter des maux aux mots (de la loi). En effet, les exigences de clarté et accessibilité de la loi « *n'aboutissent qu'à de très rares censures du législateur, mais encore elles légitiment son recours aux ordonnances pour mener à bien l'entreprise de simplification du droit* »⁹³. Or, le recours à ces ordonnances n'est pas toujours le bienvenu à tel point qu'on a pu se demander si « *le remède n'est-il pas devenu pire que le mal ?* »⁹⁴.

Mais la qualité de la loi qui semble le plus touché par le phénomène de l'obsolescence est sans doute celle de la normativité. En effet, si une loi obsolète est une loi qui a perdu son objet alors celle-ci ne peut plus être considérée comme comportant le moindre effet juridique. Selon le concept de normativité que l'on adopte la normativité de la loi peut soit signifier que la loi pour être valide se doit d'être conforme à la norme qui la surplombe. Cette conception de H. Kelsen implique de considérer une loi valide dès lors que celle-ci est susceptible d'être appliquée par un juge. Nous partageons plutôt l'avis selon lequel H. Kelsen établit « *une confusion entre l'énoncé et la norme, et présuppose que l'existence de celle-ci dépend du contenu de l'énoncé, notamment de sa forme déontique et de sa connotation* »⁹⁵. Nous préférons adopter la vision du professeur Paul Amserek s'agissant de la normativité qui définit les règles de droit comme des « *outils de direction publique des conduites humaines, s'inscrivant dans le cadre de la vie des hommes en peuples ou populations ayant besoin d'une direction d'ensemble, synchronisée, de la conduite de leurs membres, donc de dirigeants publics exerçant un pouvoir public* »⁹⁶. Conformément à notre concept d'obsolescence, nous en déduisons que la loi devient obsolète quand sa mission fondamentale, c'est-à-dire donner une direction aux conduites humaines, n'est plus assurée. Il était donc important de s'arrêter un moment sur la fonction « normative » d'une loi. Cet aparté nous auras permis de confirmer l'intérêt de notre concept car nous savons maintenant que si une loi obsolète est celle qui perd son objet, cela signifie *a fortiori* qu'elle n'est plus à même de donner la direction aux conduites humaines. Une loi obsolète a ainsi pour conséquence de jeter un « flou » dans le système juridique. Que ce soit pour le juriste ou le simple citoyen profane

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ MAZEAUD (P.), Vœux du président du Conseil constitutionnel au Président de la République, 2004.

⁹⁵ CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007, n°21.

⁹⁶ AMSELEK (P.), *Orientations générales de mes recherches en matière de philosophie du droit*, [https://www.paul-amselek.com/itineraire.php]

le phénomène d'obsolescence augmente l'incertitude dans la réalisation du droit. C'est en cela que les lois obsolètes constituent un facteur important d'insécurité juridique, en tant que la loi est censée orienter le comportement de ses destinataires.

B. De la difficulté de connaître et comprendre les lois

L'obsolescence des lois rend donc difficile leur accès et leur connaissance. En effet, « *La connaissance des lois n'est pratiquement assurée que par les recueils privés et les revues. S'il plaisait à un éditeur de falsifier ou d'imaginer un texte, il est probable que ce texte faux serait appliqué !* »⁹⁷. La prolifération des lois obsolètes rend la lecture des lois compliquée et pose un obstacle important pour y accéder. A tel point que certains tribunaux ont pu à certains moments appliquer une loi en ignorant que celle-ci était déjà abrogée. En effet, « *Les tribunaux ont du reste toutes les peines du monde à rester au courant dans le maquis des ordonnances dont ils doivent tenir compte. On en a vu, en France, accepter une action en divorce selon la loi du 14 septembre 1941 parce qu'ils ignoraient qu'elle avait été abolie* »⁹⁸. Ou encore « *d'ignorer pendant de longs mois des lois nouvelles* »⁹⁹. Le juge lui-même est ainsi impacté par la difficulté d'accéder aux normes législatives. Nous verrons plus tard quels sont les outils dont dispose le juge pour combattre l'insécurité juridique qui découle des lois obsolètes¹⁰⁰.

S'agissant maintenant de l'intelligibilité et la compréhensibilité des lois. A partir de quand juge-t-on qu'une loi devienne incompréhensible ? Selon Madame Valérie Lassere-Kiesow « *d'une part, que la notion de compréhensibilité des lois est à sens variable, et, d'autre part, le grief de la loi incompréhensible est intrinsèquement lié aux grands signes de la crise du droit* »¹⁰¹. L'auteur présente plusieurs type de compréhensibilité de la loi : subjective (compréhension de la loi en fonction du sujet revêtu du pouvoir de juger) ; contextuelle (« *compréhension de la loi par le juge lorsque celui-ci l'applique à un cas particulier* »¹⁰²), politique (signifiant que le « *citoyen peut accéder aux intentions politiques de la législation* »¹⁰³ et enfin juridique. La dernière est

⁹⁷ RIPERT (G.), *Le déclin du droit : Études sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949, p. 162.

⁹⁸ ANDRE (P.), « L'inflation juridique et ses conséquences pratiques, le « déclin du droit » », *Journal de Neuchâtel, Feuille d'avis de Neuchâtel*, 22 décembre 1961, N°298.

⁹⁹ RIPERT (G.), *op.cit.*, p. 162.

¹⁰⁰ *Infra*, Partie 2, Chapitre 2, Paragraphe 2.

¹⁰¹ LASSERRE-KIESOW (V.), « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXIe siècle », D. 2002. 1157.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.*

celle sur laquelle nous devons nous attarder car elle « *consiste en la compréhension de tous les éléments juridiques impliqués par le texte de la loi : les conditions d'application, les conséquences, les actions qu'il permet, les principes qu'il applique, les autres solutions juridiques concurrentes, le sens de chaque mot tel qu'il est précisé par le juge* »¹⁰⁴. Cela coïncide avec notre critère matériel de l'obsolescence législative car une loi qui perd son objet est bien celle qui devient incompréhensible sur le plan purement juridique. Prenons l'exemple d'une loi qui prévoit des conditions d'applications prévues dans un autre texte législatif. Si ce dernier est abrogé alors la loi dont il est question a perdu son objet. Ou encore d'une loi qui permettrait des actions qui n'ont plus lieu d'être au moment où la considère. Elle devient ainsi inadaptée. Et c'est pourquoi nous considérons qu'à la différence de la loi tombée en désuétude, la loi devenue obsolète a pu atteindre cet état le lendemain de son adoption. Un autre exemple est celui d'une disposition législative faisant référence à une disposition abrogée par la suite¹⁰⁵. Bref, les lois obsolètes peuvent donc avoir comme conséquence dramatique l'incompréhensibilité des lois. Ce point est majeur car selon l'auteur précité « *toutes les manifestations de la crise contemporaine du droit [...] se regroupent autour de trois signes fondamentaux de dépression, lesquels sont intrinsèquement liés à la question de la loi compréhensible [...] premièrement, l'inflation législative, deuxièmement, l'inflation jurisprudentielle et, troisièmement, la confiscation du droit par les juristes* ».¹⁰⁶ Nous avons déjà traité dans la partie 1 de l'inflation législative. L'inflation jurisprudentielle qui est liée au fait que les « *décisions judiciaires sont nombreuses et créatrices de droit* »¹⁰⁷ est importante et nous rappelle à quel point la loi aujourd'hui est difficilement compréhensible sans le travail du juge. Alors que la confiscation du droit par les juristes est plutôt l'idée selon laquelle « *le juriste a de facto le monopole de la compréhension d'un droit devenu subtil* »¹⁰⁸. Mais ce dernier élément ne peut être à proprement parler une cause de l'obsolescence des lois car le juriste en dehors de dissenter sur le droit ne peut le rédiger lui-même ni l'appliquer comme le ferait un juge. En revanche, l'obsolescence législative peut parfois provoquer

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Ainsi en est-il de la loi n° 48-178 du 2 février 1948, à propos de laquelle le législateur dans son rapport n° précité que « *La seule disposition de cette loi encore en vigueur fait référence à une disposition abrogée en 2000. Elle peut donc être abrogée* ».

