

UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS (PARIS II)

ÉCOLE DOCTORALE GEORGES VEDEL
(DROIT PUBLIC INTERNE, SCIENCE ADMINISTRATIVE ET SCIENCE POLITIQUE)

L'entrée en vigueur de la loi



UNIVERSITÉ **PARIS II**
PANTHÉON-ASSAS

Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit
de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Présentée et soutenue publiquement le 6 décembre 2018

par

Themistoklis RAPTOPOULOS

Membres du jury :

Denis BARANGER, Professeur à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas

Olivier BEAUD, Professeur à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas, *Directeur de thèse*

Jacques PETIT, Professeur à l'Université de Rennes 1, *Rapporteur*

Agnès ROBLLOT-TROIZIER, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Guillaume TUSSEAU, Professeur à l'Institut d'études politiques de Paris, *Rapporteur*

AVERTISSEMENT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

J'exprime ma plus profonde reconnaissance vis-à-vis de mon directeur de thèse, le Professeur Olivier Beaud. Je lui sais gré de la confiance dont il m'a constamment honoré, et du soutien qu'il m'a apporté tout au long de mon travail doctoral.

Je souhaite remercier également les Professeurs Denis Baranger, Jacques Petit, Agnès Roblot-Troizier et Guillaume Tusseau qui m'ont fait l'honneur d'accepter de juger ce travail.

Je remercie les Professeurs Denis Baranger, Antonis Manitakis, George Pavlakos, Andreas Takis, Dimitrios Tsarapatsanis et Guillaume Tusseau, qui ont accepté d'échanger sur mon sujet.

La version finale du manuscrit a bénéficié de la relecture de Quentin Epron, Carole Gallo, Anissa Hachemi, Andreas Kallergis et Ioannis Prezas. Qu'ils trouvent ici l'expression de ma gratitude.

Pour leur accompagnement dans la rédaction, je remercie mes camarades de l'Institut Michel Villey : Élodie Djordjevic, Quentin Epron, Thibault Guilluy, Pierre-Marie Raynal, et Sabina Tortorella. Je tiens également à remercier, pour les mêmes raisons, Andreas Kallergis, Ariana Macaya et Ioannis Prezas.

Le présent travail doit beaucoup à Vassiliki Kapsali.

Enfin, je voudrais dire toute ma gratitude à mes parents et à ma sœur, sans qui rien n'aurait pu se faire.

À mes parents

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

§	paragraphe
<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique du droit administratif</i>
al.	alinéa
<i>AP</i>	<i>Archives parlementaires</i>
art.	article
Ass.	Assemblée
<i>BL</i>	<i>Bulletin des lois</i>
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin civil</i>
Cass.	Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
CRPA	Code des relations entre le public et l'administration
<i>D.</i>	<i>Dalloz</i>
chr.	chronique
coll.	collection
concl.	conclusions
cons.	considérant
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz-Sirey</i>
<i>DA</i>	<i>Droit administratif</i>
dir.	Sous la direction de
éd.	édition, édité par
et al.	et autres
etc.	et cetera (et autres)
ex.	exemple (par)
fasc.	fascicule
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>GDCC</i>	<i>Les grandes décisions du Conseil constitutionnel</i>
<i>Id.</i>	<i>Idem</i> même ouvrage ou même article à la même page
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> même ouvrage ou même article
in	dans (cit./éd.)
<i>infra</i>	ci-après
<i>JCP</i>	<i>Juris-classeur (Semaine juridique)</i>
<i>JCP G</i>	<i>Jurisclasseur périodique (La semaine juridique) édition générale</i>
<i>JO</i>	<i>Journal officiel</i>
<i>LPA</i>	<i>Les Petites Affiches</i>
n°	numéro
not.	notamment
obs.	observations
<i>op. cit.</i>	<i>opere cit.</i> (réf. cit.)
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies

<i>RA</i>	<i>La Revue Administrative</i>
rappr.	rapprocher
reprod.	reproduction
<i>RDP</i>	<i>Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger</i>
<i>Rec.</i>	<i>Recueil Lebon</i> des décisions du Conseil d'État
req.	requête
rééd.	réédition, réédité par
réimp.	Réimpression, réimprimé par
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RRJ</i>	<i>Revue de la recherche juridique. Droit prospectif</i>
<i>RTD Civ</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
s./sq.	suivant(e)s
<i>S</i>	<i>Recueil Sirey</i>
Sect.	Section
sic	ainsi
spéc.	spécialement
<i>supra</i>	ci-avant
T.	Tables du <i>Recueil Lebon</i>
t.	tome
trad.	traduction
v.	voir en ce sens
V°	Aller au mot dans un dictionnaire ou dans un repertoire alphabétique

SOMMAIRE

Une table des matières détaillée figure à la fin de l'ouvrage.

INTRODUCTION

Première partie

LA PROMULGATION

Titre 1. La promulgation selon la jurisprudence et selon la doctrine

Chapitre 1. La promulgation selon la jurisprudence

Chapitre 2. La promulgation selon la doctrine

Titre 2. Proposition d'un concept alternatif de promulgation

Chapitre 1. Les données du droit positif

Chapitre 2. Appréciations des données du droit positif

Seconde partie

LA PUBLICATION ET LES CONDITIONS D'ENTRÉE EN VIGUEUR DE LA LOI

Titre 1. Le lien entre la publication et l'entrée en vigueur

Chapitre 1. La publication et la date d'entrée en vigueur

Chapitre 2. La publication comme condition d'entrée en vigueur

Titre 2. Les conditions d'entrée en vigueur

Chapitre 1. Les conditions d'entrée en vigueur selon la doctrine

Chapitre 2. Proposition d'un concept alternatif de condition d'entrée en vigueur

CONCLUSION GÉNÉRALE

Introduction

Les modalités d'entrée en vigueur et d'application d'un texte législatif ou réglementaire ne posent de problème qu'après qu'une double condition préalable a été remplie. Il faut que la loi ou le règlement dont il s'agit ait une existence officiellement attestée, autrement dit qu'il ait été promulgué. Il faut ensuite qu'il ait fait l'objet d'une publicité le portant régulièrement à la connaissance des autorités administratives et juridictionnelles ainsi que des administrés. »¹

« Men do not generally see any need to explain or to justify the obvious. »²

Lors de la dernière révision constitutionnelle, l'entrée en vigueur de douze nouvelles dispositions constitutionnelles avait été subordonnée « aux conditions fixées par les lois et lois organiques nécessaires à leur application », alors que la date d'entrée en vigueur de dix autres dispositions avait été reportée au 1^{er} mars 2009, à savoir plus de sept mois après la publication au Journal officiel de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, dont toutes ces dispositions sont issues³. Si l'entrée en vigueur différée des dispositions constitutionnelles n'est pas une

¹ R. ODENT, *Contentieux administratif*, t.1, préf. R. Denois de Saint-Marc, Dalloz, 2007, p. 315-316.

² L. L. FULLER, *The Morality of Law*, revised edition, New Haven, London, Yale University Press, 1969, p. 98.

³ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 *de modernisation des institutions de la V^e République*, article 46 : I – « Les articles 11, 13, le dernier alinéa de l'article 25, les articles 34-1, 39, 44, 56, 61-1, 65, 69, 71-1 et 73 de la Constitution, dans leur rédaction résultant de la présente loi constitutionnelle, entrent en vigueur dans les conditions fixées par les lois et lois organiques nécessaires à leur application » ; II – « Les articles 41, 42, 43, 45, 46, 48, 49, 50-1, 51-1 et 51-2 de la Constitution, dans leur rédaction résultant de la présente loi constitutionnelle, entrent en vigueur le 1^{er} mars 2009 » (JO du 24 juillet 2008).

technique nouvelle⁴, l'emploi qu'en a fait le pouvoir constituant en 2008 était inédit par son ampleur. Il est alors curieux de constater que la doctrine n'a pas consacré d'étude à l'entrée en vigueur de la Constitution. Un tel constat nous a conduit à prendre pour objet initial de notre thèse la question de l'entrée en vigueur de la Constitution envisagée comme une loi constitutionnelle. Pour l'aborder, nous nous sommes tourné, tout naturellement, aux analyses consacrées à l'entrée en vigueur des lois dans la mesure où une loi constitutionnelle est d'abord et avant tout une loi. Toutefois, au fil de nos recherches, il nous est apparu que l'entrée en vigueur des lois demeure, malgré les analyses qui lui ont été déjà consacrées, un objet d'étude dont certains aspects importants restent méconnus. C'est pourquoi nous avons dû renoncer à notre sujet de thèse initial pour retenir celui plus large et englobant *de l'entrée en vigueur des lois*.

Pourquoi faudrait-il une nouvelle étude sur un tel sujet qui peut sembler sinon rebattu, déjà bien élucidé. Cela s'explique avant tout par la façon dont les études existantes traitent de notre sujet, façon qui nous a semblé guère satisfaisante. En effet la doctrine s'intéresse principalement à la date d'entrée en vigueur et aux règles qui déterminent cette date. Or, le terme « entrée en vigueur », dans son acception la plus large, désigne une institution – un ensemble de règles et de pratiques correspondantes – qui n'est pas réductible aux seules règles qui déterminent la date d'entrée en vigueur.

Première appréhension du sujet– La date d'entrée en vigueur des lois est communément comprise et présentée comme le moment à partir duquel les lois deviennent obligatoires. En effet, abstraction faite des variations dans la terminologie retenue par les auteurs, la qualité que le prédicat « en vigueur » désigne est identifiée ou associée au caractère obligatoire des lois. L'idée que les lois sont obligatoires est à la fois évidente et difficile à expliquer en termes précis. Cette idée ne saurait donc

⁴ La constitution de l'an III (1795) comportait deux dispositions en ce sens. Le dernier alinéa de son article 16 disposait que : « Cet article n'aura exécution qu'à compter de l'an XII de la République ». Selon le dernier alinéa de son article 135 : « La disposition du présent article ne sera observée qu'à commencer de l'an neuvième de la République ».

retenir ici notre attention⁵. Il en va autrement pour l'idée selon laquelle les lois deviennent obligatoires à partir d'une date précise.

De prime abord, cette idée paraît évidente. En effet, la finalité même des règles d'entrée en vigueur est de permettre aux acteurs juridiques de déterminer avec précision le moment à compter duquel les lois deviennent obligatoires. Or, lorsqu'on se réfère, de manière générale, à l'« entrée en vigueur » des lois, on ne vise pas un agrégat de règles dont chacune serait relative à l'entrée en vigueur d'une loi particulière. On présuppose que le système juridique consacre au moins une règle de droit commun, c'est-à-dire une règle qui permet aux acteurs juridiques de déterminer avec précision, à défaut d'une règle contraire, la date d'entrée en vigueur de toute nouvelle loi. Comme il est impossible de déterminer *a priori* la date de l'entrée en vigueur de toute nouvelle loi, cette règle de droit commun doit ériger une condition particulière en critère par défaut pour la détermination de la date d'entrée en vigueur : la date de la réalisation de cette condition est le critère auquel les acteurs juridiques doivent se référer, à défaut de règle contraire, afin de déterminer la date d'entrée en vigueur d'une nouvelle loi.

En règle générale, cette condition est la publication. Ainsi, l'article 1^{er} du Code civil dispose que les lois, à défaut de prévision contraire, entrent en vigueur le lendemain de leur publication au Journal officiel. Selon une idée admise à l'unanimité par la doctrine, la publication constitue l'une des deux conditions dont dépend l'entrée en vigueur de toute loi, l'autre condition étant la promulgation. Cette idée soulève deux problèmes.

En premier lieu, s'agissant de la publication, la doctrine ne distingue pas clairement entre deux séries de règles : d'une part, celles qui érigent une condition particulière en condition nécessaire pour l'entrée en vigueur et, d'autre part, celles qui érigent l'accomplissement d'une condition particulière en critère par défaut pour la détermination de la date d'entrée en vigueur. Les deux types de règles ne remplissent pas la même fonction et ne s'adressent pas nécessairement aux mêmes acteurs

⁵ Nous tenterons plus loin d'apporter quelques précisions concernant cette question : *infra*, Première partie, Titre II, Chapitre 2, Section 2, §2 ; Seconde Partie, Titre II, Chapitre 2, Section 1, § 1.

juridiques. Soit par exemple un système juridique qui consacre les deux règles suivantes : (a) les lois ne sauraient entrer en vigueur avant d'être publiées ; (b) les lois, à défaut de prévision contraire, entrent en vigueur le lendemain de leur publication. Cette seconde règle, dont le fondement peut être aussi bien constitutionnel que législatif, s'adresse aux mêmes acteurs que les lois dont elle détermine la date d'entrée en vigueur : ce sont les acteurs qui appliquent les lois qui doivent au préalable vérifier si, et à partir de quand, celles-ci sont en vigueur. La première règle en revanche doit être dotée d'un fondement constitutionnel, dans la mesure où elle s'adresse au législateur lui-même, dont elle restreint la compétence en la matière, puisqu'elle lui interdit de dissocier l'entrée en vigueur d'une loi de sa publication.

En deuxième lieu, concernant la promulgation, son caractère nécessaire pour l'entrée en vigueur des lois contraste avec le désintérêt que portent à son égard les analyses consacrées à l'entrée en vigueur. Symétriquement, le rôle et les fonctions de la promulgation ont fait l'objet d'importantes études, notamment sous la Troisième République, qui ne s'intéressent pas à l'entrée en vigueur des lois⁶. Or, l'une des fonctions remplies par la promulgation peut être décrite sommairement ainsi : la promulgation est un acte formel qui marque avec précision le moment où s'achève l'édiction de chaque nouvelle loi. Cela explique sans doute pourquoi la promulgation constitue une condition nécessaire, au sens entendu par la doctrine, pour l'entrée en vigueur des lois : si l'entrée en vigueur marque le moment à compter duquel une loi devient obligatoire, il faut tout d'abord que la loi soit édictée. Il est permis de se demander pour autant s'il y a un lien nécessaire entre la fonction qui vient d'être évoquée et la possibilité même de consacrer des règles relatives à l'entrée en vigueur. Si tel est le cas, il faut admettre que le terme « entrée en vigueur » désigne une institution dont la consécration présuppose la possibilité de déterminer avec précision le moment où l'édiction de chaque nouvelle loi est achevée.

⁶ Pour une exception, v. Y. GAUDEMET, B. PLESSIX, « Promulgation et publication des lois », *Jurisclasseur Civil*, Art. 1^{er} du Code civil, Fasc.10, 2011. Sur l'analyse proposée par cette étude, v. *infra*, Première partie, Chapitre 2, Section 2, § 3.

Ces premières remarques attestent du besoin de distinguer entre deux séries de problèmes. D'une part, il importe de distinguer deux types de règles : d'un côté, celles qui déterminent la date et, d'un autre côté, celles qui déterminent les conditions dont dépend l'entrée en vigueur des lois. D'autre part, il faut distinguer ces dernières conditions de celles, plus fondamentales, qui doivent être réunies au sein d'un système juridique pour qu'il soit en premier lieu possible de consacrer des règles qui sont relatives à l'entrée en vigueur des lois.

L'objectif de la présente étude est de clarifier le concept d'« entrée en vigueur » à l'aide de cette série de distinctions qui peuvent paraître assez subtiles, voire ténues, mais qui sont pourtant capitales pour une appréhension correcte du concept large d'entrée en vigueur des lois que nous avons décidé d'adopter pour mieux rendre compte du droit positif. De telles distinctions s'avèrent en effet nécessaires afin de rendre compte des différentes données du droit positif que l'on subsume de manière générale sur le terme « entrée en vigueur des lois ». Ces données comprennent non seulement les règles relatives à l'entrée en vigueur, mais aussi celles relatives à la promulgation, dont le concept, tel qu'il a été élaboré par la doctrine, s'avère inadéquat par rapport aux données du droit positif.

Pour mesurer l'intérêt d'une telle étude sur l'entrée en vigueur des lois, et avant de préciser davantage les contours de son objet, il convient d'apporter quelques précisions concernant les analyses dont l'entrée en vigueur des lois a déjà fait l'objet.

Intérêt de l'étude

Si les distinctions que nous avons proposées plus haut s'avèrent pertinentes, il s'ensuit que le terme « entrée en vigueur des lois », dans son acception la plus large, désigne une institution dont le contenu ne saurait se limiter aux règles qui déterminent la date d'entrée en vigueur des lois. Partant de cette idée on pourrait affirmer que l'entrée en vigueur des lois n'a pas fait jusqu'à présent l'objet d'une étude spécifique. Elle a fait l'objet de nombreuses analyses dont l'objet est soit plus restreint, soit plus large. Les unes se concentrent uniquement sur les règles relatives à

l'entrée en vigueur des lois ; les autres s'intéressent à l'application des lois dans le temps. Leur point commun consiste en ce qu'elles s'intéressent surtout à la détermination de la date d'entrée en vigueur.

Les études sur l'entrée en vigueur – De manière générale, l'entrée en vigueur est étudiée sous le seul angle des règles qui déterminent la date d'entrée en vigueur des lois. Toutefois, l'exposé méthodique et analytique de ces règles n'épuise pas les questions que l'entrée en vigueur des lois soulève. Pour s'en convaincre, il suffit de consulter les analyses détaillées que consacrent à ces règles les encyclopédies juridiques du 19^e siècle⁷. Deux éléments peuvent frapper le lecteur contemporain. Le premier est l'ampleur des analyses proposées. Celles-ci présentent en grand détail non seulement les données du droit positif alors en vigueur, mais aussi les règles antérieures, dont elles retracent l'évolution. Le deuxième élément qui attire l'attention est le point de départ de cet exposé historique. À en croire le tableau analytique de la législation dressé par les sources en question, les premières règles sur l'entrée en vigueur des lois furent consacrées sous la Révolution. Face à cette constatation, deux questions peuvent être posées. La première serait de savoir quelles étaient les règles qui régissaient l'entrée en vigueur des ordonnances sous l'Ancien régime. On sait en effet que la question du moment où les lois deviennent obligatoires n'était pas inconnue sous l'Ancien régime. Il était généralement admis que les ordonnances royales devaient être enregistrées par les Parlements, et qu'elles étaient tenues pour obligatoires, au ressort de chaque Parlement, après avoir fait l'objet d'une publication⁸. Toutefois, les modalités de ces opérations n'étaient pas uniformes, et ne faisaient l'objet d'aucune règle précise ou unanimement admise. La seconde question qui se pose alors est celle de savoir si l'on pourrait qualifier cette pratique d'« entrée en vigueur ». La question n'est pas terminologique mais conceptuelle. Il ne s'agit pas de retenir un certain terme, plutôt qu'un autre, pour désigner la pratique suivie sous l'Ancien régime. Il s'agit d'identifier les traits

⁷ A. CARPENTIER *et al.* (dir.), *Répertoire général alphabétique du droit français*, t. 26, Sirey, 1898, V^o « Lois et décrets », n^o 158 s., p. 613 s. ; D. DALLOZ *et al.* (dir.), *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. 30, 1853, V^o « Lois », n^o 122 s., p. 70 s. ; PH.-A. MERLIN (dir.), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 18, 5^e éd., 1827, V^o « Loi », § III, p. 400 s.

⁸ *Infra*, Seconde partie, Titre II, Chapitre 2, Section 2, § 2.

distinctifs de l'institution que l'on appelle communément « entrée en vigueur des lois ». Plus encore, il ne s'agit pas de savoir si cette institution faisait tout simplement défaut sous l'Ancien régime. L'intérêt de la question est de savoir si cette institution dépend de certaines conditions plus fondamentales, liées à notre concept de loi, qui faisaient défaut sous l'Ancien régime.

Si cette question n'a pas attiré l'attention des auteurs qui s'intéressent aux seules règles qui déterminent la date d'entrée en vigueur des lois, il en va de même pour les auteurs qui s'intéressent à ces mêmes règles afin d'aborder une question plus large : celle de l'application des lois dans le temps.

Les études sur l'application des lois dans le temps – Le lien entre l'entrée en vigueur et l'application des lois dans le temps appelle quelques précisions, nécessaires à la délimitation de l'objet de notre étude, qui seront exposées un peu plus loin. On se contentera ici de remarquer que les deux questions sont liées mais distinctes, comme l'atteste la façon dont les aborde la doctrine, tant publiciste que privatiste⁹. En effet, les travaux en la matière partagent un point commun : ils envisagent l'entrée en vigueur des lois comme un problème dont l'analyse est indispensable, mais préalable, à l'étude de l'application des lois dans le temps¹⁰. À cela s'ajoute un trait qui caractérise les études de droit public en particulier : l'entrée en vigueur des lois est traitée comme un objet qui soulève pour l'essentiel les mêmes problèmes, et se prête à la même analyse, que l'entrée en vigueur des actes

⁹ On songe notamment aux études suivantes : G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, thèse, préf. J. Petit, Dalloz, 2007 ; J. HÉRON, « Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil) », *RTD civ.* 1985, p. 277-333 ; –, *Principes du droit transitoire*, Dalloz, 1996 ; P. FLEURY LE GROS, *Contribution à l'analyse normative des conflits des lois dans le temps en droit privé interne*, thèse, préf. L. Bach et P. Mayer, postface J. Petit, Dalloz, 2005 ; J. PETIT, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, thèse, préf. J. Moreau, LGDJ, 2002.

¹⁰ Cf. J. PETIT, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, *op. cit.*, n° 30, p. 13 : « l'entrée en vigueur est certainement l'un des éléments de l'application dans le temps des normes juridiques. C'est bien comme telle, d'ailleurs, qu'elle est longuement étudiée par les ouvrages de droit public, en ce qui concerne les décisions administratives ». *Rappr.* CONSEIL D'ÉTAT – SECTION DU RAPPORT ET DES ÉTUDES, *Publication et entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs*, Rapport annuel, La documentation française, 2001, p. 11 : « la fixation de la date d'entrée en vigueur [est] un élément de la détermination du champ d'application de la norme dans le temps ».

administratifs¹¹, à laquelle les auteurs consacrent par ailleurs l'essentiel de leurs développements¹².

Il n'en reste pas moins que l'entrée en vigueur des lois constitue un objet d'étude récent, voire plus récent encore que l'application des lois dans le temps¹³. Concernant les premiers travaux consacrés à cette dernière, il suffit ici de noter, sans s'arrêter sur l'évolution de la recherche en la matière¹⁴, la constatation faite par Jacques Héron au milieu des années quatre-vingt : « la doctrine classique [...] n'inclut pas dans l'étude de l'application de la loi dans le temps les règles qui concernent l'entrée en vigueur de la loi nouvelle »¹⁵. Si l'auteur vise surtout la « doctrine classique » privatiste, sa remarque vaut également pour la doctrine publiciste. Ainsi, un article, publié à la même période, consacré à « l'application de la loi dans le temps en droit public », n'accorde aucune place à l'analyse de l'entrée en vigueur¹⁶.

Ce désintérêt pour l'entrée en vigueur s'explique par la façon dont cette dernière était pendant longtemps conçue, à savoir comme une « notion objective et facilement déterminable »¹⁷. Si les auteurs ne partagent plus ce sentiment d'évidence¹⁸, c'est

¹¹ On peut ainsi appliquer à l'étude de l'entrée en vigueur la constatation faite pour l'étude de la rétroactivité par J. PETIT, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, op. cit., n° 179, p. 89 : « Les idées présentes de la doctrine de droit public sur la notion de rétroactivité [...] sont le plus souvent exprimées à propos des actes administratifs seulement [...] ».

¹² Pour une illustration, v. *infra*, Seconde partie, Titre I, Chapitre 2, Section 2, § 2.

¹³ Il est généralement admis que l'étude pionnière en la matière fut celle de P. ROUBIER, *Le droit transitoire – Conflits des lois dans le temps*, 2^e éd., présentation par L.-A. Barrière, rééd. Dalloz, [1960], 2008. La première édition de cette étude, publiée en deux tomes 1929 et en 1933, portait un sous-titre différent : *Théorie dite de la non-rétroactivité des lois*. Ce premier sous-titre était indicatif de la façon dont l'application des lois dans le temps était jusqu'alors étudiée, à savoir sous le seul angle de la rétroactivité.

¹⁴ Pour une vue d'ensemble : P. FLEURY LE GROS, *Contribution à l'analyse normative des conflits des lois dans le temps en droit privé interne*, op. cit., p. 6 s. ; J. PETIT, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, op. cit., n° 5 s., p. 2 s.

¹⁵ J. HÉRON, « Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil) », op. cit., n° 21, p. 291.

¹⁶ A. WERNER, « Contribution à l'étude de l'application de la loi dans le temps en droit public », *RDP* 1982, p. 738-771, où l'auteur aborde quatre questions : la rétroactivité, l'application immédiate, l'application différée, et l'abrogation. La notion déterminante pour la distinction entre les trois premières questions est celle de l'entrée en vigueur, mais aucune analyse n'est consacrée à cette dernière (v. *ibid.*, p. 738, pour la définition de l'application immédiate et de l'application différée, et p. 739 pour la définition de la rétroactivité).

¹⁷ J.-M. AUBY, « L'incompétence “ratione temporis” : Recherches sur l'application des actes administratifs dans le temps », *RDP* 1953, p. 5-60, spéc. p. 13 : c'est « la notion objective et facilement déterminable de l'entrée en vigueur de l'acte administratif qui doit constituer le centre de l'étude de l'incompétence *ratione temporis* ».

¹⁸ G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, op. cit., n° 68, p. 51 : « Le terme “entrée en vigueur”, parce qu'il semble intelligible au sens commun, se trouve dispensé d'une définition plus précise, ce qui source de bien des confusions ».

parce qu'ils insistent sur une distinction, souvent méconnue et sur laquelle on reviendra, à savoir sur la distinction entre la détermination de la date d'entrée en vigueur et la détermination du champ d'application des lois dans le temps. Il n'en reste pas moins que les analyses en la matière, même les plus récentes, partagent une autre certitude. Il s'agit de l'idée selon laquelle l'entrée en vigueur des lois dépend nécessairement de leur promulgation et de leur publication. Cette idée domine la façon dont l'entrée en vigueur des lois a été jusqu'à présent étudiée, à savoir comme un problème dont le lien avec la promulgation et la publication n'a pas besoin d'être expliqué. Cette conception soulève deux problèmes.

D'une part, le lien en question n'a aucun caractère *a priori* nécessaire. En effet, il peut y avoir des systèmes juridiques – les pays de la *common-law* en sont la preuve – qui ne consacrent pas la promulgation, et dont les lois, à défaut de prévision contraire, entrent en vigueur dès le jour de leur édicition, à savoir avant même de faire l'objet d'une publication¹⁹. Quant au système juridique français, il importe de distinguer entre deux séries de problèmes.

En premier lieu, et s'agissant de la publication, la doctrine affirme, en termes plus ou moins identiques, que le droit positif érige cette dernière en condition nécessaire de l'entrée en vigueur. Confrontée aux données du droit positif, cette idée s'avère moins évidente qu'il n'y paraît de prime abord. Il suffit ici de citer l'exemple de l'article 1^{er} du Code civil. Dans sa version initiale, cet article déterminait la date de l'entrée en vigueur des lois en fonction de celle de leur promulgation, et ce afin de dissocier, précisément, l'entrée en vigueur de la publication²⁰. D'après l'alinéa 2 de la version actuelle du même article, les actes juridiques publiés au Journal officiel, dont les lois, peuvent entrer en vigueur, sous certaines conditions, « dès leur publication ». Le terme « publication », au sens de cette disposition, désigne l'insertion de la loi dans le Journal officiel, dont chaque numéro est mis en ligne sur le site *Légifrance*, la version papier du Journal officiel ayant été supprimée depuis le 1^{er} janvier 2016. Toutefois,

¹⁹ Pour l'absence, dans ce pays, de l'institution de promulgation, v. *infra*, Première partie, Titre I, Chapitre 2, Section 1, § 2, B), 1). Pour les règles relatives à l'entrée en vigueur des lois v. *infra*, Seconde partie, Titre I, Chapitre 1, Section 1, § 1.

²⁰ Plus analytiquement, v. *infra*, Seconde partie, Titre I, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 2, B).

l'expression « dès la publication », au sens de la même disposition, ne désigne pas le moment où le Journal officiel est « publié » au sens commun du terme : elle désigne le début, à zéro heure, du jour dont est daté le Journal officiel où la loi est insérée, et non pas le moment où ce dernier est mis en ligne.

Cette distinction n'est pas anodine, comme on le verra à propos des décrets par lesquels le gouvernement avait déclaré, en 2005 et en 2015, l'état d'urgence : il s'avère que les textes publiés au Journal officiel peuvent recevoir légalement application, par les autorités publiques, avant même qu'ils ne deviennent accessibles au public²¹. Cette constatation contraste avec l'idée, communément admise, selon laquelle la publication dont dépend l'entrée en vigueur des lois est à tout le moins apte à rendre ces dernières publiquement accessibles. Cela montre, en plus, que les règles du droit positif, même celles dont la portée semble être claire, peuvent faire souvent l'objet d'analyses qui s'avèrent inexactes.

En deuxième lieu, et s'agissant de la promulgation, il est admis que cette dernière est en quelque sorte liée à l'« existence » de la loi, et que la question de l'entrée en vigueur n'a même pas de sens d'être posée tant que cette « existence » n'est pas établie²². Abstraction faite ici de l'imprécision, terminologique et conceptuelle, qui règne dans la littérature quant au lien entre la promulgation des lois et leur « existence »²³, il reste toujours à savoir pourquoi le droit positif exige qu'un acte comme la promulgation s'interpose entre l'adoption définitive par les chambres d'un texte et la publication officielle de ce dernier sous le titre de « Loi ».

Cette question a attiré l'attention de la doctrine publiciste, et notamment celle des auteurs de la Troisième République. Les analyses de ces derniers ont déterminé la façon dont la promulgation est conçue et définie. D'après la définition traditionnelle élaborée par cette doctrine, la promulgation est l'acte par lequel le chef de l'exécutif

²¹ *Infra*, Seconde Partie, Titre I, Chapitre 1^{er}, Section 2, § 5.

²² Cf. B. SEILLER, « L'entrée en vigueur des actes unilatéraux », *AJDA* 2004, p. 1463-1468, spéc. p. 1463 : « La première condition de l'entrée en vigueur d'un acte unilatéral paraît tautologique : il doit exister. Or cette existence juridique lui est conférée, en principe, par l'apposition de la signature de son auteur [...]. Deux éléments confirment le rôle déterminant de la signature dans l'apparition de l'acte juridique. Il s'agit d'abord de l'acte de promulgation ».

²³ Sur ce point, v. *infra*, Première partie, Titre I, Chapitre 2, Section 2.

« atteste l'existence » et « commande l'exécution » de la loi²⁴. Pour expliquer le rôle de la promulgation, il suffit d'expliquer, selon la même doctrine, les besoins auxquels répondent ces deux fonctions. Une fois ces questions creusées, l'explication de la promulgation est établie, et son lien avec l'entrée en vigueur devient évident : il n'y aurait même pas de sens d'« attester l'existence » et de « commander l'exécution » d'une loi après son entrée en vigueur.

Toutefois, comme nous tenterons de le montrer, le droit positif et la pratique ne confirment pas cette analyse : la promulgation ne remplit pas, ou pas toujours, les fonctions que lui attribue la doctrine.

Objet de l'étude

Si certaines parmi les questions qui viennent d'être évoquées n'ont pas attiré l'attention de la doctrine, c'est parce qu'elles ne relèvent pas de ce qu'on attend communément d'une étude sur l'entrée en vigueur des lois. Pour cerner davantage l'objet de notre étude, il convient dès lors de préciser tout à tour ce qu'on entend par le terme « loi » (A) et par le terme « entrée en vigueur » (B).

L'entrée en vigueur de la « loi »

« Loi » et lois – Le titre de notre thèse est « L'entrée en vigueur de la loi », alors que nous avons employé à plusieurs reprises déjà, dans le cadre de cette introduction, l'expression « entrée en vigueur des lois ». Le choix du titre de notre thèse s'explique pourtant par deux raisons, relatives à la délimitation du champ de notre recherche. En premier lieu, notre étude ne porte pas sur les différentes façons dont le législateur peut déterminer la date d'entrée en vigueur d'une loi particulière. Notre analyse sera centrée sur les règles de droit commun, à savoir sur les règles qui s'appliquent à défaut de disposition contraire et peuvent déterminer la date d'entrée en vigueur de

²⁴ L'Assemblée du contentieux du Conseil d'État a retenu, par un arrêt de principe, une définition de la promulgation qui est pour l'essentiel identique à cette définition traditionnelle, et dont les termes sont repris par la doctrine contemporaine : CE Ass. 8 février 1974, *Commune Montory et autres*, Rec. p. 93, RDP 1974, p. 1511, conclusions ROUGEVIN-BAVILLE, JCP 1974 II, p. 17703, note G. LIET-VEAUX, AJDA 1974, p. 192, chronique FRANC et BOYON. Plus analytiquement sur cet arrêt, v. *infra*, Première partie, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 1.

toute nouvelle loi. Il s'agit en d'autres termes d'étudier le régime de droit commun qui régit l'entrée en vigueur de la « loi ». En deuxième lieu, nous ne proposons pas une analyse qui porte sur l'entrée en vigueur de tout acte juridique qui peut être qualifié de « loi » au sens matériel du terme. La notion de « loi » retenue dans le cadre de la présente étude est purement formelle : il s'agit de tout acte juridique qui a un caractère législatif en raison de son mode d'édiction²⁵. Sont ainsi exclus de notre champ de recherche tant les actes juridiques du droit international et européen, que les actes administratifs. Concernant ces derniers, une précision s'impose. Les règles de droit commun s'appliquent par défaut à tout acte juridique qui est publié au *Journal officiel*. Les actes administratifs qui sont publiés au *Journal officiel* seront alors pris en compte lorsque les questions relatives à leur entrée en vigueur peuvent s'avérer utiles pour les besoins de notre analyse.

Il n'en reste pas moins que, d'après l'une des thèses défendues dans la présente étude, la consécration de règles de droit commun relatives à l'entrée en vigueur des lois est intimement liée au caractère formel de ces dernières, voire au haut degré de formalisation qui caractérise la procédure de leur édiction. D'après cette thèse, la consécration de règles de droit commun relatives à l'entrée en vigueur des lois ne dépend pas du régime de publication auquel ces dernières sont soumises, mais du caractère formel de la procédure de leur édiction. Cette idée mérite de retenir notre attention parce qu'elle contraste avec l'approche dominante qui consiste à étudier l'entrée en vigueur comme une question qui est liée, sinon identique, au régime de publication des actes juridiques.

Lois et actes juridiques – Dans le langage juridique ordinaire, on parle de l'entrée en vigueur de différentes catégories d'actes juridiques (des lois, des actes administratifs,

²⁵ Cf. CH. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. 2, LGDJ, [1983] 2014, p. 44-45 : « Sont actes législatifs les opérations par lesquelles l'Assemblée nationale adopte des normes – règles générales ou dispositions d'espèce ou individuelles –, suivant les règles de la procédure de confection des lois [...] Cette définition entend le mot "actes" au sens de *negotium*, ou opération ; si on le prenait au sens d'*instrumentum*, c'est-à-dire document contenant des normes de droit, l'acte législatif serait l'acte intitulé "loi", qui contient des dispositions juridiques qui ont été adoptées par l'Assemblée nationale suivant les règles de la procédure de confection des lois. Il ressort immédiatement de la première définition, et d'ailleurs de la seconde aussi, qui s'y réfère, que ce qui caractérise l'acte législatif, c'est d'une part son auteur et d'autre part la procédure suivante laquelle il est accompli : auteur + procédure [...] Cette définition, on le voit, n'inclut aucun élément de fond, aucun élément touchant au contenu juridique ».

etc.), mais non pas de l'entrée en vigueur de coutumes ou d'autres pratiques normatives. On pourrait peut-être dire d'une coutume qu'elle est « en vigueur », et ce afin de souligner le fait qu'elle est effectivement reconnue et suivie, mais il serait contre-intuitif de parler de son « entrée en vigueur ». On dirait d'une personne qui s'exprime ainsi qu'elle emploie le terme « entrée en vigueur » d'une façon inexacte, voire qu'elle n'a pas saisi le concept que ce terme désigne²⁶. On pourrait à tout le moins parler de l'« entrée en vigueur » d'une coutume dont le caractère obligatoire est expressément reconnu par une loi²⁷. À défaut pour autant d'une telle reconnaissance formelle, il serait impossible d'identifier une date précise qui serait celle à compter de laquelle la coutume aurait été « en vigueur ». Il paraît donc, de prime abord, que notre langage ordinaire reflète une intuition concernant le concept d'entrée en vigueur²⁸ : ce dernier ne concerne que le droit écrit.

Il peut y avoir toutefois des actes juridiques non écrits ou, plus précisément, des décisions administratives non écrites dont il semble possible de déterminer le moment à compter duquel elles deviennent obligatoires²⁹. Si ces décisions sont exclues du

²⁶ Cf. A. MACINTYRE, *A Short History of Ethics*, 2nd ed., London, New York, Routledge, 1998, p. 1 : « To understand a concept, to grasp the meaning of the worlds which express it, is always at least to learn what the rules are which govern the use of such words and so to grasp the role of the concept in language and social life ».

²⁷ C'est de cette façon par ailleurs qu'on a pu déterminer le jour à compter duquel les différentes coutumes formées sous l'Ancien régime ont « cess[é] d'avoir force de loi », comme le disposait la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804), qui a réuni en un seul *corpus* les différentes lois dont fut issu le Code civil. Aux termes de l'article 7 de cette loi : « À compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements cessent d'avoir force de loi générale ou particulière, dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent Code » (*Duvergier*, t. 14, p. 526). Sur cette disposition, v. CH. AUBRY, CH.-F. RAU, *Cours de droit civil français*, t.1, 5^e éd., Marchal et Billard, 1897, § 14, p. 34-35. V. aussi la jurisprudence citée *infra*, Première partie, Titre I, Chapitre 1^{er}, Section 1^{er}, § 2, A), 2).