¹⁰⁶ LASSERRE-KIESOW (V.), « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXI^e siècle », *op.cit.*

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*

l'incompréhension des lois par les juristes eux-mêmes, en effet « *les juristes eux-mêmes n'avouent-ils pas parfois commencer à y perdre leur latin ? Le fatras des sources est sans doute la cause la plus visible de l'imbroglia juridique actuel* »¹⁰⁹. L'incompréhension de la loi doit donc être placée au centre de notre réflexion quant aux maux propres à l'obsolescence législative car elle ne touche pas seulement le citoyen étranger aux principes juridiques mais elle parvient aussi et plus dramatiquement à atteindre les initiés (juristes et juges) dans leur pratique. C'est même d'ailleurs le problème le plus remarquable, et on le constate notamment dans le domaine le plus propice à être impacté par les diverses causes d'insécurité juridique : le domaine contentieux.

¹⁰⁹ *Ibid.*

Paragraphe 2. L'obsolescence, cause de bouleversements contentieux

Il faut s'attarder sur le cheminement par lequel une loi obsolète est susceptible de provoquer le bouleversement d'une pratique contentieuse (A) pour ensuite conclure sur l'urgence qu'il y a à appliquer notre concept d'obsolescence aux lois obsolètes (B).

A. Le chemin menant au bouleversement contentieux

L'effet le plus grave de l'obsolescence est sans doute de porter atteinte à la stabilité de la pratique judiciaire. Le juge est habilité à appliquer la loi, or s'il est tenté d'appliquer une loi obsolète, qui n'est plus appliquée depuis longtemps alors même que dans un certain contentieux plus personne n'avait connaissance de cette loi, alors le risque de bouleverser la cohérence de ce contentieux est grand. Selon P. Deumier les textes législatifs obsolètes *« parce qu'ils sont toujours en vigueur, peuvent à tout moment être appliqués par le juge ; parce qu'ils sont oubliés de tous, il y aurait une injustice fondamentalement à soudainement réveiller le texte pour l'appliquer à celui qui, en toute bonne foi, l'ignorait »*¹¹⁰. Précisons que dans ce passage, P. Deumier parlait précisément des lois désuètes et non obsolètes. Distinction par laquelle elle considère que ce sont seulement les lois désuètes qui peuvent être réactivées à tout moment.

Or, nous avons montré plus tôt¹¹¹ que la désuétude n'est qu'une forme d'obsolescence selon notre propre concept d'obsolescence. Nous permettant alors de citer son propos en évitant toute contradiction dans le nôtre. De plus sur ce point, P. Deumier avait elle-même considéré que *« L' « obsolescence » permet ainsi de dépasser la « désuétude », puisqu'elle peut frapper des règles plus ou moins jeunes mais encore en usage, pas complètement oubliées mais périmées « pour des raisons indépendantes de leur usure physique mais liées au progrès technique, à l'évolution des comportements, à la mode, etc. »*¹¹². Bref, le risque de réactiver une loi obsolète alors qu'elle était « endormie » depuis un moment peut perturber la stabilité d'une procédure contentieuse.

P. Deumier donne une illustration intéressante de ce phénomène en évoquant un cas intéressant. Celui d'un arrêté municipal marseillais qui *« avait décidé en 1858, d'interdire aux voitures de frôler les trottoirs. En 1916, l'arrêté est toujours en vigueur*

¹¹⁰ DEUMIER (P.), *Introduction générale au droit, op.cit.*, p. 241.

¹¹¹ *Supra*, Partie 1, Chapitre 2, Paragraphe 2.

¹¹² DEUMIER (P.), « Les règles de droit obsolètes et le juge », *op.cit.*

mais, entre-temps, la ville de Marseille s'est équipée d'un tramway, bouleversant l'espace circulaire : il devint dès lors nécessaire de frôler les trottoirs pour croiser les tramways. Pourtant, un charretier ayant roulé près du trottoir (et renversé un passant de ce fait) fut condamné sur le fondement de l'arrêté de 1858, au motif que la loi n'est pas abrogée par désuétude – tramway ou non »¹¹³. Nous voyons ainsi la gravité pour le système juridique et a fortiori la pratique contentieuse de conserver des normes législatives ou réglementaires dans notre corpus de règles juridiques. Il est particulièrement étonnant que la Cour de cassation persiste à appliquer une loi obsolète au nom de l'idée doctrinale majoritaire mais contestable, selon laquelle une loi ne peut pas être abrogée par désuétude. P. Deumier conclut que si la solution est « *incontestable d'un point de vue juridique, elle est intenable du point de vue moral et politique* ». Nous considérons cependant que la solution est autant intenable d'un point de vue moral et politique que juridique ! En effet, nous le constatons bien, cet arrêté passe le double test de notre concept d'obsolescence : d'une part celui de la perte de rationalité juridique car il devient sans objet du fait de l'évolution de l'environnement sur lequel il avait vocation à s'appliquer ; et d'autre part celui du critère téléologique car conserver un tel texte représente bien une gêne pour la sécurité juridique parce que du fait du respect d'une norme contraire à l'arrêté obsolète, une personne s'est tout de même vue condamnée sur le fondement de l'arrêté de 1858 alors même qu'il était devenu sans objet !

Le risque n'est donc pas seulement de laisser une telle norme dans notre corpus normatif mais surtout de laisser la possibilité au juge de la (ré)activer. Et nous disposons d'une illustration marquante de ce risque en matière de droit pénal des affaires. En effet, parmi les lois abrogées par le législateur au moyen de la loi Balai 1 du 11 décembre 2019, celle du 3 décembre 1926 modifiant les articles 419, 420, et 421 du Code pénal doit attirer notre attention car elle a un « *contenu plus étendu que celui qu'indique son intitulé et qui n'était pas codifié. [...] L'article 3 de la loi du 3 décembre 1926 prévoyait que la personne inculpée de cours sur les marchés pourrait, en cas d'expertise ordonnée par le juge d'instruction, demander et obtenir la nomination d'un second expert choisi par elle. On imagine le désordre procédural qu'une telle demande provoquerait aujourd'hui si un avocat aussi malin que savant exhumait cette disposition* »¹¹⁴. Voilà bien un nouvel

¹¹³ DEUMIER (P.), *Introduction générale au droit, op.cit.*, p. 241.

¹¹⁴ ROBERT (J.-H.), « Vide-cimetière », *Revue de droit pénal*, 2020, p. 41.

exemple d'une loi obsolète dont la potentielle menace pour la pratique contentieuse du droit pénal des affaires fut éviter de justesse. Que dire des autres domaines, en particulier les contentieux les plus effervescents et complexes tel que le droit de l'urbanisme. Le nombre de dispositions cachées et qui n'attendent qu'à être ranimés pour déferler leurs effets dévastateurs sur la pratique judiciaire de tel ou tel domaine est-il même estimable ? En effet, rappelons qu'en 2018 le système juridique français comportait 320 458 articles dont 25% à valeur législatives et 75% à valeur réglementaires ! Le potentiel risque des lois obsolètes de causer des désordres procéduraux en tout genre est plausiblement immense.

B. De la nécessité d'abroger les lois obsolètes

Les développements que nous venons d'exposer nécessitent de mettre en relief l'avis majoritaire de la doctrine du refus de l'abrogation des lois par désuétude et démontrer dès lors l'urgence à considérer comme possible l'abrogation de la loi par désuétude. Mais à plus forte raison par obsolescence. Le professeur Alain Desrayaud relativise la position majoritaire de la doctrine dans un article au titre éloquent intitulé « Depuis quand les lois ne tombent-elles plus en désuétude en France ? »¹¹⁵. Tout d'abord l'historien du droit rappelle que « *la désuétude des lois par usage contraire (consuetudo abrogatoria) ou par non usage (deusetudo au sens strict) est un fait patent relevé entre autres par Cruet ; Carbonnier, MM. Roland et Boyer* »¹¹⁶. Le but étant de remettre en avant l'avis de juristes qui dans l'histoire ont pu défendre l'idée de l'abrogation par désuétude. Selon le professeur Desrayaud « *il apparaît que professeurs de droit et praticiens d'une part, tribunaux et cours d'autre part, s'accordaient à estimer qu'une loi jamais observée ou tombée en désuétude s'anéantissait d'elle-même et autorisait la réception d'un usage contraire* »¹¹⁷. Cela conforte notre position selon laquelle l'abrogation d'une loi par désuétude est et doit être possible. S'agissant des arguments invoqués par les juristes qui défendaient cette position, ils reposent sur une idée principale. Celle qui consiste, d'un point de vue empreint de jusnaturalisme « à considérer la désuétude comme une loi de la nature, plus précisément comme un « effet

¹¹⁵ DESRAYAUD (A.), « Depuis quand les lois ne tombent-elles plus en désuétude en France ? », Revue de la recherche juridique, 2008, Volume n°1.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 41.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 42.

de la loi du temps »¹¹⁸. En effet, l'arguments principal en faveur de l'abrogation par désuétude de la loi selon A. Desrayaud est « *tirés de considérations d'utilité, marqué du sceau du pragmatisme* »¹¹⁹ alors que l'argument en faveur du rejet de l'abrogation par désuétude tient à « *l'organisation des pouvoirs publics, empreint des abstractions juridiques des publicistes du XVIII^e siècle* »¹²⁰. N'est-ce pas pourtant dans un souci de pragmatisme que nous avons élaborer notre concept d'obsolescence ? Il est donc intéressant de relativiser la position dominante actuelle de la doctrine qui consiste à admettre comme si cela était une évidence en raison du seul fait qu' « *une majorité de la doctrine et les tribunaux refusent toute force obligatoire à une coutume qui s'opposerait à une loi impérative* »¹²¹. Nous devons cependant rester prudent sur la place que nous accordons à la coutume. Notre propos ici ne consiste qu'à démontrer qu'il est possible et utile d'accepter l'abrogation de la loi par obsolescence. Que la désuétude ne soit qu'un élément de l'obsolescence et ainsi admettre qu'il est possible d'abroger la loi par l'effet du temps. En effet, dans notre schéma de l'obsolescence, l'effet du temps n'est qu'une des causes qui provoque la perte de rationalité juridique d'une loi ! Nous n'irons pas jusqu'à accepter que toute pratique contra legem puisse permettre l'abrogation d'une loi, si ce n'est celles qui se trouvent ancrés dans le temps et qui sont tolérées. Mais même sur ce point la jurisprudence refuse d'accepter la désuétude comme cause d'obsolescence. En effet, « *les lois et règlements ne peuvent tomber en désuétude par suite d'une tolérance plus ou moins prolongée, et ne peuvent être abrogés que par des dispositions supprimant expressément celles en vigueur ou inconciliables avec elles* »¹²². La mission Balai signifiant « Bureau d'abrogation des lois anciennes et inutiles » ne porte pourtant pas dans son nom l'expression même de la volonté de se débarrasser des lois dépassées par l'effet du temps ? Les lois anciennes sont nommément visées par le législateur, et nombreuses des lois qui furent supprimées le furent le fondement d'un critère temporel, bien que discutable. En expliquant que les lois visées « *n'ont pas été modifiées depuis au moins vingt ans, ce qui est l'un des critères retenus pour la sélection des lois obsolètes par la mission sénatoriale* »¹²³.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 42.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 43.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 43.

¹²¹ CABRILLAC (R.), *Introduction générale au droit*, Dalloz cours, 2021, p. 165.

¹²² RODIERE (R.), note sur arrêt, Crim. 12 mai 1960, *JCP* 1960, II. 11765.

¹²³ LATOMBE (P.), Rapport N° 4964 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, *op. cit.*

In fine, considérer ces positions permettrait d'éviter un travail fastidieux au législateur consistant comme on a pu le voir avec les lois Balai 1 et 2 à supprimer des lois qui n'avaient aucun intérêt à être supprimés. Et toujours en conformité avec notre critère téléologique, de s'attaquer en priorité aux lois non seulement désuètes, dépassées, inutiles mais surtout aux lois dangereuses pour le système juridique.

Maintenant que la première étape du diagnostic est terminée et que les symptômes de l'obsolescence ont été mis en lumière, il nous reste à entrevoir les remèdes susceptibles de soigner au mieux les lois atteintes par la maladie de l'obsolescence.

Chapitre 2. Les remèdes à l'obsolescence

Le premier remède auquel on doit penser dans un système légicentriste à droit écrit tel que le nôtre est l'action du législateur (Paragraphe 1). Mais celle-ci étant limitée, il est nécessaire de la compléter par l'action de la jurisprudence (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Un traitement imparfait : l'action du législateur

L'action du législateur doit avant tout constituer un traitement préventif à l'apparition de lois obsolètes (A). Après la naissance de ces dernières, le législateur s'efforce de déployer des efforts indéniables avec un résultat pourtant insuffisant (B). Cela nous amènera à nous demander si le problème ne réside pas tant dans l'action du législateur que dans les outils de simplification du droit eux-mêmes (C).