²⁸ Sur l'importance de nos intuitions, en tant que point de départ pour une analyse conceptuelle, v. F. JACKSON, *From Metaphysics to Ethics : A Defence of Conceptual Analysis*, Clarendon Press, 1998, spéc. p. 31 s., L'auteur insiste sur les opérations de qualification et de classification qui se manifestent dans notre langage ordinaire : si nous réservons certains termes pour désigner ou pour qualifier certaines choses, et non pas d'autres, c'est parce que nous reconnaissons intuitivement que les choses ainsi désignées sont des instances du concept que nous voulons élucider. V. dans le même sens : C. TIERCELINE, « La métaphysique et l'analyse conceptuelle », *Revue de métaphysique et de morale*, n° 36, 4, 2002, p. 529-554, spéc. p. 535 et s., qui s'appuie sur l'analyse de F. Jackson. Pour une appréciation critique, v. B. LEITER, « Beyond the Hart/Dworkin Debate : The Methodology Problem in Jurisprudence », *The American Journal of Jurisprudence*, 48, 2003, p. 17-51, spéc. p. 45 s.

²⁹ V. les exemples de décisions non écrites cités par B. SEILLER, « Acte administratif : identification », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2015 (actualisation : mai 2018), n° 285 : décision d'un maire autorisant le financement d'une campagne d'affichage ou attribuant les fonctions de responsable de la police municipale. *Rappr.* CE 24 février 1999, *Meyet*, n° 188154, *Rec.* p. 32 : arrêté interministériel, en date du 29 novembre, relatif à l'interdiction de circulation, dont la publication au Journal officiel du 30 novembre 1996 « n'a pas pu le faire entrer en vigueur dès le 30 novembre 1996 à 12 heures ainsi qu'il le prévoit lui-même », mais dont les « mesures » ont été

champ de notre étude, comme par ailleurs tout autre acte juridique qui ne constitue pas une loi au sens formel du terme, elles méritent néanmoins de retenir notre attention dans le cadre de la présente introduction, et ce pour deux raisons.

En premier lieu, lorsqu'on se réfère, de manière générale, à l'« entrée en vigueur » de telle ou telle catégorie d'actes juridiques, on vise, comme cela a déjà été souligné, une institution – un ensemble de règles et de pratiques correspondantes – qui comprend au moins une règle de droit commun, c'est-à-dire une règle qui permet aux acteurs juridiques de déterminer, à défaut d'autre règle, le moment à compter duquel devient obligatoire tout nouvel acte juridique qui appartient à la catégorie d'actes envisagée. Or, il n'y a aucune règle de droit commun, au sens qui vient d'être évoqué, relative aux décisions administratives non écrites. Ainsi, le Code des relations entre le public et l'administration, adopté récemment, ne fait aucune allusion, dans ses dispositions relatives à l'entrée en vigueur (art. L 221-2 et s.), à cette catégorie de décisions, alors même qu'il opère une codification à droit constant³⁰. De même, cette catégorie de décisions est absente de l'analyse et des propositions que le Conseil d'État a formulées dans le rapport qu'il a consacré en la matière³¹. Le même silence caractérise les analyses de la doctrine³².

Face à cette constatation, et en deuxième lieu, on serait enclin à penser que seuls les actes juridiques formels peuvent faire l'objet de règles relatives à l'entrée en vigueur. Reste pour autant à savoir pourquoi il en est ainsi. Selon une première explication, les règles d'entrée en vigueur, en tant que règles qui déterminent le moment précis à compter duquel un acte devient obligatoire, ne peuvent avoir comme objet que des

rendues « opposables immédiatement » après avoir été « rendues publiques dès le 29 novembre par le moyen d'un communiqué à l'Agence France Presse ».

³⁰ J. PETIT, « L'entrée en vigueur des actes administratifs dans le code des relations entre le public et l'administration », *AJDA* 2015, p. 2433 : « Pour l'essentiel [...] les dispositions considérées reprennent soit des textes existants soit certaines règles jurisprudentielles. Les innovations [...] sont peu nombreuses ».

³¹ CONSEIL D'ÉTAT – SECTION DU RAPPORT ET DES ÉTUDES, *Publication et entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs*, Rapport annuel, La documentation française, 2001.

³² Cf. par ex. : J. PETIT, « L'entrée en vigueur des actes administratifs dans le code des relations entre le public et l'administration », *op. cit.* ; P. DELVOLVÉ, « L'entrée en vigueur des actes administratifs », *RFDA* 2016, p. 50 s. ; B. SEILLER, « Acte administratif : régime », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2015 (actualisation : mai 2018) : les décisions non écrites sont abordées dans le cadre des analyses consacrées à la « forme » (n° 226 s.) et à l'abrogation (n° 544 s.) des actes administratifs, mais elles sont absentes des analyses consacrées à l'entrée en vigueur (n° 295 s.).

actes qui font l'objet d'une publication. En effet, le Code des relations entre le public et l'administration subordonne l'entrée en vigueur des actes administratifs à leur publication³³, et érige la date de cette dernière en critère par défaut pour la détermination de la date de leur entrée en vigueur³⁴. De même, l'article 1^{er} du Code civil dispose que « les lois et, lorsqu'ils sont publiés au Journal officiel de la République française, les actes administratifs entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication ».

Ces exemples montrent que les règles d'entrée en vigueur, en tant que règles de droit commun, érigent la date où s'accomplit une condition particulière – en l'espèce, la publication – en critère par défaut pour la détermination de la date d'entrée en vigueur. Toutefois, la publication n'est pas la seule condition qui peut jouer ce rôle³⁵. Il suffit à cet égard de rappeler deux exemples déjà évoqués. Le premier est fourni par l'article 1^{er} du Code civil qui, dans sa rédaction initiale, déterminait la date d'entrée en vigueur des lois en fonction de celle de leur promulgation, et ce afin de dissocier, précisément, l'entrée en vigueur de la publication. L'autre exemple est fourni par les systèmes juridiques qui ne consacrent pas la promulgation, et dont les lois entrent en vigueur, à défaut de prévision contraire, dès le jour de leur édicition.

Il s'ensuit que le régime de publication auquel sont soumis les actes juridiques ne détermine pas nécessairement le régime de droit commun relatif à leur entrée en vigueur. Corrélativement, le régime de publication auquel sont soumis les actes juridiques dont l'entrée en vigueur est déterminée par les règles de droit commun susmentionnées ne peut pas expliquer en soi l'absence de règles correspondantes pour les décisions administratives non écrites.

³³ Article L 221-2, al. 1^{er} : « L'entrée en vigueur d'un acte réglementaire est subordonnée à l'accomplissement de formalités adéquates de publicité, notamment par la voie, selon les cas, d'une publication ou d'un affichage [...] ».

³⁴ Article L 221-2, al. 2 : « Un acte réglementaire entre en vigueur le lendemain du jour de l'accomplissement des formalités prévues au premier alinéa, sauf à ce qu'il en soit disposé autrement par la loi, par l'acte réglementaire lui-même ou par un autre règlement ».

³⁵ Comme on le verra par la suite, il importe de distinguer entre les règles qui fixent les conditions et celles qui déterminent la date d'entrée en vigueur : on ne saurait affirmer, sans autre explication, que la publication est une condition nécessaire de l'entrée en vigueur en vertu d'une règle qui érige la date de la publication en critère par défaut pour la détermination de la date d'entrée en vigueur.

Plus déterminant en ce sens s'avère un trait que la publication partage avec la promulgation et l'édition des lois : il s'agit de trois conditions dont la réalisation peut être circonscrite dans le temps avec précision. Il se pose alors la question de savoir si le caractère formel de ces conditions n'est pas révélateur d'un trait distinctif des règles d'entrée en vigueur. Il est en effet permis de se demander s'il est en premier lieu possible de consacrer de telles règles pour les décisions administratives non écrites. Selon l'une des idées défendues par la présente étude, la réponse à cette seconde question doit être négative. Cette idée se résume ainsi : il y a un lien nécessaire entre les règles de droit commun, relatives à l'entrée en vigueur des lois, et le caractère formel de ces dernières. Cette idée comprend deux volets. D'une part, la possibilité de déterminer avec précision le moment où chaque nouvelle loi devient obligatoire présuppose la possibilité de déterminer le moment où l'édition de chaque nouvelle loi est achevée. D'autre part, cette condition préalable présuppose à son tour un haut degré de formalisation de la procédure d'édition.

Actes et normes – Il n'en reste pas moins que la majorité de la doctrine parle indistinctement de l'entrée en vigueur des actes juridiques (des lois, des actes administratifs, etc.) et de l'entrée en vigueur des « normes »³⁶. Ceux qui distinguent expressément entre les actes et les normes soulignent que le prédicat « en vigueur » désigne une qualité qui ne caractérise que les normes : affirmer qu'un acte juridique est « en vigueur » revient à affirmer que les normes posées par l'acte sont « en vigueur »³⁷. Il semble toutefois que la même idée sous-tend les analyses qui ne

³⁶ L. BACH, « Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps », *RTD Civ.* 1969 p. 405-468, spéc. p. 415 : « C'est l'entrée en vigueur de la *loi* qui rend celle-ci obligatoire, qui la rend "applicable". Ce n'est qu'à partir de leur entrée en vigueur que les *normes* législatives ont valeur de normes juridiques et qu'elle font désormais partie de l'ordre juridique positif » (nous soulignons) ; P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 3^e éd., 2015, n° 257, p. 214 : « L'entrée en vigueur d'un texte dépend de plusieurs données. Il doit avoir été publié [...] La publication permet, bien plus que la connaissance du contenu, d'avertir de l'entrée en vigueur de nouvelles règles. Mais le texte n'est pas en vigueur à l'instant de sa publication, du moins en principe » ; G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, *op. cit.*, n° 74, p. 57-58 : « l'édition est totalement insuffisante pour permettre l'entrée en vigueur de la règle nouvelle [...] Un texte non publié [...] n'est donc pas encore entré en vigueur ».

³⁷ CH. EISENMANN, « Sur l'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales », *in* : *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, p. 201-216. L'auteur formule dès le début la question de l'entrée en vigueur dans les termes suivants : À quelles conditions et par conséquent à quelle date [...], les normes administratives unilatérales, c.à.d. posées par les actes administratifs unilatéraux [...] entrent-elles en vigueur ? ». Il affirme ainsi, entre autres, que l'entrée en vigueur correspond à l'« acquisition du caractère de norme » (*ibid.*, p. 214).

distinguent pas expressément entre les actes juridiques et les normes³⁸. Il s'ensuit que les règles d'entrée en vigueur sont communément comprises comme des règles qui portent sur l'entrée en vigueur d'autres règles ou, selon la terminologie dominante, comme des règles qui portent sur l'entrée en vigueur de « normes ». En théorie du droit, cette idée a fait l'objet de deux modes d'analyse que l'on pourrait qualifier, par souci de simplicité, « théorie de l'applicabilité » et « théorie de la validité ».

Selon la première théorie, *la théorie de l'applicabilité*³⁹, les règles d'entrée en vigueur sont des normes qui déterminent l'une des conditions dont dépend l'« applicabilité » d'autres normes⁴⁰. Soit par exemple une loi qui est promulguée le 1^{er} janvier 2019, et dont l'entrée en vigueur est reportée au 10 janvier. Selon la théorie de l'applicabilité, les normes posées par cette loi sont valides dès le 1^{er} janvier, mais ne deviennent applicables que le 10 janvier : c'est à partir de cette date seulement qu'il est permis ou obligatoire pour les acteurs juridiques – et, notamment, pour les organes d'application du droit – d'appliquer à un cas concret les normes posées par la loi. Nous verrons plus loin les critiques qu'une telle théorie encourt.

³⁸ Cf. par ex. P. FLEURY LE GROS, *Contribution à l'analyse normative des conflits des lois dans le temps en droit privé interne*, op. cit., n° 43, p. 23 : si l'auteur se réfère, au cours de son analyse, tantôt à la « norme » et tantôt à la « loi » qui entre en vigueur, il précise dès le début que « la date de l'entrée en vigueur d'une loi correspond à l'instant où les différentes normes qui la constituent intègrent "l'ordonnement juridique", lequel peut être défini comme l'ensemble des normes en vigueur dans un État à un instant "t" ».

³⁹ À notre connaissance, le premier à avoir proposé une telle analyse était Eugenion Bulygin, par un article publié en 1982 et réimprimé in : E. BULYGIN, « Time and Validity » in : *Id.*, *Essays in Legal Philosophy*, Oxford University Press, 2015, p. 172-187. Des analyses similaires ont été développées par : P. NAVARRO, « Promulgation and Derogation of Legal Rules », *Law and Philosophy*, vol. 12, 1993, p. 385-394 ; P. NAVARRO, C. ORUNESU, J. RODRIGUEZ, G. SUCAR, « Applicability of Legal Norms », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 17, n° 2, 2004, p. 337-359 ; J. S. MORESO, *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1998, p. 105 s. ; G. PINO, « L'applicabilità delle norme giuridiche », *Diritto & questioni pubbliche*, n° 11, 2011, p. 797-871 ; G. PINO, *Teoria analitica del diritto I – La norma giuridica*, Pisa, ed. ETS, 2016, chap. 6, spéc. p. 131 et p. 135 s. La théorie de l'applicabilité est aussi défendue par M. CARPENTIER, *Norme et exception : essai sur la défaisabilité en droit*, préf. J.-F. Kervegan, Institut Universitaire Varenne, 2014, p. 161 s., qui s'appuie en partie sur certaines parmi les études précitées.

⁴⁰ Les auteurs qui partagent cette thèse distinguent entre deux types d'applicabilité. Certains distinguent entre l'applicabilité « externe » et l'applicabilité « interne » des normes. D'autres distinguent entre l'applicabilité « conceptuelle » et l'applicabilité « normative ». L'idée commune se résume ainsi : l'applicabilité interne (ou conceptuelle) désigne la possibilité de subsumer un cas particulier à une norme ; l'opposabilité externe (ou normative) désigne l'obligation ou la permission d'appliquer à un cas concret une norme qui est applicable à ce dernier au sens de la première acception du terme.

Selon la *théorie de la validité*⁴¹, les normes posées par la loi de notre exemple ne sont pas valides le 1^{er} janvier : elles ne deviennent valides que le 10 janvier. Cette théorie, d'inspiration kelsénienne, identifie la validité à la normativité : l'affirmation « la conduite Φ est obligatoire » est équivalente à l'affirmation « la conduite Φ est prescrite par une norme valide ». Or, selon la même approche, une conduite n'est obligatoire que s'il est permis ou obligatoire, pour un organe habilité, de sanctionner la conduite qui lui est contraire⁴². Cette thèse se décline dans les idées suivantes : (i) une norme juridique est valide dès lors qu'elle fait partie d'un système juridique donné ; (ii) ce lien d'appartenance est établi lorsque la production de la norme est achevée ; (iii) cette production normative est achevée lorsque sont réunies les conditions qui sont nécessaires, d'après les normes pertinentes du système juridique envisagé, pour que les énoncés d'un acte aient la signification de normes juridiques ; (iv) l'énoncé « il est obligatoire de faire Φ » a une signification normative dès lors qu'il est permis ou obligatoire pour les organes d'application du droit de sanctionner la conduite qui n'est pas conforme à la conduite « Φ ».

Selon la théorie de la validité, la validité des normes dépend dès lors de l'ensemble des conditions qui doivent être réunies pour qu'il soit permis ou interdit de sanctionner la conduite qui est contraire à la conduite prescrite par les normes⁴³. S'il n'est pas permis ou obligatoire de prononcer une telle sanction avant la date de

⁴¹ Défendue par deux auteurs : CH. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, *op. cit.*, p. 705 s. ; *Id.*, « Sur l'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales », in : *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, p. 201-216 ; O. PFERSMANN, « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques », *RRJ* 1994, p.221-243.

⁴² CH. EISENMANN, « Sur l'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales », *op. cit.*, p. 205 : entre la signature d'un acte administratif et sa publication, les « normes administratives unilatérales » ne sont pas « en vigueur » parce que « les administrés qu'elles visent n'encourent aucune sanction ou mesure de contrainte quelconque pour les avoir enfreintes », ce qui revient à affirmer que ces normes « n'existent pas juridiquement ». Affirmer que les actes administratifs entrent en vigueur dès leur signature revient à « dissimuler la réalité juridique, càd. la substance et le sens d'une règle dont on reconnaît l'existence [...] à savoir « que les N.A.U. [normes administratives unilatérales] qui prescrivent à des administrés une certaine conduite ou leur imposent une certaine condition juridique ne les obligent par immédiatement ou ne les y placent pas immédiatement, càd, dès leur signature » (*ibid.*). ; O. PFERSMANN, « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques », *op. cit.*, p. 222-223 : « les normes qui les composent [les ordres juridiques] ont un structure conditionnelle [et] le terme d'une chaîne conditionnelle est normalement une sanction (à la fin d'un enchaînement de conditions nous tombons sur des énoncés du type : "si p, alors un acte de contrainte de type C doit être exercé") ».

⁴³ Du point de vue de la théorie de la validité, il n'y a même pas prescription avant la réunion de ces conditions : une conduite n'est prescrite que s'il est permis ou obligatoire de sanctionner la conduite contraire. Avant la réunion de ces conditions on pourrait affirmer, à tout le moins, qu'une prescription a la signification « subjective » et non pas la signification « objective » d'une norme. Nous faisons ici abstraction de cette distinction, par souci de simplicité.

l'entrée en vigueur, il s'ensuit que les règles d'entrée en vigueur font partie des normes qui déterminent les conditions de validité d'autres normes.

Cette théorie présente deux défauts. Le premier tient à son caractère réductionniste : du point de vue de la validité des normes, au sens entendu par cette théorie, il n'y a aucune différence entre, par exemple, un projet de loi et une loi promulguée. On peut néanmoins affirmer, fût-ce intuitivement, que le premier texte, contrairement au second, ne constitue pas encore une « Loi ». On comprend ainsi qu'une loi promulguée peut être abrogée, même si elle n'est pas encore en vigueur, alors qu'il est inexact de parler d'« abrogation » à propos d'un projet de loi dont la majorité parlementaire ne procède pas à l'adoption. Cet exemple suffit à montrer, sans qu'il soit nécessaire de se pencher ici sur le rôle de la promulgation, que l'entrée en vigueur d'une loi peut dépendre de la réunion d'une multitude de conditions dont il importe de faire la distinction.

Le deuxième défaut est lié au premier, à savoir au caractère réductionniste de la théorie de validité. Il s'agit du modèle d'individuation de normes que cette théorie implique⁴⁴. D'après ce modèle, les règles d'entrée en vigueur, comme par ailleurs toute autre norme qui est relative à la production d'autres normes, ne constituent que des fragments de normes : les conditions fixées par ces règles pour l'entrée en vigueur d'une norme font partie de l'ensemble des conditions qui doivent être réunies pour qu'il soit permis ou obligatoire de sanctionner une certaine conduite. Ce modèle d'individuation présente deux défauts. D'une part, il ne peut pas remplir sa fonction puisqu'il rend l'individuation des normes juridiques impossible : pour décrire une telle norme, il faudrait construire des propositions conditionnelles extrêmement longues et complexes dont le présupposé devrait décrire l'ensemble des conditions dont la réunion est nécessaire pour qu'il soit permis ou obligatoire de prononcer une sanction. Par ailleurs, et d'autre part, ce présupposé serait composé d'éléments hétéroclites : les conditions relatives à l'entrée en vigueur d'une norme législative, par exemple, devraient figurer au présupposé de cette dernière au même titre que les conditions conditionnelles relatives à l'adoption des lois ou encore les éléments de

⁴⁴ *Infra*, Seconde Partie, Titre II, Chapitre 1^{er}, Section 2, B).

fait dont la preuve doit être établie pour qu'il soit permis ou obligatoire de prononcer une sanction.

On pourrait alors croire que la théorie de l'applicabilité mériterait d'être retenue. Pourtant, elle n'est pas non plus à l'abri de critiques qui la rendent inopérante pour former le cadre théorique de la notion que nous cherchons à élucider. En effet, elle soulève d'abord un problème similaire relatif à l'autonomie des règles relatives à l'entrée en vigueur, c'est-à-dire un problème relatif à la distinction de ces dernières par rapport aux normes dont elles déterminent l'applicabilité. Rappelons que, d'après cette théorie, les règles d'entrée en vigueur font partie des normes qui déterminent les conditions dont la réunion est nécessaire pour qu'il soit permis ou obligatoire d'appliquer une norme à un cas concret. Soit par exemple une loi qui comporte les dispositions suivantes : article 1^{er} « Il est obligatoire de faire Φ » ; article 2 « La présente loi entre en vigueur le 1^{er} janvier 2019 ».

D'après la théorie de l'applicabilité, ces deux articles posent deux normes : une norme N_1 , qui dispose qu'il est obligatoire de faire Φ , et une norme N_2 qui détermine le moment à compter duquel la norme N_1 doit être appliquée par ses destinataires. L'application de cette dernière peut être conçue de deux manières⁴⁵. On peut affirmer qu'on applique une norme de la même manière qu'on suit une règle : un acteur juridique applique la norme N_1 lorsqu'il prend en compte cette dernière afin de guider sa propre conduite, reconnaissant en l'espèce qu'il est obligatoire de faire Φ . On peut aussi affirmer qu'on applique une norme lorsqu'on prend en compte cette dernière afin d'évaluer la conduite d'autrui, voire afin d'évaluer la conduite de ceux qui ont l'obligation de faire Φ . Dans les deux cas, et d'après la théorie de l'applicabilité, c'est la norme N_2 qui détermine le moment à compter duquel la norme N_1 doit être appliquée. Cette analyse soulève trois problèmes.

En premier lieu, on comprend mal pourquoi les deux articles susmentionnés posent deux normes distinctes. Il serait en effet possible de soutenir que la loi de notre exemple pose une seule norme qui est déduite de l'interprétation combinée de ses

⁴⁵ Plus analytiquement sur cette distinction, v. M. CARPENTIER, *Norme et exception : essai sur la défaisabilité en droit*, loc. cit.

deux articles : « À partir du 1^{er} janvier 2019, il est obligatoire de faire Φ ». Il est certes vrai que, en pratique, les lois comportent plusieurs dispositions dont on peut déduire plusieurs normes. La distinction proposée par la théorie de l'applicabilité serait alors plus à même de rendre compte de cette complexité des données du droit positif. Il semble par ailleurs que la même distinction est établie par le législateur lui-même lorsqu'il détermine la date d'entrée en vigueur d'une loi par une disposition finale, par exemple. Cette objection soulève toutefois un autre problème.

En effet, et en deuxième lieu, la théorie de l'applicabilité présuppose que, dans l'exemple susmentionné, la norme posée par la disposition finale détermine la date d'entrée en vigueur des autres normes que l'on peut déduire des autres dispositions de la loi. Corrélativement, la signification attribuée aux différentes dispositions de la loi doit être celle d'une norme dont la date d'entrée en vigueur est déterminée par la norme contenue dans cette disposition finale. La théorie de l'applicabilité présuppose alors que les lois sont sources de normes complètes : chaque norme législative serait la signification attribuée aux dispositions d'une loi déterminée. Or, les lois comportent également de fragments de normes : une seule norme peut être le produit d'un travail d'interprétation qui mobilise plusieurs dispositions appartenant à des lois différentes qui sont entrées en vigueur à des dates différentes.

Ceci étant, et en troisième lieu, la théorie de l'applicabilité n'est pas apte à rendre compte de l'apport normatif des règles d'entrée en vigueur. Rendre compte de cet apport revient à expliquer la façon dont la règle est mobilisée par les acteurs juridiques, voire la façon dont la règle figure dans le raisonnement pratique de ces derniers. D'après la théorie de l'applicabilité, la question de l'entrée en vigueur des normes se pose après l'identification de ces dernières : une fois la norme identifiée, après l'interprétation des dispositions législatives, les acteurs juridiques seraient appelés à déterminer, en fonction des règles d'entrée en vigueur, s'ils peuvent ou s'ils doivent appliquer cette norme à un cas concret. Or, les acteurs juridiques peuvent douter de l'interprétation d'une ou de plusieurs dispositions législatives sans douter de l'entrée en vigueur de la loi dont ces dispositions font partie. Plus encore, les acteurs juridiques peuvent se prononcer sur l'entrée en vigueur d'une loi avant même

de se prononcer sur l'interprétation de ses dispositions, exception faite, le cas échéant, de la disposition qui détermine la date d'entrée en vigueur de la loi. S'il s'avère par ailleurs possible de consacrer des règles de droit commun en la matière, c'est-à-dire des règles qui peuvent déterminer la date d'entrée en vigueur de toute nouvelle loi, c'est parce que cette détermination ne dépend pas du contenu particulier de chaque loi.

Ces constatations s'expliquent par un trait distinctif des règles d'entrée en vigueur : celles-ci déterminent la date d'entrée en vigueur en fonction des conditions qui se rapportent à l'acte dont les dispositions ont la signification de normes. Il serait alors plus exact d'affirmer que les règles d'entrée en vigueur ont comme objet non pas d'autres normes ou règles, mais les actes juridiques aux énoncés desquels les acteurs juridiques attribuent une telle signification normative. D'après la thèse défendue dans la présente étude⁴⁶, les règles d'entrée en vigueur déterminent le moment, et les conditions préalables, à compter duquel il est permis d'invoquer le contenu particulier d'une loi – ses dispositions et la signification normative attribuée à celles-ci – afin de justifier une conclusion normative concrète. Selon cette idée, les règles d'entrée en vigueur figurent toujours, fût-ce implicitement, dans le raisonnement pratique que les acteurs juridiques déploient lorsqu'ils interprètent et appliquent les lois : avant même de faire appel à une disposition afin de justifier l'existence d'une règle, et son application à un cas concret, les acteurs juridiques doivent vérifier si ladite disposition fait partie d'une loi qui est « en vigueur ».

Comme on le verra, cette thèse ne règle pas le problème de savoir si l'entrée en vigueur marque le moment à compter duquel il est permis ou obligatoire de faire appel aux énoncés d'une loi. Ce problème peut être résolu de deux manières. La première solution serait de faire un choix explicite en faveur de l'une des deux modalités déontiques. La seconde solution serait plutôt de considérer qu'il peut y avoir des règles juridiques dont on peut rendre compte de l'apport normatif sans avoir recours aux catégories de l'obligation, de la permission et de l'interdiction⁴⁷. Le choix

⁴⁶ *Infra*, Seconde partie, Titre II, Chapitre 2, Section 1, § 1.

⁴⁷ Pour une analyse en ce sens, v. par ex. M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *A Theory of Legal Sentences*, Dordrecht, Kluwer, 1998, p. 61 s.

entre les deux solutions soulève d'épineux problèmes⁴⁸ auxquels nous ne sommes pas parvenus, dans le cadre de la présente étude, à trouver une réponse satisfaisante. Nous considérons néanmoins que l'idée présentée ci-dessus, selon laquelle les règles d'entrée en vigueur portent sur les actes juridiques, et non pas sur les règles qui sont la signification attribuée aux dispositions de ces actes, reste opératoire pour les besoins de la présente étude.

L' « entrée en vigueur » de la loi

Entrée en vigueur et mesures d'application nécessaires – Conformément à l'idée qui vient d'être évoquée, sont exclues du champ de notre étude les questions liées à la règle⁴⁹, établie par l'article 1^{er} du Code civil, qui dispose, à propos des textes qui sont publiés au Journal officiel, que « l'entrée en vigueur de celles de leurs dispositions dont l'exécution nécessite des mesures d'application est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures »⁵⁰. Cette disposition, qui formule une solution retenue de longue date par la jurisprudence⁵¹, appelle deux précisions.

En premier lieu, selon l'une des idées défendues dans la présente étude⁵², les règles d'entrée en vigueur permettent de déterminer la date d'entrée en vigueur des lois d'une façon précise. Cette précision est assurée par l'emploi de critères formels. Il suffit ici de rappeler la règle posée par la disposition de l'article 1^{er} du Code civil qui

⁴⁸ Qui sont analytiquement étudiés dans la première partie de l'étude de G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, préf. M. Troper, Dalloz, 2006, qui opte en faveur de la seconde solution pour ce qui concerne les normes d'habilitation, voire les normes qui sont relatives à la production d'actes juridiques dont les énoncés ont la signification de normes (*ibid.*, spéc. n° 480, p. 520, et n° 593 s., p. 306).

⁴⁹ Pour une vue d'ensemble sur ces questions, v. G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, op. cit., n° 631 s., p. 492 s.

⁵⁰ Les termes de cette disposition sont repris par l'alinéa 2 de l'article L 221-3 du Code de relations entre le public et l'Administration, qui s'applique aux actes réglementaires dont la publication au Journal officiel n'est pas expressément prévue.

⁵¹ ROMIEU, conclusions sur CE 30 novembre 1906, *Jacquin, Rec.* p. 880 : « La loi est en principe exécutoire du jour de sa promulgation, si elle n'en a pas autrement ordonné. Lorsque la loi prévoit des règlements d'administration publique, elle n'en est pas moins exécutoire immédiatement sauf deux cas : 1° Si la loi subordonne expressément l'exécution de la loi à la confection antérieure des règlements prévus ; 2° Si l'application de la loi est manifestement impossible tant que les règlements n'ont pas été publiés ». Pour la jurisprudence judiciaire, v. Cass. civ. 1^{er} décembre 1931, *S.* 1932 I, p. 66 : « Attendu que les lois régulièrement promulguées deviennent exécutoires du moment où la promulgation peut en être connue lorsqu'elles ne contiennent pas de disposition formelle reportant leur exécution à une autre époque ou ne la subordonnant pas, expressément ou nécessairement, à une condition déterminée ».

⁵² *Infra*, Seconde partie, Titre I, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 1.

précède la disposition susmentionnée : à défaut de prévision contraire, les textes publiés au Journal officiel entrent en vigueur « le lendemain de leur publication ». La « publication », au sens de cette disposition, est la date du numéro du Journal officiel où le texte est inséré. La date d'entrée en vigueur est ainsi déterminée en fonction d'une condition, désignée sous le nom de « publication », dont la réalisation peut être circonscrite dans le temps sans qu'il soit nécessaire, de la part des acteurs juridiques, d'avoir recours à des jugements évaluatifs. Or, le caractère « nécessaire » d'une mesure d'application relève, précisément, d'un tel jugement : il s'agit de déterminer, selon la formule retenue par la jurisprudence, si, en l'absence de telles mesures, l'application d'une disposition est « manifestement impossible »⁵³.

Toutefois, et en deuxième lieu, la question du caractère « nécessaire » d'une telle mesure ne se pose que si, et à partir du moment où, la disposition en cause fait partie d'une loi qui est déjà en vigueur. L'article 1^{er} du Code civil distingue par ailleurs expressément entre l'entrée en vigueur des « lois », qui est déterminée en fonction d'un critère formel, et l'entrée en vigueur de « celles de leurs dispositions » qui nécessitent de mesures d'application. Il y a alors une priorité conceptuelle entre les deux règles et la façon dont elles sont censées guider les acteurs juridiques : avant même d'interpréter une disposition et de se poser la question de savoir si elle *peut* recevoir application, on sait qu'elle *doit* recevoir application, et qu'il en est ainsi parce qu'elle fait partie d'une loi dont on sait, sans avoir besoin de recourir à des jugements évaluatifs, qu'elle est déjà en vigueur.

Entrée en vigueur et application des lois dans le temps – Sur la base de la même idée, sont exclues du champ de notre étude les questions relatives à l'application des lois dans le temps. Ces questions peuvent être regroupées en deux catégories qui correspondent, respectivement, à la détermination du champ d'application des lois dans le temps, et au conflit des lois dans le temps.

⁵³ V. les conclusions précitées de Romieu, sur CE 30 novembre 1906, *Jacquin*. Même formule : CE Ass. 10 mars 1961, *Union départementale des associations familiales de la Haute Savoie*, Rec p. 172 ; CE 28 février 1969, *Ministre des armées*, Rec. p. 126 ; CE 7 mars 2008, *Fédération nationale des mines et de l'énergie CGT*, n° 298138 (impossibilité manifeste).

Le conflit des lois dans le temps présuppose, par définition, la présence de deux lois, une nouvelle et une ancienne, dont il s'agit de déterminer les champs respectifs d'application dans le temps⁵⁴. Or, la question de l'entrée en vigueur se pose pour toute nouvelle loi, indépendamment de l'existence d'une loi ancienne. Par ailleurs, le conflit des lois dans le temps est un conflit de règles. Il s'agit de déterminer la règle – celle posée par la loi ancienne ou celle posée par la loi nouvelle – qui doit régir certains faits ou situations juridiques produits à un moment donné. Il s'agit en d'autres termes de faire un choix entre ce qu'on appelle communément « survie de la loi ancienne » et « application immédiate de la loi nouvelle ». Toutefois, le besoin même d'opérer un tel choix ne se pose que si, et à partir du moment où, la nouvelle loi est en vigueur : c'est à partir de ce moment seulement que les dispositions de la nouvelle loi font partie des ressources textuelles auxquelles les acteurs juridiques doivent se référer afin de déterminer les règles qui régissent une certaine catégorie de faits.

Il en va de même pour les questions qui relèvent de ce qu'on appelle « droit transitoire ». Une précision s'impose pourtant sur ce point. On a pu affirmer qu'une règle d'entrée en vigueur est « transitoire » lorsqu'elle reporte la date d'entrée en vigueur d'une loi par rapport à la date à laquelle cette dernière devrait « normalement » entrer en vigueur, en fonction des règles de droit commun⁵⁵. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'une loi précise, dans sa disposition finale, qu'elle entrera en vigueur non pas le lendemain de sa publication au *Journal officiel*, comme le prévoit l'article 1^{er} du Code civil, mais à une date déterminée postérieure. Selon l'idée en question, une telle règle est « transitoire » parce qu'elle ne produit ses « effets » que jusqu'à la date d'entrée en vigueur de la loi. D'après ce critère pourtant, toute règle d'entrée en vigueur devrait être qualifiée de « transitoire ». Il pourrait être objecté que la règle posée par l'article 1^{er} du Code civil produit des « effets » à chaque fois qu'une nouvelle loi entre en vigueur le lendemain de sa publication, alors que la règle posée par la disposition finale de la loi ne produit plus

⁵⁴ Pour les différentes questions que cette répartition peut soulever, v. G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, op. cit., n° 166 s., p. 122 s.

⁵⁵ *Ibid.*, n° 398, p. 309. Une idée similaire est formulée, en termes différents, par P. FLEURY LE GROS, *Contribution à l'analyse normative des conflits des lois dans le temps en droit privé interne*, op. cit., p. 36.

des « effets » à partir de la date d'entrée en vigueur qu'elle détermine. Cette façon de rendre compte de l'apport normatif des règles d'entrée en vigueur reflète une ontologie réaliste : l'entrée en vigueur serait un objet qui, à partir d'un moment, commence à « exister » indépendamment de la règle qui détermine ce moment. Or, les règles d'entrée en vigueur, comme toute règle par ailleurs, ne créent pas des « effets » dotés d'une existence : elles guident le raisonnement pratique de ceux qui les appliquent. Ainsi, comme nous l'avons noté, les règles d'entrée en vigueur figurent toujours dans le raisonnement que déploient ceux qui interprètent et appliquent les lois : les acteurs juridiques ne sont pas moins guidés par ces règles avant la date d'entrée en vigueur qu'ils ne le sont après cette date.

C'est sur la base de la même idée que nous ne traiterons pas dans la présente étude les autres questions que soulève la détermination du champ d'application dans le temps des lois, parmi lesquelles figure la rétroactivité. En effet, les travaux plus récents sur l'application des lois dans le temps analysent la rétroactivité en fonction d'une distinction entre la date de l'« observabilité » et la date de l'« applicabilité » des lois. Les deux dates coïncident toujours, sauf en cas de rétroactivité. Dans ces cas, la loi devient « observable » à partir de sa date d'entrée en vigueur, mais elle devient « applicable » à des faits établis avant cette date. Cette distinction n'est pas décisive pour les besoins de notre étude : la détermination du moment de l'« applicabilité » de la loi, au sens entendu par ces analyses, présuppose la détermination du moment de son « observabilité », et ce moment est déterminé par les règles d'entrée en vigueur. Par ailleurs, les analyses qui mobilisent cette distinction partagent une prémisse commune : il s'agit de l'idée selon laquelle l'entrée en vigueur des lois dépend nécessairement de leur publication⁵⁶. Les exemples déjà signalés dans le cadre de la présente introduction montrent que cette idée peut s'avérer inexacte. Ainsi, la question de savoir si, et de quelle façon, la publication constitue une condition

⁵⁶ De ce fait, et comme on le verra, certains auteurs affirment que, en cas de rétroactivité, les lois entrent en vigueur d'une façon « anticipée » qui correspond à une « fiction » : *Infra*, Seconde Partie, Titre I, Chapitre 2, Section 1, § 1.

nécessaire de l'entrée en vigueur des lois sera plus analytiquement étudiée dans la présente étude⁵⁷.

Thèse proposée et plan de l'étude – L'entrée en vigueur des lois sera ici appréhendée comme une institution – un ensemble de règles et de pratiques correspondantes – dont l'étude ne saurait être limitée aux seules règles relatives à l'entrée en vigueur. La consécration même de ces règles présuppose la possibilité de déterminer avec précision le moment où s'achève l'édiction de chaque nouvelle loi. Dans le cadre du système juridique français, cette détermination précise est assurée par la promulgation. Or, cette fonction n'est pas au centre des analyses dont la promulgation a déjà fait l'objet. Il importe alors d'apprécier la pertinence de ces analyses et de tenter de clarifier davantage le concept de promulgation en en proposant une interprétation différente de la conception commune (Première partie).

Quant aux règles d'entrée en vigueur, il convient d'établir une distinction, déjà évoquée, entre séries de problèmes. En premier lieu, il s'avère nécessaire de distinguer entre les règles qui déterminent la date et celles qui déterminent les conditions dont dépend l'entrée en vigueur des lois. Cette distinction est souvent méconnue en raison d'une certitude qui caractérise les analyses en la matière. Il s'agit de l'idée selon laquelle la publication, en tant que critère retenu par défaut pour la détermination de la date d'entrée en vigueur des lois, constitue également une condition nécessaire de l'entrée en vigueur de ces dernières. L'examen des règles d'entrée en vigueur révèle par ailleurs que la « publication », au sens de ces règles, constitue un critère formel, destiné à rendre la détermination de la date d'entrée en vigueur précise, et non pas une mesure de publication destinée à rendre les lois publiquement accessibles, comme l'affirme ou le suggère souvent la doctrine. Ceci étant, et en deuxième lieu, il faut distinguer entre les conditions prévues par les règles d'entrée en vigueur et les conditions plus fondamentales qui doivent être réunies pour que la consécration de telles règles soit en premier lieu possible. Il importe alors de préciser davantage les concepts de « publication » et de « condition d'entrée en vigueur » (Seconde partie).