A. L'action du législateur comme traitement préventif

Le législateur se doit d'être l'acteur de premier plan pour résoudre les problèmes d'insécurité juridique et s'attaquer aux lois obsolètes. Et ce en raison du fait que c'est lui-même qui est à la source des lois. Rappelons que l'une des causes de l'obsolescence déjà évoquée est la mauvaise rédaction de la loi. Soumis à l'objectif à valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la loi, le législateur se doit donc d'agir *a priori* pour éviter d'accoucher d'une loi nocive pour le système juridique. En outre, la difficulté pour le législateur est de concevoir un remède alors même que la définition de la loi évolue au cours du temps. En effet, « à mesure que l'on prit conscience des besoins d'adaptation de la règle, de plus en plus pressante et générale, on a constaté que la signification de la loi changeait profondément dans la société contemporaine »¹²⁴. Le législateur se doit donc d'être prudent quand il légifère et prendre ses précautions concernant la signification qu'il donne à la loi et à plus forte raison à la normativité. Nous avons déjà montré qu'une loi obsolète est aussi une loi non normative. Dès lors, pour éviter de concevoir des règles dépourvues d'effets juridiques il serait intéressant de créer un outil précis. En effet, P. Deumier propose « *Qu'il soit dans la Constitution ou dans la jurisprudence de son gardien, un instrument sanctionnateur des dispositions non normatives est-il le remède non pas le plus efficace - il l'est assurément - mais le plus judicieux ? A cet égard, une police des initiatives parlementaires, par les Assemblées elles-mêmes, semble plus*

¹²⁴ TERRE (F.), « La "crise de la loi" », *op. cit.*, p. 18.

pertinente et plus conforme à l'objet politique, comme le propose l'article 2 de la proposition de loi constitutionnelle précitée (qui étend et durcit la procédure existant en matière financière »¹²⁵. L'idée est intéressante, en disposant d'une formation au sein du Parlement veillant à la police des initiatives parlementaires, le législateur pourrait se prémunir bien mieux de la mauvaise rédaction des lois. Que ce soit dans la prolifération des amendements au moment d'une loi qui fait polémique ou la volonté de faire adopter une loi qui « a cessé d'être la volonté de l'expression de la volonté générale pour devenir l'expression de la volonté du législateur »¹²⁶ notre législateur a plus que jamais besoin de réguler les débordements causés par les volontés partisans des groupes parlementaires. Cet outil permettrait d'ailleurs de contenir l'effet d'effervescence législative liées aux changements de législatures.

Nous constatons en effet ces dernières années que de plus en plus de projets politiques de réforme ne sont plus liées à une volonté de mener un projet cohérent mais plutôt de préparer les prochaines les élections présidentielles. Même si le « mauvais comportement » politique a déjà été montré plus tôt, faut-il pour autant considérer ce fait comme ne trouvant aucune solution ? Selon nous, il faut trouver un équilibre entre la volonté d'accomplissement de projets politiques et le soucis de cohérence dans l'action du législateur. Les efforts de ce dernier ne doivent pas cesser même si dans l'immédiat ils sont considérés comme insuffisants. Il doit veiller en outre à ne pas abuser de l'usage de la norme, en effet « *l'attrait de la norme tient aussi au fait qu'elle constitue une réponse instantanée à une attente suscitée par un évènement. C'est la réaction au journal de 20 heures ou à une crise que l'on ne parvient pas et, de plus en plus souvent, que l'on ne cherche même plus à résoudre autrement »*¹²⁷. Comme nous l'avons vu à titre l'illustration avec l'affaire Sarah Halimi¹²⁸, le législateur ne pourra pas rationaliser son action tant qu'il basera le fondement de sa législation sur l'émoi populaire. Prévoir avec l'idée de P. Deumier une sorte de garde-fou des initiatives parlementaires au sein même du Parlement est donc une idée pertinente. Et ce dans le but de contredire le triste constat selon lequel « *lors des alternances, la norme devient elle-même un enjeu de la lutte entre*

¹²⁵ DEUMIER (P.), « Les qualités de la loi », *op.cit.*

¹²⁶ TERRE (F.), « La "crise de la loi" », *op. cit.*, p. 19.

¹²⁷ Rapport annuel du Conseil d'Etat, 2016, p. 50.

¹²⁸ Supra, Partie 1, Chapitre 1, Paragraphe 1.

*majorité sortante et opposition et l'abrogation des lois les plus emblématiques constitue une composante classique des programmes politiques de l'opposition »*¹²⁹.

B. Des efforts indéniables pour des résultats insuffisants

Le rapport annuel du Conseil d'Etat de 2016 sur le thème de la simplification du droit avait titré sa deuxième partie « Des efforts indéniables, des résultats insuffisants »¹³⁰. Le rapport met en avant certains dispositifs adoptés durant les 20 dernières années mais ceux-ci demeurent néanmoins insuffisants. Parmi ces efforts sont cités : l'effort de rationalisation des procédures normatives¹³¹, l'institution d'organes ayant pour fonction de simplifier¹³² et des dispositifs ayant pour but de faciliter l'accès au droit¹³³. Sur le papier tous ces efforts paraissent prometteurs. Le deuxième notamment se raccorde avec la vision de P. Deumier qui proposait la création d'un organe ayant pour fonction de prévenir l'adoption de lois non normatives. Le rapport annuel nous dresse le constat d'institutions « *créées ou renforcées pour faciliter l'accès au droit et sa mise en oeuvre*²¹³. *La plus importante est le Défenseur des droits, également créé par la révision constitutionnelle de 2008 et dont les missions reprennent celles du Médiateur de la République, du Défenseur des enfants, de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité et de la Commission nationale de déontologie et de sécurité* »¹³⁴. Le rapport met en avant aussi le progrès de la codification en expliquant que « *La contribution de la codification à la qualité du droit est importante et ne se limite pas à des ajustements terminologiques ou formels [...] La codification consiste à harmoniser l'état du droit – dans le sens très restrictif qu'a donné à cette « harmonisation » le Conseil constitutionnel ; à présenter d'une manière claire, cohérente et accessible les règles en vigueur ; à les purger et les consolider* »¹³⁵. La codification à droit constant fait donc partie des outils permettant de purger du système les lois obsolètes, elle est efficace en ce sens car elle permet de « *recenser et compiler les textes existants* »¹³⁶. Avec tous ces effort

¹²⁹ Rapport annuel du Conseil d'Etat, 2016, p. 52.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 63.

¹³¹ *Ibid.*, p. 63.

¹³² *Ibid.*, p. 66.

¹³³ *Ibid.*, p. 69.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 68.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 70.

¹³⁶ « Qu'est-ce que la codification des lois ? », Site : Viepublique.fr

mis en œuvre, nous pourrions nous étonner de l'état actuel d'une « crise de la loi » qui est critiquée fortement depuis la fin des années 1940 et perdure encore ces dernières années.

En effet, le rapport précité avance que malgré tous ces efforts le bilan est « insuffisant ». Le conseil d'Etat lui-même en établissant selon ses mots « *bilan décevant* » des projets de simplification du droit reproche comme problème « *des méthodes de simplification et d'amélioration de la qualité du droit insuffisamment rigoureuses* »¹³⁷. Le manque de rigueur selon le Conseil d'Etat est corrélé au fait que « *le champ d'application de l'obligation d'élaborer des études d'impact s'avère trop étroit* »¹³⁸. Mais est surtout mise en cause, et nous l'avons déjà mis en lumière, « *l'instrumentalisation de la simplification* »¹³⁹. En effet, « *la simplification a pu être inutile, voire esthétique, et ne pas s'attaquer aux vraies difficultés* »¹⁴⁰.

Quelles sont les raisons de ce constat ? Ce bilan décevant trouve-t-il sa cause seulement dans l'action du législateur ? Devons-nous lui jeter l'opprobre et le rendre seul responsable de tous nos maux s'agissant des lois obsolètes et plus largement l'insécurité juridique liée à la prolifération des lois ? Il est vrai que le législateur de la V^{ème} République n'a pas les mêmes qualités que celui de 1789 car à cette époque « *les assemblées parlementaires étaient peuplées de juristes ; et ceux-ci savaient écrire la règle de droit, qui était restée simple, accessible. Aujourd'hui, c'est tout autre chose* »¹⁴¹.

Cependant, ayant largement montré les diverses efforts du législateur en la matière, nous refusons de faire reposer toute la faute sur la seule personne du législateur. Et nous prenons plutôt le parti d'une responsabilité partagée : celle du législateur mais aussi des outils dont il dispose, qui nous paraissent à l'heure actuelle perfectibles. En effet, c'est aussi que « *l'accroissement de la technicité a restreint le cercle de ceux qui sont aptes à formuler des règles juridiques* »¹⁴².

C. Des remèdes inadaptés

Et si les outils propres à la simplification du droit étaient eux-mêmes imparfaits ?
« *Une telle interrogation revient à éprouver l'aptitude du système juridique à traiter ses*

¹³⁷ Rapport annuel du Conseil d'Etat, *op.cit.*, p. 73.

¹³⁸ *Ibid.* p. 75.

¹³⁹ Rapport annuel du Conseil d'Etat, *op.cit.*, p. 77.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 77.

¹⁴¹ TERRE (F.), « La "crise de la loi" », *op. cit.*, p. 19.

¹⁴² *Ibid.*, p. 19.

propres maux. Car c'est bien une auto-médication que veut s'imposer le système juridique en multipliant les règles destinées à lutter contre ses dysfonctionnements »¹⁴³. En effet, ce n'est pas le législateur seul qui doit appliquer le traitement propre à combattre les lois obsolètes et l'insécurité juridique mais le système juridique lui-même, dans sa globalité. Il est censé produire des normes permettant d'amoindrir les effets néfastes d'autres normes.

Le professeur N. Molfessis décrit les règles de simplification en avançant « *qu'elles portent sur l'écriture de la règle, sur son esthétique, sur ses effets, qu'elles interviennent soit en amont de l'élaboration des règles substantielles soit en aval, et qu'elles aspirent à traiter le système juridique* »¹⁴⁴. L'objectif *a priori* des règles de simplification est donc louable, purger le système juridique des maux qui le touchent. Mais *quid* des effets juridiques de ces remèdes ? Il faut se demander si leur impact sur le système juridique est sain dans l'absolu. Y'a-t-il des risques propres à l'adoption de lois de simplification ? La pensée la plus logique serait de se dire que, ayant pour objet la simplification du droit, il n'y a pas de raison que de tels remèdes nous rajoute plus de problèmes qu'il n'y en avait déjà avant leur adoption. Et pourtant, « *plus encore, les remèdes deviennent à leur tour facteurs de dysfonctionnements et appellent donc l'intervention des sources du droit, lato sensu. La complexité du droit est en soi une cause d'ébullition normative. La masse, à nouveau, est en elle-même révélatrice : des lois, des décrets, mais aussi des circulaires ou des instructions sont rendues nécessaires du fait de l'opacité des textes, de leurs imperfections, des difficultés à les appliquer. Les imperfections appellent de nouvelles règles. Ces nouvelles règles, elles-mêmes imparfaites, provoquent à leur tour l'intervention du droit – c'est l'autocréation vicieuse du droit...* »¹⁴⁵.

Si la complexité du droit est elle-même la source de l'inadaptation des remèdes alors nous pourrions avoir l'impression d'être piégé dans un cercle vicieux, c'est pourquoi N. Molfessis parle d'autocréation vicieuse du droit. Et pour cause, ajouter une règle bien

¹⁴³ MOLFESSIS (N.), « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même. », *op.cit.*, p. 394.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 394

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 395.

que celle-ci ait pour objet de « simplifier » le droit implique quasiment irrémédiablement de rendre toujours le droit plus complexe qu'il ne l'était avant cette transformation.

A titre d'illustration le projet de réforme du droit des obligations opéré en février 2016 n'a-t-il pas rendu l'application du droit des obligations plus complexe qu'il ne l'était ? Nous pensons que la réponse est partiellement positive : la réforme du droit des obligations de 2016, bien qu'ayant opéré l'ajout dans le Code civil de plusieurs solutions qui n'étaient jusqu'alors que jurisprudentielles a eu pour effet de faire jongler constamment celui qui l'applique entre « trois » régimes, celui d'avant 2016, celui entre février 2016 et la loi de ratification de 2018 pour certaines dispositions et enfin celui d'après la loi de ratification de 2018.

C'est une chose de rendre le droit inéluctablement plus « complexe » en essayant de le simplifier, pour le cas de la réforme de 2016 celle-ci était nécessaire et fut l'aboutissement d'un projet cohérent entamé plusieurs années en amont avec le projet de Pierre Catala. C'en est une autre de simplifier pour simplifier, de rendre le droit plus complexe sans aucune nécessité. Et c'est sur ce point précis que le législateur se doit de prendre ses dispositions. Certes les outils ne sont pas parfaits comme nous venons de voir mais le plus grave reste encore de les utiliser à mauvais escient.

En tout état de cause le législateur reste le maître des outils dont il use pour améliorer le droit. Et si ceux-ci sont actuellement perfectibles alors c'est à lui que revient la tâche de réinventer les remèdes, se débarrasser des mauvais, et consolider ceux dont il dispose déjà. Ainsi « *Si la complexité a des causes multiples, il s'en déduit aisément qu'il n'y a pas de réponse unique et que seule une panoplie diverse d'instruments peut permettre de la réduire* »¹⁴⁶ C'est pourquoi nous considérons que l'un des éléments pouvant palier au traitement imparfait de l'action du législateur est l'action du juge.

Enfin, il est intéressant de noter le Conseil d'Etat a mis en lumière un point de droit comparé sur la question, avec le système italien. Le rapport de 2016 du Conseil d'Etat avance les dispositifs de simplification normative en Italie sont limités en expliquant d'une part que « *Le processus de simplification normative initié à la fin des années 1990 a consisté essentiellement en un renforcement du pouvoir normatif du*

¹⁴⁶ Rapport annuel du Conseil d'Etat, 2016, p. 63.

gouvernement et un travail sur le stock des normes existant ». ¹⁴⁷ Et d'autre part que « *La mise en oeuvre des études d'impact n'a pas abouti aux résultats attendus* » ¹⁴⁸. Sans mauvais jeu de mot il semble possible de qualifier les remèdes classiques de simplification du droit comme étant obsolètes.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 149

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 150

Paragraphe 2. Du renouvellement des remèdes classiques par l'action du juge

Il s'agit ici d'étudier le rapport que le juge entretient avec la simplification du droit (A) pour en déduire que le juge opère un traitement *a posteriori* des lois obsolètes (B).

A. Du rapport entre le juge et la simplification du droit

L'action du juge est-elle à même de jouer un rôle dans la simplification du droit ? S'il est admis assez largement que la jurisprudence se définit comme « *l'ensemble des décisions de justice rendues pendant une certaine période soit dans une matière, soit dans une branche du droit, soit dans l'ensemble du droit* »¹⁴⁹, il est cependant difficile aujourd'hui de limiter le rôle du juge à celui d'un automate ne faisant qu'appliquer et interpréter les lois. En effet, la jurisprudence « *qui fut qualifiée sous une plume admirée, de simple autorité, est aujourd'hui bien plus. Elle est, au moins dans sa forme la plus raffinée, réduite aux arrêts de principe, un corps de normes de droit* »¹⁵⁰. Il n'est pas possible d'ignorer le rôle important de création du droit dont dispose la jurisprudence.