⁵⁷ *Infra*, Seconde Partie, Titre I, Chapitre 2.

Première partie : La promulgation

Le terme « promulgation » peut avoir deux acceptions. D’abord, il peut désigner un acte dont l’accomplissement est en principe confié au chef de l’exécutif. Dans une acception plus large, le même terme désigne un ensemble de règles et de pratiques qui sont relatives à l’acte de promulgation. Il ressort de l’examen de ces données, fournies par les règles et la pratique suivies en la matière, qu’il peut y avoir des actes de promulgation qui ne correspondent pas aux définitions retenues par la jurisprudence et la doctrine (Titre I). Il s’avère en revanche que tous les actes de promulgation présentent certains traits communs. Tenant compte de ces traits, auxquels les analyses existantes n’accordent pas une attention particulière, nous tenterons de proposer un concept alternatif de promulgation (Titre II).

TITRE I : LA PROMULGATION SELON LA JURISPRUDENCE ET SELON LA DOCTRINE

Après un long silence sur la question, la jurisprudence s'est prononcée finalement sur la définition de la promulgation afin de la distinguer de la publication. Il semble, de prime abord au moins, que les termes de la définition retenue confirment l'analyse que propose la doctrine quant aux fonctions de la promulgation. Toutefois, les définitions jurisprudentielles ne répondent pas aux mêmes impératifs que les définitions élaborées par la doctrine. Le juge se prononce sur la définition d'un terme afin de trancher le litige dont il est saisi, et non pas afin de nous informer sur les traits distinctifs de l'objet que le terme défini désigne, ce qui est la tâche de la doctrine. Il importe alors d'étudier les données fournies par la jurisprudence sur la promulgation (Chapitre 1^{er}) avant de tenter d'apprécier les analyses proposées par la doctrine (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La promulgation selon la jurisprudence

« [T]here is a distinction – and there may be a divergence – between what judges say they are doing, what they think they are doing, and the most accurate objective description of what they actually are doing »⁵⁸

Par son arrêt de principe *Commune de Montory*, rendu en 1974, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État s'est prononcée sur la définition de la promulgation afin de distinguer cette dernière de la publication. Selon la définition retenue, la promulgation « est l'acte par lequel le chef de l'État atteste l'existence de la loi et donne l'ordre aux autorités publiques d'observer et de faire observer cette loi »⁵⁹.

Il importe de remarquer que, d'après cette définition, la promulgation est un acte du « chef de l'État », alors que la doctrine définit traditionnellement la promulgation comme un acte du « chef de l'exécutif ». Abstraction pourtant faite de cette différence, sur laquelle on reviendra⁶⁰, il semble, de prime abord au moins, que la définition retenue par l'arrêt *Commune de Montory* confirme l'analyse que la doctrine fait de la promulgation.

En effet, la distinction entre la promulgation et la publication est actuellement acceptée de façon unanime par la doctrine⁶¹. La promulgation est communément

⁵⁸ J. MACKIE, « The Third Theory of Law », *Philosophy & Public Affairs*, vol. 7, n°1, 1977, p. 7 (réimpr. in : Id., *Persons and Values : Selected Papers*, vol. 2, Clarendon Press, 1985, p. 135).

⁵⁹ CE Ass. 8 février 1974, *Commune Montory et autres*, Rec. p. 93, RDP 1974, p. 1511, conclusions ROUGEVIN-BAVILLE, JCP 1974 II, p. 17703, note G. LIET-VEAUX, AJDA 1974, p. 192, chronique FRANC et BOYON.

⁶⁰ En effet, la différence n'est pas anodine : les actes accomplis par chef de l'exécutif en sa qualité de chef de l'État sont imputables à l'État lui-même, dont l'organe en question représente l'unité, et non pas au seul pouvoir exécutif qu'exercent certains parmi les organes de l'État : *infra*, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2.

⁶¹ M. WALINE, « Introduction », in : B. HERZOG et G. VLACHOS (dir.), *La promulgation, la signature et la publication des actes législatifs en droit comparé*, Éditions de l'Épargne, 1961, p. 3 : « [I]l n'est pas un juriste, aujourd'hui, en France, qui ne sache que la promulgation est un acte juridique constatant et attestant la régularité de la procédure législative, et ordonnant en conséquence l'application de la loi, tandis que la publication est un fait juridique, c'est-à-dire produisant des conséquences juridiques (l'opposabilité de la loi aux citoyens et aux habitants du territoire touchés par cette publication), mais un fait, et non un acte juridique ».

définie comme un acte qui remplit deux fonctions. Les termes dont se servent les auteurs pour décrire ces fonctions peuvent varier, mais l'idée commune peut être résumée ainsi : la promulgation est un acte qui « atteste l'existence » et « commande l'exécution » de la loi. Cet acte est accompli au moyen d'une formule qui porte la signature de l'organe promulgant, et est apposée sur le texte adopté définitivement par le parlement. Cette opération est souvent qualifiée de « décret » de promulgation⁶².

Quant à la publication, elle est actuellement identifiée à ce qu'on appelle « publication officielle », c'est-à-dire à l'insertion de la loi (promulguée) dans le *Journal officiel*. En 2004, il y a eu une réforme des règles de droit commun relatives à la publication et l'entrée en vigueur des lois. Avant cette réforme, le terme « publication » désignait aussi ce qu'on peut appeler « publication matérielle », c'est-à-dire l'envoi du *Journal officiel* à un lieu donné, ou l'affichage de la loi à un lieu donné⁶³. D'après la doctrine, la publication constitue à la fois une mesure de publicité, destinée à rendre la loi accessible à ses destinataires, et une condition nécessaire pour l'entrée en vigueur de cette dernière. Certains auteurs affirment que la promulgation est un « acte juridique » alors que la publication ne constitue, elle, qu'un fait ou une opération matérielle⁶⁴. Par souci de simplicité pourtant, on peut

⁶² Pourtant, le terme « décret » s'avère problématique pour des raisons déjà exposées par É. BONNET, *De la promulgation. Étude de droit public*, thèse, A. Rousseau, 1908, p. 50 : après avoir souligné que l'acte de promulgation consiste dans l'apposition d'une formule, assortie de la signature du président de la République et des contreseings nécessaires, l'auteur remarque, à propos de l'emploi du terme « décret », qu'il « pourrait laisser croire que l'acte en question revêt la forme ordinaire du décret. Or, cela n'est pas. Le Président de la République ne "décrète" pas la promulgation. Il l'opère, dans la forme aussi bien qu'au fond, comme un acte *sui generis* ».

⁶³ Sur ces distinctions, v. *infra*, Seconde partie, Titre I, Chapitre 1^{er}, Section 1.

⁶⁴ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, préf. É. Maulin, Dalloz, [1920 et 1922], 2004, n° 145, p. 439 : « [L]a promulgation est un acte juridique proprement dit : car, elle ne consiste pas seulement, de la part du chef de l'exécutif, à apposer une signature au bas du texte de la loi ; mais elle est une attestation de la loi, qui produit, comme telle, certains effets juridiques spéciaux [...] La publication, au contraire, n'est pas en soi un acte juridique : elle est un simple fait, qui consiste en une insertion de la loi au *Journal officiel* [...] » ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t.4, *L'organisation politique de la France*, 2^e éd., E. de Boccard, 1924, § 43, p. 626-627 : « [La promulgation] est, au premier chef, un acte juridique puisque son auteur formule une déclaration de volonté avec l'intention qu'à sa suite il se produise une certaine modification dans l'ordonnement juridique [...] L'insertion de la loi au *Bulletin des lois*, au *Journal officiel*, ou dans tout autre recueil public n'est point la promulgation ; c'est simplement un fait [...] ». Dans le même sens : C. BERGÉAL, *Manuel de légistique*, 8^e éd., Berger-Levrault, 2018, n° 205, p. 203 ; G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, thèse, préf. J. Petit, Dalloz, 2007, n° 73, p. 56 ; P. MONTANÉ DE LA ROQUE, *L'inertie des pouvoirs publics*, thèse, Toulouse, Imprimerie Moderne, 1950, p. 88 et p. 100 ; M. WALINE, « Introduction », *op. cit.* Sur les « effets juridiques » de la promulgation, invoqués par Carré de Malberg, v. *Infra*, Chapitre 2, Section 2.

affirmer que les termes « promulgation » et « publication » désignent deux actes différents.

Dans le passé, cette distinction fut contestée par une partie de la doctrine qui soutenait la thèse selon laquelle la publication officielle fait partie de la promulgation elle-même⁶⁵. Restée très minoritaire, cette thèse s'est éclipsée par les analyses les plus influentes en la matière, comme celle de Carré de Malberg, qui distinguaient la promulgation de la publication⁶⁶.

Toutefois, le principal défi pour la distinction des deux actes était soulevé par les textes où étaient formulées les règles de droit commun qui régissaient l'entrée en vigueur des lois pendant deux siècles. Il s'agit de l'ancien article 1^{er} du Code civil, d'une ordonnance royale de 1816⁶⁷ et d'un décret du 5 novembre 1870⁶⁸, textes qui sont restés en vigueur jusqu'à la réforme de 2004⁶⁹.

⁶⁵ Le défenseur le plus connu de cette thèse fut M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t.1, 11^e éd., LGDJ, 1928, n° 163, p. 73 : « On entend par “promulgation” l'ensemble des mesures par lesquelles une loi nouvelle est portée à la connaissance du public » ; *Ibid.*, n° 173, p. 76 : « On donne ordinairement le mot de *promulgation* au décret rendu par le chef de l'État, et considéré comme distinct de la *publication* de la loi. Il y a là une erreur évidente. Ce décret *ordonne* la promulgation ou publication ; il ne la *constitue* pas ; elle en est la conséquence et l'exécution [...]. Au reste, l'identité de la promulgation et de la publication n'est pas une opinion, c'est une constatation. Elle est écrite dans tous les textes [...]. L'existence de deux choses distinctes (le décret du chef de l'État et la publication) n'est pas douteuse ; ce qui n'est pas exact, c'est l'emploi du mot “promulgation” appliqué au premier ». Eugène Pierre, qui ne prenait pas position dans son *Traité de droit politique* (2^e éd., 1902, n° 505 s., p. 560 s. ; 5^e éd., 1924, p. 560 s.), se rallia à la même thèse dans le *Supplément* : E. PIERRE, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire – Supplément*, 4^e éd., 1919, Librairies-imprimeries réunies, 1914, n° 506, p. 628 : « La promulgation résulte de la publication au *Journal officiel*, et non point de la signature donnée par le Président de la République ; en conséquence, une loi dont le décret de promulgation aurait été *signé* avant l'expiration du délai constitutionnel [prévu pour la promulgation], mais dont l'insertion n'aurait eu lieu qu'après l'expiration, serait un acte irrégulier du Pouvoir exécutif ». Dans le même sens : E. NAQUET, « Les lois et les décrets, et spécialement le décret qui crée l'état de siège, doivent-ils être insérés au *Bulletin des lois* pour devenir obligatoires ? », *Journal du droit criminel*, 1874, p. 33-40, spéc. p. 38 ; P. CAUWÈS, note sous Cass. crim. 6 février 1874, *Bouscarle et autres*, D. 1924 I, p. 282. D'autres auteurs proclament leur adhésion à l'opinion majoritaire, tout en utilisant le terme « promulgation » pour désigner à la fois l'acte de promulgation et l'insertion des lois dans le *Journal officiel* : CH. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t.1, Introduction, éd. Rousseau, 1896, p. 88-91 et p. 96. Le même auteur a pu distinguer pourtant, dans une note de jurisprudence, entre « le complément de la promulgation qui consiste dans l'insertion du texte dans un recueil officiel » et « la publication qui s'opère comme suite de cette opération », *Id.*, note sous Cass. comm. sup. de cassation, 9 février 1928, *Société des Établissements Kuhlmann*, D. 1929 I, p. 5, spéc. p. 7.

⁶⁶ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t.1, préf. E. Maulin, Dalloz, [1920], 2004, n° 145 s., p. 437 s., spéc. p. 438, note 37, où l'auteur vise explicitement l'analyse de Planiol.

⁶⁷ Ordonnance royale du 27 novembre 1816 *concernant la promulgation des lois et des ordonnances*, *BL*, 7^e série, t.3, n° 124, p. 353, *Duvergier* t.21, p. 55.

⁶⁸ Décret *relatif à la promulgation des lois et décrets*, *Duvergier*, t.70, p. 357. Édité par le gouvernement de la Défense nationale, ce décret n'a pas été inséré dans le *Bulletin des lois* (le renvoi

L'ancien article 1^{er} du Code civil disposait, entre autres, que « Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français en vertu de la promulgation qui en est faite par le Premier Consul », et qu'« [e]lles seront exécutées dans chaque partie de la République, du moment où la promulgation en pourra être connue ». Contrairement à ce que certains auteurs ont pu affirmer⁷⁰, ces dispositions ne sont pas le fruit d'une confusion entre la promulgation et la publication : les rédacteurs de l'article 1^{er}, motivés par des raisons qui seront étudiées plus loin⁷¹, ont bien voulu viser l'acte de promulgation. Toutefois, ce même article fut à l'origine d'une confusion entretenue par les textes ultérieurs.

Ainsi, l'ordonnance royale précitée de 1816, dont l'objectif était, selon son préambule⁷², de clarifier la portée du terme « promulgation » au sens de l'article 1^{er} du Code civil⁷³, disposait, dans son article 1^{er}, que : « À l'avenir, la promulgation des lois résultera de leur insertion au *Bulletin officiel* ». Cette rédaction, qui consiste à employer le terme « promulgation » pour désigner la publication officielle⁷⁴, a été

fait au *Bulletin* par le *Duvergier* s'avère erroné). Sur l'instrument de publication officielle utilisé pendant cette période de crise, v. *Infra*, Chapitre 1^{er}, section 1, § 2, A), 1)

⁶⁹ L'ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004, *relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs*, a modifié l'art.1^{er} du Code civil, et a abrogé l'ordonnance royale de 1816 et le décret de 1870.

⁷⁰ Y. GAUDEMET, B. PLESSIX, « Promulgation et publication des lois », *Jurisclasseur Civil*, Art. 1^{er}, Fasc.10, 2011 (mise à jour : 6 mai 2011), n° 2 : « L'ancien article 1^{er} du Code civil confondait non seulement les conditions et les effets de l'entrée en vigueur d'une loi, mais également, au sein même des premières, la promulgation et la publication, accordant à celle-là une prégnance sur celle-ci ».

⁷¹ *Infra*, Seconde partie, Titre II, Chapitre 1^{er}, Sect.1, § 2, B), 1)

⁷² Édictée sous la Restauration, cette ordonnance royale reprenait en partie les formes de la diplomatique de l'ancien régime, dont le préambule où le roi présentait les raisons en vue desquelles il avait décidé d'édicter l'ordonnance. Sur les préambules des ordonnances royales, v. *Infra*, Titre II, Chap.2, Sect.2, § 2, et Seconde partie, Titre I, Chap.2, Sect. 2, § 2, A), 1).

⁷³ Selon ce préambule : « L'article 1^{er} du Code civil déclare que les lois sont exécutoires en vertu de la promulgation que nous en faisons, et du moment où cette promulgation peut être connue ; mais l'article n'ayant point expliqué ce qui constitue la promulgation, il s'est élevé des doutes [...] ».

⁷⁴ De façon intéressante, et indicative peut-être d'une influence exercée par le droit français, une confusion similaire caractérisait l'ancien l'art.1^{er} du Code civil espagnol, édicté en 1889, qui disposait que « Par promulgation s'entend le jour à laquelle se termine l'insertion de la loi dans la Gazette » (« Se entiende hecha la promulgación el día en que termine la inserción de la ley en la Gaceta », notre traduction). V. sur ce point F. SANTAOLALLA LOPEZ, « Artículo 91 », in : O. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a las leyes políticas : constitución española de 1978*, t. 8, Artículos 81 a 96, Madrid, Ed. de derecho reunidas, 1985, p. 347-365, spec. p. 351-352, qui souligne la façon interchangeable dont les termes « promulgation » et « publication » étaient utilisés pendant longtemps en Espagne. V. aussi les nombreux exemples cités en ce sens par M. COCA PAYERAS, « Artículo 2 », in : M. Albaladejo, S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. I, vol.1^o, 2^a ed., 1991, p. 415-514, 428 s., spéc. p. 416-note (a), et p. 428-429. Il importe pourtant de préciser que le titre préliminaire du Code civil espagnol a été modifié en 1973, et que le nouvel art. 2, dont les règles sur l'entrée en vigueur des lois ont remplacé celles posées par l'ancien art.1^{er}, emploie le terme « publication » pour désigner la publication officielle.

reprise par le décret susmentionné de 1870, qui substitua le *Journal officiel* au *Bulletin des lois*. D'après son article 1^{er} : « Dorénavant la promulgation des lois et des décrets résultera de leur insertion au *Journal officiel de la République française*, lequel, à cet égard, remplacera le *Bulletin des lois* ». Conformément à cette terminologie, l'article 2 du même décret disposait que « [l]es lois et les décrets seront obligatoires, à Paris, un jour franc après la promulgation [...] », c'est-à-dire un jour franc après la date dont était daté le numéro du *Journal officiel* où les lois et les décrets étaient insérés⁷⁵.

Qui plus est, l'ordonnance de 1816 et le décret de 1870 retenaient deux critères pour la détermination de la date d'entrée en vigueur des lois. La date d'entrée en vigueur à Paris était déterminée en fonction de la date de la publication officielle, c'est-à-dire en fonction de la date dont était daté le numéro du *Journal officiel* (ou du *Bulletin des lois*) où la loi était insérée. La date d'entrée en vigueur dans les autres départements était déterminée en fonction de la date de la publication matérielle, à savoir en fonction de la date de l'arrivée du *Journal officiel* (ou du *Bulletin des lois*), dans le chef-lieu de chaque département. L'ordonnance de 1816, complétée sur ce point par une ordonnance de 1817, consacrait encore un type de publication matérielle : une loi pouvait entrer en vigueur dans un lieu donné à compter de la publication qui y était faite par voie d'affiches, après décision du gouvernement. Cette distinction entre publication officielle et publication matérielle, ainsi que l'emploi du terme « promulgation » pour désigner la publication officielle, pourraient laisser croire que cette dernière faisait partie de la promulgation, et que le terme « publication » devait être réservé à la publication matérielle.

Comme on le verra, il y a eu une période où la jurisprudence avait effectivement recours à cette terminologie⁷⁶. Pour la doctrine pourtant, l'ordonnance de 1816 et le décret de 1870 étaient entachés d'une simple erreur terminologique⁷⁷ : le terme

⁷⁵ Selon le même article, les lois et les décrets « seront obligatoires [...] partout ailleurs, un jour franc après que le *Journal officiel* qui les contient sera parvenu au chef-lieu de cet arrondissement ».

⁷⁶ *Infra*, Section 1, § 2, A).

⁷⁷ Seule une partie minoritaire de la doctrine soutenait la thèse contraire. V. en ce sens P. CAUWÈS, note sous Cass. crim. 6 février 1874, *Bouscarle et autres*, D. 1924 I, p. 282, qui s'appuie sur le préambule de l'ordonnance de 1816 pour montrer que les rédacteurs de celle-ci ont voulu faire de l'insertion au *Bulletin* un élément constitutif de la promulgation. D'autres auteurs suivent la

« promulgation », au sens de ces textes, ne désignait que la publication officielle, voire l'insertion de la loi dans le *Journal officiel* (ou le *Bulletin des lois*)⁷⁸. Toutefois, les analyses qui défendaient cette interprétation, même les plus détaillées, ne s'intéressent pas à la jurisprudence susmentionnée. De façon plus générale, les analyses le plus influentes sur la promulgation, qui furent celles des publicistes de la Troisième république⁷⁹, ne se penchent pas sur la façon dont les textes susmentionnés étaient effectivement interprétés et appliqués par les juges.

De même, la doctrine actuelle reprend à son compte la définition de la promulgation retenue par l'arrêt de principe *Commune de Montory*, rendu en 1974. Par cet arrêt, comme nous l'avons déjà noté, l'Assemblée du contentieux s'est prononcée sur la définition de la promulgation afin de distinguer cette dernière de la publication. Or, cela soulève une question qui, à notre connaissance, n'a pas attiré l'attention de la doctrine : pourquoi a-t-il fallu attendre si longtemps pour qu'un tel arrêt de principe soit rendu ?

Selon la thèse ici défendue, la doctrine actuelle ne soulève pas cette question pour la même raison que la doctrine plus ancienne ne se penchait pas sur la jurisprudence : la doctrine sur la promulgation a été élaborée en marge, sinon en méconnaissance des

terminologie utilisée par ces textes sans se prononcer sur sa pertinence : M. FAUVEL M., « De la promulgation des lois et décrets », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1872-1873, p. 723-741 et 1873-1874, p. 32-45.

⁷⁸ À notre connaissance, l'analyse la plus détaillée en ce sens est fournie par E. BONNET, *De la promulgation*, *op. cit.*, p. 51 s., qui souligne, entre autres, le « langage impropre » employé par l'ordonnance de 1816 et le décret de 1870 (*Ibid.* p. 53 et p. 55). Dans le même sens, et à titre indicatif, v. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 4, 2^e éd. Fontemoing et Cie, 1924, § 43, p. 627, qui remarque, à propos du décret de 1870, que « [l]e législateur a, comme un écolier, confondu deux notions juridiques absolument distincts » ; G. REVEL, *La publication des lois, des décrets et des autres actes de l'autorité publique*, *op. cit.*, p. 17-18, qui voit dans la rédaction du décret de 1870 un choix terminologique qui est « vicieux, car il aboutit, soit à confondre promulgation et publication, soit à faire considérer la publication comme une condition d'existence ou une formalité de la promulgation [...] » ; R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t.1, *op. cit.*, n° 146, p. 441, qui voit dans l'ordonnance de 1816 et le décret de 1870 « une confusion commise entre la promulgation et la publication ». Il paraît que l'emploi du terme « promulgation » pour désigner la publication officielle, ou même la publication matérielle, était une pratique courante pour le législateur de l'époque. V. les textes cités en ce sens par DALLOZ et al. (dir.), *Supplément au répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, 1892, t. 10, V° « Lois », n° 78, p. 15, qui constate qu'une « confusion existe dans un grand nombre de textes législatifs [...] même dans les textes qui régissent actuellement la matière », dont le décret de 1870.

⁷⁹ On songe notamment aux analyses de Duguit et de Carré de Malberg, citées à la note précédente.

données jurisprudentielles⁸⁰ (Section I). Or, une étude de ces données révèle un double décalage entre l'analyse doctrinale et la pratique jurisprudentielle.

Plus précisément, la doctrine s'intéressa très tôt à la promulgation : la réflexion en la matière avait déjà connu son âge d'or sous la Troisième république. En plus, la réflexion doctrinale s'est surtout concentrée sur deux questions. La première, qui était d'actualité sous la Troisième république, était relative à la « nature » de la promulgation : il s'agissait de savoir si le chef de l'exécutif, en tant qu'organe promulgant, participe ou non à l'exercice du pouvoir législatif⁸¹. L'autre question, qui est la seule envisagée actuellement par la doctrine, est relative aux fonctions de la promulgation : cette dernière, comme nous l'avons noté, est traditionnellement définie comme un acte qui « atteste l'existence » et « commande l'exécution » des lois ; d'après la doctrine, expliquer le rôle de la promulgation en droit positif revient à expliquer l'utilité de ces fonctions. En revanche, la jurisprudence s'intéressa à la promulgation beaucoup plus tard, et pour des raisons autres que celles qui préoccupent la doctrine : elle s'y intéressa lorsqu'elle décida de traiter la promulgation comme un acte formel dont la distinction par rapport à la publication permet au juge de trancher des litiges relatifs à l'entrée en vigueur ou, plus généralement, à l'application dans le temps des lois. En d'autres termes, l'intérêt de la jurisprudence pour la promulgation, et pour sa distinction par rapport à la publication, sera dicté par les besoins du contentieux de l'application des lois dans le temps (Section II).

⁸⁰ Dans les analyses qui suivent, seule la jurisprudence rendue par la Cour de cassation et le Conseil d'État avant l'arrêt *Commune de Montory* sera visée, une étude exhaustive de la jurisprudence des juridictions ordinaires étant impossible.

⁸¹ Sur ce débat, v. É. BONNET, *De la promulgation. Étude de droit public*, op. cit., p. 70 s., et surtout R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., n° 138 s., p. 405 s., qui passe en revue la littérature en la matière et rejette fermement l'idée selon laquelle l'organe promulgant « participe » à la fonction législative. À notre sens, ce débat est stérile dans la mesure où il devient réductible à une querelle de mots : plutôt que d'identifier les règles qui régissent la compétence dont est investi l'organe promulgant, les auteurs se disputent sur la question de savoir si c'est l'adoption par le parlement ou la promulgation qui rend la loi « parfaite » (ou « existante », « exécutoire », etc.) Sur ce sujet : *Infra*, Chapitre 2, Section 2, § 1.

Section 1 : Les données jurisprudentielles.

Une étude de la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Commune de Montory* révèle que celle-ci se montrait largement indifférente à la promulgation, qu'il s'agisse de la définition de cette dernière ou même, pour ce qui concerne la jurisprudence du 19^e siècle, de sa distinction par rapport à la publication (§ 2). Le premier indice en ce sens est fourni par les conclusions du commissaire du gouvernement sur l'arrêt *Commune de Montory* : quoique la jurisprudence antérieure avait déjà eu l'occasion de trancher des questions litigieuses similaires à celle de l'espèce, la solution retenue par l'arrêt *Commune de Montory* s'appuie sur des arguments relatifs à la définition de la promulgation et à sa distinction de la publication qui sont tirés des enseignements de la doctrine (§1).

§ 1 – Une définition tardive de la promulgation : l'arrêt *Commune de Montory* de 1974

Avant de se pencher sur l'arrêt *Commune de Montory*, deux précisions peuvent s'avérer utiles. Premièrement, la formule de promulgation est datée du jour où l'organe promulgant y appose sa signature. Deuxièmement, cette date est retenue pour dater les lois elles-mêmes. En ce sens, on peut affirmer que les lois sont datées du jour de leur promulgation ou, ce qui revient au même, que la date des lois est celle de leur promulgation. Malgré cette pratique, qui est constante depuis la Troisième république⁸², l'arrêt *Commune de Montory* montre que, en 1974 encore, la portée du terme « date de promulgation » était loin d'être évidente⁸³.

⁸² La datation des lois à partir de leur promulgation résulte non pas d'une règle écrite mais d'une pratique. Il paraît – mais nous n'avons pas pu étudier toute la période concernée – que la même pratique était suivie pendant la période de transition constitutionnelle qui précéda l'adoption des lois constitutionnelles de 1875. Antérieurement, la datation variait en fonction des régimes : soit les lois comportaient deux dates, celle de leur adoption par les chambres et celle de leur sanction ; soit elles étaient datées du jour de leur adoption seulement. Pour l'évolution de la datation des lois v. G. DEMANTE, « Promulgation et date officielle des lois, suivant les lois constitutionnelles de 1875 », *Revue critique de la jurisprudence*, 1894, p. 586-594 et spéc. p. 589. Selon cet auteur, il serait préférable de dater les lois du jour de leur adoption. La même critique a été formulée par TH. DUCROCQ, *De la formule actuelle de promulgation des lois, de la date des lois qui en résulte et de leur contradiction avec les lois constitutionnelles du 25 février et du 16 juillet 1875*, Thorin, 1877, 14 p. (extrait de la *Revue générale du droit*, janvier-février 1877) ; Id., *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, t. I, 7^e éd., Fontemoing, 1897, p. 68-69. La pratique qui consiste à dater les lois du jour de leur promulgation était défendue par L. DUGUIT, *Traité de droit*

Par cet arrêt, l'Assemblée du Conseil d'État s'est prononcée sur la définition de la promulgation afin de trancher une question litigieuse dont la solution « dépend uniquement », selon le commissaire du gouvernement, « du sens qu'il convient de donner aux mots “date de la promulgation de la présente loi”⁸⁴. Plus précisément, l'Assemblée du Conseil d'État était en l'espèce saisie de la légalité des deux arrêtés ministériels qui approuvaient les plans d'urbanisme établis pour deux communes. La légalité de ces arrêtés dépendait uniquement de la question de savoir si les plans d'urbanisme étaient ou non régis par les dispositions d'une loi du 30 décembre 1967 qui avait été insérée au *Journal officiel* du 3 janvier 1968. Ces dispositions se déclaraient applicables aux plans d'urbanisme qui étaient « en cours de préparation » à « la date de promulgation de la présente loi ». D'après le commissaire du gouvernement, un plan d'urbanisme était « en cours de préparation », au sens de cette loi, à partir du moment où la procédure de son approbation était déclenchée par un arrêté du préfet⁸⁵. Or, les arrêtés préfectoraux concernant les plans litigieux étaient signés le 2 janvier 1968, c'est-à-dire après la promulgation de la loi en question, le 30 décembre, mais avant sa publication au *Journal officiel* du 3 janvier⁸⁶. L'affaire se résumait alors à la question de savoir si le terme « date de promulgation » désigne la date de la promulgation ou la date de la publication, c'est-à-dire, respectivement, la date de la signature de la formule de promulgation (ou du « décret » de promulgation, selon la terminologie courante), ou la date dont est daté le numéro du *Journal officiel* où la loi est insérée.

constitutionnel, t. 4, *op. cit.*, § 43, p. 645-646. Cette controverse autour de la datation des lois est analytiquement présentée par R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, n° 152-153, p. 456-461. Pour un exposé plus détaillé de la pratique en question et de son évolution, v., A. CARPENTIER et al. (dir.), *Répertoire général alphabétique du droit français*, t. 26, Sirey, 1898, V° « Lois et décrets », n° 151-157, p. 612-613. Parmi la littérature contemporaine, v. G. GUGLIELMI, « Distinguer la promulgation de la publication », in : G. Fauré & G. Koubi (dir.), *Le titre préliminaire du Code civil*, Economica, 2003, p. 59-79, spéc. p. 67-68.

⁸³ Le constat est par ailleurs dressé par deux membres du Conseil d'État dans leur note sous cet arrêt : M. FRANC et M. BOYON, *Chronique, AJDA*, 1974, p. 194 : « [O]n ne pouvait trouver dans la jurisprudence administrative ni la définition de la promulgation ni même une certitude quant à la notion de date de promulgation. L'examen de la jurisprudence judiciaire conduisait au même doute ».

⁸⁴ M. ROUGEVIN-BAVILLE, conclusions, *RDJ* 1974, p. 1514.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Ou, selon le termes du commissaire du gouvernement, les arrêtés préfectoraux sont « intervenus trois jours après la signature de la loi par le Président de la République, mais la veille de sa publication au *Journal officiel* », *Ibid.*

L'Assemblée du Conseil d'État a retenu la première solution, après avoir affirmé que « la promulgation est l'acte par lequel le chef de l'État atteste l'existence et donne l'ordre aux autorités publiques d'observer et de faire observer cette loi ». Il s'ensuit, que « cet acte n'a d'autre date que celle de sa signature, bien qu'il ne prenne effet, comme la loi elle-même, qu'après avoir été publié dans les conditions fixées par les lois et règlements et, notamment, par le décret du 5 novembre 1870 ».

Comme il ressort des conclusions du commissaire du gouvernement, cette solution s'appuie sur des arguments qui sont tirés de la doctrine. Or, la jurisprudence antérieure, tant administrative que judiciaire, s'était déjà confrontée à des questions litigieuses qui étaient similaires, sinon identiques, à celle tranchée en l'espèce⁸⁷. Pour comprendre pourquoi le Conseil d'État n'a pas pu s'appuyer sur la jurisprudence antérieure⁸⁸, il convient de se pencher sur les conclusions de son commissaire du gouvernement. L'analyse proposée par ce dernier comprend trois volets.

Dans un premier temps, le commissaire du gouvernement affirme que la promulgation est un « acte entièrement distinct de la publication », et pour le démontrer il fait appel à la façon dont la promulgation « est définie traditionnellement comme l'acte par lequel le Chef de l'État atteste l'existence de la loi [et] en ordonne la publication et le respect par les autorités publiques »⁸⁹. Or, la promulgation était « définie traditionnellement » par la seule doctrine⁹⁰. En effet, l'arrêt *Commune de Montory*

⁸⁷ *Comp.* É. BONNET, *De la promulgation, op. cit.*, p. 58, qui remarquait, en 1908 déjà, qu'« [i]l arrive assez fréquemment que des lois visent des faits à intervenir, ou bien encore font courir des délais à compter de leur "promulgation", ou jusqu'à leur "promulgation". Il importe, dès lors, de savoir quel sens y revêt l'expression. S'agit-il de la promulgation constitutionnelle, ou bien de la promulgation telle que l'on entendue tour à tour l'ordonnance de 1816 et le décret de 1870 [...] ? La question, semble-t-il, ne comporte pas de réponse uniforme [...] ».

⁸⁸ Certes, la jurisprudence ultérieure continuera à s'inspirer des analyses doctrinales sur la promulgation, et notamment de celle de Carré de Malberg. V. en ce sens : F. DONNAT, concl. sur CE 21 janvier 2005, *Congrès de la Nouvelle Calédonie*, n° 255272, *AJDA*, 2005, p. 552 ; *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Cahier n° 4, Commentaire de la décision n° 97-392 DC du 7 novembre 1997, p. 1. Toutefois, comme on le verra, la particularité de l'arrêt *Commune de Montory* consiste en ce que le commissaire du gouvernement, dont l'Assemblée du Conseil d'État suit les conclusions, s'appuie presque exclusivement sur les enseignements de la doctrine.

⁸⁹ M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, p. 1515. Il s'ensuit, selon le commissaire du gouvernement, que la promulgation est « un acte juridique entièrement distinct de la publication, et qui a un objet différent : la promulgation est le dernier acte de la procédure législative, alors que la publication est la condition matérielle de l'opposabilité de la loi aux citoyens », *Ibid.*

⁹⁰ V. à titre de comparaison L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 4, *op. cit.*, § 43, p. 624 : « La promulgation est l'acte par lequel le président de la République affirme, en la formule consacrée, que la loi a été régulièrement votée par les chambres, qu'elle doit être appliquée par les autorités administratives et judiciaires et qu'elle s'impose à tous » ; pour la doctrine civiliste TH.

était la première décision depuis un siècle à se prononcer sur la définition de la promulgation, et la toute première à retenir cette définition « traditionnelle »⁹¹. Symétriquement, tant les analyses doctrinales dont est issue cette définition « traditionnelle » que le premier volet des conclusions du commissaire du gouvernement ne font aucune référence à la jurisprudence.

Dans le deuxième volet de son analyse, le commissaire du gouvernement vise à concilier la distinction entre la promulgation et la publication avec la rédaction du décret du 5 novembre 1870. À cet effet, il propose un correctif interprétatif : « il faut lire “publication” partout où [les rédacteurs du décret] écrivent “promulgation” »⁹². Pour étayer cette interprétation, le commissaire du gouvernement fait un appel explicite et un appel implicite à l’ « autorité » de la doctrine. Explicitement, il souligne que l’interprétation proposée correspond à « la doctrine enseignée par la grande majorité des auteurs »⁹³. Implicitement, il justifie l’interprétation proposée par un argument qui impute surtout à la doctrine la conceptualisation de la distinction entre la promulgation et la publication. D’une part, il remarque que « le décret de 1870 ne fait que reproduire la rédaction [de l’ordonnance de 1816] et sous le régime de cette ordonnance, la *doctrine et la jurisprudence* proclamaient déjà la distinction entre les deux notions »⁹⁴. Il présume ensuite que « les auteurs du décret de

HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t.1, Pichon, 1892, n° 36 p. 42 : « La promulgation de la loi est un acte du pouvoir exécutif. Par cet acte, le Président de la République atteste officiellement l’existence constitutionnelle de la loi, et certifie la parfaite exactitude du texte. Le même acte contient un ordre virtuel de publication de la loi, afin que les citoyens puissent connaître les dispositions qui, désormais, doivent être observées ».

⁹¹ La cour de cassation s’était déjà prononcée sur la définition de la promulgation par deux arrêts rendus en 1874. Or, comme on le verra, cette jurisprudence n’a pas de suite, et la définition qu’elle retient diffère de la définition traditionnelle proposée par la doctrine et retenue par l’arrêt *Commune de Montory* (*Infra*, §2, C). Nous aurons aussi l’occasion de voir que le juge ordinaire avait retenu une définition similaire à celle de l’arrêt *Commune de Montory* plusieurs décennies avant ce dernier. Or, et jusqu’à l’arrêt *Commune de Montory*, cette démarche ne sera pas suivie par la jurisprudence des deux cours suprêmes, qui est la seule ici envisagée (*Infra*, §2, B), 2)

⁹² M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, p.1516.

⁹³ *Ibid.*, où le commissaire du gouvernement affirme qu’« on peut certes citer en sens inverse [à l’interprétation proposée] le traité de Planiol et celui d’Eugène Pierre ; mais nous opposerons à ces prestigieux dissidents l’autorité de Baudry-Lacantinerie, de Carré de Malberg, d’Hauriou, de Barthélémy et Duez et bien d’autres ». Il serait peut-être utile de remarquer que Barthélémy et Duez argumentent en faveur de la distinction des deux actes, mais ils ne se prononcent pas sur la rédaction du décret de 1870 (J. BARTHÉLEMY & P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, [1933], 2004, p. 743 s.). Pour une présentation plus détaillée des positions prises sur ce sujet par la doctrine classique, v. *Supra*, et aussi R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l’État*, *op. cit.*, n° 145 s., p. 437 s.

⁹⁴ M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, p. 1516 (nous soulignons).

1870, lesquels n'avaient guère le temps de s'arrêter à ces subtilités⁹⁵, n'ont pas voulu régler autre chose que le mode de publication matérielle⁹⁶ des lois [et] ils ont employé le mot "promulgation" parce qu'ils recopiaient le texte de 1816, intervenu lui-même à une date où la distinction n'était pas encore nettement faite *par la doctrine*⁹⁷. Par ailleurs, l'affirmation susmentionnée, selon laquelle le décret de 1870 avait été adopté à une époque où « la doctrine *et* la jurisprudence proclamaient déjà la distinction entre les deux notions », n'est étayée par aucun précédent jurisprudentiel⁹⁸.