Dans cette optique il est intéressant de s'interroger sur les limites de son action quant au phénomène d'insécurité juridique. L'auteur précité expose dans un premier temps une certaine répulsion du juge à l'égard de la simplification du droit. Cette répulsion porte sur « *le fait même qu'un texte soit attaqué ou donne lieu à des litiges au stade de son application crée ainsi une forme de suspicion d'incomplétude, d'obscurité ou de complexité excessive de sa lettre* ». Le propos est intéressant si nous le mettons en rapport avec ce nous avons déjà dit sur les domaines du droit dont le contentieux est d'une complexité inextricable dans certains cas (droit de l'urbanisme, droit fiscal, droit social, etc.).

Ce phénomène est d'ailleurs vivement attaqué par les divers projets de simplification du droit. Celle-ci semble passer très souvent par la réduction des contentieux, que ce soit en nombre ou par rapport au délai. A tel point que les techniques tendant au règlement des conflits par la voie extrajudiciaire (MARD, transaction,

¹⁴⁹ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2018.

¹⁵⁰ MONEGER (J.), « A propos de la rétroactivité de la jurisprudence », *RTD civ.*, 2005. 323.

arbitrage, etc.) ont tellement pris de l'ampleur ces dernières années qu'ils touchent la majorité des branches du droit.

Mais doit-on considérer que le phénomène juridictionnel soit absolument inconciliable par sa nature avec les exigences de simplification du droit ? Selon Charles Touboul la réponse est non, car « *un examen plus attentif révèle cependant la résonance existant entre le juge et la simplification* »¹⁵¹. L'auteur avance 3 arguments pour confirmer cette tendance : le premier qui tend à « *l'amorce d'un droit prétorien de la simplification* »¹⁵², le deuxième consiste en l'émergence de principes jurisprudentiels nouveaux inspiré par l'idée de simplification et le troisième qui tend à considérer la réinterprétation de certaines jurisprudences classiques fondé sur la simplification du droit.

Le juge est ainsi en réalité pleinement en phase avec l'objectif de simplification du droit. Et pour cause, cela découle logiquement de son rôle d'interprétation, les juridictions suprêmes d'ailleurs s'efforcent tant que faire se peut de construire des positions de principes permettant de conserver la stabilité et cohérence du système juridique. Il essaye donc d'éviter de créer des situations d'insécurité juridiques, et c'est pourquoi il a pu arriver fréquemment que la cour de cassation rende une décision de principe fondé sur des avis doctrinaux qu'elle trouve pertinent. Tel a pu être le cas d'arrêts de la cour de cassation en matière de responsabilité civile qui se sont fondés sur les avis développées par des professeurs tels que Laurent Aynès, en effet, à titre d'illustration « *le revirement de la Cour de cassation sur la question de la détermination du prix dans les contrats-cadre et l'inapplicabilité de l'article 1129 du code civil, due pour une large part à Laurent Aynès* »¹⁵³. Et cela se justifie simplement par le fait que le droit « *le droit est une dialectique permanente : entre justiciables, entre membres de la doctrine, entre les professeurs et les juges* »¹⁵⁴. Ainsi, le juge n'est pas isolé des autres « protagonistes » du monde juridique, il se doit d'être en phase avec le législateur et la doctrine dans le but de participer au mieux à l'objectif de simplification du droit.

C'est pourquoi nous concluons qu'il y a bien une synergie possible entre le juge et la simplification du droit. Et pour cause, « *la clarté et l'intelligibilité des décisions de*

¹⁵¹ TOUBOUL (C.), « Simplifier n'est pas juger », *Le juge et la simplification du droit*, RFDA, 2017. 105.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ YVES GAUTIER (P.), « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence », *D.* 2003. 2839.

¹⁵⁴ YVES GAUTIER (P.), « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence », *op.cit.*

justice sont d'ores et déjà des exigences fortes et sanctionnées par les juridictions suprêmes »¹⁵⁵. La jurisprudence applique elle-même donc des principes propres à la simplification du droit quand elle rend des décisions si importantes que l'on peut dire qu'elles aboutissent à établir des normes jurisprudentielles. D'une part, le Conseil constitutionnel quand il rend ses décisions les accompagne fréquemment d'un commentaire qu'il produit lui-même, d'autre part la cour de cassation ces dernières années s'attache à faire suivre ses arrêts de principes de communiqués destinés à faire comprendre ses décisions à un public non averti.

B. Le traitement *a posteriori* des lois obsolètes par le juge

S'il est établi que le juge joue un rôle fondamental dans la simplification du droit, encore faut-il étudier le comportement qu'il adopte face aux lois obsolètes. Il s'agit ici de repérer les outils dont dispose le juge pour traiter les lois obsolètes. En effet, étant donné que « *obsolescence et désuétude frappent plus vite que le législateur [...] ce sont principalement les juges, premiers aux prises avec une disposition qu'un juriste curieux aura su dénicher, qui tentent d'éviter l'application trop brutale des textes oubliés* »¹⁵⁶. Là où le législateur prédomine dans le traitement *a priori* ou dit préventif des lois obsolètes, c'est le juge qui joue un rôle fondamental dans leur traitement *a posteriori*. Il est celui qui est le plus confronté aux effets néfastes de l'obsolescence législative car c'est devant lui que se manifeste la possibilité de réactiver une loi obsolète. Il se doit donc d'adopter le comportement le plus rigoureux dans sa démarche.

Nous avons déjà précisé notre opinion selon laquelle le juge devrait accepter d'abroger les lois par désuétude mais ce n'est pas la seule cause d'obsolescence des lois. Selon notre concept d'obsolescence le juge doit prendre en compte toutes les lois qui ont perdu leur rationalité juridique et dont la réactivation serait dangereuse pour le bien du système juridique. Comme si la loi obsolète, membre contaminé, pouvait transmettre la maladie au reste du corps système juridique dont elle fait partie.

Mais comment le juge doit-il s'y prendre exactement ? Selon P. Deumier, les juges peuvent dans un premier temps « *solliciter officiellement leur abrogation par le biais de leur Rapports annuels* »¹⁵⁷ comme on a pu le voir précédemment avec les

¹⁵⁵ MONEGER (J.), « A propos de la rétroactivité de la jurisprudence », *op.cit.*

¹⁵⁶ DEUMIER (P.), *Introduction générale au droit*, *op.cit.*, p. 243.

¹⁵⁷ DEUMIER (P.), *Introduction générale au droit*, *op.cit.*, p. 243.

différents rapports annuels du Conseil d'Etat. Ou encore les juges « *peuvent, usant de toutes les vertus de l'interprétation anesthésiante, parvenir à ne pas appliquer la loi sans nier sa validité, en lui attribuant un sens nouveau et adapté ou en forçant un cas d'abrogation implicite* ». Dernier point intéressant, le juge serait en mesure de laisser en état de « sommeil » une loi qu'il juge obsolète ou alors forcer son abrogation implicite. P. Deumier distingue entre les normes obsolètes souples et rigides. Dans le premier cas elle explique que l'arme la plus courante est tout simplement le jeu de « l'interprétation »¹⁵⁸ du juge.

Cependant, concernant la question de l'obsolescence législative de règles rigides le problème la tâche est plus subtile. Elle explique en effet que le juge en face d'une telle règle va se fonder sur des règles supranationales : à savoir les normes conventionnelles, en l'espèce la convention européenne des droits de l'Homme. Là où « *le législateur n'a pour lui que la solution de la réforme* »¹⁵⁹ le juge peut user de cette « recette » qui « *a fait fortune fait fortune puisqu'elle fut réutilisée pour, selon la formule utilisée dans le rapport annuel de la Cour de cassation 2003, « pallier l'absence de décrets » permettant aux sociétés de certains Etats d'ester en justice dans le système de 1857, au nom du droit de toute personne morale au respect de ses biens garanti au niveau européen* »¹⁶⁰.

Bref, le juge ne manque pas d'outils pour purger le corpus législatifs des lois obsolètes, étant précisé qu'il lui reste désormais, dans l'éventualité plus qu'imaginaire où notre concept d'obsolescence serait accepté et appliqué par les tribunaux, à considérer les lois désuètes comme obsolètes et donc accepter l'abrogation de lois par l'effet du temps.

Finalement, une conciliation est bien possible entre l'action du législateur et du juge. Nous venons de montrer que l'action du juge est bien complémentaire à celle du législateur car le premier agit *a posteriori* quand le second agit *a priori*. Il semble intéressant de concilier leurs action afin de trouver une harmonie dans la purge des lois obsolètes.

Dans un soucis de rigueur, il ne nous est pas possible de ne pas au moins évoquer une question gênante. Quid de l'instabilité juridique provoquée par les normes

¹⁵⁸ DEUMIER (P.) « Les règles de droit obsolètes et le juge », *op.cit.*

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ *Ibid.*

jurisprudentielles elles-mêmes ? L'inflation normative n'est certes pas le seul fait de l'action du législateur mais aussi de la production de normes réglementaire et en l'occurrence de l'activité jurisprudentielle. Sur ce point P. Deumier dresse un constat amer à propos des résultats de l'étude annuelle de 2016 du Conseil d'Etat : « *L'inflation législative est-elle dès lors condamnée à rester un phénomène insaisissable, dont l'appréhension se prête à toutes les manipulations ? le projet est de doter le système français d'un référentiel de calcul pérenne et unique. Si les choix retenus pour établir les statistiques, rendus publics par la présente étude, peuvent toujours être discutés, c'est désormais l'utilisation (souhaitée) à l'avenir de cette même méthode pour les futures mesures qui permettra de restituer une image fidèle des évolutions des normes.* »¹⁶¹.

De la même manière que la production de normes législatives à des fins de simplification du droit, la production de normes jurisprudentielles opérée dans le même dessein est toute aussi susceptible d'ajouter de l'instabilité juridique à l'instabilité juridique. Force est de constater alors la pertinence du constat de Jean-Marc Sauvé en introduction au rapport annuel du Conseil d'Etat, sur la nécessité de faire évoluer nos outils de simplification du droit : « *l'heure n'est plus à cet égard à la prise de conscience, ni aux déclarations et incantations, ni à des initiatives dignes d'intérêt, mais dispersées et parcellaires. Un nouveau cap doit être fixé et nous devons nous doter et mettre en œuvre des instruments innovants* »¹⁶².

¹⁶¹ DEUMIER (P.), « Mesurer l'inflation normative », *RTD civ.*, 2018. 611.

¹⁶² Rapport annuel du Conseil d'Etat, 2016, p. 10.

Conclusion de la seconde partie

Nous avons pu à l'issue de cette seconde partie nous servir des critères que nous avons élaboré propres à l'obsolescence législative. Et nous en servir comme un prisme dans le but de porter le jugement le plus rigoureux possible sur les remèdes déjà existants, tant législatifs que jurisprudentielles concernant l'obsolescence législative. Nous avons ainsi mis en lumière les remèdes à l'obsolescence législative dans le but d'éprouver notre propre concept. Et pour cause, les acteurs publics majeurs (législateurs et jurisprudence) se fondent en toute ou partie sur un critère téléologique car ils recherchent à purger les lois dangereuses du système tout en identifiant ces lois en se fondant sur un critère partagé par la jurisprudence comme le législateur : la disparition de l'objet de la loi. Que nous assimilons nous à la perte de rationalité juridique. Ce qui nous conduit à conclure, en toute prudence, que l'analyse des remèdes a permis selon nous de confirmer sinon la validité, du moins la pertinence de notre concept d'obsolescence.

Conclusion générale

Pour répondre d'une traite aux problématiques exposées en introduction : l'obsolescence législative peut bien être élevée au rang de concept juridique, et cette démarche était nécessaire en considération de l'urgence à purger de notre système les lois obsolètes. Si le concept d'obsolescence nous paraissait suffisant pour traiter des lois obsolètes, nous tenons à préciser que ces dernières ne représentent qu'un des phénomènes propres à l'insécurité juridique. Le Conseil d'Etat dans son rapport de 2016 évoquait d'ailleurs la piste de la création d'un référentiel objectif pour mesurer la norme. Cela va bien plus loin que le seul concept d'obsolescence. Nous aurions aimé nous pencher sur la possibilité de conceptualisation d'un tel critère, et ce dans le but de ne pas traiter seulement les lois mais les normes obsolètes dans leur ensemble. En effet, si nous avons décrit les symptômes de l'obsolescence, il faut cependant préciser que celle-ci n'est elle-même qu'un symptôme d'une plus grande maladie encore qui est l'insécurité juridique.

Malheureusement, le format relativement limité du mémoire ainsi que le temps consacré à son élaboration ne nous a pas permis de prendre le temps de nous pencher plus en détail sur cette piste. Un tel sujet mériterait une thèse entière tant la question est vaste. Plusieurs questions non explorées ici resteront en suspens : quid du lien entre une norme obsolète et inconstitutionnelle ? Ou encore de l'aspect constitutionnel de l'insécurité juridique provoquée par l'immixtion du pouvoir réglementaire dans le domaine législatif ? Ou plus simplement du concept même d'insécurité juridique ? Etc.

Mais l'objet de ce mémoire n'était pas de tout dire sur l'obsolescence ou de mener une étude approfondie mais plutôt d'ouvrir un champ d'étude et de clarifier la question des lois obsolètes du mieux possible, dans le temps qu'il nous était donné et avec les outils que nous avons à notre disposition. Le professeur Molfessis expliquait ainsi que « *Plus que tout, il nous faut développer une nouvelle culture de la production des normes. Résorber l'insécurité juridique implique une meilleure connaissance des effets de système, une prise en compte accrue des données sociales qui agissent sur le droit, une réflexion critique sur le besoin normatif et l'instrumentalisation des règles* »¹⁶³. Le Conseil d'Etat est d'ailleurs lui-même d'accord dans son rapport de 2016 en avançant la

¹⁶³ MOLFESSIS (N.), « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même. », *op.cit.*, p. 398.

nécessité de changer de culture normative. Et en fixant trois objectifs majeurs « *responsabiliser les décideurs publics ; maîtriser l’emballage de la production normative ; faciliter l’application concrète de la norme* »¹⁶⁴. La responsabilisation des décideurs publics est en effet un enjeu de taille, après avoir exposé les remèdes à l’obsolescence et comment ces derniers sont mis en œuvre nous ne pouvons que confirmer à quel point les acteurs publics jouent un rôle central dans la lutte contre l’obsolescence. La maîtrise de l’emballage de la production normative va de pair avec notre propos selon lequel les normes à purger de notre système juridique tiennent tant leur source dans la loi que dans l’activité jurisprudentielle. Et faciliter l’application concrète de la norme a été partiellement traité dans notre propos quand nous avons parlé de la nécessité pour le législateur de rédiger une loi compréhensible.