Dans le troisième volet de sa démonstration, le commissaire du gouvernement applique à la question litigieuse les enseignements tirés des analyses précédentes : il souligne que la seule solution conforme à la distinction entre les deux actes est de retenir comme « date de promulgation » la date à laquelle le Président de la République avait apposé sa signature sur la formule de promulgation⁹⁹. Or, le commissaire du gouvernement avoue que cette même solution était jusqu'alors méconnue par la jurisprudence : lorsque le législateur fixait un délai « à compter de la promulgation », la jurisprudence retenait comme point de départ du délai soit la publication officielle de la loi, soit sa publication matérielle, c'est-à-dire, respectivement, l'insertion de la loi dans le *Journal officiel* ou l'arrivée de ce journal dans un département donné¹⁰⁰. Le commissaire du gouvernement cite un arrêt du Conseil d'État, rendu en 1963, et deux arrêts de la Cour de cassation, rendus en 1928

⁹⁵ Le commissaire du gouvernement songe ici au fait que le décret avait été rendu par le gouvernement de la Défense nationale, alors que Paris était en état de siège.

⁹⁶ Le commissaire du gouvernement emploie le terme « publication matérielle » alors qu'il se réfère à la publication officielle prévue par l'ordonnance de 1816 et le décret de 1870, c'est-à-dire à l'insertion de la loi dans le *Bulletin des lois* et le *Journal officiel*, respectivement. Il paraît que l'adjectif « matérielle » reflète ici l'idée défendue par la doctrine, et évoquée plus haut, selon laquelle la promulgation constitue un « acte juridique », alors que la publication constitue un simple fait ou une opération matérielle.

⁹⁷ M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, p. 1516. (nous soulignons).

⁹⁸ Le commissaire du gouvernement cite deux décisions rendues par la Cour de cassation en 1874, c'est-à-dire après le décret de 1870. Qui plus est, et comme on le verra, cette jurisprudence fut exceptionnelle et éphémère : la jurisprudence continua, tout au long du 19^e siècle, et jusqu'au début même du 20^e siècle, à employer le terme « promulgation » pour désigner la publication. *Infra*, §2, A) et C).

⁹⁹ M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, p. 1516-1517 : « Il faut donc tenir pour acquis que la promulgation et la publication sont deux notions distinctes, et que la première résulte de la seule signature du Chef de l'État sur le texte voté par le Parlement, assortie de la formule de promulgation définie par la réglementation en vigueur (actuellement le décret du 19 mai 1959). Dans ces conditions, comment la "date de la promulgation" serait-elle autre chose que la date à laquelle cette signature est apposée, date qui est seule utilisée, depuis 1875, pour désigner la loi ? ».

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 1517-1519.

et en 1957, comme exemples du premier cas de figure¹⁰¹, ainsi qu'un arrêt de la Cour de cassation rendu en 1960 comme exemple du deuxième cas¹⁰².

Malgré ces données jurisprudentielles, le commissaire du gouvernement affirme, en s'adressant à l'Assemblée du contentieux, que « comme la Cour de cassation, vous distinguez nettement promulgation et publication »¹⁰³. Pour concilier cette affirmation avec l'incertitude qui régnait dans la jurisprudence quant à la portée du terme « date de promulgation », le commissaire du gouvernement propose une analyse qui repose sur l'un des quatre arrêts précités. Il s'agit de l'arrêt *Kuhlmann*, rendu en 1928, par lequel la Cour de cassation avait retenu comme point de départ d'un délai fixé « à compter de la promulgation » le jour de l'insertion de la loi dans le *Journal officiel*¹⁰⁴. Le commissaire du gouvernement affirme que, par cette espèce, « la Cour de cassation, *tout en maintenant la distinction entre promulgation et publication*, pousse plus loin la subtilité [de cette distinction] »¹⁰⁵. Selon un argument que le commissaire reprend d'une note sous cette décision, cette subtilité consiste en la distinction entre la date où la promulgation est accomplie et la date ultérieure où elle peut être connue¹⁰⁶. Selon un deuxième argument, cette distinction s'explique par la raison suivante : le délai prévu dans le cas d'espèce était imposé à peine de forclusion aux destinataires de la loi ; la Cour de cassation a décompté ce délai à partir du jour de la publication de la loi au *Journal officiel* parce qu'elle a présumé que la volonté législative était que « ce délai bénéficie utilement aux intéressés dans toute sa durée,

¹⁰¹ CE 22 novembre 1963, *Demoiselle Pillement*, *Rec.* p. 920 ; Cass. comm. sup. de cassation, 9 février 1928, *Société des Établissements Kuhlmann*, *D.* 1929 I, p. 5, 1^{er} espèce, note R. BEUDANT ; Cass. civ. (sect. soc.), 24 janvier 1957, *Brignone c. Dapoigny*, *Bull. cass.* IV 64, *Gaz. Pal.* 1957 II, p. 34, *D.* 1957 Somm. 129.

¹⁰² Cass. civ. (1^{re} sect.) 17 mai 1960, *Époux Cayeet c. Moulusson*, *Bull. civ.* I p. 218, n°267.

¹⁰³ M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, p. 1518. Le commissaire du gouvernement cite en ce sens une série d'arrêts qui, à son avis, reconnaissent la distinction des deux actes, fut-ce de façon implicite, étant donné qu'aucun de ces arrêts ne se prononce explicitement sur cette distinction, ni par ailleurs sur la définition de la promulgation. Sur cette jurisprudence, v. M. FRANC et M. BOYON, chronique, *AJDA*, 1974, p. 193-194.

¹⁰⁴ Cass. comm. sup. de cassation, 9 février 1928, *Société des Établissements Kuhlmann*, précité.

¹⁰⁵ M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, p. 1517 (nous soulignons).

¹⁰⁶ *Ibid.* : « la promulgation *existe* dès la signature du Chef de l'État [mais] elle ne produit d'effets juridiques et, notamment, elle ne peut servir de point de départ à un délai que du jour où elle fait l'objet d'une manifestation extérieure », *ibid.*, p. 1517. Cet argument est développé dans la note précitée de R. BEUDANT, *D.* 1929 I, p.6, *in fine*.

de sorte qu'il ne peut partir que du "moment où la promulgation pourra en être connue", comme le dit le Code civil »¹⁰⁷.

En cette analyse de l'arrêt *Kuhlmann* s'épuise l'effort du commissaire du gouvernement de concilier son affirmation susmentionnée, suivant laquelle la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Commune de Montory* « distinguait nettement promulgation et publication », avec l'incertitude qui régnait dans cette même jurisprudence quant à la portée du terme « date de promulgation ». Or, cet effort de conciliation ne s'avère pas convaincant. Il en est ainsi pour deux raisons. En premier lieu, la solution retenue par la Cour de cassation dans sa décision *Kuhlmann* peut s'expliquer par deux raisons opposées : soit par la distinction invoquée par le commissaire du gouvernement, à savoir par la distinction entre le jour où la promulgation est accomplie et le jour où elle peut être connue ; soit, au contraire, par une interprétation littérale du décret de 1870 qui, nous l'avons vu, employait le terme « promulgation » pour désigner la publication officielle, à savoir l'insertion de la loi dans le Journal officiel¹⁰⁸.

Or, la Cour de cassation s'est exprimée en l'espèce en termes qui semblent favoriser cette seconde explication. Elle a précisé en effet que « la loi [en l'espèce applicable] du 1^{er} avril 1926 a été *promulguée* au *Journal officiel* du 2 avril »¹⁰⁹. Or, si la Cour avait effectivement pris en compte la distinction invoquée par le commissaire du gouvernement, elle aurait pu retenir la même solution tout en s'exprimant de l'une des deux façons suivantes : soit comme l'arrêt susmentionné de la Cour de cassation de 1957, qui précise explicitement que « le terme "promulgation" ne peut s'entendre que dans le sens de la publication au *Journal officiel* »¹¹⁰ ; soit comme l'arrêt susmentionné de 1963 du Conseil d'État qui suit la même interprétation mais de façon implicite, décidant qu'un délai fixé à compter de la promulgation d'une loi du 3

¹⁰⁷ M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, p. 1521.

¹⁰⁸ Cette interprétation pourrait par ailleurs étayer la thèse, évoquée plus haut, que défendait la partie minoritaire de la doctrine, dont Planiol, à savoir l'idée selon laquelle l'insertion de la loi dans le Journal officiel fait partie de l'acte de promulgation lui-même.

¹⁰⁹ Cass. (comm. sup. de cassation), 9 février 1928, précité, *D.*1929.I, p. 8. Il mérite d'être noté que le commissaire ne cite pas ce passage de l'arrêt.

¹¹⁰ Cass. civ. (sect. soc.), 24 janvier 1957, précité, *Bull. cass.* IV 64, *Gaz. Pal.* 1957.II, p. 34, *D.*1957 Somm. 129. Sur cet arrêt et le technique interprétative qu'il applique v. aussi *infra*.

avril 1955 commence à courir « à compter du 6 avril 1955, date de *publication* au Journal officiel de la loi »¹¹¹. Mais supposons, en deuxième lieu, que la solution retenue par la décision *Kuhlmann* était effectivement dictée par les considérations qu'invoquait le commissaire du gouvernement dans ses conclusions sur l'arrêt *Commune de Montory*. Dans ce cas, la question suivante reste ouverte : pourquoi la Cour de cassation a-t-elle retenu comme point de départ du délai la publication légale et non la publication matérielle, solution qui aurait été plus conforme à l'exigence de faire courir le délai du jour où « la promulgation peut être connue » afin que ce même délai « bénéficie utilement aux intéressés dans toute sa durée » ? Telle est précisément la solution que la Cour de cassation retiendra dans sa décision de 1960 précitée¹¹², d'où l'embarras du commissaire du gouvernement qui avoue que cet arrêt s'avère « troublant » dans la mesure où « il paraît abandonner la distinction de 1928 »¹¹³.

Au vu de ce qui précède, il est permis de tirer une conclusion concernant la thèse, défendue par le commissaire du gouvernement dans ses conclusions sur l'arrêt *Commune de Montory*, selon laquelle la jurisprudence antérieure « distinguait nettement promulgation et publication » : cette thèse est maintenue malgré l'absence d'exemples jurisprudentiels qui la confirment, voire en dépit d'exemples jurisprudentiels qui la contredisent.

Or, la difficulté du commissaire du gouvernement d'étayer cette thèse par des exemples jurisprudentiels pertinents s'explique par la même raison que son appel à la seule doctrine dans les deux premiers volets de sa démonstration : avant l'arrêt *Commune de Montory*, la jurisprudence se montrait largement indifférente à la promulgation, qu'il s'agisse de la définition ou même, pendant le 19^e siècle, de la distinction de celle-ci par rapport à la publication.

¹¹¹ CE 22 novembre 1963, *Demoiselle Pillement*, *Rec.* p. 920, précité.

¹¹² Cass. civ. (1^{re} sect. civ.), 17 mai 1960, précité, *Bull. civ.* I n° 267, p. 218.

¹¹³ M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, p. 1517.

§ 2 – La jurisprudence antérieure à l’arrêt *Commune de Montory* et son désintérêt pour la promulgation.

Contrairement à la thèse défendue par le commissaire du gouvernement dans ses conclusions sur l’arrêt *Commune de Montory*, ainsi que par une grande partie de la doctrine¹¹⁴, la jurisprudence du 19^e siècle ne distinguait guère la promulgation de la publication. Il en est ainsi dans la mesure où le juge n’employait le terme « promulgation » que pour désigner la publication (A). La jurisprudence du 20^e siècle abandonna cette confusion dans la mesure où elle s’est mise à distinguer les termes « promulgation » et « publication ». Or cette évolution fut accompagnée d’une série d’*occasions ratées* pour préciser davantage la portée du premier terme, voire pour définir la promulgation (B). Ces deux données, qui n’ont pas attiré l’attention de la doctrine, montrent que la jurisprudence n’a donné aucune suite à deux décisions, rendues en 1874, par lesquelles la Cour de cassation avait défini la promulgation afin de la distinguer de la publication. Or, ce sont précisément ces arrêts qui ont permis à une grande partie de la doctrine, ainsi qu’au commissaire du gouvernement dans l’affaire *Commune de Montory*, d’affirmer, de façon inexacte, que la distinction entre la promulgation et la publication était proclamée par la jurisprudence dès la fin du 19^e siècle (C).

A) L’absence de distinction entre la promulgation et la publication dans la jurisprudence du 19^e siècle.

1) La jurisprudence du Conseil d’État

Pour étudier la jurisprudence administrative, il convient de se rapporter au classement des arrêts opéré par le Conseil d’État lui-même, dans les tables décennales et vicennales du *Recueil Lebon*¹¹⁵. Une étude des tables établies pour les arrêts rendus au 19^e siècle révèle que le terme « promulgation » n’y apparaît que deux fois et,

¹¹⁴ V. *infra*, C)

¹¹⁵ Il s’agit de cinq volumes qui couvrent la période entre 1849 et 1904. Pour les arrêts rendus entre 1821 (année de publication du premier volume du *Recueil Lebon*) et 1848, nous avons consulté l’index alphabétique qui figure à la fin de chaque volume annuel.

surtout, que les arrêts classés sous ce mot-clé ne portent guère sur la promulgation mais, bien au contraire, sur la publication des lois¹¹⁶.

Le premier arrêt date de 1873 et porte sur la publication et l'entrée en vigueur des décrets rendus par la délégation du gouvernement de la Défense nationale pendant le siège de Paris de 1870¹¹⁷. Comme la publication de ces décrets par voie d'insertion au *Journal officiel* se heurtait à des difficultés d'ordre pratique liées au siège de Paris, un décret édicté à Tours le 11 novembre 1870 disposait que « la promulgation des lois et des décrets rendus par la délégation du Gouvernement aura lieu dans le *Moniteur universel* [...] »¹¹⁸. Le Conseil d'État reprend cette rédaction à son compte : après avoir affirmé que « la *promulgation* des décrets [...] devait avoir lieu [...] dans le *Moniteur Universel* », il décide que, des deux décrets déferés, celui qui était inséré dans ce journal « a reçu ainsi une *promulgation* régulière » et qu'inversement, celui qui ne l'était pas, « n'a pas été légalement *promulgué* ». De plus, le sommaire de cet l'arrêt dans le recueil *Lebon* qualifie ce dernier décret de « décret non publié », signe d'un emploi indistinct des termes « promulgation » et « publication »¹¹⁹.

¹¹⁶ V. Tables 1859-1874, p.264 et Tables 1895-1904, p.240. Il importe de souligner que, sauf erreur de notre part, les tables de cette période ne contiennent pas d'entrée ou de mot-clé sous le nom de « publication », ce qui prouve davantage que le terme « promulgation » est employé exclusivement comme synonyme de « publication ».

¹¹⁷ CE 14 février 1873, *Morel, Allégier et Cabissole*, *Rec.* p. 165, Tables 1859-1874, p.264.

¹¹⁸ Décret du 11 novembre 1870 sur la *promulgation des lois et décrets de la délégation du gouvernement*, (*BL*, 12^e série, 1870-1871, n° 203, p. 165 ; *Duvergier*, t.70, p. 444). Sur ce décret, v. DALLOZ et al. (dir.), *Supplément au répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, 1892, t. 10, V° « Lois », n° 81-82, p. 16.

¹¹⁹ Cet emploi indistinct était d'autant plus problématique que le décret du 11 novembre 1870 distinguait les deux termes, fut-ce d'une façon différente de celle entendue par la doctrine. En effet, ce décret disposait que : Art. 1^{er} « Tant que les communications avec la ville de Paris et le gouvernement de la défense nationale ne seront pas rétablies, le Journal officiel de la République française ne pouvant pas venir régulièrement dans les départements, la *promulgation* des lois et des décrets rendus par la délégation du gouvernement aura lieu dans le *Moniteur universel*, qui remplacera, pour leur publication et leur promulgation, le Journal officiel de la République française » ; Art. 2 « Tout décret du gouvernement de la défense nationale, inséré au Journal officiel [...] sera immédiatement publié dans le *Moniteur universel*. Cette publication, pour tous les arrondissements de France où le Journal officiel [...] ne serait pas parvenu, vaudra *promulgation par ce journal* » (nous soulignons). Il paraît que l'emploi du terme « publication », à côté du terme « promulgation », s'explique par le décalage que le siège de Paris avait provoqué entre la publication officielle et la publication matérielle. Il paraît en effet que la publication officielle au Journal officiel – désignée ici, comme dans le décret du 5 novembre 1870, par le terme « promulgation » – ne pouvait pas, par la force des choses, être suivie d'une publication matérielle dans les départements où ce journal ne pouvait pas parvenir. L'hypothèse suivante s'avère alors plausible : au lieu d'introduire des mesures spéciales de publication, et d'entretenir ainsi un dualisme de moyens de publication, les rédacteurs du décret ont pris le soin de préciser que les deux fonctions se fusionnent dans un *instrumentum* unique (le *Moniteur Universel*), le terme « promulgation » désignant la publication

Il en va de même du deuxième arrêt classé sous le mot-clé « promulgation », rendu en 1895¹²⁰. Si l'arrêt lui-même se réfère au « décret du 5 nov. 1870, d'après lequel la *publication* des lois et décret résulte de leur insertion au Journal officiel », le sommaire qui le précède dans le recueil *Lebon* présente, quant à lui, la question litigieuse dans les termes suivants : « Les lois [en l'espèce applicables] ne sont-elles exécutoires que si elles ont fait l'objet d'une publication spéciale [...] ou suffit-il de la *promulgation* ordinaire faite en conformité du décret-loi du 5 novembre 1870 ? »¹²¹. Il semble par ailleurs que le terme « promulgation » désignait en l'espèce non seulement la publication officielle, comme c'était le cas dans l'arrêt précédent, mais aussi la publication matérielle, à savoir l'arrivée du *Journal officiel* dans le chef-lieu du département où s'est produite l'affaire litigieuse.

On retrouve ce même emploi du terme « promulgation » dans un autre arrêt de la même période qui n'a pas été classé dans les tables sous le mot-clé « promulgation ». Il s'agit d'un arrêt rendu en 1884 qui porte sur l'application des lois aux ressortissants de l'État français résidant à l'étranger. Selon le Conseil d'État « les lois françaises sont exécutoires par le seul fait de leur *promulgation* dans l'étendue du territoire français ; [...] dès lors, le requérant n'est pas fondé à se prévaloir de ce que

officielle, et le terme « publication » la publication matérielle, à savoir, respectivement, l'insertion des lois dans ce journal, et l'arrivée de celui-ci dans les départements.

¹²⁰ CE 22 novembre 1895, *Duvernois*, *Rec.* p. 748, Tables 1895-1904, p.240..

¹²¹ En l'espèce, l'acte attaqué était une décision de démolition prise sur le fondement d'une loi qui portait classement de la zone où se trouvait la construction concernée, soumettant cette zone au régime des servitudes militaires. D'après un décret, les actes portant classement devaient faire l'objet d'une « publication spéciale » dans les communes concernées. D'après le même texte, les actes de classement ainsi publiés devaient être accompagnés d'un plan indiquant aux intéressés les limites de la zone soumise aux servitudes. Or, ni ce plan ni la loi portant classement n'avaient fait l'objet d'une publication spéciale au moment où le requérant avait bâti la construction litigieuse. Prenant acte du défaut de publication spéciale du plan, le Conseil d'État annule la décision attaquée sans se prononcer sur le défaut de publication spéciale de la loi elle-même. Ainsi, il tranche la question litigieuse sans se prononcer sur la question de savoir si la publication spéciale était nécessaire pour la loi elle-même ou si, au contraire, le caractère obligatoire de cette dernière était subordonné à la seule publication prévue par le décret du 5 novembre 1870, c'est-à-dire à l'insertion au Journal officiel et à l'arrivée de ce dernier au chef-lieu du département concerné. Ceci étant, il faut préciser que, si l'arrêt du Conseil d'État substitue le terme « publication » au terme « promulgation » lorsqu'il se réfère au décret du 5 novembre 1870, il s'avère, de ce qui précède, que ce correctif relève d'un *obiter dictum* sans incidence sur la solution du litige : le Conseil d'État tranche le litige en s'appuyant uniquement sur le défaut de publication spéciale du plan susmentionné, sans prendre position sur la publication de la loi elle-même.

la loi [en l'espèce applicable] n'a pas été publiée en Pologne [pays de résidence du requérant] »¹²².

Il s'avère, de ce qui précède, que la jurisprudence administrative du 19^e siècle ne distinguait guère la promulgation de la publication dans la mesure où elle employait le terme « promulgation » afin de désigner exclusivement la publication des lois (qu'il s'agisse de la publication officielle ou de la publication matérielle).

2) La jurisprudence de la Cour de cassation

Le même constat s'impose pour la jurisprudence judiciaire du 19^e siècle, d'autant plus que les décisions de la Cour de cassation qui vont en ce sens sont plus nombreuses que celles du Conseil d'État¹²³. Par souci de concision, nous nous concentrons ici sur les décisions rendues après l'adoption du décret du 5 novembre 1870¹²⁴.

Dans sa jurisprudence de l'époque, la Cour de cassation emploie le terme « promulgation » tantôt dans un sens large et tantôt dans un sens restreint. Dans le premier cas de figure, la Cour de cassation emploie le terme « promulgation » pour désigner à la fois la publication des lois (officielle ou matérielle) et leur entrée en

¹²² CE 14 novembre 1884, *Szaniawski*, *Rec.* p. 779.

¹²³ Pour l'étude de cette jurisprudence nous avons suivi une méthode similaire à celle suivie pour l'étude de la jurisprudence du Conseil d'État. Toutefois, le *Bulletin des arrêts* de la Cour de cassation n'a pas établi, à notre connaissance, des tables vicennales ou décennales pour les arrêts rendus par la Chambre civile au cours du 19^e siècle. En plus, la Cour continuait à employer le terme « promulgation » au lieu de celui de « publication » même jusqu'au premier quart du 20^e siècle, comme le prouve l'arrêt *Kuhlmann*, précité. Pour ces raisons, outre les tables établies par *Bulletin des arrêts* de la Chambre criminelle pour la période 1857-1929, nous avons eu aussi recours aux tables de jurisprudence décennales et quinquennales établies, respectivement, par le *Recueil Dalloz* pour la période 1867-1936, et par la *Gazette du Palais* pour la période 1907-1930.

¹²⁴ Pour la jurisprudence antérieure, on se contentera de remarquer qu'elle méconnaissait d'autant plus la distinction des deux actes qu'elle employait les adjectifs « légale » et « régulière » comme prédicats du terme « promulgation » afin de désigner la publication prévue par les textes qui déterminaient la date d'entrée en vigueur des lois : Cass. crim. 15 avril 1831, *Perruque*, *Bull. crim.* vol. 4, n° 82, p.160, *S.*1831.1, p. 380 : « Attendu, en droit, que les lois ne doivent être exécutées qu'au jour de leur promulgation légale » ; Cass. civ. 27 août 1856, *Bull. civ.* n° 86, p.192 : un décret qui « n'a pas été légalement promulgué [parce qu'] il n'a pas été inséré au *Bulletin des lois* » est « non obligatoire, à défaut de promulgation régulière ». En plus, le terme « promulgation » était aussi employé pour désigner la publication matérielle et l'entrée en vigueur consécutive d'une loi dans un département donné. Ainsi, dans ses conclusions sur l'arrêt Cass. ch. réun., 14 décembre 1846, *Ministère public c. Michelini*, *D.* 1847 I p.22, le procureur général emploie à plusieurs reprises le terme « promulgation » afin de désigner la publication d'une série de textes en Corse, après l'annexion de celle-ci au territoire français, dont une ordonnance de l'ancien régime qui restait à l'époque en vigueur sans avoir fait, bien entendu, l'objet d'une promulgation à proprement parler.

vigueur, la date de celle-ci étant déterminée en fonction de la date de celle-là¹²⁵. Dans le second cas de figure, la Cour de cassation emploie le terme « promulgation » pour désigner la publication officielle seulement, à savoir l'insertion des lois dans le Journal officiel. Ce second cas de figure est un trait commun des décisions qui visent explicitement l'ordonnance de 1816¹²⁶, et les décrets du 5¹²⁷ et du 11 novembre 1870¹²⁸, ce qui prouve que la Cour de cassation partage le choix des rédacteurs de ces textes d'employer le terme « promulgation » pour désigner l'insertion des lois dans l'*instrumentum* officiel de publication. Qui plus est, la Cour a maintenu cet emploi du terme « promulgation » jusqu'à la fin même des années 1920, comme la décision

¹²⁵ C'est surtout le cas pour les arrêts qui portent sur la « promulgation du Code civil », à savoir sur l'entrée en vigueur du Code civil dans les divers départements, et sur la subséquente substitution de celui-ci aux coutumes locales : Cass. civ. 28 juin 1882, *Bull. civ.* n° 146, p. 275 ; Cass. civ. 10 août 1886, *Bull. civ.* n° 210, p. 345 ; Cass. civ. 29 juillet 1889, *Bull. civ.* n° 272, p. 444 (sur ce sujet, v. l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12 [21 mars 1804], *Duvergier*, t. 14, p. 526, qui a réuni en un seul corps les différentes lois dont était issu le Code civil, et CH. AUBRY, CH.-F. RAU, *Cours de droit civil français*, t.1, 5^e éd., Marchal et Billard, 1897, § 14, p. 34-35). Dans d'autres cas, la Cour emploie indistinctement les expressions « promulgation » et « entrée en vigueur » de la loi : Cass. civ. 26 juin 1878, *Bull. civ.* n° 129, p.245. De même, lorsqu'il s'agit de décider qu'une nouvelle loi s'applique aux situations qui sont en cours au moment de son entrée en vigueur, ou que son entrée en vigueur n'est pas subordonnée à l'édiction de mesures d'application, la Cour affirme que la loi est obligatoire « dès sa promulgation » : Cass. ch. req. 8 décembre 1874, *Compagnie l'Abeille*, D. 1874 I p. 144. On retrouve ce dernier emploi du terme promulgation même dans la jurisprudence du 20^e siècle : Cass. crim. 11 juillet 1931, *Ministère Public c. Chauvin*, *Gaz. Pal.* 1931 II p. 509.

¹²⁶ Dans une importante décision, qui jugea que le décret du 5 novembre 1870 n'avait pas abrogé le système de publication par affiches, prévu par les ordonnances de 1816 et de 1817 pour des cas d'urgence, la Cour de cassation précise que lesdites ordonnances sont « relatives à la promulgation des lois » : Cass. crim. 8 novembre 1918, *Bull. crim.* n°207, p. 381, S. 1920.I, p. 377, note J. DELPECH, D. 1924 I p. 89, note, *Gaz. Pal.* 1918-1919 I p. 526, note.

¹²⁷ Cass. crim. 5 novembre 1885, *Julien*, *Bull. crim.* n° 292, p. 466, S. 1887 I p. 233, note E. CHAVEGRIN : « la loi du 15 janvier a été régulièrement promulguée et publiée par suite de son insertion dans le *Journal officiel* », les termes « promulgation » et « publication » désignant ici, respectivement, l'insertion de la loi dans le *Journal officiel*, et l'arrivée de celui-ci dans le département où a eu lieu l'affaire litigieuse ; Cass. civ. 22 juin 1891, *Rouet c Schiff*, D. 1891 I p. 353, concl. DESJARDINS, S. 1891 I p. 289 : s'agissant de l'application d'une loi à un ressortissant de l'État français résidant à Constantinople, l'avocat général précise que « la promulgation des lois résulte de leur insertion au *Journal officiel* », et la Cour confirme l'arrêt attaqué qui « a constaté que le *Journal officiel* contenant la loi du 28 mars 1885, promulguée le 8 avril, était arrivée à Constantinople le 8 avril » ; Cass. civ. 15 novembre 1926, *Cons. Zermati C. époux Grima*, *Gaz. Pal.* 1927 I p. 98, S. 1927 I p. 18 : « Attendu que l'art.2 du décret du 5 novembre 1870 dispose que les lois et décrets seront obligatoires à Pairs un jour franc après la promulgation ».

¹²⁸ Cass. crim.12 août 1871, *Bull. crim.* n° 89, p.165 ; Cass. crim. 1^{er} septembre 1871, *Bull. crim.* n° 107, p.193 ; Cass. Crim. 30 décembre 1871, *Bull. crim.* n°191, p.321 ; Cass. req. 23 janvier 1872, D. 1872 I p. 8, note, *Gaz. Pal.* 1872 I p. 165 Comme nous l'avons déjà remarqué à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 14 février 1873 (v. *supra*), le décret du 11 novembre 1870 emploie les termes « promulgation » et « publication » afin de désigner, respectivement, la publication officielle et la publication matérielle des lois. L'arrêt de la Cour de cassation du 23 janvier 1872 ici cité reprend cette distinction à son compte : la Cour précise, dans un premier temps, que le *Moniteur* s'était substitué au *Journal officiel* « pour la publication et la promulgation des lois et décrets », et décide qu'un décret qui « n'a été inséré [dans le *Moniteur*] que par extrait » n'a pas été « régulièrement promulgué ». Cf. TH. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil, précité*, n°38-39, p. 47, qui, juste après avoir présenté l'arrêt de la Cour de cassation du 23 janvier 1872, dont il ne critique pas la terminologie, affirme qu'« il existe entre la promulgation et la publication des lois une différence profonde qui empêche de les confondre », *Commentaire théorique et pratique du Code civil, précité*, n°38-39, p. 47.

Kuhlmann susmentionnée le prouve¹²⁹. Or, à cette époque les lois étaient datées du jour de leur promulgation, ce qui rend encore plus manifeste le désintérêt du juge pour l'acte de promulgation et pour sa distinction par rapport à la publication.

En effet, comme nous l'avons déjà noté, la décision *Kuhlmann* comporte l'affirmation suivante : « la loi du 1^{er} avril 1926 a été *promulguée* au Journal officiel du 2 avril »¹³⁰. Or, depuis l'adoption des lois constitutionnelles de 1875, les lois sont datées du jour de leur promulgation¹³¹. Dans ce contexte, on pourrait penser que la décision *Kuhlmann* est entachée d'une contradiction performative dans la mesure où la Cour de cassation emploie le terme « promulgation » pour désigner l'insertion de la loi dans le Journal officiel, alors qu'elle identifie cette même loi par sa date officielle : le fait même de pouvoir identifier une certaine loi comme étant « la loi du 1^{er} avril » implique la reconnaissance du fait que le 1^{er} avril est le jour où cette même loi a été promulguée¹³².

Comment expliquer alors le choix du juge d'employer le terme « promulgation » au sens du décret du 5 novembre 1870, c'est-à-dire afin de désigner non pas l'acte de promulgation mais la publication officielle, voire l'insertion de la loi dans le Journal officiel ? On peut envisager deux explications.

Selon la première, le juge fait sienne la thèse, soutenue par une partie minoritaire de la doctrine, qui nie la distinction entre la promulgation et la publication officielle. L'argument en faveur de cette thèse pourrait être formulé ainsi : si la loi est datée du jour de la signature de la formule (ou du « décret ») de promulgation, il n'en reste pas moins que la promulgation elle-même ne s'achève que le jour où la loi, assortie de

¹²⁹ Cass. (comm. sup. de cassation), 9 février 1928, précité, *D.*1929.I, p. 5.

¹³⁰ *Ibid.* p. 8. Dans le même sens, v. Cass. civ. 22 juin 1891, précité, *D.* 1891.I, p. 355, *S.*1891 1 p. 290 : la Cour de cassation confirme l'arrêt attaqué qui « a constaté que le *Journal officiel* contenant la loi du 28 mars 1885, *promulguée* le 8 avril, était arrivée à Constantinople le 8 avril » (nos italiques).

¹³¹ *Supra*, § 1.

¹³² Même une simple lecture de la loi suffit pour montrer que la date officielle est la date où la promulgation de la loi a eu lieu. Ainsi, la loi en l'espèce applicable, telle qu'elle était publiée dans le *Journal officiel* du 2 avril 1926 (p.4090), était précédée de la formule « Le Président de la République *promulgue* la loi dont la teneur suit », et était suivie de l'indication « Fait à Paris, le 1^{er} avril 1926 », conformément à la formule de promulgation établie par le décret du 6 avril 1876 (*JO* du 7 avril 1876, p. 2490), dont l'art.1^{er} disposait qu'« à l'avenir, les lois seront *promulguées* dans la forme suivante [...] » (nos italiques). Sur la formule de promulgation employée sous la Troisième République v. E. PIERRE, *Traité de droit politique, op. cit.*, n° 508, p. 565-566.

cette formule, est insérée dans le *Journal officiel*. Dans le cas de l'arrêt *Kuhlmann*, ces dates étaient, respectivement, le 1^{er} et le 2 avril.

Selon la seconde explication, la Cour de cassation emploie le terme « promulgation » pour désigner la publication officielle non pas parce qu'elle fait sienne la thèse susmentionnée mais, au contraire, parce qu'elle se montre tout simplement indifférente pour l'emploi correct de ce terme ou, plus précisément, pour l'acte de promulgation que ce terme devrait normalement désigner. D'après cette explication, la Cour de cassation se borne à déterminer ce qui compte comme « promulgation » au sens du décret du 5 novembre 1870, sans se préoccuper de la pertinence théorique de cette terminologie. Plus précisément, il convient de rappeler que ce texte disposait que, à Paris, les lois « seront obligatoires » un jour franc après leur « promulgation », c'est-à-dire un jour franc après leur insertion dans le *Journal officiel*. Or, la loi appliquée dans l'affaire *Kuhlmann* fixait, elle aussi, un délai dont le point de départ était le jour de sa « promulgation ». Rien n'empêche alors de penser que la Cour de cassation a interprété cette disposition à la lumière du décret de 1870 : si la loi est devenue obligatoire, à Paris, un jour après sa « promulgation », conformément au décret de 1870, et si cette même loi fixe un délai qui commence à courir à compter de sa « promulgation », il s'ensuit que la loi en question emploie le terme « promulgation » dans le même sens que le décret de 1870, c'est-à-dire afin de désigner le jour de son insertion dans le *Journal officiel*.

À notre sens, cette seconde explication est plus conforme aux termes dans lesquels la décision *Kuhlmann* rejette le pourvoi en cassation. Plus précisément, la partie demanderesse faisait grief à l'arrêt attaqué d'avoir méconnu le décret du 5 novembre 1870 par sa décision de faire courir le délai fixé « à compter de la promulgation » du jour de l'insertion de la loi au *Journal officiel*, et non du jour de l'arrivée de ce journal au département de l'affaire litigieuse. Or, la Cour de cassation confirme ce jugement en précisant que « la promulgation, qui rend la loi exécutoire, ne se confond pas avec la publication, qui en porte le texte à la connaissance du public ». Si la Cour établit pourtant une telle distinction afin d'identifier ensuite la « promulgation » à l'insertion de la loi dans le *Journal officiel*, à quoi correspond la « publication » ?

Pour y répondre, il convient de rappeler la façon dont le décret du 5 novembre 1870 distinguait la publication officielle de la publication matérielle comme critère pour la détermination de la date d'entrée en vigueur des lois : à Paris, les lois entraient en vigueur un jour après leur insertion au *Journal officiel*, et dans les autres départements un jour après l'arrivée de ce journal. Ceci étant, vu le grief que la Cour rejette, il s'avère que la distinction proclamée en l'espèce entre la « promulgation » et la « publication » ne vise que la distinction, respectivement, entre la publication officielle et la publication matérielle.

B) l'absence d'une définition de la promulgation avant l'arrêt Commune de Monotory.

Au cours du 20^e siècle, le Conseil d'État et la Cour de cassation remplaceront progressivement le terme « promulgation » par le terme « publication » ou par l'expression « insertion au *Journal officiel* ». On peut ainsi considérer que les deux cours suprêmes prennent acte de la distinction entre les actes que ces termes désignent.

Or, les arrêts qui marquent cette évolution sont relatifs à la publication des lois¹³³. En revanche, les deux cours suprêmes se montrent toujours indifférentes pour l'acte de promulgation dans la mesure où elles s'abstiennent de définir le terme « promulgation », alors même qu'elles statuent sur des affaires qui leur offrent l'occasion de le faire. On pourrait distinguer ces affaires en deux catégories.

¹³³ Dans le cas de la jurisprudence judiciaire, cette évolution s'accomplit au moyen d'une série de décisions par lesquelles la Cour de cassation définit la publication (*Infra*, 2). Pour le Conseil d'État, l'abandon du terme « promulgation » au profit des termes « publication » ou « insertion au *Journal officiel* » sera inauguré par une série d'arrêts qui portent sur la publication des décrets : CE 27 juin 1913, *Cornus*, *Rec.* p. 764, *D.* 1917, III p. 21 : décret « inséré au *Journal officiel* » ; CE 18 juillet 1913, *Syndicat national des chemins de fer*, *Rec.* p. 875, conclusions HELBRONNER, S.1914, III, p. 1, note M. HAURIOU : décret qui « n'a été publié ni au *Bulletin des lois* ni au *Journal officiel* » ; CE 13 mai 1921, *Union des associations professionnelles du personnel civil des administrations centrales*, *Rec.* p. 491 : le juge vérifie la date à laquelle le décret « a été publié au *Journal officiel* ». Les arrêts relatifs à la publication des lois suivront un peu plus tard : CE Ass. 5 avril 1946, *Sieur Rouy*, *Rec.* p. 107, S. 1947, III, p.44, note signée P.H. : loi qui « n'a pas été publiée au *Journal officiel* en raison des circonstances exceptionnelles nées de la guerre » ; même formule par CE 30 mai 1947, *Sieur Le Marhadour*, *Rec.* p. 224 ; CE 23 mars 1956, *Sieur Sorin*, *Rec.* p. 137 : la loi est « publiée » le jour où elle est insérée au *Journal officiel*, mais un délai fixé « à compter de la publication de la présente loi » ne commence à courir que le jour de son entrée en vigueur. Pour d'autres exemples tirés de la même période : CE 25 mars 1949, *Sieurs Thibaud et autres*, *Rec.* p. 148 ; CE 13 décembre 1957, *Sieurs Barrot et autres*, *Rec.* p. 675. V. aussi l'arrêt de principe CE Ass. 12 avril 1972, *Sieur Brier*, *Rec.* p. 272, concl. GRÉVISSE, *D.* 1973, p. 228, note P. DELVOLVÉ et p. 681, note J-M. AUBY : le délai du recours pour excès de pouvoir commence à courir le jour « de la publication au *Journal officiel* » de l'acte attaqué.