¹⁶⁴ Rapport annuel du Conseil d’Etat, 2016, p. 50

Bibliographie générale

I. Ouvrages généraux

CABRILLAC (R.), *Introduction générale au droit*, Dalloz cours, 2021

CHAMPELS-DESPLATS (V.), *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2022.

DEUMIER (P.), *Introduction générale au droit*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2022.

MOLFESSIS (N.), TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 2022.

II. Ouvrages spécialisés

AMSELEK (P.), *Cheminevements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2014, p.27-28 et p.43-46.

BARANGER (D.), *Penser la loi : Essai sur le législateur des temps modernes*, Gallimard, 2018.

DENQUIN (J.-M.), *Les concepts juridiques*, Classiques Garnier, 2021.

HUSSERL (E.), *Recherches logiques*, PUF, 1969, parution originale en 1900-1901.

MONTESQUIEU (C.), *De l'esprit des lois*, 1758, Paris, Éditions Gallimard, 1995.

MONTESQUIEU (C.), *Lettres persanes*, Lettre CXXIX, Edition Edouard Laboulaye Garnier frères, 1875

RIPERT (G.), *Le déclin du droit : Études sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949, p. 162.

III. Articles de doctrine

AMSELEK (P.), *Orientations générales de mes recherches en matière de philosophie du droit*, [<https://www.paul-amselek.com/itineraire.php>]

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007, n°21.

COSTA (D.), GILBERG (K.), « Du balai ! », *AJDA*, 2022. 649.

DEUMIER (P.), « Mesurer l'inflation normative », *RTD civ.*, 2018. 611.

DEUMIER (P.), « Les règles de droit obsolètes et le juge », *RTD civ.*, 2005, p.78.

DEUMIER (P.), « Les qualités de la loi », *RTD civ.*, 2005.93.

DENIZOT (A.), « Perseverare diabolicum », *RTD civ.*, 2022.468.

LANG (I.), « L'obsolescence législative motrice de l'évolution juridico-sociale », *Blogs pédagogiques de l'Université Paris Nanterre*, 2016.

LASSERRE (V.), « Loi et règlement », *Répertoire de droit civil*, 2015, point n°283

LASSERRE-KIESOW (V.), « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXIe siècle », *D.* 2002. 1157.

MAYAUD (Y.), « Violences volontaires », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Février 2023.

MOLFESSIS (N.), « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même. », *Rapport annuel du Conseil d'Etat*, 2006.

MONÉGER (J.), « A propos de la rétroactivité de la jurisprudence », *RTD civ.*, 2005. 323.

MOREAU (J.), MOREAU (P.), CAZIN (B.), Compétence : répartition entre le judiciaire et l'administratif in : *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, Juin 2002.

MOUSSERON (P.), Les usages : un Droit hors la loi. *LGDJ Lextenso*. Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre Liber amicorum, pp.663 - 673, 2019.

OST (F), LENOBLE (J.), *DROIT, MYTHE ET RAISON, Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Presses de l'Université Saint-Louis, 2019.

ROBERT (J.-H.), « Vide-cimetière », *Revue de droit pénal*, 2020, p. 41.

ROUVIERE (F.), « Le fondement du savoir juridique », *RTD civ.*, 2016. 279.

ROUVIERE (F.), « La construction du concept d'opposabilité », *RTD Civ*, 2020.233.

TERRE (F.), « La "crise de la loi" », *Archives de philosophie du droit*, t. 25, 1980, p. 23.

TOUBOUL (C.), « Simplifier n'est pas juger », *Le juge et la simplification du droit*, *RFDA*, 2017.

TUSSEAU (G.), « Critique d'une métonymie fonctionnelle », *RFDA* 2009. 641.

VEDEL (G.), « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein. La légalité des actes administratifs », *Semaine juridique*, 1948, I, n° 682.

VERPEAUX (M.), « La loi du 11 décembre 2019 ou l'obsolescence abrogée », *AJDA*, 2020. 624.

YVES GAUTIER (P.), « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence », *D.* 2003. 2839.

IV. Autres sources

Abrogation de l'interdiction du port du pantalon pour les femmes, Réponse du ministère des Droits des femmes quant à l'abrogation implicite de loi du 7 novembre 1800; publiée dans le JO Sénat du 31/01/2013, p. 339

ANDRE (P.), « L'inflation juridique et ses conséquences pratiques, le « déclin du droit » », *Journal de Neuchâtel, Feuille d'avis de Neuchâtel*, 22 décembre 1961, N°298.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2018.

Conseil d'État, Étude annuelle 2016, *Simplification et qualité du droit*, Doc. fr, 2016.

Conseil d'Etat, avis n° 401591 sur la proposition de loi n° 68 tendant à abroger des lois obsolètes pour une meilleure lisibilité du droit, séance du 11 février 2021.

GUTMANN (D.), Temps, in ALLAN (D.), RIALS (S). {ss dir.}, Dictionnaire de la culture juridique, *Lamy-PUF, coll. « quadriges-dicos poche »*, 2003.

LATOMBE (P.), Rapport N° 4964 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, tendant à abroger des lois obsolètes pour une meilleure lisibilité du droit, déposé le 26 janvier 2022.

MAZEAUD (P.), Vœux du président du Conseil constitutionnel au Président de la République, 2004.

PORTALIS (J-M-E), *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 21 janvier 1801.

RODIERE (R.), note sur arrêt, Crim. 12 mai 1960, *JCP* 1960, II. 11765.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
Partie 1. Le concept d'obsolescence	7
Chapitre 1. Justifications du concept	7
Paragraphe 1. Les manifestations de l'obsolescence	7
Paragraphe 2. Les utilités d'un concept d'obsolescence en droit	11
Chapitre 2. Identification du concept	16
Paragraphe 1. Thèses en présence	16
A. De l'inutilité de supprimer des lois purement... inutiles	16
B. Sur la notion de rationalité juridique	18
Paragraphe 2. Tentative d'élaboration d'un concept juridique de l'obsolescence	21
A. L'obsolescence comme phénomène	21
B. L'obsolescence, un concept induit	22
C. Les propriétés de l'obsolescence législative	24
Conclusion de la première partie	26
Partie 2. Le traitement de l'obsolescence législative	27
Chapitre 1. Les maux de l'obsolescence	27
Paragraphe 1. L'obsolescence, cause d'appauvrissement de la loi	27
A. La disparition des qualités de la loi	27
B. De la difficulté de connaître et comprendre les lois	29
Paragraphe 2. L'obsolescence, cause de bouleversements contentieux	32
A. Le chemin menant au bouleversement contentieux	32
B. De la nécessité d'abroger les lois obsolètes	34
Chapitre 2. Les remèdes à l'obsolescence	37
Paragraphe 1. Un traitement imparfait : l'action du législateur	37
A. L'action du législateur comme traitement préventif	37
B. Des efforts indéniables pour des résultats insuffisants	39
C. Des remèdes inadaptés	40
Paragraphe 2. Du renouvellement des remèdes classiques par l'action du juge	44
A. Du rapport entre le juge et la simplification du droit	44
B. Le traitement <i>a posteriori</i> des lois obsolètes par le juge	46
Conclusion de la seconde partie	49
Conclusion générale	50
Bibliographie générale	52