Certaines affaires soulèvent des questions relatives aux fonctions qui figurent dans la définition « traditionnelle » de la promulgation, c'est-à-dire des questions relatives aux fonctions de la promulgation en tant qu'acte qui « atteste l'existence » et « commande l'exécution » des lois. D'autres affaires litigieuses sont similaires à celle tranchée par l'arrêt *Commune de Montory*. Il s'agit d'affaires où la loi appliquée au litige emploie le terme « promulgation » dans un sens que l'on pourrait qualifier de « temporel », c'est-à-dire afin de déterminer le point de départ d'un délai ou son champ d'application dans le temps.

Nous trouvons deux affaires de la première catégorie dans la jurisprudence du Conseil d'État, ainsi que certaines affaires qui se rattachent à la seconde catégorie (1). La jurisprudence de la Cour de cassation offre, quant à elle, plusieurs exemples qui font partie de la seconde catégorie d'affaires (2).

1) La jurisprudence du Conseil d'État

Promulgation et classement des arrêts au Recueil Lebon – La prise en compte par le juge administratif de la distinction entre la promulgation et la publication transparaît déjà dans les changements opérés aux tables du *Recueil Lebon* : de mot-clé qui y figure deux fois seulement tout au long du 19^e siècle, le terme « promulgation » fait dès le début du 20^e siècle partie d'une entrée qui est intitulée « Promulgation et publication »¹³⁴.

Toutefois, et malgré le nombre toujours croissant d'arrêts qui sont classés sous cette entrée, nous n'avons pu y repérer, pour la période qui précède l'arrêt *Commune de Montory*, que trois espèces qui sont relatives à la promulgation et non pas à la publication. D'importance inégale, ces trois arrêts partagent un trait commun : ils se réfèrent à l'acte de promulgation sans préciser en quoi consiste exactement cet acte.

¹³⁴ Ce changement est opéré pour la première fois dans les tables de la période 1905-1924, dont la rubrique « Actes législatifs et administratifs » comporte une section intitulée « Promulgation, publication, notification ». Depuis lors, et à l'exception des tables de la période 1935-1954, le terme « promulgation » figure toujours, en tant que terme distinct de celui de « publication », dans la rubrique « Actes législatifs et administratifs ». Cette évolution n'est pas remise en cause par quelques malentendus sporadiques. Par exemple, l'arrêt CE 13 mars 1947, *Girod, Rec.* p. 107 se réfère explicitement à la « date de la publication » d'une loi, mais, dans les tables vicennales (V^o « Pensions », n^o 12), il est présenté comme étant relatif à la « promulgation » de la loi en question.

L'un de ces arrêts se réfère en particulier à la « date de la promulgation ». Le Conseil d'État se réfère à cette date dans certains autres arrêts, peu nombreux, qui ne sont pas classés sous l'entrée « promulgation et publication ». Les deux autres arrêts qui sont classés sous cette entrée présentent davantage d'intérêt : le Conseil d'État s'abstient de définir la promulgation alors qu'il tranche des questions qui semblent être relatives aux fonctions qui figurent dans la définition traditionnelle de cet acte.

Dans tous les cas, le Conseil d'État ne se prononce pas sur la définition de la promulgation. On peut néanmoins distinguer les arrêts en question en deux catégories : ceux qui se réfèrent à la « date de la promulgation » de la loi appliquée au litige (a) ; ceux qui soulèvent des questions qui semblent être relatives aux fonctions qui figurent dans la définition traditionnelle de la promulgation (b).

a) Les arrêts relatifs à la « date de promulgation »

En 1963, statuant en application d'une loi, en date du 17 novembre 1952, qui fixait une condition d'âge pour les personnes visées par ses dispositions, le Conseil d'État a jugé que « le législateur a entendu que cette condition soit remplie à la date de promulgation de cette loi, c'est-à-dire le 17 novembre 1952 »¹³⁵. Par cette espèce, le Conseil d'État reconnaît clairement, quoiqu'implicitement, la distinction entre la promulgation et la publication, compte tenu de la pratique, déjà évoquée, qui consiste à dater les lois du jour de leur promulgation¹³⁶.

Les autres arrêts qui se réfèrent à la « date de promulgation » ne se prêtent pas à une telle analyse. Certains arrêts emploient le terme « promulgation » pour désigner une forme de publication particulière, dont nous ignorons le régime¹³⁷, à savoir la

¹³⁵ CE 30 octobre 1963, *Ministre de la Santé publique c. époux Goussebaire-Dupin*, Rec. p. 521

¹³⁶ En 1946, et statuant en application d'une loi du 16 mars 1943 qui se déclarait applicable « depuis la date de la présente loi », le Conseil d'État avait jugé que les personnes visées par la loi « avaient aptitude à en recevoir le bénéfice à compter du 16 mars 1943, jour de la signature de ladite loi », CE Ass. 5 avril 1946, *Sieur Rouy*, Rec. p. 107, S. 1947 III p. 44, note P.H. Toutefois, la loi en question était édictée sous Vichy, et la question de savoir si ces actes faisaient ou non l'objet d'une promulgation prête à discussion. V. *Infra*, Titre II, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 1, B)

¹³⁷ Pour les règles et la pratique suivies actuellement, v. SECRETARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT, *Guide de légistique*, 3^e éd., La documentation française, 2017, le chapitre intitulé « Application et applicabilité des textes outre-mer », p. 335 s., spéc. p. 342-343 (accessible sur : guide-legistique.fr/guide.pdf) ; F. LUCHAIRE & Y. LUCHAIRE, « Application de la loi outre-mer – Principes

publication des lois faite aux anciennes colonies¹³⁸. Dans d'autres affaires, dont la solution n'était pas commandée par une distinction précise entre la date de la promulgation et celle de publication, le Conseil d'État se réfère à la « date de promulgation » sans davantage de précisions¹³⁹.

b) Les arrêts relatifs aux fonctions de la promulgation

La jurisprudence *Desreumeaux* – Le premier de ces arrêts est l'arrêt *Desreumeaux*, rendu en 1933, par lequel le Conseil d'État range la promulgation à la catégorie des actes de gouvernement¹⁴⁰. Dans cette espèce, un acte défavorable pour le requérant avait été pris sur le fondement d'une loi dont le texte publié au *Journal officiel* comportait une erreur par rapport au texte adopté par le Parlement. Comme la disposition comportant l'erreur était la base légale de l'acte qui lui était défavorable,

généraux », et A.-F. ZATTARA-GROS, « Application de la loi outre-mer – Les départements d'outre-mer », *Jurisclasseur civil*, Art. 1^{er}, Fasc. 15 et Fasc. 20, respectivement, qui présentent aussi un aperçu des règles et de la pratique suivies sous les régimes antérieurs. Pour les régimes antérieurs, v. aussi les brèves remarques de : H. PUGET & J.-C. SÉCHÉ, « La promulgation et la publication des actes législatifs en droit français », *RA* 1959, p. 239-248, spéc. p. 241 (une version remaniée de cette étude a été publiée in : J.-B. Herzog & G. Vlachos (dir.), *La promulgation, la signature et la publication des textes législatifs en droit comparé*, éd. de l'Épargne, 1961, p. 71-95, spéc. p. 75-76) ; E. PIERRE, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, 5^e éd., Librairies-imprimeries réunies, 1924, n° 509, p. 569 ; Id., *Traité de droit politique, électoral et parlementaire – Supplément*, 4^e éd., 1919, Librairies-imprimeries réunies, 1914, n° 509, p. 640.

¹³⁸ CE 22 mai 1957, *Sieur Decieux*, *Rec.*, p. 331 : statuant en application d'une loi qui se déclarait applicable « à la date de [sa] promulgation », le Conseil d'État distingue entre la date où ce texte avait été « promulgué » au Madagascar, et la date préalable de « sa publication au Journal officiel » ; CE 8 février 1960, *Dame veuve Rey*, *Rec.*, p. 95 : « promulgation » d'une loi portant homologation d'une décision de l'Assemblée algérienne.

¹³⁹ CE sect. 31 janvier 1964, *Ministre des Affaires étrangères c/ Berger*, *Rec.* p. 72.

¹⁴⁰ CE 3 novembre 1933, *Desreumeaux*, *Rec.* p. 933, *D.* 1934 III p. 36, note A. GROS, *S.* 1934 III p. 9, note R. ALIBERT, *RDP* 1934, p. 649. De contours imprécis, la notion d'« acte de gouvernement » est d'origine doctrinale, mais elle figure parfois dans les tables du recueil Lebon et les conclusions des commissaires du gouvernement (p.ex. Latournerie, concl. sur CE 6 novembre 1936, *Arrighi*, *D.* 1938 III, p. 7, col.2, *S.* 1937 III p. 36, col.2, qui se réfère à « la théorie dite des actes de gouvernement »). La notion est censée désigner des actes émanant du pouvoir exécutif dont le juge refuse de contrôler la légalité. Sur cette notion, et son lien avec la jurisprudence *Desreumeaux*, v. l'analyse détaillée, et critique, de : E. SAUVIGNON, « La promulgation des lois : réflexions sur la jurisprudence *Desreumeaux* », *RDP* 1981, n° 4, p. 989-1015. Pour une typologique, et la place de la promulgation dans celle-ci, v. M. VIRALLY, « L'introuvable “acte de gouvernement” », *RDP*, 1952, p. 317-358, spéc. 351-352 : l'acte de promulgation fait partie des actes dont le juge refuse d'apprécier la légalité sous le motif qu'il s'agit des actes « par lesquels le gouvernement collabore avec les chambres à la confection de la loi », ce qui comprend aussi, et d'après la jurisprudence citée par l'auteur : « [le] dépôt (ou refus de dépôt) de projets de loi, [les] demandes de crédits [et les] interventions en vue d'obtenir un vote rapide ». L'auteur remarque pourtant que l'on « peut se demander toutefois, si le Conseil d'État n'a pas parfois élargi exagérément sa conception des “actes du pouvoir exécutif concernant ses rapports avec le Parlement” ». Les décrets de promulgation, en particulier, méritent-ils véritablement cette qualification ? », *Ibid.*, p. 352-353, note 119.

le requérant a attaqué pour excès de pouvoir le décret de promulgation de ladite loi. L'erreur visée par ce grief était aussi facile à prouver dans les faits que difficile à accepter dans les principes : reconnaissant le fait que le texte publié était différent de celui adopté par les chambres, le gouvernement avait publié au *Journal officiel* deux correctifs ; or, au lieu de corriger le texte publié pour qu'il soit conforme au texte effectivement adopté, ces correctifs modifiaient, voire falsifiaient les débats parlementaires où était arrêtée la teneur du texte adopté¹⁴¹. Toutefois, le Conseil d'État ne prit pas en compte cette usurpation du pouvoir législatif¹⁴², et rejeta le recours sur la fin du non-recevoir des actes de gouvernement dans les termes suivants : « les décrets de promulgation des lois [...] sont des actes relatifs aux rapports du pouvoir exécutif avec le Parlement [et] comme tels, ils ne peuvent faire l'objet d'un recours contentieux »¹⁴³.

Ainsi motivée, cette décision laisse en suspens deux questions. En premier lieu, le Conseil d'État contourne la question de fond que le recours soulevait, à savoir la question de l'« existence » de la loi que l'administration avait opposée au requérant¹⁴⁴. En effet, comme on le verra plus loin, la doctrine affirme communément : (α) qu'un texte « existe » comme loi s'il est adopté et promulgué par les organes constitutionnels compétents ; (β) que l'organe promulguant « atteste » cette « existence » en vérifiant si le texte qui lui est transmis correspond au texte que les chambres ont adopté en termes identiques. Ceci étant, et en deuxième lieu, le Conseil d'État ne précise pas le trait qui fait de la promulgation un acte « relatif aux rapports

¹⁴¹ Il s'agissait d'une loi du 9 juillet 1931 relative au classement des justices de paix. Plus analytiquement sur les données de l'affaire, v. la note de R. ALIBERT, *S.* 1934 III p. 9, et la chronique de G. JÈZE, *RD*P 1934, p. 453-454.

¹⁴² Il s'agit d'une usurpation d'autant plus que la rédaction erronée qui figure dans le texte publié au *Journal officiel* avait été expressément rejetée par les deux chambres lors de la discussion de la loi : G. JÈZE, chronique, *op. cit.*, p. 453.

¹⁴³ Il importe de signaler ici la clairvoyance de G. JÈZE, « La promulgation des lois », *RD*P 1918 p. 378-400, spéc. p. 386, qui, quinze ans plus tôt affirmait : « La promulgation ne couvre pas les irrégularités de forme constitutionnelle dont la loi, votée par les Chambres, peut être entachée. D'ailleurs, il est probable que le Conseil d'État, s'il était saisi d'un recours en annulation pour excès de pouvoir contre un acte de promulgation, déclarerait le recours irrecevable, comme dirigé contre un acte se rattachant aux rapports de l'Exécutif et du Législatif ». L'auteur présente par ailleurs un incident similaire à celui qui a donné lieu à l'arrêt *Desreumeaux*, *Ibid.* p. 395 s.

¹⁴⁴ V. l'analyse critique de R. ALIBERT R., note, *S.* 1934 III p. 9. *Contra* : E. SAUVIGNON, « La promulgation des lois : réflexions sur la jurisprudence *Desreumeaux* », *op. cit.*, p. 1005 s.

du pouvoir exécutif avec le Parlement »¹⁴⁵. Or, toutes les deux questions sont liées à la définition de la promulgation. D'une part, et d'après la définition « traditionnelle », élaborée par la doctrine et reprise par l'arrêt *Commune de Montory*, la promulgation est « l'acte par lequel le chef de l'exécutif atteste l'existence de la loi ». On pourrait alors penser que c'est en vertu de cette fonction, précisément, que la promulgation constitue un acte « relatif aux rapports du pouvoir exécutif avec le Parlement ». D'autre part pourtant, comme cela vient d'être relevé, la doctrine affirme que la promulgation remplit cette fonction d'« attestation » dans la mesure où l'organe promulguant vérifie la correspondance entre le texte qui lui est transmis et le texte que les chambres ont adopté en termes identiques.

Dans ce contexte, il aurait été difficile pour le Conseil d'État de se prononcer sur la définition de la promulgation ou, à tout le moins, sur sa définition traditionnelle : il était en l'espèce évident que la promulgation n'avait pas rempli son rôle « traditionnel », qui est celui d'« attester l'existence » de la loi, compte tenu du décalage avéré entre le texte qui avait été publié au Journal officiel (après avoir été promulgué), et le texte que les chambres avaient effectivement adopté¹⁴⁶.

La jurisprudence F.N.O.S.S. – Le deuxième arrêt qui ne se prononce pas sur la définition de la promulgation alors qu'il tranche une question relative aux fonctions de cette dernière, c'est l'arrêt *F.N.O.S.S.*, rendu en 1960¹⁴⁷. Il s'agissait, en l'espèce, de savoir si une ordonnance prise sur le fondement de l'article 92 de la Constitution de 1958 devait ou non être soumise à la formalité de promulgation¹⁴⁸. Le Conseil

¹⁴⁵ Cf. la critique formulée contre la jurisprudence relative aux actes de gouvernement par G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t.1, éd. Marcel Giard, 1925, p. 394-395, qui, avant même la jurisprudence *Desreumeaux*, remarquait : « Les arrêts des tribunaux font apparaître ce fait brutal : il est des actes qui, *uniquement pour des raisons d'opportunité politique* échappent à tout contrôle juridictionnel [...] ».

¹⁴⁶ D'autant plus que, à la différence d'autres textes constitutionnels, qui disposent simplement que le président de la République « promulgue les lois », l'art. 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 précisait que le président de la République « promulgue les lois lorsqu'elles ont été votées par les deux Chambres ».

¹⁴⁷ CE 1^{er} juillet 1960, *F.N.O.S.S et Fradin*, Rec. p. 441, D. 1960, p. 690, conclusions BRAIBANT, note J. L'HUILLIER, *AJDA*, 1960, I, p. 152, chronique COMBARNOUS et GALABERT

¹⁴⁸ Ce motif était soulevé à titre subsidiaire. Le grief principal était que l'ordonnance, signée par le gouvernement, aurait dû être signée par le Président de la République aussi. Le Conseil d'État rejette ce grief pour des raisons liées à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958. La même solution sera adoptée par CE 27 janvier 1961, *Daunizeau*, Rec. 57, *AJDA* 1961, p. 75, chronique GALABERT et GENTOT, *RDP*, 1961, p. 681 ; CE 8 février 1961, *Chambre de commerce d'Orléans et du Loiret et autres*, Rec. T. p. 901. Les deux griefs – le défaut de signature du Président de la République et le

d'État a répondu par la négative dans les termes suivants : « ladite ordonnance, si elle a force de la loi, a été adoptée par le Gouvernement [et], en l'absence de dispositions spéciales le prescrivant, elle n'avait pas à être promulguée par décret du Président de la République »¹⁴⁹.

Le Conseil d'État statue en application d'un principe que son commissaire du gouvernement formule ainsi : « il n'y a pas, dans notre droit, de promulgation sans texte : celle-ci, contrairement à la publication, n'est pas de droit commun »¹⁵⁰. Or le commissaire faisait aussi remarquer que l'ordonnance litigieuse « fait elle-même état des délais courant "à compter de la date de sa promulgation" [et] cette expression se retrouve dans plusieurs autres ordonnances »¹⁵¹. Il se posait alors la question de savoir si ces dispositions impliquaient l'obligation de faire promulguer les ordonnances. Le commissaire répond par la négative dans les termes suivants : « cette expression [...] procède d'une terminologie équivoque : elle peut désigner soit la signature du texte, soit sa publication ; elle ne saurait, *en tout cas*, suffire à rendre nécessaire l'intervention d'un acte spécial de promulgation distinct de l'ordonnance elle-même ; une telle intervention est *inutile* pour les ordonnances qui, comme toute autre décision émanant de l'exécutif et en absence de texte contraire, sont exécutoires par elles-mêmes, du seul fait de leur signature »¹⁵².

De façon peut-être surprenante, le Conseil d'État s'abstient de creuser cette question malgré la réponse fournie par son commissaire du gouvernement. Il n'en reste pas moins que cette réponse comporte une pétition de principe : avant d'affirmer qu'il n'y

défaut de promulgation – étaient déjà soulevés devant la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui les avait rejetés, suivant une motivation similaire à celle du Conseil d'État, par sa décision Cass. crim. 28 mai 1959, *Bouazza Ahmed* 28 mai 1959, *JCP* 1959 II n°11151, note G. VEDEL. En plus, le Conseil d'État avait déjà jugé qu'une ordonnance prise en application de l'art. 92 de la Constitution « ne constitue pas un acte de nature à être déféré au Conseil d'État par la voie du recours pour excès de pouvoir », CE 12 février 1960, *Société Eky*, *Rec.* p. 101, *S.* 1960 III p. 131, concl. KAHN, *JCP* 1960, n° 11692, note G. VEDEL, *D.*1960, p. 263, note J. L'HUILLIER. Tous les trois volets de l'immunité juridictionnelle que la jurisprudence accorde aux ordonnances prises sur le fondement de l'art.92 de la Constitution – refus d'en contrôler la légalité, et rejet des griefs tirés du défaut de signature et de promulgation par le Président de la République – sont repris par l'arrêt CE 16 janvier 1963, *Confédération nationale des syndicats dentaires et sieur Rand*, *Rec.*, p. 22.

¹⁴⁹ Plus analytiquement sur cette solution *Infra*, Chapitre 2, Section 1, § 2, B), 2), b)

¹⁵⁰ BRAIBANT, conclusions *D.* 1960, p.692

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² *Ibid.*

a pas de « texte contraire » qui prescrit la promulgation des ordonnances, le commissaire du gouvernement présume, sans autre explication, que les ordonnances emploient le terme « promulgation » pour désigner autre chose que la promulgation à proprement parler. Pour cette raison – et contrairement au Conseil d’État qui fait abstraction, précisément, du problème en cause – le commissaire ne se contente pas d’invoquer l’absence d’un « texte contraire » : il évalue cette absence à la lumière d’un argument tiré de la finalité de la promulgation.

Selon cet argument, la raison pour exclure les ordonnances de la formalité de promulgation n’est pas l’absence d’un texte tout court ; la raison en est que, en l’absence d’un tel texte, il n’y a plus d’autres raisons qui pourraient justifier la promulgation des ordonnances. Il en est ainsi parce que ces dernières disposent d’une qualité qui rend leur promulgation « inutile » : elle sont « exécutoires par elles-mêmes »¹⁵³. Cet argument prolonge une analyse du commissaire du gouvernement sur la raison d’être de la promulgation : après avoir présenté les cas où le droit positif prévoit la promulgation d’un texte, le commissaire du gouvernement remarque que « dans chacun de ces cas [la promulgation] est *justifiée par une nécessité particulière* et, surtout, elle est prévue par un texte spécial »¹⁵⁴. Dans les cas des lois adoptées par le Parlement, cette « nécessité particulière » relève de « l’équilibre des rapports entre le législatif et l’exécutif », et elle est spécifiée dans les fonctions de l’attestation de l’existence et du commandement d’exécution de la loi, l’objectif de cette deuxième fonction étant de donner à la loi cette qualité que les ordonnances possèdent par « elles-mêmes », à savoir « rendre [la loi] *exécutoire*, c’est-à-dire, lui donner vocation à devenir, par la publication, obligatoire pour tous »¹⁵⁵.

Il s’avère alors qu’ici, comme dans le cas de l’arrêt *Desreumeaux*, le défaut d’une définition de la promulgation va de pair avec le manque de réponse à une question liée aux fonctions de celle-ci. En l’espèce, le Conseil d’État s’abstient de creuser un problème que son commissaire du gouvernement résout par un argument qui fait de la

¹⁵³ *Ibid.* : « Une telle intervention [du chef de l’exécutif] est inutile pour les ordonnances qui, comme toute autre décision émanant de l’exécutif et en l’absence de texte contraire, sont exécutoires par elles-mêmes, du seul fait de leur signature ».

¹⁵⁴ *Ibid.* (nous soulignons).

¹⁵⁵ *Ibid.*

fonction du commandement d'exécution un critère apte à expliquer pourquoi il est nécessaire que certains textes soient soumis à la formalité de promulgation tandis que d'autres puissent en être dispensés.

2) *La jurisprudence de la Cour de cassation.*

La définition de la publication – La Cour de cassation a pris acte de la distinction entre la promulgation et la publication à partir des années 1930, lorsqu'elle a commencé à se prononcer sur la définition de la publication, abandonnant ainsi la pratique antérieure qui consistait à désigner la publication par le terme « promulgation »¹⁵⁶.

Selon cette définition :

« [L]a publication comprend l'ensemble de faits qui ont pour objet de porter à la connaissance du public le texte de la loi ou du décret, c'est-à-dire son insertion au *Journal officiel* et l'écoulement du délai de publicité [prévu par le décret du 5 novembre 1870 pour l'entrée en vigueur des lois] »¹⁵⁷.

Il s'ensuit que :

¹⁵⁶ La Cour de cassation commence ainsi à substituer le terme « promulgation » par le terme « publication » ou l'expression « insertion au *Journal officiel* ». V. en ce sens : Cass. crim. 3 août 1933, *Manesse*, *Bull. crim.* n°177, p. 341 ; Cass. crim. 28 mai 1968, *Clauwaert*, *D.*1968, p. 509, note J.-L. COSTA. Il n'en reste pas moins que quelques instances d'emploi incorrect du terme « promulgation » persistent, ce qui est surtout le cas pour la jurisprudence relative aux lois qui sont d'application immédiate (lois qui s'appliquent aux situations qui sont en cours au moment de leur entrée en vigueur, ou lois dont l'entrée en vigueur ne dépend pas de l'édition de mesures d'application). Dans ces cas, la Cour de cassation continue à affirmer que la loi est « obligatoire dès sa promulgation » : Cass. crim. 11 juillet 1931, *Min. public c. Chauvin*, *Gaz. Pal.* II, p. 509 ; Cass. civ. 1^{er} décembre 1931, *Boudia Kada*, *Gaz. Pal.* 1932 I, p. 186, *S.* 1932 I p. 66 ; Cass. crim. 25 juillet 1936, *Admin. des contrib. Indirectes c. Genflaux*, *Gaz. Pal.* II, p. 664 ; Cass. crim. 11 mars 1941, *Gorodiche*, *Bull. crim.* 1940-1941, n°14, p. 23. Pour une exception, v. Cass. crim. 23 mai 1936, *Administration des douanes*, *Bull. crim.* n° 57, p. 125 : « ces décrets sont obligatoires et valablement exécutés à partir de leur publication ».

¹⁵⁷ Cass. civ. 21 juin 1928, *Admin. Des douanes c. Coquelle et autres*, *D.* 1929, I, p. 5, 3^e esp., note R. BEUDANT, *S.* 1928, I, p. 359, *Gaz. Pal.* 1928, II, p. 390 ; Cass. civ. 5 juillet 1932, *Steinfels et Comp.*, *S.* 1933, I, p.16, note, même formule. Notons que l'arrêt du 21 juin 1928 a été rendu quatre mois seulement après l'arrêt précité *Kuhlmann* (Cass. comm. sup. de cassation, 9 février 1928, *Société des Établissements Kuhlmann c/ dame de veuve Castel*, *D.* 1929, I, p. 5, 1^{er} esp.) qui, comme nous l'avons remarqué, identifiait la « promulgation » à l'insertion de la loi au *Journal officiel*, et la « publication » à l'arrivée du *Journal officiel* dans un département donné. Toutefois, dans la note commune qu'il a consacré à ces arrêts (*D.* 1929, I, p. 5), R. Beudant n'y voit pas de contradiction ou d'évolution, ce qui est aussi le cas pour Barthélemy et Duez qui, comme R. Beudant, voient dans ces arrêts, sans les distinguer, une preuve de la consécration jurisprudentielle de la distinction entre la promulgation et la publication, J. BARTHÉLEMY & P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 744.

« [C]’est la publication de la loi qui la rend obligatoire¹⁵⁸ ou, selon une autre formule, que « c’est la publication qui, après un certain laps de temps, fait naître l’obligation d’exécuter la loi »¹⁵⁹.

La logique de la définition – Pour saisir la portée de ces définitions, et la raison qui a poussé la Cour de cassation à les formuler, il convient de rappeler les règles de droit commun qui déterminaient à l’époque la date d’entrée en vigueur des lois¹⁶⁰. D’après le décret du 5 novembre 1870, les lois, à défaut de prévision contraire, entraient en vigueur à Paris un jour franc après leur insertion au Journal officiel et, partout ailleurs, un jour franc après l’arrivée du Journal officiel au chef-lieu de chaque département. D’après une ordonnance royale de 1816, le gouvernement pouvait décider d’accélérer l’entrée en vigueur d’une loi en envoyant une copie de celle-ci aux préfets. Ces derniers étaient tenus de publier la loi par voie d’affiches aux lieux concernés, et la loi entrait en vigueur le lendemain de cette publication¹⁶¹.

Le trait commun de ces règles était d’ériger la date de la publication en critère par défaut pour la détermination de la date d’entrée en vigueur. Pour l’entrée en vigueur à Paris, le critère retenu était la date de la publication officielle, à savoir la date dont était daté le numéro du Journal officiel où la loi était insérée. Pour les autres départements, le critère retenu était la date de la publication matérielle, à savoir la date d’arrivée du Journal officiel au chef-lieu des départements. Lorsque le

¹⁵⁸ Cass. civ. 4 mars 1931, *Enregistrement c. cons. Gillet et autres*, *Gaz. Pal.* 1931 I, p. 599 : « c’est la publication de la loi qui la rend obligatoire et cette publication comprend l’ensemble de faits qui ont pour objet de porter à la connaissance du public le texte nouveau » ; même formule par Cass. req. 2 février 1932, *Enregistrement C. Beaudry*, *Gaz. Pal.* 1932.I.554. Formules similaires par : Cass. crim. 23 novembre 1935, *Guerin*, *D.H.* 1936 p. 3, *Gaz. Pal.* 1935 II p. 945, *S.* 1935 II p. 945 ; Cass. civ. 26 janvier 1938, *Admin. des Douanes c. Sté. Larchier*, *Gaz. Pal.* 1938.I, p. 502 ; *D.H.* 1938, p. 147.

¹⁵⁹ Cass. civ. 9 novembre 1932, *Cassin*, *Gaz. Pal.* 1933 I, p. 164, note. Conformément à cette mise en exergue du lien entre la publication et l’entrée en vigueur des lois, la Cour de cassation a précisé que la publication n’est pas réductible à la seule insertion de la loi au *Journal officiel*. Plus précisément, statuant en application d’une loi qui se déclarait applicable aux actes remplissant une certaine condition « lors de [sa] publication au *Journal officiel* », la Cour de cassation a jugé que « de l’expression “publication au Journal officiel”, il n’est pas permis d’inférer que le législateur a entendu donner à cette expression la même signification qu’aux termes “insertion au Journal officiel”, en vue de rendre, par le seul accomplissement de cette dernière formalité, la loi exécutoire, sans que ce soit observé le délai de publicité prescrit par le décret précité [du 5 novembre 1870] », Cass. civ. (sect. comm), 5 juin 1950, *Admin. De l’Enregistrement c. Lesieur*, *S.* 1953, I, p.9, note P. TIRLEMONT.

¹⁶⁰ Plus analytiquement sur ces règles, *Infra*, Seconde partie, Titre I, Chapitre 2, § 2, C) et D)

¹⁶¹ La jurisprudence a pu retenir deux solutions différentes concernant la détermination du moment de l’entrée en vigueur des lois qui faisaient l’objet d’une publication par voie d’affiches ; l’entrée en vigueur dès le moment où la publication a eu lieu ; l’entrée en vigueur le lendemain du jour où la publication a eu lieu. Sur cette jurisprudence, dont les variations n’affectent pas la présente analyse, v. *Infra*, Seconde partie, Titre I, Chapitre. 1^{er}, Section 1, § 2, C).

gouvernement avait recours à la règle posée par l'ordonnance de 1816, le critère retenu était la date de la publication faite par voie d'affiches.

Toutefois, comme nous l'avons noté, tant l'ordonnance de 1816 que le décret de 1870 employaient le terme « promulgation » pour désigner la publication officielle. Or, les définitions de la publication retenues par la Cour de cassation ne se bornent pas à corriger cette erreur terminologique : statuant en application des règles susmentionnées, qui érigeaient les différentes formes de publication en critère par défaut pour la détermination de la date d'entrée en vigueur des lois, la Cour de cassation commence à employer le terme « publication » comme synonyme d'« entrée en vigueur ». Plus encore, elle a pu juger que c'est à la publication visée par les règles susmentionnées, et donc à la date de l'entrée en vigueur des lois, que se réfère le législateur lorsqu'il emploie le terme « promulgation » pour fixer le point de départ d'un délai ou le champ d'application dans le temps d'une loi.

L'absence d'une définition de la promulgation – En effet, pour ce qui concerne toujours la période qui précède l'arrêt *Commune de Montory*, la Cour de cassation s'est bornée à définir la publication sans offrir une définition pour la promulgation. Bien au contraire, la Cour de cassation s'appuyait sur la définition de la publication afin de trancher même les questions litigieuses dont la solution dépendait de l'interprétation du terme « promulgation ».

De façon significative, la Cour a contourné ce problème définitionnel à deux reprises, en 1932, lorsqu'elle fut appelée à déterminer le champ d'application dans le temps d'une loi fiscale qui comportait dans un même article deux dispositions apparemment contradictoires. D'après la première disposition, la loi était applicable aux transactions immobilières effectuées « à partir de la publication de la présente loi ». Selon l'autre disposition, la loi était applicable « à tous les actes [de transactions immobilières] non encore enregistrés au moment de la promulgation de la présente loi ». La Cour de cassation reconnaît que les deux dispositions, ainsi formulées, posaient deux règles contradictoires, ce qui revient à reconnaître que les termes « promulgation » et « publication » désignent deux actes différents. Elle reconnaît pourtant cette différence sans expliquer en quoi elle consiste précisément. Elle

rappelle simplement la règle – et la définition de la publication correspondante – selon laquelle « c’est la publication de la loi qui la rend obligatoire ». En s’appuyant sur cette règle, elle se borne à juger que la restitution de la cohérence sémantique du texte législatif exige que le terme « promulgation » employé par la deuxième disposition soit interprété comme « publication »¹⁶².

Cette solution sera ensuite érigée en *technique interprétative* d’application régulière: la Cour de cassation substituait, le cas échéant, le terme « publication » au terme « promulgation », mais elle s’abstenait toujours de préciser la portée de ce dernier. Il convient de distinguer deux cas de figure d’application de cette technique.

Le premier cas concernait l’interprétation du décret du 5 novembre 1870. Abandonnant sa jurisprudence antérieure¹⁶³, la Cour de cassation interprète désormais ce décret conformément à la distinction entre la promulgation et la publication – à savoir, comme si le décret employait le terme « publication » au lieu de celui de « promulgation » – sans pour autant justifier explicitement cette prise de distance, particulièrement tardive d’ailleurs, par rapport à la lettre du décret¹⁶⁴.

¹⁶² Cass. req. 2 février 1932, *Enregistrement c. Beaudry*, *Gaz. Pal.*, 1932, I, p. 554, *D.H.* 1931, p. 129 ; Cass. civ. 9 novembre 1932, *Cassin c. Enregistrement*, *Gaz. Pal.* 1933, I, p. 164. Plus précisément, la Cour estime, dans l’arrêt du 2 février, « qu’à moins de prêter au législateur l’intention de rapporter, dans l’alin. 7 du même article [où il était écrit “promulgation”], la règle posée dans l’alin.1 [où il était écrit “publication”], le mot “promulgation” de l’alin.7 doit s’interpréter par référence à la disposition de l’alin.1 dont il n’a pas pu modifier le sens et la portée ». D’après les termes de l’arrêt du 9 novembre : « Attendu qu’en employant le terme de “promulgation”, [le législateur] se réfère à la disposition de l’alin.1, dont il ne modifie ni le sens ni la portée ; que l’une comme l’autre de ces dispositions laissent intact le principe essentiel qui régit l’époque à laquelle les lois entrent normalement en vigueur ». Il importe de préciser que la Cour de cassation vise ici la publication par voie d’affiches, prévue par les ordonnances 1816 et de 1817, dont avait fait l’objet la loi applicable en l’espèce. Ceci étant, le défaut d’une définition de la promulgation devient en l’espèce d’autant plus remarquable que la décision du 9 novembre reproche à la décision attaquée de s’être exprimée, elle, dans des « termes peu exactes ». En effet, l’arrêt attaqué avait retenu l’expression « promulgation affichée à la Rochelle » pour désigner la publication par voie d’affiches de la loi en cause (*Gaz. Pal.* 1933, I, p.164).

¹⁶³ *Supra*, A), 2).

¹⁶⁴ V. en ce sens la décision précitée Cass. civ. (sect. comm), 5 juin 1950, *Administration de l’Enregistrement c. Lesieur*, *S.* 1953, I, p. 9, note P. TIRLEMONT : interprétée conformément aux règles relatives à l’entrée en vigueur, l’expression « publication au Journal officiel » désigne le moment où la loi entre en vigueur, ce moment étant déterminé en fonction de différents types de publication que visent les règles en question. Plus précisément, et statuant en application d’une loi qui se déclarait applicable aux actes qui remplissaient une certaine condition « lors de [sa] publication au *Journal officiel* », la Cour de cassation a jugé que « de l’expression “publication au Journal officiel”, il n’est pas permis d’inférer que le législateur a entendu donner à cette expression la même signification qu’aux termes “insertion au Journal officiel”, en vue de rendre, par le seul accomplissement de cette dernière formalité, la loi exécutoire, sans que ce soit observé le délai de publicité prescrit par le décret précité [du 5 novembre 1870] ».

Le deuxième cas concernait l'interprétation des dispositions qui fixaient un délai « à compter de la promulgation ». Ainsi, dans trois arrêts rendus aux années 1950 la Cour de cassation se borne à juger que « les dispositions légales n'étant applicables que du jour de leur publication, le terme “promulgation” employé [par le texte applicable en l'espèce] comme point de départ du délai [...] ne peut s'entendre que dans le sens de la publication »¹⁶⁵. Ces trois arrêts présentent une particularité dans la mesure où ils se réfèrent à la publication au Journal officiel tunisien, le texte en cause étant non pas une loi, mais un décret beylical applicable en Tunisie, dont nous ignorons le régime de publication et d'entrée en vigueur. Il n'en reste pas moins que le juge se prononce en l'espèce dans des termes qui ont permis à une note doctrinale de remarquer que « la Cour de cassation paraît bien avoir voulu formuler une règle d'interprétation de portée générale, valable pour n'importe quelle loi et décret »¹⁶⁶.

En effet, la même technique interprétative sera reprise par un arrêt rendu en 1960¹⁶⁷, à cette différence près que la Cour de cassation emploie ici le terme « publication » pour désigner non pas l'insertion de la loi au *Journal officiel*, mais l'arrivée de celui-ci au lieu de l'affaire litigieuse (et donc l'entrée en vigueur de la loi au lieu en question). Il s'agissait en l'espèce de délimiter le point de départ d'un délai qui commençait à courir « à compter de la promulgation » d'une loi du 22 juillet 1952. Le jugement attaqué avait retenu comme point de départ du délai le 25 juillet 1952, date à laquelle le *Journal officiel* contenant cette loi était arrivé au département du domicile des parties à l'affaire. Pour attaquer ce jugement, la partie pourvue en cassation avait avancé un argument aussi simple que puissant : elle faisait remarquer que « [la promulgation avait] été opérée par le Président de la République le 22 juillet 1952 ». Toutefois, la Cour de cassation rejette ce grief sans prendre position sur la définition de la promulgation. Ici encore, elle se borne à juger que « la loi n'étant applicable que du jour de sa publication, le terme “promulgation” ne peut s'entendre

¹⁶⁵ Cass. civ. (sect. soc.) 16 décembre 1954, *Veuve Pandolfi c. Aquaviva*, *Bull. civ.* IV, n°825, p.601; Cass. civ. (sect. soc.) 8 novembre 1956, *Mohamed Mestiri c. veuve Lemonnier et autre*, *Bull. civ.* IV, n° 825, p.620 ; Cass. civ. (sect. soc.) 24 janvier 1957, *Brignone c. Dapoigny*, *Bull. cass.* IV, 64 ; *Gaz. Pal.* 1957, II, p. 34, *D.* 1957, somm. p. 129. Ce dernier arrêt est cité par le commissaire du gouvernement dans ses conclusions sur l'arrêt *Commune de Montory (RDP, 1974, p.1517)*.

¹⁶⁶ *Gaz. Pal.* 1957, II, p. 34, note anonyme sous Cass. civ. (sect. soc.) 24 janvier 1957, *Brignone c. Dapoigny*

¹⁶⁷ Cass. civ. (1^{re} sect.) 17 mai 1960, *Bull. civ.* I, n° 266, p. 218.

que de ladite publication laquelle a eu lieu [au département concerné] le 25 juillet 1952 [...] ».

Si cette décision marque un revirement par rapport à la jurisprudence antérieure, qui faisait courir ces délais du jour de l’insertion de la loi au *Journal officiel*¹⁶⁸, il n’en reste pas moins que la Cour de cassation continue à considérer que le terme « promulgation » vise la publication en fonction de laquelle est déterminée la date d’entrée en vigueur de la loi appliquée au litige – en l’espèce, la publication matérielle – et non pas l’acte de promulgation, comme le demandait le pourvoi en cassation, et comme le fera plus tard l’arrêt *Commune de Montory*. Cette démarche est d’autant plus remarquable que la Cour de cassation avait reconnu implicitement, par un arrêt rendu en 1933, que l’expression « avant la promulgation de la présente loi » vise la période qui précède la date de la loi, c’est-à-dire la date de sa promulgation¹⁶⁹. Toutefois, cet arrêt se prononçait sur une question dont la solution n’était pas commandée par la distinction précise entre la date de la promulgation et la date de la publication¹⁷⁰, ce qui n’était pas le cas pour les arrêts qui substituaient le terme « promulgation » par le terme « publication », comme l’arrêt de 1960 susmentionné.

Ceci étant, cet arrêt de 1960 – qui est d’ailleurs à notre connaissance l’un des derniers à interpréter le terme « promulgation » avant que l’arrêt *Commune de Montory* ne soit rendu¹⁷¹ – est particulièrement révélatrice de la façon dont la Cour de cassation se

¹⁶⁸ C’est pour cette raison par ailleurs que le commissaire du gouvernement, dans ses conclusions sur l’arrêt *Commune Montory*, qualifie cet arrêt de « troublant » (*RDP* 1974, n° 5, p. 1517 *supra* § 1). Outre les trois arrêts rendus aux années 1950 cités ci-dessus, l’insertion au *Journal officiel* était aussi retenue comme point de départ d’un délai par l’arrêt *Kuhlmann*, précité : Cass. (comm. sup. de cassation), 9 février 1928, *D.* 1929, I, p. 5.

¹⁶⁹ Cass. civ. 15 mai 1933, *Soc. Palmers Shipbuilding and Iron Comp. Limited*, *Gaz. Pal.* 1933, II, p. 328. En l’espèce, une loi du 10 août 1922 excluait du champ d’application d’une nouvelle règle les biens « vendus avant la promulgation de la présente loi ». D’après la Cour de cassation, « il résulte de ses dispositions formelles que [la nouvelle loi] s’applique seulement lorsque le bien [a changé de propriétaire] par une vente antérieure à la loi du 10 août 1922 ».

¹⁷⁰ En effet, le bien litigieux dans l’arrêt mentionné ci-dessus était vendu trois ans après la promulgation de la loi, ce qui rendait la distinction entre la date de promulgation et la date de publication sans intérêt pratique pour ce cas d’espèce.

¹⁷¹ Il s’agit de la dernière décision de la Cour de cassation que nous avons pu trouver. Quelques années plus tard, le Conseil d’État sera saisi d’une question similaire, statuant en application d’une loi qui fixait un délai « à compter de la date de [sa] promulgation ». Or, la solution du litige n’était pas commandée par une distinction précise entre la date de la promulgation et celle de la publication. Le Conseil d’État emploie ainsi le terme « date de promulgation » sans expliquer davantage sa portée : CE 27 mars 1968, *Sieur Molinari*, n° 69355, précité.

dispensait de la définition de la promulgation en s'appuyant sur celle de la publication. En effet, ce cas d'espèce se caractérise par une *asymétrie* dans la façon dont la partie pourvue en cassation et la Cour de cassation saisissent la question litigieuse. Pour la partie pourvue en cassation, interpréter l'expression « à compter de la promulgation » revient tout simplement à identifier l'acte que le terme « promulgation » désigne, ce qui est d'ailleurs la démarche suivie par l'arrêt *Commune de Montory*. Pour la Cour de cassation au contraire, cette question devient péremptoire dans la mesure où la règle selon laquelle la loi n'est applicable qu'à partir de sa publication implique que le terme « promulgation », *tel qu'il est employé en l'espèce*, ne peut signifier autre chose que « publication » (et, par extension, « entrée en vigueur »). En d'autres termes, la Cour de cassation contourne la question de la définition de la promulgation que le pourvoi en cassation soulève : lorsqu'il est employé pour désigner le point de départ d'un délai, le terme « promulgation » doit nécessairement signifier « publication », quelle que soit d'ailleurs la définition exacte de l'acte que le terme « promulgation » désigne, question que le jugement de la Cour laisse en suspens ¹⁷².

La jurisprudence des juridictions ordinaires – Il importe en fin de remarquer que la réticence de la Cour de cassation à définir la promulgation – et, corrélativement, à affirmer explicitement la distinction de cet acte par rapport à la publication – contraste singulièrement avec la démarche suivie par une juridiction ordinaire qui s'était explicitement prononcée sur ces deux questions bien avant l'arrêt *Commune de Montory*. Il s'agit d'une décision du Tribunal de Grenoble, rendue en 1927, qui distingue la promulgation de la publication dans des termes qui méritent d'être cités *in extenso* :

« [E]n droit, la promulgation d'une loi est l'acte par lequel le Président de la République ordonne l'exécution de cette loi comme loi de l'État et qui lui donne sa date, tandis que la publication est la mesure de publicité par laquelle cette loi est portée à la connaissance des intéressés [...] toutefois le législateur a lui-même parfois confondu la promulgation et la publication d'une loi [...] notamment [avec] le décret du 5 novembre

¹⁷² Si ce n'est pour la reconnaissance du fait que le terme « promulgation » désigne un acte qui s'accomplit antérieurement à la « publication ».

1870 [qui] a édicté que la promulgation des lois résultera de leur insertion au Journal officiel »¹⁷³.

Comparée à la jurisprudence étudiée ci-dessus, cette décision est remarquable pour trois raisons.

En premier lieu, l'affaire qui lui a donné l'occasion, en 1927, de définir la promulgation était identique à celles qui seront tranchées, en 1932, par deux décisions, déjà évoquées, de la Cour de cassation¹⁷⁴. En effet, toutes les trois décisions se prononcent sur le champ d'application dans le temps d'une loi fiscale du 3 août 1926, dont l'article 18 comportait deux dispositions qui étaient formulées en termes contradictoires. D'après l'alinéa 1^{er} de cet article, la taxe introduite par cette loi était applicable à toutes les transactions immobilières produites « à partir de la publication de la présente loi. Or, l'alinéa 7 du même article disposait que cette même taxe était applicable « à tous les actes [de transactions immobilières] non encore enregistrés au moment de la promulgation de la présente loi ». Comme nous l'avons vu, la Cour de cassation avait jugé, sans se prononcer explicitement sur la définition de la promulgation ou sur sa distinction par rapport à la publication, que le terme « promulgation » de l'alinéa 7 devait être interprété comme « publication » et, plus encore, que cette « publication » était celle en fonction de laquelle était déterminée l'entrée en vigueur de la loi concernée. En l'espèce alors, tant le terme « promulgation » que le terme « publication » devaient être compris comme se référant à la publication faite par voie d'affiches, prévue par l'ordonnance de 1816, dont la loi appliquée au litige avait fait l'objet. En revanche, le Tribunal de Grenoble a considéré, après avoir établi la distinction entre la promulgation et la publication, que le législateur avait employé le terme « promulgation » de la même façon incorrecte que le décret du 5 novembre 1870, à savoir pour désigner la publication au Journal officiel. Corrélativement, il a jugé que les termes « promulgation » et « publication », tels qu'ils sont employés par la loi appliquée au litige, ne sauraient

¹⁷³ Trib. Civ. de l'Isère (Section de Grenoble), 29 novembre 1927, *D.* 1929 II, p. 14, *Gaz. Pal.*, 1928, I, p. 60, *S.* 1928, II, p. 86

¹⁷⁴ Cass. req. 2 février 1932 et Cass. civ. 9 novembre 1932, précités.

avoir d'autre référence que la publication faite par l'insertion de la loi au *Journal officiel*.

En deuxième lieu, la décision du Tribunal de Grenoble précède aussi l'arrêt précité *Kuhlmann*, rendu en 1928, par lequel la Cour de cassation avait assimilé la distinction entre la « promulgation » et la « publication » à la distinction entre, respectivement, l'insertion de la loi au *Journal officiel* et l'arrivée de celui-ci dans un département donné¹⁷⁵.

En troisième lieu, et surtout, la décision du Tribunal de Grenoble a été rendu clinquant ans avant l'arrêt *Commune de Montory*. Certes, les deux arrêts n'adoptent pas la même solution : le Tribunal de Grenoble, contrairement à l'Assemblée du Conseil d'État, a jugé que le terme « promulgation », tel qu'il figure dans la loi appliquée au litige, devait être compris comme se référant à la publication officielle. Ce qui diffère pourtant, c'est la solution retenue en l'espèce, et non pas la démarche suivie à cet effet : tout comme l'Assemblée du Conseil d'État, le Tribunal de Grenoble se prononce explicitement sur la définition de la promulgation afin de distinguer cette dernière de la publication.

Une étude exhaustive de la jurisprudence des juridictions ordinaires étant impossible, nous ne sommes pas en mesure de savoir s'il y a eu d'autres décisions similaires à celle du Tribunal de Grenoble. Quoi qu'il en soit, cette décision renforce la conclusion qui se dégage de l'étude présentée ci-dessus : si une cour ordinaire a pu se prononcer si tôt sur la définition de la promulgation afin de la distinguer de la publication, l'absence d'une définition et d'une distinction correspondantes de la part des deux juridictions suprêmes ne peut s'expliquer que par un choix délibéré, voire par une stratégie jurisprudentielle. Avant de tenter d'identifier la logique sous-tendant cette stratégie, il faut dissiper un malentendu relatif à l'état de la jurisprudence qui est entretenu par une large partie de la littérature en la matière.

¹⁷⁵ Cass. (comm. sup. de cassation), 9 février 1928, *Société des Établissements Kuhlmann c/ dame de veuve Castel*, D. 1929 I, p. 5, 1^{er} espèce, note R. BEUDANT.

C) Un cas à part : la jurisprudence Bouscarle et son interprétation inexacte par la doctrine.

L'étude de la jurisprudence rendue par le Conseil d'État et la Cour de cassation avant l'arrêt *Commune de Montory* nous a permis de révéler deux données : l'absence d'une définition jurisprudentielle de la promulgation et, pendant le 19^e siècle, l'absence d'une distinction de celle-ci par rapport à la publication.

Ces données jurisprudentielles n'ont pas attiré l'attention de la doctrine. Bien au contraire, une grande partie de cette dernière, ainsi que le commissaire du gouvernement dans ses conclusions sur l'arrêt *Commune de Montory*¹⁷⁶, soutient la thèse selon laquelle la distinction entre la promulgation et la publication avait été proclamée par la jurisprudence dès la fin du 19^e siècle. Cette thèse s'appuie sur un seul exemple jurisprudentiel. Il s'agit de la jurisprudence *Bouscarle* qui consiste en deux décisions que la Cour de cassation avait rendu en 1874 dans le cadre de la même affaire litigieuse¹⁷⁷. Le fait qu'une thèse inexacte ait pu s'ancrer dans la littérature à l'appui d'un seul exemple jurisprudentiel mérite que nous examinions ce dernier de plus près.

Les décisions *Bouscarle* portent sur un décret rendu sous le Second Empire, dont les modalités de publication et d'entrée en vigueur étaient réglées par les ordonnances royales de 1816 et de 1817. Rappelons que l'ordonnance de 1816 disposait, dans son art. 1^{er}, que « la promulgation des lois et des décrets résultera de leur insertion dans le *Bulletin des lois* », et que l'ordonnance de 1817, modifiant sur ce point celle de 1816, habilitait le gouvernement à ordonner la publication d'une loi ou d'un décret par voie d'affiches afin d'accélérer son entrée en vigueur dans un lieu donné.

¹⁷⁶ ROUGEVIN-BAVILLE, conclusions, *RDP* 1974, p. 1516. Pour la doctrine, v. les références citées *infra*.

¹⁷⁷ Cass. crim. 6 février 1874, *Bouscarle et autres*, *D.* 1874 I, p. 185, conclusions BEDARRIDES, note B. CAZALENS, *S.* 1874 I, p. 281, note P. CAUWÈS ; Cass. ch. réun. 22 juin 1874, *Bouscarle et autres*, *D.* 1874 I, p. 322, *S.* 1874 I, p. 336. V. aussi les notes de : LE NEUF DE NEUF-VILLE M., *La Cour suprême et les arrêts de ses chambres réunies*, article extrait de la *France Judiciaire*, Durand et Pedone-Lauriel, 1879 ; E. NAQUET, « Les lois et les décrets, et spécialement le décret qui crée l'état de siège, doivent-ils être insérés au *Bulletin des lois* pour devenir obligatoires ? », *Journal du droit criminel*, 1874, p. 33-41. L'arrêt des Chambres réunies casse la décision rendue à la suite du renvoi prononcé par la Chambre criminelle. Les deux décisions cassées avaient jugé que l'insertion au *Bulletin* est un élément constitutif de la promulgation. Les arrêts rendus en cassation rejettent cette solution dans des termes à peu près identiques.

Le décret litigieux avait reçu application après sa publication faite par voie d'affiches, mais son insertion dans le *Bulletin des lois* n'a jamais eu lieu. La question qui se posait était alors la suivante : l'insertion dans le *Bulletin des lois* est-elle une formalité constitutive de la promulgation, ou s'agit-il simplement d'un moyen de publication qui peut, de ce fait, être remplacé par la publication faite par voie d'affiches ?

Sans se tenir à la lettre de l'ordonnance de 1816¹⁷⁸, et après avoir proclamé qu'« il y a lieu de distinguer promulgation et publication », la Cour de cassation affirme que l'insertion au *Bulletin des lois* constitue un simple moyen de publication et non pas un élément de la promulgation¹⁷⁹. Pour établir cette distinction, la Cour de cassation avance une définition de la promulgation. À notre connaissance, c'était la première fois qu'une haute juridiction se prononçait sur la définition de la promulgation et, si l'étude présentée ci-dessus est pertinente, ce fut aussi la dernière avant l'arrêt *Commune de Montory*, rendu un siècle plus tard. Qui plus est, la définition retenue par les arrêts *Bouscarle* présente deux différences majeures par rapport à la définition traditionnelle proposée par la doctrine et retenue par l'arrêt *Commune de Montory*. Rappelons que, d'après cette définition traditionnelle, la promulgation remplit deux fonctions : elle « atteste l'existence » et « commande l'exécution » des lois. Toutefois, d'une part, la définition retenue par les arrêts *Bouscarle* ne fait aucune allusion à la première fonction¹⁸⁰. D'autre part, et surtout, ces arrêts affirment que la seconde fonction fait de la promulgation « un acte de la volonté souveraine ».

¹⁷⁸ L'avocat général Bédarrides, dans ses conclusions sur la décision du 6 février, affirmait, après avoir rappelé l'art. 1^{er} de l'ordonnance de 1816, qu'« il est reconnu par tout le monde que c'est là une rédaction incorrecte », *D.* 1874 I, p. 189.

¹⁷⁹ Selon l'arrêt du 6 février : « cette insertion [au *Bulletin des lois*] n'était qu'un moyen de publication qui, usité dans la plupart de cas, pouvait néanmoins être valablement remplacé par un autre » (*D.* 1874 I, p. 190). De même, l'arrêt du 22 juin précise que « sous le régime de l'ordonnance du 26 novembre 1816, l'insertion au *Bulletin officiel* n'était point un élément constitutif de la promulgation ; elle n'était qu'un moyen d'en constater l'existence, d'en fixer la date et de faire courir les délais à l'expiration desquels la loi, étant réputée connue, devenait obligatoire [...] ; c'était ainsi un simple mode de publication pouvant, dans certains cas, être valablement remplacé par un autre (*D.* 1874 I, p. 323).

¹⁸⁰ Il paraît au contraire que la Cour de cassation attache cette fonction à la publication. En effet, l'arrêt du 6 février affirme que, suite à la publication faite par voie d'affiches, « l'existence du décret, quoiqu'il n'ait pas été inséré au *Bulletin*, n'a jamais été contestée ». De même, l'arrêt du 22 juin précise, comme nous l'avons vu dans la note précédente, que l'insertion au *Bulletin officiel* « n'était qu'un moyen d'en constater l'existence [du décret] », et juge ensuite que « cette publication [par voie d'affiches] ayant eu lieu, les citoyens [...] ont connu en même temps l'existence du décret et sa promulgation ».

Comme il ressort de la motivation des deux décisions, c'est précisément cette qualité qui constitue le trait saillant de la promulgation et explique sa distinction par rapport à la publication¹⁸¹.

Dans la littérature les arrêts *Bouscarle* sont présentés comme des arrêts de principe qui marquent la consécration jurisprudentielle de la distinction entre la promulgation et la publication¹⁸². Implicite dans cette thèse, qui a pu se répandre dans la littérature sans faire l'objet de critiques, est l'idée que la distinction proclamée par ces arrêts est la même que la distinction élaborée par la doctrine et consacrée par l'arrêt *Commune de Montory*¹⁸³. Cette thèse s'avère pourtant inexacte. Il en est ainsi pour deux raisons,

¹⁸¹ Selon l'arrêt du 6 février : « la promulgation est l'acte par lequel le *souverain* donne l'ordre de faire exécuter une loi, un décret ou une ordonnance ; [...] cet ordre, pour devenir obligatoire, ayant besoin d'être portée à la connaissance des citoyens, c'est-à-dire publié, il y a lieu de distinguer entre la promulgation, qui n'est qu'un acte de la *volonté souveraine*, et la publication, qui donne à cette volonté la force obligatoire » (*D.* 1874 I, p. 190, nous soulignons). L'arrêt du 22 juin définit dans un premier temps la promulgation comme « l'acte par lequel le chef du pouvoir exécutif donne l'ordre d'exécuter une loi, une ordonnance ou un décret ». Toutefois, lorsqu'il s'agit de distinguer la promulgation de la publication, cet arrêt affirme aussi que « la promulgation, acte de la *volonté souveraine*, se distingue essentiellement de la publication qui est le mode employé pour porter la loi à la connaissance des citoyens et la rendre obligatoire » (*D.* 1874 I, p. 323, nous soulignons).

¹⁸² Pour la doctrine de l'époque, v. DALLOZ et al. (dir.), *Supplément au répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, 1892, t. 10, V° « Lois », n° 78, p. 15, où, citant comme seul exemple les arrêts *Bouscarle*, les auteurs de cette entrée affirment que « la jurisprudence de la Cour de cassation a reconnu cette confusion [entre la promulgation et la publication, produite par l'ordonnance de 1816 et le décret de 1870], et, refusant d'interpréter ces textes dans leur sens littéral, a toujours donné aux expressions incorrectes du législateur leur véritable signification et fixé la notion de promulgation proprement dite » (nous soulignons). Pour la doctrine contemporaine, qui s'appuie également sur le seul exemple des arrêts *Bouscarle*, v. G. GUGLIELMI, « Distinguer la promulgation de la publication », étude précitée, p. 60 : « dès l'installation de la III^e République, le juge judiciaire ne manque pas d'affirmer nettement la différence [entre promulgation et publication] ». Dans le même sens et par ordre chronologique : TH. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t.1, Pichon, 1892, p. 48-49 ; CH. AUBRY, CH.-F., RAU, *Cours de droit civil français*, t.1, 5^e éd., Marchall & Billard, 1897, p. 84-85-note 3 ; G. REVEL, *La publication des Lois, des Décrets et des autres Actes de l'Autorité Publique*, précité, p. 18 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t.1, 3^e éd., Sirey, 1938, n°69, p. 52 ; H. GLEIZES, *La rectification des textes publiés au Journal officiel*, thèse, Université de Paris, Sirey, 1939, p. 98 ; C. AMBROISE, H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t.1, 11^e éd., Dalloz, 1947, p. 47-note 1 ; R. BEUDANT, note précitée, *D.* 1929 I, p. 5 ; P. MONTANÉ DE LA ROQUE, *L'inertie des pouvoirs publics*, thèse, Toulouse, Imprimerie Moderne, 1950, p. 88 ; G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil, t. 1, Introduction générale à l'étude du droit*, 2^e éd., Sirey, 1972, n° 83, p. 158-note 6 ; J. MOLINIÉ, *La publication en droit public français*, thèse, Paris 2, 1976, p. 27 ; P. JAN, *La saisine du Conseil constitutionnel*, thèse, préf. J. Rossetto, LGDJ, 1999, p. 308 ; P. DEUMIER, « La publication de la loi et le mythe de sa connaissance », *LPA*, 6 mars 2000, n° 46, p. 6, note 1 ; E. CARTIER, « Accessibilité et communicabilité du droit », *Jurisdoctoria*, n° 1, 2008, p. 61 ; C. CONIL, *L'acte de puissance publique conditionnel : Contribution à l'étude des conditions d'entrée en vigueur et de retrait des actes unilatéraux de droit public*, thèse, Paris II, 2008, p. 33.

¹⁸³ Ainsi, certains auteurs attribuent aux arrêts *Bouscarle* la définition retenue par l'arrêt *Commune de Montory* : G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, thèse, préf. J. Petit, Dalloz, 2007, n° 70, p. 53, note 21 ; R. ODENT, *Contentieux administratif*, t.1, Dalloz, [2002], 2007, p. 316, qui affirme explicitement, après avoir attribué aux arrêts *Bouscarle* la définition retenue par l'arrêt *Commune de Montory*, que « le Conseil d'État a repris cette formule à son compte ».

dont l'une est relative à la jurisprudence ultérieure, et l'autre à la façon dont les arrêts *Bouscarle* définissent la promulgation.

D'une part, la thèse en cause méconnaît la jurisprudence ultérieure qui montre que la jurisprudence *Bouscarle* fut *exceptionnelle et éphémère*. En effet, la jurisprudence étudiée ci-dessus, rendue entre 1874 et 1974, montre que les deux hautes juridictions ne distinguaient guère la promulgation de la publication jusqu'à la fin du 19^e siècle – voire jusqu'au début même du 20^e siècle, pour ce qui concerne la Cour de cassation – et qu'elles s'abstenaient ensuite de se prononcer sur la définition de la promulgation jusqu'à l'arrêt *Commune de Montory*. En d'autres termes, la démarche adoptée par les arrêts *Bouscarle*, loin d'être reprise, allait au rebours même de la jurisprudence établie en la matière après ces arrêts et jusqu'à l'arrêt *Commune de Montory*.

D'autre part, la doctrine se concentre sur la proclamation de la distinction entre la promulgation et la publication, méconnaissant le critère de cette distinction, c'est-à-dire la définition singulière de la promulgation que les arrêts *Bouscarle* avancent. Or, les différences qui séparent cette définition de la définition « traditionnelle », retenue par la doctrine et l'arrêt *Commune de Montory*, soulèvent trois séries de problèmes.

En premier lieu, ces différences portent sur les fonctions et, par conséquent, sur les traits distinctifs que chaque définition attribue à la promulgation. Comme nous venons de le voir, les arrêts *Bouscarle* font abstraction de la fonction qui consiste à « attester l'existence » des lois¹⁸⁴, et présentent le « commandement d'exécution » des lois comme un « acte de la volonté souveraine »¹⁸⁵. Or, définir un terme revient à identifier certains traits qui caractérisent l'objet que le terme désigne¹⁸⁶. En plus, distinguer deux objets revient à identifier certains traits qui sont propres à chaque objet et rendent, de ce fait, l'un distinct de l'autre. On n'a pas alors affaire à une

¹⁸⁴ Et ce, même si l'avocat général affirmait, dans ses conclusions sur l'arrêt du 6 février 1874, que la promulgation « consiste dans un acte du chef de l'État, dans une signature qui atteste *l'existence de la loi* et donne l'ordre de l'exécuter » (*D.* 1874 I, p. 189, col. 1, nous soulignons). Il paraît pourtant que l'avocat général insistait, lui aussi, sur la fonction de commandement, précisant que la promulgation est « l'ordre d'exécuter la loi qui émane du chef de l'État en qui réside la puissance exécutive » (*Ibid.*)

¹⁸⁵ Ici encore, la Cour de cassation s'écarte d'une façon subtile mais importante des conclusions de l'avocat général qui, comme nous venons de le voir dans la note précédente, définissait la promulgation comme un acte de commandement du « chef de l'État », et non pas du « souverain ».

¹⁸⁶ Exception faite des définitions stipulatives.

distinction qui serait commune aux arrêts *Bouscarle* d'une part, et à la doctrine et l'arrêt *Commune de Montory*, d'autre part : il s'agit de deux distinctions différentes qui correspondent aux deux définitions respectives de la promulgation.

En deuxième lieu, l'arrêt *Commune de Montory* définit la promulgation comme un acte du « chef de l'État », alors que la doctrine la définit traditionnellement comme un acte du « chef de l'exécutif ». Comme on le verra plus loin, la différence n'est pas anodine : les actes accomplis par chef de l'exécutif en sa qualité de chef de l'État sont imputables à l'État lui-même, dont l'organe en question représente l'unité, et non pas au seul pouvoir exécutif qu'exercent certains parmi les organes de l'État¹⁸⁷. Pour ce qui nous concerne ici pourtant, il importe de remarquer que la définition de la promulgation en tant qu'acte du « chef de l'exécutif » peut s'avérer incompatible avec sa définition en tant qu'« acte de la volonté souveraine ». En effet, la première définition présuppose l'existence d'un système de séparation des pouvoirs. La seconde présuppose une correspondance entre l'organe qui promulgue les lois et le titulaire de la souveraineté. Or, est-il possible d'affirmer qu'il y a séparation des pouvoirs là où le chef de l'exécutif est aussi le titulaire de la souveraineté ?

En troisième lieu, il y a des actes de promulgation qui, loin d'être des actes « de la volonté souveraine », ne font même pas mention de l'« exécution » de la loi. Un exemple caractéristique est la promulgation consacrée par le droit positif en 1874, à savoir au moment même où furent rendus les arrêts *Bouscarle* : consacrée par les fameuses lois Rivet et de Broglie¹⁸⁸, et conformément aux réserves à l'égard du pouvoir exécutif que celles-ci exprimaient¹⁸⁹, la promulgation était à l'époque

¹⁸⁷ *Infra*, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2.

¹⁸⁸ Il s'agit des lois par lesquelles l'Assemblée nationale fixait le statut et les compétences du Président de la République de façon provisoire, jusqu'à l'adoption des lois constitutionnelles de 1875. L'art.2 de la loi Rivet du 31 août 1871 disposait que : « Le président de la République promulgue les lois dès qu'elles lui sont transmises par le président de l'Assemblée nationale », (*JO* du 3 septembre 1871, p.3161 ; *BL* 12^e série, t.3, n°486, p.113 ; *Duvergier*, t.71, p.210). L'art.2 de la loi de Broglie (dite aussi loi « chinoise ») du 13 mars 1873 modifia les modalités de la promulgation dans les termes suivants : « Le Président de la République promulgue les lois déclarées d'urgence dans les trois jours, et les lois non urgentes dans le mois après le vote de l'Assemblée. Dans le délai de trois jours, lorsqu'il s'agira d'une loi non soumise à trois lectures, le Président de la République aura le droit de demander, par un message motivé, une nouvelle délibération [...] », (*JO* du 19 mars 1873, p.1897 ; *BL* 12^e série, t.VI, N°121, n° 183 ; *Duvergier*, t.73, p. 50).

¹⁸⁹ Dans les préambules de ces lois, l'Assemblée nationale précisait dans un ton emphatique qu'elle joue pleinement et exclusivement du pouvoir constituant, et que c'est par le libre exercice de ce pouvoir qu'elle délègue provisoirement un certain nombre de pouvoirs au Président de la République,

accomplie selon une formule qui ne faisait aucune allusion à l' « exécution » de la loi promulguée¹⁹⁰.

Ceci étant, comment expliquer la définition singulière retenue par les arrêts *Bouscarle* ? Une hypothèse serait de considérer que la Cour de cassation s'est inspirée de la théorie doctrinale de la promulgation qui avait été développée avant la Troisième République. Cette théorie, développée principalement pendant la Restauration et la Monarchie de Juillet, accordait moins d'importance à « l'attestation de l'existence » des lois¹⁹¹, et exaltait l'importance du « commandement

dont la promulgation des lois. Ainsi, le préambule de la loi Rivet précisait que « l'Assemblée nationale a le droit d'user du pouvoir constituant, attribut essentiel de la *souveraineté dont elle est investie* », et que c'est « sans que les *droits souverains* de l'Assemblée en souffrent la moindre atteinte » que cette même loi règle « le pouvoir que [M. Thiers] tient de l'Assemblée ». De même, le préambule de la loi de Broglie du 13 mars 1873 déclarait que : « L'Assemblée nationale, réservant dans son intégrité le pouvoir constituant qui lui appartient, mais voulant apporter des améliorations aux attributions des pouvoirs publics, décrète [...] ». En ce qui concerne la promulgation en particulier, l'art.3 de loi de Broglie précisait que les dispositions de cette même loi qui habilitaient le Président de la République à promulguer les lois « ne s'appliqueront pas aux actes par lesquels l'Assemblée nationale exercera le pouvoir constituant qu'elle s'est réservé dans le préambule de la présente loi ». Ainsi, les deux premières lois constitutionnelles de 1875 (Loi du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs ; Loi du 24 février relative à l'organisation du Sénat), telles qu'elles furent publiées dans le *Bulletin des lois*, étaient précédées de la formule « L'Assemblée nationale a adopté la loi dont la teneur suit ». La même formule était placée en tête de la troisième loi constitutionnelle qui, à la différence des deux premières, était publiée dans le *Bulletin des lois* avec le titre de « Loi constitutionnelle » (Loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 sur les rapports des Pouvoirs publics, *BL* 12^e série, N° 260, n°4270, p. 1). En revanche, les autres lois rendues par l'Assemblée, dans le cadre de l'exercice de pouvoir législatif, et non pas constituant, étaient précédées de la formule « L'Assemblée nationale a adopté, le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit » (v. la note suivante). Malgré cela, et pour des raisons que nous ne connaissons pas, toutes les trois lois constitutionnelles, telles qu'elles furent publiées au *Bulletin des lois*, portaient non seulement la signature du président de l'Assemblée, mais aussi celle de Mac Mahon qui était apposée, elle, au-dessous de la formule « Le Président de la République promulgue la présente loi ».

¹⁹⁰ La formule de promulgation était fixée par deux décrets pris en application des lois Rivet et de Broglie, respectivement. Le premier était le décret du 2 septembre 1871, dont l'ar.1^{er} disposait que : « Les lois seront promulguées à l'avenir dans la forme suivante : “L'Assemblée nationale a adopté, le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit” » (*Duvergier*, t.71, p. 217). Le deuxième décret, rendu le 11 avril 1873, modifia légèrement cette formule dans les termes suivants : « L'Assemblée nationale a adopté la loi dont la teneur suit (texte de la loi). Le Président de la République promulgue la présente loi » (*Duvergier*, t.73, p.146). Sur la promulgation des lois pendant cette période de transition constitutionnelle v. les brèves remarques de E. PIERRE, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, 5^e éd., Librairies-imprimeries réunies, 1924, n° 507, p. 565.

¹⁹¹ Cette attestation était conçue comme une déclaration solennelle adressée aux destinataires de la loi, et non pas, comme sera le cas pour la doctrine ultérieure, comme une attestation faite après un contrôle de l' « existence » du texte promulgué. V. par ex. PH.-A. MERLIN (dir.), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 18, 5^e éd., 1827, V° « Lois », §5, n° 6, p. 409 (*in fine*) : Tout en soulignant le besoin de distinguer la promulgation de la publication, les auteurs de cette entrée présentent la fonction de la première dans les termes suivants : « Entre la Loi et le peuple pour qui elle est faite, il faut un moyen ou un lien de communication [...] La promulgation est le moyen de constater l'existence de la loi auprès du peuple, et de lier le peuple à l'observation de la loi ». Dans le même sens, PH. VALETTE & B. SAINT-MARCY, *Traité de la confection des lois*, 2^e tirage, Joubert, 1839, p. 211 : après l'adoption et jusqu'à la sanction, la loi « n'existe encore que pour les chambres et le Roi, qui l'ont faite. Il faut maintenant un acte qui ne peut émaner que du chef du pouvoir exécutif,

d'exécution » qui faisait partie de la formule de promulgation, mais constituait en même temps le moyen par lequel le roi accordait sa sanction aux lois¹⁹². Cette hypothèse pourrait expliquer l'insistance de la Cour de cassation sur le commandement d'exécution, mais la qualification de ce commandement comme « acte de la volonté souveraine » apparaît surprenante même au regard de la doctrine de l'époque¹⁹³.

Pour expliquer alors cette qualification, il faut se pencher sur le régime de promulgation auquel était soumis le décret litigieux, à commencer par la formule de

qui en annonce l'existence à la société, qui la rende publique et notoire à tous. Cet acte est distinct et séparé du mode de publication ». On retrouve dans ces affirmations la façon dont la promulgation était présentée par Portalis : « Entre la loi et le peuple pour qui elle est faite, il faut un moyen ou un lien de communication : car il est nécessaire que le peuple sache ou puisse savoir que la loi existe et qu'elle existe comme loi. La promulgation est le moyen de constater l'existence de la loi auprès du peuple, et de lier le peuple à l'observation de la loi », A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t.6, libraire Videcoq, 1836, séance du 4 ventôse an 11 (23 février 1803), p. 350 (réimpr. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, préf. M. Massenet, Bordeaux, éd. Confluences, 2004, p. 77 (accessible sur : mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf).

¹⁹² Pour la période de la Restauration, v. : C.B.M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t.1, Warée, 1824, n° 57-58, p. 56-59 : après avoir précisé que « le droit de commander, *imperium*, qui contient celui d'employer la force publique pour faire exécuter le commandement, est l'une des principales attributions de la puissance exécutive », ce auteur définit la promulgation comme « l'ordre de faire exécuter la loi, et de la publier ou de la rendre publique ». Pour la période de la Monarchie de Juillet, v. : J.-J. BILHARD, *Des effets du gouvernement représentatif en France*, Librairie des nouveautés, 1839, p. 45-46 : « Un acte du Corps législatif [...] n'acquiert force de loi vis-à-vis des citoyens, n'est exécutoire contre eux, que sous l'observation des conditions constitutionnelles [et] la plus importante de ces conditions est la promulgation, parce qu'il n'y a qu'elle qui ait la puissance de nous contraindre à l'exécuter [la loi] » ; P.J.F.L. CROCHET DE SAVERNE, *De la promulgation, de la publication et de l'abrogation des lois civiles*, thèse, Strasbourg, 1847, p. 11 : « La promulgation est l'acte par lequel le roi, comme chef du pouvoir exécutif, rend la loi exécutoire. Au roi seul appartient ce droit ; c'est en son nom seul que les tribunaux, les officiers publics, peuvent requérir main forte pour faire exécuter la loi ». Dans le même sens : CH.-E. DORMOY, *De la promulgation, de la publication et de l'abrogation des lois civiles*, thèse, Strasbourg, 1846, p. 9. La même approche caractérise, évidemment, les auteurs qui raisonnent dans le cadre du Second Empire : P.-E. ESCHBACH, *De la promulgation, de la publication et de l'abrogation des lois civiles*, thèse, Strasbourg, 1853, p. 7 : « La promulgation est l'acte par lequel l'empereur, comme chef du pouvoir exécutif et auquel appartient seul le droit de promulguer, imprime à la loi sa force exécutoire ».

¹⁹³ La seule référence à la souveraineté que nous avons pour repérer dans la littérature en la matière est la suivante : « La promulgation a lieu [dans le cadre de la Charte de 1830] au moyen d'une formule solennelle divisée en deux parties. La première, qui commence par le nom du souverain, certifie l'existence de la loi [...] », A.-M. CAURROY, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 1, Thorel et Joubert, 1848, p. 6. Cet auteur s'abstient pourtant de définir la promulgation comme un acte de la volonté souveraine, et précise que la promulgation se distingue de la sanction en ce qu'elle « émane du pouvoir exécutif » (*ibid.*). Ce dédoublement fonctionnel du roi sous la Restauration (titulaire de la souveraineté et chef de l'exécutif) attribuait à la promulgation une particularité qu'on la retrouve sous le Second empire, voire sous le régime dans le cadre duquel avait été rendu le décret litigieux dans l'affaire *Bouscarle*. Sur cette particularité v. les développements qui suivent.

promulgation fixée pour les lois et les décrets du Second Empire par un décret impérial du 2 décembre 1852¹⁹⁴.

Une lecture de ce décret révèle que la formule de promulgation qu'il fixait s'inspirait d'un acte de commandement qui était, lui, un « acte de la volonté souveraine », à savoir du commandement d'exécution qui s'apposait sur les ordonnances royales de l'ancien régime¹⁹⁵. Certes, le Second Empire ne se réclamait pas, en théorie, du principe monarchique de l'ancien régime. Toutefois, il s'agissait d'un régime où « la vie législative [était] subordonnée au pouvoir d'un seul »¹⁹⁶, et la formule de promulgation reflétait cette réalité institutionnelle. Plus précisément, les lois constitutionnelles du Second Empire disposaient que « la puissance législative s'exerce collectivement par l'Empereur, le Sénat et le Corps législatif », ce qui impliquait, entre autres choses, que l'adoption des lois était confiée aux deux organes collégiaux, et leur sanction à l'Empereur¹⁹⁷. Or, de ces deux étapes de l'édition de la loi, la formule de promulgation ne mentionnait que la sanction – laquelle faisait par ailleurs corps avec la promulgation, l'accomplissement de celle-ci entraînant *ipso facto* l'accomplissement de celle-là – abstraction ainsi faite de l'adoption de la loi par le Sénat ou le Corps législatif¹⁹⁸. Cela explique peut-être pourquoi les arrêts *Bouscarle* ne définissent pas la promulgation comme un acte qui

¹⁹⁴ Décret impérial du 2 décembre 1852, *BL* 11^{ème} série, N°1, n°3, p. 6, *Duvergier*, t.52, p. 756.

¹⁹⁵ La formule de promulgation des lois était ainsi conçue : « Napoléon, par la grâce de Dieu et la volonté nationale, empereur des Français, à tous présents et à venir, salut. Avons sanctionné et sanctionnons, promulgué et promulguons ce qui suit : (extrait du procès-verbal du corps législatif et du Sénat). Mandons et ordonnons que la présente, revêtue du sceau de l'État, et insérée dans le *Bulletin des lois*, soit adressée [...] pour qu'ils l'observent et la fassent observer [...] Fait à... ». Les décrets rendus sur le rapport des ministres, comme c'était le décret litigieux, étaient promulgués d'après une formule plus simple : « Napoléon [par la grâce de Dieu, etc.]. Sur le rapport de notre ministre secrétaire d'Etat au département de... Avons décrété et décrétons ce qui suit : [...]. Notre ministre secrétaire d'Etat au département de... est chargé de l'exécution du présent décret ».

¹⁹⁶ M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, 11^e éd., Montchrestien, 2010, p. 258.

¹⁹⁷ V. les articles 4, 10, et 26 de la Constitution du 14 janvier 1852, et les art.11 et 17 du *Sénatus-consulte du 21 mai 1870 fixant la Constitution de l'Empire*.

¹⁹⁸ À vrai dire, les lois publiées au le *Bulletin des lois* comportaient l'expression « le corps législatif [ou le Sénat] a adopté le projet de loi dont la teneur suit ». Or, cette expression ne faisait pas partie de la formule de promulgation : placée après la clause «avons sanctionné et sanctionnons, promulgué et promulguons ce qui suit : [...]», elle figurait dans l'espace réservé pour la reproduction du texte de la loi. Ainsi, cette expression était présentée comme faisant partie du texte promulgué lui-même. La présence de cette expression, qui n'était pas d'ailleurs prévue par la formule de promulgation légalement fixée, s'explique, paraît-il, par le fait que, conformément au décret des 2-9 décembre 1852, le texte promulgué était recopié par les procès-verbaux du corps législatif ou du Sénat où l'expression en cause était placée en tête du texte de la loi afin de marquer avec netteté le fait qu'il s'agit de la version définitivement arrêtée.

« atteste l'existence » de la loi : l'une des conditions dont dépendait cette « existence », à savoir l'adoption de la loi par les chambres législatives, ne figurait pas dans la formule de promulgation¹⁹⁹.

Quoiqu'il en soit, il est permis de penser qu'il ne s'agissait pas d'une omission involontaire, mais de la marque de la concentration du pouvoir et de la légitimité personnelle auxquelles prétendait l'Empereur²⁰⁰ : en excluant de la formule de promulgation les étapes qui précèdent la promulgation de la loi, celle-ci était présentée comme le produit de la seule volonté de l'Empereur. Corrélativement, c'était en vertu de sa propre autorité seulement que l'Empereur « commandait » l'exécution de la loi, et non pas en reconnaissance du fait que la loi avait été adoptée par les organes constitutionnels compétents. En ce sens concourt d'ailleurs la différence que présentait la formule de promulgation des décrets par rapport à celle des lois : l'étape antérieure à la promulgation des décrets, qui était le rapport fait à l'Empereur par ses ministres, était explicitement mentionnée dans la formule de promulgation. Or, cette mention était anodine pour la légitimité personnelle dont se réclamait l'Empereur. Ce dernier avait intérêt à minimiser l'importance du rôle du Sénat et du Corps législatif qui étaient, d'après les lois constitutionnelles, co-auteurs de la loi. Les ministres, au contraire, dont la subordination absolue à la volonté de l'Empereur était non seulement assurée en pratique mais proclamée aussi en principe par les lois constitutionnelles²⁰¹, n'avaient qu'un rôle consultatif à l'adoption des décrets dont l'unique auteur était l'Empereur. Cette affirmation est d'ailleurs corroborée par la deuxième formule de promulgation qu'a connue le Second Empire : suite aux « réformes libérales opérées dans la Constitution depuis 1860 », selon les termes du *Sénatus-Consulte du 21 mai 1870 fixant la Constitution de l'Empire*, un décret rendu le même jour fixa une nouvelle formule de promulgation qui présente une différence importante par rapport à la précédente : elle présente la

¹⁹⁹ Certes, l'acte litigieux était un décret, et non pas une loi. Il paraît pourtant que les arrêts *Bouscarle* s'expriment en termes généraux, prenant en compte le cas typique, à savoir la promulgation des lois.

²⁰⁰ De façon significative par ailleurs, le décret précité fixant la formule de promulgation a été rendu le même jour que le décret impérial 2 décembre 1852 qui rétablissait l'Empire en modifiant la Constitution du 14 janvier 1852.

²⁰¹ V. notamment les art.3, 13 et 14 de la Constitution du 14 janvier 1852, l'art.2 du sénatus-consulte du 8 septembre 1869, et les art.10, 19 et 21 du sénatus-consulte du 21 mai 1870.

loi promulguée comme un texte que l'Empereur a « proposé » et « les chambres ont adopté »²⁰².

Il est alors permis de penser que la formule de promulgation en question reflétait une conception monarchique du pouvoir de l'Empereur : celui-ci était non seulement l'organe qui commandait l'exécution de la loi, mais aussi l'unique organe au nom duquel cette exécution était commandée²⁰³.

Conformément donc à cette conception monarchique du pouvoir de l'Empereur, le premier arrêt *Bouscarle* affirme, en se référant à l'époque où le décret litigieux avait été rendu, que la publication prévue par les ordonnances de 1816 et de 1817 était commandée par « le souverain »²⁰⁴. Quant au deuxième arrêt, il fait remarquer, afin de montrer que le défaut de publication au *Bulletin des lois* n'affecte pas la promulgation du décret litigieux, que celui-ci contient la formule de promulgation fixée par le décret impérial de 1852, et de cette formule il cite, de façon significative, la partie qui contient le commandement d'exécution que l'Empereur adressait à ses ministres²⁰⁵.

Il paraît alors que les arrêts *Bouscarle* mesurent l'influence des régimes politiques sur les caractéristiques que présentent les actes accomplis par les organes constitutionnels : la définition atypique de la promulgation que ces arrêts retiennent

²⁰² Décret impérial du 21 mai 1870 qui fixe la forme de promulgation des lois, *Duvergier* t. 70 p. 150. De façon tout aussi significative, et non pas sans une dose de cynisme, l'exposé des motifs du décret affirmait que « considérant qu'il y a lieu de modifier la forme de la promulgation des lois, qui seront, à dater de ce jour, adoptées par le Sénat et par le corps législatif ». Or, et comme nous l'avons vu, la Constitution de l'Empire, disposait déjà, dans sa version initiale et avant sa modification en mai 1870, que « la puissance législative s'exerce collectivement par l'Empereur, le Sénat et le Corps législatif ».

²⁰³ Cette conception monarchique du pouvoir de l'Empereur était d'emblée exprimée par une autre formule, fixée par l'art. 17 du sénatus-consulte du 21 mai 1870 qui disposait que « la justice se rend à son nom ». En effet, la justice se rend toujours au nom du souverain, c'est-à-dire, selon les régimes, au nom du roi, de la Nation ou du peuple, ce qui montre d'ailleurs le contraste qui se désignait entre le pouvoir personnel de l'Empereur et l'appel de celui-ci à la volonté populaire comme source de légitimation de ce pouvoir.

²⁰⁴ Cass. crim. 6 février 1874, *D.* 1874 I, p. 190 : « le souverain pouvait, aux termes des ordonnances des 27 nov. 1816 et 18 janvier 1817, envoyer directement, en cas d'urgence [...] ». Il ne faut pas d'ailleurs oublier que ces ordonnances furent adoptées sous la Charte de 1813 qui se réclamait explicitement du principe de la souveraineté royale de l'ancien régime.

²⁰⁵ Cass. ch. réun. 22 juin 1874, *D.* 1874 I, p. 322-323 : « le décret du 9 août 1870 [...] contient dans son art.2 la formule de promulgation spécialement réglée par le décret impérial des 2-9 déc. 1852, la quelle est ainsi conçue : "Notre garde des sceaux, ministres de la justice et des cultes, et nos ministres de l'intérieur et de la guerre sont chargés de l'exécution du présent décret" ».

s'explique, paraît-il, par la conception monarchique du pouvoir de l'Empereur qui s'exprimait dans la formule de promulgation consacrée sous le Second Empire. Or, cette conception monarchique du pouvoir de l'Empereur faisait de l'acte de promulgation sous le Second Empire un acte *sui generis* : la formule de promulgation, inspirée des préambules des ordonnances de l'ancien régime, exprimait et résumait l'un des traits particuliers de ce régime, à savoir la légitimité personnelle à laquelle prétendait l'Empereur.

Or, le choix de la Cour de cassation de retenir ce trait particulier plutôt qu'un trait qui serait commun à tous les actes de promulgation est dicté par des considérations d'ordre pratique et non pas théorique : statuant *en* droit et non pas *sur* le droit, la Cour de cassation se prononce sur la définition de la promulgation afin de trancher la question litigieuse dont elle est saisie, et non pas afin de nous expliquer ce que c'est la promulgation en général, ce qui est la tâche de la doctrine. Si ce constat relève peut-être d'un truisme²⁰⁶, il n'en reste pas moins qu'il n'est pas pris en compte par la doctrine qui croit que les arrêts *Bouscarle* consacrent la distinction entre la promulgation et la publication telle qu'elle avait été conçue par la doctrine elle-même.

Conclusion du paragraphe – De ce qui précède, il peut être conclu que la doctrine fait une lecture des arrêts *Bouscarle* qui s'avère inexacte à plus d'un titre. Si ce constat est pertinent, et afin de mesurer sa portée, il faut rappeler trois choses. En premier lieu, et à notre connaissance, les arrêts *Bouscarle* constituent le seul exemple que la doctrine présente lorsqu'elle affirme que la jurisprudence proclamait la distinction entre la promulgation et la publication bien avant l'arrêt *Commune de Montory*, voire dès la fin du 19^e siècle²⁰⁷. Il serait même exact de dire que, à l'exception peut-être de l'arrêt *Desreumeaux* rendu en 1933, les arrêts *Bouscarle* constituaient le seul exemple jurisprudentiel qui figurait dans les analyses sur la

²⁰⁶ V. pourtant *Infra*, Section 2, § 2.

²⁰⁷ V. la bibliographie citée *supra*. Pour la jurisprudence du 20^e siècle, v. les exemples cités par le commissaire du gouvernement dans ses conclusions sur l'arrêt *Commune de Montory*, dont nous avons contesté la pertinence : *Supra*, § 1.

promulgation élaborées avant l'arrêt *Commune de Montory*²⁰⁸. Il faut aussi rappeler, en deuxième lieu, que la thèse doctrinale en question est démentie par deux données différentes, dont l'une est relative aux arrêts *Bouscarle* eux-mêmes, et l'autre à la jurisprudence ultérieure. D'une part, la distinction entre promulgation et publication proclamée par les arrêts *Bouscarle* ne correspond pas à celle élaborée par la doctrine. D'autre part, et surtout, la jurisprudence *Bouscarle* fut exceptionnelle et éphémère : elle représente une parenthèse momentanée dans une jurisprudence, tant judiciaire qu'administrative, qui continua pendant plusieurs décennies à ne pas distinguer la promulgation de la publication, et qui ne se prononça de nouveau sur la définition de la promulgation qu'un siècle plus tard, avec l'arrêt *Commune de Montory*. Malgré cela, et en troisième lieu, la lecture que la doctrine fait des arrêts *Bouscarle* s'est imposée comme une évidence sans jamais faire, à notre connaissance, l'objet d'une critique.

Conclusion de la section – Au vu des analyses précédentes, deux conclusions s'imposent. D'une part, il s'avère que la théorie doctrinale de la promulgation a été élaborée en marge, voire en méconnaissance même de l'état de la jurisprudence en la matière : les analyses sur la promulgation ne rendent pas compte de la façon dont le terme « promulgation », et l'acte que ce terme désigne, ont été traités par la jurisprudence rendue avant l'arrêt de principe *Commune de Montory*. D'autre part, comme cet arrêt de principe n'a été rendu qu'en 1974, il s'avère aussi que, contrairement à la doctrine, la jurisprudence s'intéressa beaucoup plus tard à la promulgation.

Il reste à expliquer cet intérêt tardif pour la promulgation, à savoir les raisons qui ont poussé la jurisprudence à se montrer indifférente, avant 1974, pour la définition de la promulgation, ou même, pendant le 19^e siècle, pour sa distinction par rapport à la publication.

²⁰⁸ De règle générale, les exemples jurisprudentiels cités par la doctrine sont pratiquement tous relatifs à la publication et l'entrée en vigueur des lois. En revanche, et à notre connaissance, les analyses sur la promulgation elle-même, dont celles relatives à la définition de cette dernière et à distinction par rapport à la publication, ne citent pratiquement aucun autre exemple jurisprudentiel, à part les arrêts *Bouscarle* (1874) et *Commune de Montory* (1974) et, plus rarement, l'arrêt *Desreumeaux* (1933) et F.N.O.S.S. (1960).

Section 2 : Appréciation des données jurisprudentielles

Les analyses de la section précédente nous ont permis d'établir un double constat concernant la jurisprudence rendue avant 1974, voire avant l'arrêt de principe *Commune de Montory*.

D'une part, la jurisprudence du 19^e siècle ne distinguait pas la promulgation de la publication dans la mesure où elle employait le terme « promulgation » pour désigner soit la publication officielle, soit la publication matérielle, c'est-à-dire, respectivement, l'insertion de la loi dans le Journal officiel (ou le Bulletin des lois), ou l'arrivée de ce dernier à un lieu donné (ou la publication faite par voie d'affiches dans un lieu donné). D'autre part, la jurisprudence du 20^e siècle rendue avant l'arrêt *Commune de Montory* a pris acte de la distinction entre les deux actes, dans la mesure où elle a abandonné l'emploi susmentionné du terme « promulgation », mais s'abstenait de définir ce terme, et ce même lorsqu'elle statuait sur des affaires qui étaient propices à une telle démarche, voire des affaires qui étaient similaires à celle tranchée par l'arrêt *Commune de Montory*.

Pour expliquer ces données jurisprudentielles, et surtout l'évolution qu'a connue la jurisprudence jusqu'à l'arrêt *Commune de Montory*, il convient d'abord d'identifier les traits qui sont communs aux différents arrêts, étudiés à la section précédente, dont se compose ce *corpus* jurisprudentiel (§1). Avant de tenter d'expliquer ces traits communs, il importe d'apporter quelques précisions concernant les différences qui séparent les définitions retenues par le juge de celles élaborées par la doctrine : contrairement aux définitions doctrinales, qui sont censées avoir une valeur théorique, les définitions jurisprudentielles ont une valeur pratique, voire instrumentale, puisqu'elles répondent aux besoins du contentieux (§2). Sur cette base, nous tenterons de montrer que l'intérêt de la jurisprudence pour la promulgation a été dicté par des raisons autres que celles qui préoccupent la doctrine : le juge commencera à s'intéresser à la promulgation lorsqu'il décida d'utiliser cet acte comme critère formel pour trancher des questions relatives à l'application des lois dans le temps. En d'autres termes, l'évolution de la jurisprudence en la matière, qui conduira à la définition de la promulgation par l'arrêt *Commune de Montory*, a été dicté par des

considérations instrumentales, c'est-à-dire liées aux besoins du contentieux de l'application des lois dans le temps (§3)

§ 1 – Les traits communs des arrêts rendus en la matière avant l'arrêt *Commune de Montory*

À l'exception des arrêts *Desreumeaux* et *F.N.O.S.S* du Conseil d'État²⁰⁹, tous les arrêts cités dans la section précédente emploient les termes « promulgation » et « publication » lorsqu'ils se réfèrent à des questions qui sont relatives soit à l'entrée en vigueur, soit à la détermination du champ d'application dans le temps d'une loi²¹⁰. Dans le premier cas, il s'agit de savoir à partir de quel moment, et après avoir rempli quelles conditions, une loi devient obligatoire, et donc apte à recevoir application. Dans le deuxième cas, la question qui se pose est la suivante : à partir de quand (ou jusqu'à quand) une situation matérielle ou juridique doit-elle être constituée, ou doit-elle remplir une certaine condition, pour qu'elle soit régie par les règles établies par une loi²¹¹ ? Le dénominateur commun de ces questions est qu'elles relèvent de ce que l'on peut appeler « application des lois dans le temps ». Dans le cas de l'entrée en vigueur, il s'agit de déterminer le moment à partir duquel une loi devient apte à recevoir application. Dans le cas du champ d'application dans le temps, il s'agit de déterminer le moment à partir duquel (ou jusqu'au quel) une personne ou une situation doit remplir une certaine condition pour qu'elle fasse partie de la catégorie de personnes ou de situations à laquelle s'applique la loi²¹².

²⁰⁹ *Infra*, Section 1, § 2, B), 1), a).

²¹⁰ Cette détermination étant à son tour liée à l'entrée en vigueur.

²¹¹ En ce sens, la détermination du champ d'application d'une loi dans le temps comprend aussi le calcul des délais impartis pour l'accomplissement d'un acte ou d'une condition dont la survenance détermine si une personne ou une situation tombe ou non sous le champ d'application d'une loi. Il s'agit, en d'autres termes, des délais qui déterminent une période au cours de laquelle une personne ou une situation doit satisfaire à une condition pour qu'elle soit régie par une loi donnée. Tel était précisément le cas, nous l'avons, pour le délai fixé par la loi appliquée dans l'affaire *Commune de Montory* (*Infra*, Section 1, §1)

²¹² L'expression « application de la loi dans le temps » reçoit ici une signification à la fois plus large et plus étroite de celle retenue souvent par la doctrine : plus large, parce que nous incluons dans ce titre la question de l'entrée en vigueur des lois ; plus étroite, parce que notre intérêt porte uniquement sur les critères formels utilisés pour la détermination du champ d'application dans le temps, et non pas sur les raisons substantielles qui sont prises en compte pour la détermination de ce champ d'application. Cette dernière question, beaucoup plus vaste, comprend notamment deux questions : celle de l'application de la loi nouvelle aux situations qui sont en cours au moment de son entrée en vigueur ; celle de la survivance de la loi ancienne. Pour une vue d'ensemble des questions que la doctrine subsume sous le titre « application de la loi dans le temps » v. S. GAUDEMET, « Application

Bien entendu, l'application des lois dans le temps présuppose l'existence de critères temporels correspondants. Si alors les arrêts étudiés dans la section précédente partagent le trait commun décrit ci-dessus, c'est que dans tous les cas d'espèce les termes « promulgation » et « publication » étaient employés dans un sens que l'on pourrait qualifier de « temporel », c'est-à-dire afin de désigner un point dans le temps.

Cela s'explique par les données du droit positif relatives à l'entrée en vigueur des lois. Comme nous l'avons vu, la date de la publication (officielle et matérielle) était le critère retenu, tant par l'ordonnance de 1816 que par le décret du 5 novembre 1870, pour la détermination de la date d'entrée en vigueur : à Paris, et à défaut de prévision contraire, les lois entraient en vigueur un jour après leur insertion dans le *Journal officiel* (ou le *Bulletin des lois*), et partout ailleurs un jour après l'arrivée du *Journal officiel* (ou du *Bulletin des lois*) au chef-lieu de chaque département. De même, le critère retenu pouvait être la publication faite par voie d'affiches, à un lieu donné, après décision du gouvernement.

Quant à la détermination du champ d'application d'une loi dans le temps, le législateur fixait des critères correspondants en se référant tantôt à la « promulgation », tantôt à la « publication » d'une loi. Par ailleurs, c'est précisément l'emploi à cette fin du terme « date de promulgation » qui a donné à l'Assemblée du Conseil d'État l'occasion de se prononcer sur la définition de l'acte de promulgation par son arrêt de principe *Commune de Montory*. Or, plusieurs arrêts rendus avant cette date avaient eu l'occasion d'appliquer des lois qui employaient le terme « date de promulgation » (ou l'expression « à compter de la promulgation ») dans un sens similaire²¹³. De même, plusieurs arrêts avaient eu l'occasion d'appliquer le décret du

de la loi dans le temps : Introduction », *JurisClasseur Civil*, Art. 2, Fasc. 10, 2011 (mise à jour : 12 juin 2018).

²¹³ La constatation avait été faite par ailleurs par la doctrine : É. BONNET, *De la promulgation. Étude de droit public*, thèse, A. Rousseau, 1908, p. 58 : « Il arrive assez fréquemment que des lois visent des faits à intervenir, ou bien encore font courir des délais, à compter de leur “promulgation”, ou jusqu'à leur “promulgation” ; *Travaux de la commission de réforme du code civil*, t.7, année 1948-1949, séance du 20 janvier 1949, p. 158 : « [...] la date de la promulgation [...] sert souvent de point de départ au calcul du délai d'application de la loi ».

5 novembre 1870 qui appelait à une clarification quant à la distinction des deux actes, compte tenu du fait qu'il employait le terme « promulgation » pour désigner la publication officielle. Qui plus est, au moment où l'arrêt *Commune de Montory* a été rendu, le décret de 1870 était en vigueur depuis un siècle déjà, alors que l'emploi qu'il faisait du terme « promulgation » remonte à un texte plus ancien encore, à savoir à l'ordonnance de royale de 1816²¹⁴.

§ 2 – *Le caractère instrumental des définitions jurisprudentielles*

Ceci étant, la question suivante se pose : pourquoi a-t-il fallu attendre jusqu'en 1974 pour qu'un arrêt de principe tranche de façon explicite la question de la définition de la promulgation et, partant, la question de la distinction de celle-ci par rapport à la publication ? Cette question se pose avec d'autant plus d'acuité que la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Commune de Montory* n'était pas dépourvue d'outils théoriques pour creuser ces deux questions. En effet, elle aurait pu se procurer ces outils de la doctrine, comme le fera éventuellement l'arrêt *Commune de Montory* qui, nous l'avons vu, reprend à son compte la définition « traditionnelle » de la promulgation, c'est-à-dire la définition retenue par la grande majorité de la doctrine qui insistait, précisément, sur la distinction de cet acte par rapport à la publication. Par ailleurs, comme nous l'avons aussi vu, le juge ordinaire a pu se prononcer explicitement sur la définition de la promulgation, et sur sa distinction par rapport à la publication, et ce presque cinquante ans plus tôt que l'arrêt *Montory*, et dans le cadre d'une affaire qui était identique à des affaires jugées par la Cour de cassation²¹⁵.

Notre question pourrait alors être reformulée ainsi : pourquoi a-t-il fallu attendre si longtemps pour un arrêt de principe en la matière, alors que la jurisprudence rendue (par les juridictions suprêmes) avant 1974 ne manquait ni des occasions propices, ni

²¹⁴ Compte tenu de ces données, il est inexact d'affirmer que « ce n'est qu'un siècle plus tard [l'auteur songe aux arrêts *Bouscarle*, rendus par la Cour de cassation en 1874] que le Conseil d'État a eu l'occasion de préciser à son tour ce qu'il fallait entendre par promulgation », J. MASSOT, « Article 10 », in : Luchaire F. et al. (dir.), *La Constitution de la République française : analyses et commentaires*, 3^e éd., Economica, 2008, p 392.

²¹⁵ Trib. Civ. de l'Isère (Section de Grenoble), 29 novembre 1927, *D.* 1929 II, p. 14, *Gaz. Pal.* 1928 1, p. 60, *S.* 1928 II, p. 86. Sur cet arrêt, v. *Supra*, Section 1, § 2, B), 2).

des outils théoriques pour établir la même solution de principe que l'arrêt *Commune de Montory* ?

À notre connaissance, cette question n'a pas attiré l'attention de la doctrine²¹⁶. Pour la creuser il convient de revenir sur la distinction entre la connaissance théorique et l'application pratique du droit positif, à laquelle nous avons fait allusion à la fin de la section précédente : les catégories juridiques élaborées par la doctrine – les définitions de certains termes et les distinctions établies entre les objets que ces termes désignent – répondent à des impératifs théoriques qui visent la connaissance et l'explication des institutions du droit positif ; les catégories juridiques qui figurent dans le discours jurisprudentiel, en revanche, relèvent de l'exercice d'une compétence et, plus précisément, elles font partie du raisonnement pratique que suit une autorité dont la mission est de trancher les affaires litigieuses dont elle est saisie. De ce fait, le juge ne définit pas un terme afin de nous informer sur les traits distinctifs de l'objet que ce terme désigne ; il définit un terme afin d'identifier certains traits de l'objet correspondant qui sont utiles ou déterminants pour la solution du litige²¹⁷.

Ainsi, le juge ne s'intéresse à une définition donnée, et à l'objet que cette définition désigne, que lorsqu'il considère que cette catégorie juridique lui permet de mieux trancher – conformément aux données du droit positif – les affaires litigieuses dont il

²¹⁶ De façon significative, la seule étude, à notre connaissance, qui met en exergue ce défaut de la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Commune de Montory* est signée non pas par des auteurs de doctrine, mais par deux membres du Conseil d'État : M. FRANC & M. BOYON, chronique, AJDA, 1974, p. 192, spéc. p. 193-194. Pour le reste, nous n'avons pu repérer que deux références doctrinales relatives au phénomène ici étudié. La première est fournie par M. LE NEUF DE NEUF-VILLE, *La Cour suprême et les arrêts de ses chambres réunies*, Paris, éd. A. Durand et Pedone-Lauriel, 1879, p. 6, qui, dans ce commentaire des arrêts *Bouscarle*, et après avoir précisé que dans cette affaire « la difficulté unique portait sur la définition du mot “promulgation” », formule l'aporie suivante : « Ne semble-t-il étrange en 1874, soixante et onze ans après la publication des titres préliminaire du code civil de voir surgir une question pareille ? ». Il n'en reste pas moins que cette aporie concerne davantage la confusion entre la promulgation et la publication entretenue par les textes du droit positif que l'absence d'une définition de la promulgation de la part de la jurisprudence. La deuxième référence concerne le désintérêt que la jurisprudence montrait pour l'acte de promulgation, et elle est fournie par G. REVEL, *La publication des lois, des décrets et des autres actes de l'autorité publique*, Sirey, 1933, p. 18 : « [T]andis que la doctrine faisait porter toute son attention sur la promulgation, les tribunaux devaient s'attacher surtout à préciser les éléments constitutifs de la publication ». L'auteur songe ici à la jurisprudence étudiée plus haut, relative à la définition de la publication (*Supra*, Section 1, § 2, B), 2).

²¹⁷ Il ne s'agit pas de prendre position sur la typologie des définitions en général : la distinction que nous proposons ne prétend être ni exhaustive ni exclusive. Sur la typologie des définitions en général, et sur les différents rôles que celles-ci peuvent jouer dans le discours pratique ou théorique, v. A. GUPTA, « Definitions », in : *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, (Summer 2015 ed.), accessible sur : plato.stanford.edu/entries/definitions/

est saisi, et c'est à ces mêmes fins qu'il peut abandonner un jour ou l'autre une catégorie qu'il retenait jusqu'alors. Cette instrumentalisation des catégories juridiques de la part du juge nous permet de saisir la logique qui sous-tend l'évolution de la jurisprudence sur les questions de la définition de la promulgation, et de la distinction de celle-ci de la publication : quoique élaborées de très longue date par la doctrine, ces deux catégories juridiques ne trouvent leur place dans la jurisprudence qu'à partir du moment où celle-ci commence à s'en servir afin de trancher des questions relatives à l'application de la loi dans le temps.

§ 3 – Le caractère instrumental de la définition jurisprudentielle de la promulgation : une définition dictée par les besoins du contentieux de l'application des lois dans le temps.

En effet, la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Commune de Montory* se montrait indifférente à l'acte de promulgation tant qu'elle tranchait toute question relative à l'application des lois dans le temps en retenant comme seul critère pertinent la publication de celles-ci. Cette approche réductionniste empruntait deux voies, une radicale et une modérée.

La publication comme « promulgation » – L'approche radicale était celle de la jurisprudence du 19^e siècle qui n'employait le terme « promulgation » que pour désigner la publication (officielle ou matérielle). Les arrêts, étudiés plus haut, dont se compose cette jurisprudence portaient pour l'essentiel sur des questions qui étaient relatives à la détermination du champ d'application des lois dans le temps, mais dont la solution n'était pas commandée par le besoin d'une distinction précise entre la date de la promulgation et celle la publication. Il était dès lors loisible au juge de trancher ces questions en retenant comme seul critère pertinent la publication des lois, la désignation de celle-ci par le terme « promulgation » étant incorrecte d'un point de vue théorique, mais sans incidence pratique sur la solution du litige. Or, cette approche était suivie même lorsqu'il s'agissait de trancher des questions relevant de la distinction entre la promulgation et la publication, comme c'était par exemple le cas

lorsqu'il s'agissait de déterminer le point de départ d'un délai qui commençait à courir « à compter de la promulgation » : le juge concevait cette distinction comme une distinction entre la publication légale et la publication matérielle, c'est-à-dire comme une distinction entre, respectivement, l'insertion de la loi au *Journal officiel*, désignée par le terme « promulgation », et l'arrivée de ce journal dans un département donné (ou l'affichage de la loi), désignée par le terme « publication »²¹⁸. En ce sens, la jurisprudence du 19^e siècle méconnaissait la distinction des deux actes non pas parce qu'elle confondait la promulgation avec la publication, mais parce qu'elle se montrait indifférente, tout simplement, à l'acte de promulgation, la publication étant le seul critère dont elle se servait pour trancher les questions relatives à l'application des lois dans le temps dont elle était saisie²¹⁹.

La « promulgation » comme publication – L'approche modérée était celle de la jurisprudence du 20^e siècle qui abandonna l'emploi précédent du terme « promulgation » après avoir défini la publication comme un fait institutionnel complexe qui comprend l'ensemble de faits dont la survenance est érigée par les règles de droit commun en critère par défaut pour la détermination de la date d'entrée en vigueur. Comme nous l'avons vu à la section précédente, cette jurisprudence s'appuyait sur la définition de la publication pour trancher même ces questions qui appelaient à une définition de la promulgation. Ainsi, lorsqu'une loi fixait un délai à compter de sa « promulgation », le juge décidait qu'il fallait remplacer le terme « promulgation » par le terme « publication », au motif que la loi, et donc ses dispositions fixant le point de départ d'un délai, n'entrait en vigueur qu'après sa publication.

Les choix du législateur et l'interprétation du juge – Le recours à cette technique, que l'on peut qualifier de « correctif interprétatif », révèle deux choses. Premièrement, le juge reconnaît désormais, fût-ce implicitement, que les

²¹⁸ V. en ce sens Cass. (comm. sup. de cassation), 9 février 1928, *Société des Établissements Kuhlmann c/ dame de veuve Castel*, D. 1929 I, p. 5, 1^{er} espèce, note R. BEUDANT, précité : *supra*, Section 1, §1, et §2, B),2).

²¹⁹ En ce sens, la jurisprudence *Bouscarle*, laquelle se réfère la doctrine pour montrer que la distinction entre la promulgation et la publication était établie par la jurisprudence dès la fin du 19^e siècle, était éphémère et exceptionnelle en raison, précisément, du fait qu'elle constitue la seule exception, à notre connaissance, à cette approche réductionniste : *supra*, Section 1, § 2, C).

termes « promulgation » et « publication » désignent deux actes différents. Deuxièmement, le juge considère toujours, en termes plus ou moins explicites, que cette distinction ne saurait commander la solution aux questions relatives à l'application des lois dans le temps : le seul critère pertinent à cette fin ne saurait être autre que la publication, telle que le juge lui-même l'avait défini, à savoir la publication en fonction de laquelle est déterminée, conformément aux règles de droit commun, la date de l'entrée en vigueur de la loi appliquée au litige.

Le choix du juge administratif de définir la promulgation – Le recours à cette technique signifiait – sauf à considérer que le législateur se trompait systématiquement lorsqu'il employait le terme « promulgation » – que le juge était amené à substituer sa propre interprétation à l'appréciation faite par le législateur quant à l'opportunité de retenir la date de la promulgation, plutôt que celle de la publication, comme critère pour régler une question relative à l'application d'une loi dans le temps.

C'est précisément à cette pratique que l'arrêt *Commune de Monture* a voulu mettre un terme, comme l'atteste la vive critique que le commissaire du gouvernement formule, dans ses conclusions, contre la façon dont la jurisprudence antérieure interprétait le terme « date de promulgation » (ou l'expression « à compter de la promulgation »)²²⁰. En effet, le commissaire du gouvernement affirme, entre autres, « qu'il ne faut pas faire dire aux textes autre chose que ce qu'ils disent », et que « [l]e législateur est maître de fixer le point de départ des délais qu'il institue au même titre qu'une date de référence »²²¹.

²²⁰ ROUGEVIN-BAVILLE, conclusions, *RDP* 1974, p. 1519 s.,

²²¹ *Ibid.*, p. 1520-1521, où, après avoir exposé les interprétations retenues par la jurisprudence antérieure, le commissaire du gouvernement affirme « qu'il ne faut pas faire dire aux textes autre chose que ce qu'ils disent, dès lors que cette lecture littérale aboutit à un résultat qui n'est ni absurde, ni choquant », et « qu'il faut être ennemi des subtilités lorsqu'elles ne sont pas indispensables, et nous vous proposons d'admettre de manière absolument générale que toute référence législative à la date de la promulgation d'une loi doit s'entendre de la date de la signature. Le législateur est maître de fixer le point de départ des délais qu'il institue au même titre qu'une date de référence. Le choix de la date de promulgation, plutôt que celle de la publication, peut paraître de mauvaise technique législative lorsqu'il s'agit de calculer un délai imposé à peine de forclusion, puisqu'il conduit à l'abrégé d'un ou plusieurs jours ; mais on doit penser que l'auteur du texte en a tenu compte en fixant la durée » (nous soulignons).

Définir un terme et expliquer la chose que le terme défini désigne – Certes, définir le terme « promulgation » revient à identifier certains traits qui caractérisent l'acte que ce terme désigne. Cela ne signifie pas pour autant que les traits qui intéressent le juge sont les mêmes que ceux qui attirent (ou devraient attirer) l'attention de la doctrine. Le fait donc que l'arrêt *Commune de Montory* reprend à son compte la définition traditionnelle de la promulgation ne signifie pas que le Conseil d'État emploie cette définition aux mêmes fins que la doctrine. La tâche de cette dernière est théorique, voire conceptuelle : il s'agit d'identifier les traits de la promulgation qui déterminent notre concept de celle-ci, c'est-à-dire les traits qui nous permettent de comprendre pourquoi un acte donné fait (ou non) partie de ce type d'acte qu'on appelle « promulgation ». Pour le Conseil d'État, en revanche, il s'agissait simplement de retenir une définition qui est opératoire pour les besoins d'un certain type de litiges : il s'agissait d'identifier l'acte auquel le législateur se réfère lorsqu'il emploie le terme « promulgation » pour désigner un point dans le temps²²².

En ce sens, on peut affirmer que la définition de la promulgation retenue par l'arrêt *Commune de Montory* relève non pas d'un constat quant aux traits distinctifs d'une chose, mais d'une décision quant à l'interprétation d'un mot : par cet arrêt, le Conseil d'État a décidé que le terme « promulgation » doit désormais être compris comme désignant l'acte de promulgation, de la même façon que la jurisprudence antérieure avait décidé que, dans le cadre du contentieux de l'application des lois dans le temps, le terme « promulgation » ne saurait être compris que comme désignant l'acte de publication en fonction duquel est déterminée la date d'entrée en vigueur de la loi appliquée au litige.

Ainsi, d'autres arrêts rendus après l'arrêt *Commune de Montory*, qui ne sont relatifs ni à l'application des lois dans le temps, ni à la distinction de la promulgation par

²²² *Comp.* M. FRANC & M. BOYON, chronique, *AJDA* 1974, p. 195 : « La généralité des termes figurant dans [cet] arrêt montre sans équivoque que cette définition est applicable dans tous les cas, lorsque la date de promulgation sert de référence pour l'appréciation d'une situation de droit ou de fait et lorsqu'elle sert de point de départ d'un délai » ; G. GUGLIELMI, « Distinguer la promulgation de la publication », in : G. Fauré & G. Koubi (dir.), *Le titre préliminaire du Code civil*, Economica, 2003, p. 59-79, spéc. p. 67, qui remarque que, dans l'affaire *Commune de Montory*, l'Assemblée du Conseil d'État était « [m]oins attachée à la définition de la promulgation qu'au problème qui lui était posé ».

rapport à la publication, définissent la promulgation par des formules qui mettent en exergue d'autres traits que le juge considère comme étant les plus pertinents pour la solution du litige dont il est saisi. Il suffit ici de présenter deux exemples tirés de la jurisprudence constitutionnelle. D'une part, le Conseil constitutionnel a pu juger que, au lieu de promulguer la loi sans les dispositions censurées après un contrôle de constitutionnalité, « il est loisible au Président de la République qui, par la promulgation, *atteste que la loi a été régulièrement délibérée et votée*, de demander une nouvelle délibération en vue d'assurer la conformité de la loi à la Constitution »²²³. D'autre part, le juge constitutionnel a pu s'appuyer sur la définition de la promulgation afin de censurer l'article d'une loi organique relative aux lois de finances aux termes duquel : « Aucune loi, aucun décret ayant une incidence financière pour l'Etat ne peut être publié sans une annexe financière précisant ses conséquences [...] ». Le Conseil constitutionnel a jugé qu'« en instituant une formalité préalable à la publication des lois, ces dispositions sont contraires au principe, résultant principalement de l'article 10 de la Constitution, selon lequel *la promulgation de la loi par le Président de la République vaut ordre à toutes les autorités et à tous les services compétentes de la publier sans délai* »²²⁴.

Ici encore, les définitions jurisprudentielles de la promulgation sont dictées par les besoins du litige dont le juge est saisi, et non pas par le souci d'identifier les traits distinctifs de l'acte que ce terme désigne. Dans la première espèce, la question litigieuse était la suivante : le droit du président de la République, qui est aussi l'organe promulgant, de demander une nouvelle délibération, peut-il être exercé après la censure de la loi par le juge constitutionnel ? Dans la seconde espèce, la question litigieuse était de savoir s'il est permis au législateur organique d'interposer une étape obligatoire entre la promulgation de la loi et son insertion dans le *Journal officiel*. Les définitions respectives de la promulgation permettent au juge constitutionnel de se prononcer sur ces questions. Mais c'est afin de trancher ces questions, et non pas afin de se prononcer sur les traits distinctifs de la promulgation en général, que le juge retient ces définitions.

²²³ CC n° 85 - 197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 15.

²²⁴ CC n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finances*, cons. 64

Conclusion du chapitre – De ce qui précède, et pour revenir à l’arrêt *Commune de Montory* et à la jurisprudence antérieure, il est permis de constater que les deux étapes de l’évolution qui marque la prise en compte par le juge de la distinction entre la promulgation et la publication – l’abandon d’abord de l’emploi du terme « promulgation » pour désigner la publication ; la définition explicite ensuite de la promulgation – ont été dictées par des considérations relatives à la fonction de ces actes en tant que critères temporels qui permettent de régler des questions relatives à l’application des lois dans le temps.

Si ce constat est pertinent, il est permis de se demander si cet aspect temporel n’explique le rôle que ces actes jouent en droit positif, voire le rôle qu’attribuent à ces actes le législateur et le juge.

De prime abord, la réponse paraît évidente pour ce qui concerne la publication des lois : comme on le verra, il est unanimement admis que la publication est une condition nécessaire de l’entrée en vigueur des lois, la date de l’entrée en vigueur étant par ailleurs le critère déterminant en fonction duquel sont appréciées les autres questions relatives à l’application des lois dans le temps.

La réponse semble être évidente pour la promulgation aussi, mais dans un sens un peu différent. Il paraît en effet facile d’affirmer que l’entrée en vigueur d’une loi – et donc l’accomplissement des conditions, comme la publication, dont l’entrée en vigueur dépend – présuppose tout d’abord que la loi « existe » en quelque sorte. Or, et comme nous l’avons vu, la promulgation est communément définie, y compris par l’arrêt *Commune de Montory*, comme un acte qui « atteste l’existence » des lois. Il est par conséquent unanimement admis que c’est à partir de la promulgation que l’« existence » d’une loi est établie ou, à tout le moins, que c’est à partir de cet acte que l’« existence » de la loi devient « certaine ».

Toutefois, la promulgation n’a rien d’universel : il y a des systèmes juridiques qui ne connaissent pas cette institution. Plus encore, il y a des systèmes juridiques qui ne connaissent pas la promulgation alors qu’ils disposent des règles relatives à l’entrée en vigueur de leurs lois. Si l’on veut étudier alors le lien entre la promulgation et

l'entrée en vigueur, il faut d'abord se poser la question suivante : pourquoi la promulgation existe-t-elle en premier lieu ? Telle est la question à laquelle nous tenterons d'apporter une réponse au titre suivant. Cette réflexion présuppose pourtant une appréciation des explications qui sont déjà fournies par la doctrine.

Chapitre 2 : La promulgation selon la doctrine

« Perhaps the most obvious ground for rejection of a definition is that we are able to point to things of which the term is predicable but the definition not »²²⁵

Pour expliquer la promulgation, la doctrine s'intéresse à deux questions. La première, qui est la plus importante, porte sur les fonctions de la promulgation. Les analyses en la matière visent à identifier la raison d'être de la promulgation, c'est-à-dire les fonctions qui expliquent son rôle et donc sa consécration par le droit positif. La deuxième question porte sur les « effets » de la promulgation. Les auteurs emploient ce terme pour qualifier le statut de la loi promulguée, voire pour désigner une certaine qualité qui s'attache à la loi à partir de sa promulgation. On parle ainsi communément de l'« existence », de la « perfection », ou de la « force exécutoire » de la loi promulguée²²⁶. Les auteurs se réfèrent à cette qualité pour expliquer la spécificité que présente la promulgation en tant qu'opération qui s'interpose entre l'adoption et la publication de la loi.

L'objet du présent chapitre est de soumettre à un examen critique ces deux volets de l'analyse doctrinale. Selon la thèse ici défendue, ni les analyses sur les fonctions ni celles sur les « effets » de la promulgation peuvent rendre compte des données pertinentes du droit positif. Il en est ainsi pour deux raisons. Premièrement, la promulgation ne remplit pas, ou ne remplit pas toujours, les fonctions que lui attribue la doctrine (Section I). Deuxièmement, l'analyse des « effets » de la promulgation s'avère imprécise : les auteurs cherchent davantage à employer un certain terme,

²²⁵ D. ROSS, *The Right and the Good*, Oxford University Press, [1930] 2002, p. 93.

²²⁶ Pour certains, la promulgation marque le moment à compter duquel la loi acquiert son « existence », sa « perfection » ou sa « force exécutoire ». Pour d'autres, cette qualité est déjà établie au moment de l'adoption de la loi, et la promulgation marque simplement le moment à compter duquel cette même qualité devient « certaine » et produit à son tour d'autres « effets », comme l'obligation de publier la loi promulguée. Plus analytiquement, *Infra*, Section 2, § 1.

plutôt qu'un autre, pour qualifier la loi promulguée, qu'à expliquer en quoi précisément consiste la qualité que ce terme est censé désigner (Section II).

Afin de mieux aborder ces problèmes, il convient d'apporter au préalable quelques précisions concernant une série de données qui constituent l'angle mort de l'analyse doctrinale : il s'agit de la pratique suivie en la matière, c'est-à-dire de la façon dont la promulgation s'accomplit dans la pratique (Section préliminaire).

Section préliminaire : La pratique suivie pour l'accomplissement de la promulgation.

La pratique dont il est ici question comprend une série d'opérations qui s'accomplissent après le vote définitif par les chambres d'un projet ou d'une proposition de loi. Il s'agit, notamment²²⁷, de l'établissement par les chambres d'un texte définitif, de la transmission de ce texte définitif au pouvoir exécutif, et de la prise en charge par ce dernier des opérations qui sont nécessaires pour la promulgation et, ultimement, pour l'insertion du texte dans le *Journal officiel*.

Dans les développements qui suivent, nous ferons abstraction de cette dernière opération. Quant à l'étape qui la précède, il importe de rappeler que la promulgation s'accomplit au moyen de deux opérations qui correspondent aux deux éléments dont se compose l'acte de promulgation (ou le « décret » de promulgation, selon la terminologie courante) : la « loi promulguée » est le texte définitif, établi par les chambres, sur lequel le pouvoir exécutif a apposé la formule de promulgation et la signature de l'organe promulgant (assortie des contreseings nécessaires).

S'agissant de ces opérations, et de l'établissement par les chambres du texte définitif, il convient de distinguer, par souci de précision, entre le régime actuel (§ 1) et les régimes antérieurs (§ 2).

²²⁷ Nous faisons ici abstraction des opérations relatives à la saisine du Conseil constitutionnel ou la demande d'une nouvelle délibération

§ 1 – La pratique actuelle

Le Secrétariat général du gouvernement – Depuis la Quatrième République, tant la réception du texte définitif, tel qu’il est établi par les chambres, que les opérations nécessaires pour sa promulgation, sont assurées par le Secrétariat général du gouvernement²²⁸. Les missions de ce service, dont la prise en charge des deux opérations susmentionnées, n’ont aucun fondement dans les textes : leur seul « fondement » formel, sur lequel on reviendra, est un texte, non publié, qui ne correspond pas à une catégorie déterminée d’acte juridique²²⁹.

Les textes – Plus généralement, la pratique ici envisagée est très faiblement encadrée par des règles écrites²³⁰.

Ainsi, et pour ce qui concerne le régime actuel, les règlements de l’Assemblée et du Sénat comportent une seule disposition, à contenu identique et laconique, relative aux opérations qui ont lieu après le vote définitif d’un projet ou d’une proposition de la loi. Selon cette disposition, le président de la chambre qui a adopté la dernière le projet ou la proposition de loi « en transmet le texte définitif au Président de la

²²⁸ Sur ce service, peu étudié, v. : O. GOHIN, *Droit constitutionnel*, 3^e éd., LexisNexis, 2016, n° 704, p. 800-803 ; J. GUISELIN, *Le Secrétariat général du Gouvernement*, thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2015 ; V. LANCERON, *La fonction de coordination en droit public*, thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2016, p. 212 s. ; M. LONG M., « Le Secrétaire général du Gouvernement », in : *Études offertes à Pierre Kayser*, vol. 2, Aix-en-Provence, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 1979, p. 155-174 ; Id., *Les services du Premier ministre*, avant-propos L. Favoreu, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 1981.

²²⁹ Ce service a été créé, sous le titre de « Services administratifs de la présidence du conseil », par l’art. 23 de la loi des finances pour 1935 du 24 décembre 1934 (J. GUISELIN, *Le Secrétariat général du Gouvernement*, *op. cit.*, n° 123, p. 91, et p. 400, annexe 10). Toutefois, cet article ne comportait aucune prévision quant aux missions de ces « services administratifs ». Il paraît que le seul texte relatif à ce sujet est un « Règlement intérieur », sur lequel on reviendra, qui fut adopté en Conseil des ministres en 1947, et qui ne parle plus des « Services administratifs de la présidence du conseil » mais du « Secrétariat Général du Gouvernement ». Il paraît que c’est à partir de cette période que ce service a commencé à assurer ses fonctions actuelles, dont celles relatives à la promulgation. Cf. M. LONG M., « Le Secrétaire général du Gouvernement », *op. cit.* p. 159 ; Id., *Les services du Premier ministre*, *op. cit.*, p. 63 : « À partir de la IV^eme République, l’institution a, donc, pris son caractère définitif ».

²³⁰ Cf. H. PUGET & J.-C. SÉCHÉ, « La promulgation et la publication des actes législatifs en droit français », *RA* 1959, p. 239-248, spéc. p. 240 (une version remaniée de cette étude a été publiée in : J.-B. Herzog & G. Vlachos (dir.), *La promulgation, la signature et la publication des textes législatifs en droit comparé*, éd. de l’Épargne, 1961, p. 71-95, spéc. p. 73-74) : « En cette matière de promulgation et de publication, à l’arrière, au dessous, des pièces maîtresses du système législatif ou exécutif, Assemblées parlementaires, Chef de l’État, Premier Ministre, Ministres, s’engrènent des rouages secondaires et pourtant essentiels : Service des Lois du Secrétariat général de chaque Assemblées, Service Législatif du Secrétariat général du Gouvernement, Administration du Journal Officiel. Si l’on met à part celle-ci [...] les services susmentionnés n’ont pas de charte définie, sont nés des besoins quotidiens, ont un personnel restreint, exercent dans le cheminement et la sauvegarde des textes un rôle capital ».

République, aux fins de promulgation, par l'intermédiaire du secrétariat général du Gouvernement »²³¹.

Pour le reste, et sauf erreur de notre part, la chaîne d'opérations qui commence avec l'adoption définitive d'une loi et s'achève avec son insertion dans le *Journal officiel* n'est visée que par deux textes²³².

Le premier de ces textes, en date du 3 février 1947, porte le titre « Règlement intérieur des travaux du gouvernement » et, d'après son préambule, il a été « délibéré et adopté en Conseil des Ministres »²³³. Ce texte présente deux particularités : il n'a jamais été publié dans le *Journal officiel* et demeure pratiquement inaccessible²³⁴ ; il ne correspond pas, à notre connaissance, à une catégorie déterminée d'acte juridique²³⁵. Malgré cela, il paraît que ses dispositions – dont nous ne pouvons pas apprécier ici la valeur normative – sont en concordance avec la pratique qui est suivie aujourd'hui encore²³⁶. D'après les dispositions en question, c'est le Secrétariat général du gouvernement qui : (i) « reçoit de l'Assemblée Nationale [ou du Sénat, dans le régime actuel] le texte des lois adoptées » ; (ii) communique une « copie » de ce texte « au Président de la République et aux Ministres contresignataires » ; (iii)

²³¹ Règlement du Sénat, art. 65, al. 3 : « Lorsque le Sénat adopte sans modification un projet ou une proposition de loi votés par l'Assemblée nationale, le Président du Sénat en transmet le texte définitif au Président de la République, aux fins de promulgation, par l'intermédiaire du secrétariat général du Gouvernement. Le Président de l'Assemblée nationale est avisé de cette transmission ». Le règlement de l'Assemblée nationale comporte une disposition identique dans son art. 115, al. 3.

²³² Comme nous l'avons déjà noté, nous faisons ici abstraction de tout ce qui relève de la saisine du Conseil constitutionnel et de la demande d'une nouvelle délibération. Nous faisons également abstraction des différents textes qui sont relatifs au statut et à l'organisation du *Journal officiel* et ne présentent, à notre connaissance, aucun intérêt pour la pratique ici envisagée.

²³³ Aux termes de ce court préambule : « Le présent règlement, délibéré et adopté en Conseil des Ministres, a pour objet de préciser la procédure suivante laquelle s'ordonnent les travaux du Gouvernement de la République et s'établissent ses rapports avec les Assemblées ».

²³⁴ Il n'a été publié que dans les *Notes documentaires et études*, n° 605, Série française – CXXXI, 22 avril 1947, La documentation française (cette source est citée par les auteurs, de façon erronée, comme étant datée du 26 février 1947). La thèse de J. GUISELIN, *Le Secrétariat général du Gouvernement*, *op. cit.*, p. 414, Annexe 15, reproduit sous forme de photographie ce qui semble être l'original de ce « règlement ». Selon l'auteur, la consultation de ce document a été faite au « Fonds Ph. Devillers » du Centre d'histoire de Sciences-Po.

²³⁵ J. GUISELIN, *Le Secrétariat général du Gouvernement*, *op. cit.*, n° 156, p. 111 : « Gérard Conac souligne bien la "nature juridique incertaine de ce texte" ». Il importe de remarquer que ce texte est ni daté ni signé : le seul indice concernant sa source est son préambule, cité plus haut. La date du 3 février 1947 est celle donnée par les études qui évoquent ce texte.

²³⁶ J. GUISELIN, *Le Secrétariat général du Gouvernement*, *op. cit.*, n° 156, p. 111 : « C'est un règlement intérieur, en date du 3 février 1947, qui fixe pour la première fois et pour aujourd'hui encore, la modalité de l'organisation du travail gouvernemental ». Dans le même sens : M. LONG, *Les services du Premier ministre*, *op. cit.*, p. 63 ; Id., « Le Secrétaire général du Gouvernement », *op. cit.*, p. 159.

« recueille les contresesings et soumet le texte à la signature du Président de la République » ; (iv) « assure la publication des lois au Journal officiel »²³⁷.

L'autre texte qui vise ces opérations est une circulaire, en date du 1^{er} juillet 2004, qui est relative, entre autres, *aux règles d'élaboration, de signature et de publication des textes au Journal officiel*²³⁸. Ce texte, qui a été élaboré par le Secrétariat général du gouvernement lui-même²³⁹, n'a pas fait l'objet, lui non plus, d'une publication au *Journal officiel*²⁴⁰. D'après cette circulaire, le texte définitivement adopté par les chambres est « transmis au Premier ministre aux fins de mise en œuvre de la procédure de promulgation »²⁴¹. Cela signifie, en pratique, que le texte définitivement adopté est transmis au Secrétariat général du gouvernement puisque, d'après la même circulaire, c'est ce dernier qui « doit établir le texte dans les formes prescrites [par les textes qui fixent la formule de promulgation]²⁴², faire contresigner la loi par les ministres responsables et la soumettre à la signature du Président de la République »²⁴³.

²³⁷ Les dispositions en question figurent dans le Chapitre II, art. B.3°, intitulé « Promulgation des lois » : « Le Secrétaire Général du Gouvernement reçoit de l'Assemblée Nationale le texte des lois adoptées. Il adresse aussitôt au Secrétariat Général de l'Assemblée, une lettre constatant la date de cette transmission. Une copie du texte adopté est communiquée par ses soins au Président de la République et aux Ministres contresignataires. Dans le délai prévu à l'article 36 de la Constitution [du 27 octobre 1946] le Secrétaire Général recueille les contresesings et soumet le texte à la signature du Président de la République. Il avise par lettre le Secrétariat Général de l'Assemblée de la promulgation de la loi en indiquant la date à laquelle cette promulgation est intervenue [...] Le Secrétaire Général du Gouvernement assure la publication des lois au Journal officiel ».

²³⁸ Circulaire du 1^{er} juillet 2004 *relative aux règles d'élaboration, de signature et de publication des textes au Journal officiel et à la mise en œuvre de procédures particulières incombant au Premier ministre*. Selon son préambule, cette circulaire « abroge et remplace la circulaire du 30 janvier 1997 ». Cette dernière portait le même titre que la circulaire du 1^{er} juillet 2004. Nous avons pu trouver encore deux circulaires qui portaient ce même titre, en date, respectivement, du 2 janvier 1993 et du 21 mai 1985. Ces quatre circulaires, antérieures à celle du 1^{er} juillet 2004, ont fait l'objet d'une publication à part par les éditions du *Journal officiel*. Comme on le verra par la suite, la circulaire du 1^{er} juillet 2004 n'a pas été publiée dans le *Journal officiel* mais, d'après *Légifrance*, elle a été « intégrée » dans un *Guide de légistique* établi par le Secrétariat général du gouvernement et le Conseil d'État.

²³⁹ La circulaire est signée, « Pour le Premier ministre et par délégation », par Jean-Marc Sauvé, conseiller d'État, et secrétaire général du Gouvernement à l'époque.

²⁴⁰ Nous avons pu la consulter sur : www.servicedoc.info/spip.php?article246&lang=fr

²⁴¹ Article 5.1.12. V. aussi : Art. 4.7.1 : « Tous les textes destinés à être publiés au Journal officiel sont préalablement adressés au secrétariat général du Gouvernement [...] » ; Art. 4.7.2 : « Les textes sont adressés au secrétariat général du Gouvernement sous bordereau récapitulatif des pièces revêtus des signatures nécessaires, à l'exception de celles, s'il y a lieu, du Président de la République et du Premier ministre ».

²⁴² Il s'agit du décret n° 59-635 du 19 mai 1959, *relatif aux formes de promulgation des lois par le Président de la République*, modifié par le décret n° 90-218 du 8 mars 1990.

²⁴³ Art. 5.1.16, intitulé « Promulgation ».

Il est permis de penser, sans se prononcer ici sur la valeur normative de cette circulaire ou du « règlement intérieur » précité²⁴⁴, que ces textes nous donnent à voir, fût-ce vaguement, une pratique qui est effective et normative (mais largement occulte aussi)²⁴⁵ : il s'agit apparemment d'une pratique qui est toujours suivie, aujourd'hui encore ; mais il paraît aussi que cette pratique est suivie non pas – ou pas seulement – pour des raisons de simple commodité, mais parce qu'il y a un consensus, parmi ceux qui y participent, quant à son caractère plus ou moins obligatoire.

Autres sources officielles – Cette conclusion semble être confirmée par d'autres sources officielles. La source la plus récente en la matière est un *Guide de légistique*²⁴⁶, établi par le Secrétariat général du gouvernement et le Conseil d'État²⁴⁷. D'après *Légifrance*²⁴⁸, la circulaire susmentionnée de 2004 a été « intégrée » dans ce *Guide de légistique*²⁴⁹. Or, ce dernier a le même statut ambigu que la circulaire en question : il n'est pas clairement énoncé si les opérations qui y sont présentées sont décrites, prescrites, ou recommandées. On pourrait penser qu'il s'agit d'un guide qui propose ou recommande, mais ses auteurs précisent, dès la première ligne, que « [l']objet du présent guide est de présenter l'ensemble des règles, principes et

²⁴⁴ Sur la valeur normative des circulaires, v. B. SEILLER, « Acte administratif : identification », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2015 (actualisation : mai 2018), n° 403 s., spéc. n° 412.

²⁴⁵ Cf. O. GOHIN, *Droit constitutionnel*, op. cit., n° 704, p. 802 qui remarque que le Secrétariat général du gouvernement remplit ses missions « dans des conditions qui, à la vérité, sont peu explicites » ; M. LONG, *Les services du Premier ministre*, op. cit., p. 63 : « [C]e règlement intérieur [de 1947] est, finalement, le seul texte qui définit – et encore pour une toute petite partie – les missions du Secrétariat Général du Gouvernement ! [...] Il faut donc se référer, pour le comprendre, à la fois aux intentions de ses créateurs et à ce que la pratique et la tradition en ont fait : son rôle n'est pas figé par un texte ; je m'en félicite tous les jours ». Il est intéressant de noter que l'auteur de ces lignes, ancien secrétaire général du gouvernement, fut conseiller d'État aussi, comme tous les autres titulaires de ce poste.

²⁴⁶ SECRÉTARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT, *Guide de légistique*, 3^e éd., La documentation française, 2017, accessible sur : guide-legistique.fr/guide.pdf

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 3 : ce guide est le « [f]ruit d'un travail commun du Conseil d'État et du secrétariat général du Gouvernement ». Il est peut-être intéressant de noter que, du côté du Conseil d'État, le *Guide* est signé par son vice-président, Jean-Marc Sauvé, qui avait aussi signé, en tant que secrétaire général du Gouvernement à l'époque, la circulaire précitée de 2004. On pourrait alors présumer que la gestion administrative de la pratique en question est confiée à des personnes qui forment un cercle relativement fermé.

²⁴⁸ Qui est « placé sous la responsabilité du secrétariat général du Gouvernement », selon le *Guide de légistique*, op. cit., n° 1.4.1, p. 103.

²⁴⁹ V. sur le site *Legifrance*, la rubrique « Dispositions pérennes relatives à l'organisation au fonctionnement du gouvernement – Règles d'élaboration, de signature et de publication des textes législatifs et réglementaires au Journal officiel », où il est précisé, à propos de la circulaire en question, qu'elle est « non publiée au *Journal officiel* mais intégrée dans le “Guide de légistique” sur le site internet de Legifrance » (legifrance.gouv.fr/affichSarde.do?reprise=true&fastReqId=29021680&idSarde=SARDOBJT00007105264&page=4)

méthodes qui *doivent être observés* dans la préparation des textes normatif : lois, ordonnances, décrets, arrêtés »²⁵⁰. Or, la « préparation » dont il est question n'est pas réductible à des opérations accomplies par les agents du Secrétariat général du gouvernement²⁵¹. D'une part, et s'agissant des lois, le texte « à préparer » est d'abord établi par les chambres qui le transmettent ensuite au Secrétariat général du gouvernement. D'autre part, et pour ce qui concerne la promulgation, la « préparation » implique l'apposition sur le texte d'une formule qui doit être signée par le président de la République et contresignée par le Premier ministre (et les ministres responsables). Bien évidemment, les règles qui « doivent être observées » par ces organes constitutionnels ne peuvent pas avoir comme source un tel guide de légistique ou une circulaire. Il est alors permis de penser qu'on a affaire à des textes qui présentent une pratique normative – un faisceau d'opérations et de règles correspondantes – que les organes constitutionnels ont eux-mêmes accepté de suivre, et ce en l'absence de règles écrites²⁵².

Ceci étant, et pour ce qui nous concerne ici, le *Guide de légistique* reprend pour l'essentiel les dispositions de la circulaire de 2004 qui y est « intégrée »²⁵³, ainsi que

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ On pourrait penser que la circulaire que ce *Guide de légistique* « intègre » peut être source de règles pour les agents du Secrétariat général du gouvernement : il est généralement admis qu'une circulaire établie par le chef d'un service peut poser des règles qui s'adressent aux agents du service et sont relatives à son fonctionnement. V. sur cette question l'étude précitée de B. SEILLER, « Acte administratif : identification », *op. cit.*, n° 403 s.

²⁵² Mais il se peut que la pratique établie empiète sur certaines matières qui sont, elles, régies par des textes, y compris par la Constitution. Dans ce cas, la conformité entre la pratique et les textes n'est pas évidente. Tel est le cas, comme on le verra, pour la décision concernant la formule de promulgation qui sera apposée sur les lois : si la Constitution dispose que c'est le président de la République qui « promulgue les lois », et si le nouvel art.1^{er} du Code civil dispose que « En cas d'urgence, entrent en vigueur dès leur publication les lois dont le décret de promulgation le prescrit », il n'en reste pas moins que, en pratique, la formule de promulgation est préparée par le secrétariat général du Gouvernement, et que ce dernier répond au Premier ministre, et non pas au Président de la République. Sur ce point, v. *Infra*, Seconde partie, Titre I, Chap. 1, Sect. 2, § 1.

²⁵³ V. notamment le paragraphe n° 2.2.7 p. 208, intitulé « Promulgation et publication des lois », et aussi n° 2.1.2 p. 126-127 ; n° 2.1.7. p. 159. De ces dispositions ont peut tirer pour l'essentiel les mêmes enseignements que des dispositions évoquées plus haut : les textes définitifs adoptés par les chambres sont transmis au Secrétariat général du gouvernement qui, outre la promulgation, est également chargé de la publication au *Journal officiel* ; concernant la promulgation en particulier, c'est le Secrétariat général du gouvernement qui « établit le texte dans les formes prescrites » par les décrets relatifs « aux formes de la promulgation des lois » ; c'est le même service qui recueille toutes les signatures nécessaires (signature du président de la République ; contresignature du Premier ministre et des ministres responsables).

la disposition susmentionnée qui figure dans les règlements de l'Assemblée et du Sénat²⁵⁴.

On peut néanmoins trouver quelques informations complémentaires dans un autre guide, intitulé *Les principales étapes de la procédure législative*, qui a été établi par le secrétariat général de l'Assemblée nationale²⁵⁵. D'après ce guide, « [i]l appartient aux services de l'assemblée où a eu lieu l'adoption définitive d'établir le texte de la loi destiné à la promulgation », et ce après avoir effectué une « ultime mise en forme »²⁵⁶. La façon dont cette « mise en forme » est décrite laisse comprendre que son objectif est d'assurer que le texte transmis au Secrétariat général du gouvernement soit conforme – tant sur la forme que, à plus forte raison, sur le contenu – au texte adopté en termes identiques par les deux chambres²⁵⁷.

Cette conclusion est confirmée par un ouvrage – coécrit par trois hauts fonctionnaires de l'administration parlementaire, dont l'actuel secrétaire général du Sénat²⁵⁸ – qui décrit en termes en peu plus détaillés la façon dont les chambres établissent le texte définitif qui est transmis au Secrétariat général du gouvernement²⁵⁹. Il paraît, d'après

²⁵⁴ *Ibid.*, 2.2.4. p. 189.

²⁵⁵ Accessible sur : www.assemblee-nationale.fr/connaissance/collection/5.asp

Ce guide a aussi été publié sous le titre : P. NGUYEN HUU et *al.*, *Les principales étapes de la procédure législative*, 2^e éd., Secrétariat général de l'Assemblée nationale, 2000.

²⁵⁶ *Ibid.*, Troisième partie, Chapitre 2 « Du "texte définitif" à la promulgation », Section 1 « La transmission aux fins de promulgation », § 1 « L'établissement du "texte définitif" » (p. 109-110 dans la version publiée sur format papier).

²⁵⁷ *Ibid.* : « Il appartient aux services de l'assemblée où a eu lieu l'adoption définitive d'établir le texte de la loi destiné à la promulgation. En effet, ce texte, que la pratique parlementaire qualifie de "texte définitif", requiert une *ultime mise en forme*, rendue nécessaire par les conditions dans lesquelles s'effectue la navette entre les assemblées. D'une part, il est admis, par convention entre les assemblées, que la numérotation des divisions et des articles d'un texte reste, tout au long de la navette, celle qui a servi de base à la délibération de la première assemblée saisie : cette pratique conduit, au stade final, à une reprise de cette numérotation pour lui restituer un caractère continu qu'elle a le plus souvent perdu du fait de l'adjonction d'articles nouveaux ou de la suppression d'articles initiaux. D'autre part, les articles devenus conformes à des stades antérieurs de la navette, et qui ne figurent pas dans les transmissions intermédiaires, doivent être exhaustivement recensés pour pouvoir être réintégrés dans le texte définitif. Enfin, une *révision finale du texte recomposé* permet de s'assurer de sa cohérence d'ensemble, en particulier pour ce qui est de l'exactitude des références et renvois internes qu'il comporte » (nous soulignons).

²⁵⁸ J.-C. BÉCANE., M. COUDERC, J.-L. HÉRIN., *La loi*, 2^e éd., Dalloz, 2010. Jean-Louis Hérin est l'actuel secrétaire général du Sénat. Jean-Claude Bécane fut l'un de ses prédécesseurs, et Michel Couderc fut secrétaire général de la questure de l'Assemblée nationale.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 157-158 : « Le texte promulgué doit être la reproduction exacte de la loi votée par les assemblées. L'établissement du "texte définitif" adopté par le Parlement incombe aux services des assemblées parlementaires et plus spécifiquement à la division des lois de chaque assemblée. Ce service a pour tâche, à chaque lecture d'un projet ou d'une proposition de loi, d'établir le texte tel qu'il a été adopté par l'assemblée concernée [...]. Lors de la dernière étape du vote d'un texte, il assure le montage et la mise en forme de la loi définitivement adoptée. Ce travail est délicat,

le même ouvrage, que le Secrétariat général du gouvernement exerce, lui aussi, un contrôle sur le texte définitif qui lui est transmis, et ce afin de s'assurer, avant d'y apposer la formule de promulgation et de recueillir la signature et les contreseings nécessaires, qu'il s'agit bien d'un texte que les deux chambres ont adopté en termes identiques²⁶⁰. Cette information est confirmée par d'autres études²⁶¹, dont certaines rédigées par des membres du Conseil d'État²⁶², ce qui est d'importance ici en raison de la pratique qui consiste à confier à des membres du Conseil d'État certains postes au sein du Secrétariat général du gouvernement, et même la direction de ce dernier²⁶³.

notamment quand de nombreux amendements ont été adoptés ou bien lorsque l'architecture du texte a été profondément modifiée [...]. À cette occasion, la division des lois de l'assemblée dans laquelle la loi a été définitivement adoptée peut procéder à quelques modifications qui relèvent de la relecture et non du souci de corriger les éventuelles erreurs du législateur [...] Une fois établi, le texte définitif est transmis pour information au président de l'autre assemblée et pour promulgation au secrétariat général du Gouvernement ».

²⁶⁰ C'est ça qui ressort implicitement du passage où les auteurs comparent la pratique actuelle à celle qui était suivie avant la création du Secrétariat général du gouvernement. Avant la création de ce service « [d]e nombreuses erreurs furent commises : promulgation de lois qui n'avaient pas été examinées par les deux assemblées ou qui n'avaient pas été adoptées dans les mêmes termes ». En revanche, et depuis la création du Secrétariat général du gouvernement, « [l]a conscience et la qualité professionnelles des personnels de cette administration, qui dépend du Premier ministre, constituent un gage de la fiabilité du texte qui sera promulgué par le chef de l'État », J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *La loi, op. cit.*, p. 158 (nous soulignons). Par ailleurs, les mêmes auteurs remarquent, à propos des corrections apportées par les services des chambres lors de l'établissement du texte définitif, que « [c]es corrections sont soumises à la commission saisie au fond mais non au Gouvernement qui a pu, au cours des lectures successives, prendre connaissance du texte élaboré par la division des lois et formuler des observations (*Ibid.*, p. 157). Or, c'est grâce, précisément, à son Secrétariat général que le Gouvernement peut « prendre connaissance du texte élaboré ». Pour la pratique suivie avant la création du Secrétariat général du gouvernement, v. *Infra*, § 2.

²⁶¹ E. SAUVIGNON, « La promulgation des lois : réflexions sur la jurisprudence *Desreumeaux* », *RDP* 1981, n° 4, p. 989-1015, spéc. p. 992-note 10 : « Les chambres adressent au Service législatif du Secrétariat Général du Gouvernement *les états successifs du texte en discussion*, d'abord une version provisoire, puis un texte signé par le président de l'assemblée concernée, appelé parfois "premier vélin". Le vélin définitif, qui arrête le texte de la loi, est expédiés par la chambre qui a statué en dernier et il porte également la signature de son président ». (nous soulignons).

²⁶² J. MASSOT, « Article 10 », in : F. Luchaire et al. (dir.), *La Constitution de la République française : analyses et commentaires*, 3^e éd., Economica, 2008, p. 388-401, spéc. p. 395 : le Secrétariat général du Gouvernement « reçoit des Assemblées *tous les états successifs du texte* et finalement la version définitive » ; il doit « *établir le texte authentique* de la loi adoptée par le Parlement et, sur ce point, l'intervention d'un organe central chargé de la promulgation (le service législatif du Secrétariat général du Gouvernement) paraît avoir exclu les "bavures" dont J. Laferrière [« De l'authenticité du texte des lois publiés au "Journal officiel" », *RDP* 1949, p. 113-152] citait des exemples pittoresques, tels que la promulgation d'une loi non encore votée par le Sénat ; à l'époque la promulgation se faisait à l'initiative de chaque ministère » (nous soulignons).

²⁶³ Selon O. GOHIN, *Droit constitutionnel, op. cit.*, n° 704, p. 801, la pratique qui consiste à confier la direction du Secrétariat général du gouvernement à un conseiller d'État (qui est nommé à cet effet Secrétaire général du gouvernement) est suivie « de façon constante depuis 1946 ». Pour le détachement des conseillers d'État aux différents services du Secrétariat général du gouvernement v. J. GUISELIN, *Le Secrétariat général du Gouvernement, op. cit.*, n° 5, p. 15-16, et n° 201, p. 152, où l'auteur remarque que « les secrétaires généraux du Gouvernement ainsi que tous les directeurs du Secrétariat général du Gouvernement sont des conseillers d'État, ce qui est aussi un facteur d'impartialité et d'indépendance à l'égard du politique ». À notre sens, cette seconde affirmation, sur laquelle on ne peut pas s'attarder ici, ne va pas de soi : il se peut que les membres d'une juridiction, au lieu de dépolitiser la fonction de l'administration à laquelle ils sont détachés, se politisent eux-

Ainsi, un conseiller d'État a pu affirmer, à propos de la correspondance entre le texte adopté et le texte transmis au pouvoir exécutif, que « [l]e Secrétariat général du Gouvernement procède à la vérification »²⁶⁴.

§ 2 – Les pratiques antérieures

La pratique suivie sous les régimes antérieurs – Ce qui vient d'être dit concerne la pratique suivie sous le régime actuel. Pour les régimes antérieurs, il convient de distinguer entre trois cas : la Quatrième République, la Troisième République, et tous les autres régimes antérieurs.

La Quatrième République se distingue des régimes antérieurs en ce qu'elle marque la prise en charge par le Secrétariat général du gouvernement des opérations qui sont nécessaires pour la promulgation. Il semble ainsi que la pratique suivie sous ce régime était pour l'essentiel identique à la pratique actuelle, présentée ci-dessus²⁶⁵.

mêmes. *Comp.* V. LANCERON, *La fonction de coordination en droit public*, thèse précitée, p. 214 l'auteur affirme à la fois que le Secrétariat général du gouvernement « est dirigé par un haut fonctionnaire, traditionnellement issu du Conseil d'État, nommé par le Président de la République en Conseil des ministres », et que « [l]e secrétaire général exerce une fonction à caractère politique [...] ».

²⁶⁴ H. PUGET, « L'élaboration des lois dans le régime actuel de la France », *RA* 1963, p. 327-340, spéc. p. 339 : « Le texte définitif adopté par l'Assemblée Nationale et le Sénat ou éventuellement par l'Assemblée Nationale seule est transmis par le Président de l'Assemblée au Président de la République par l'intermédiaire du Secrétaire général du Gouvernement. On établit deux « vélin » si les deux Assemblées ont eu à statuer et ces vélin doivent contenir un texte rigoureusement identique. Le Secrétaire général du Gouvernement procède à la vérification ». Il paraît que la pratique suivie actuellement consiste à transmettre au secrétaire général du gouvernement un seul texte définitif. C'est ça qui ressort implicitement des sources précitées (v. notamment : J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *La loi*, *op. cit.*, p. 157 ; *Les principales étapes de la procédure législative*, section précitée). Il en est ainsi, paraît-il, parce que le Secrétariat général du gouvernement suit de près toute la procédure préalable de la discussion du texte et de la « navette » entre les deux chambres, recevant de ces dernières toutes les versions votées avant l'adoption définitive. Quoi qu'il en soit, cette question n'est pas déterminante pour notre analyse. De même, on peut ignorer la distinction entre le « texte définitif » et le « vélin » : il paraît que, actuellement, c'est le premier document qui est utilisé aux fins de promulgation, et que le deuxième document est établi plus tard, étant le document authentique qui sera déposé aux archives (J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *La loi*, *op. cit.*, p. 158).

²⁶⁵ A cette différence près que, sous ce régime, le texte définitif était adopté et établi par une seule chambre (v. les art. 13 et 20 de la Constitution de 1946). Nous nous appuyons ici sur les informations fournies par : J. LAFERRIÈRE, « De l'authenticité du texte des lois publiées au « Journal officiel » », *RDP* 1949, p. 113-152, spéc. p. 122, et p. 131-134 ; H. PUGET & J.-C. SÉCHÉ, « La promulgation et la publication des actes législatifs en droit français », *op. cit.*, p. 241-242 (réimpr. in : J.-B. Herzog & G. Vlachos (dir.), *La promulgation, la signature et la publication des textes législatifs en droit comparé*, *op. cit.*, p.76-77). V. aussi les brèves remarques de G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, préf. G. Carcassonne, O. Duhamel, Dalloz, [1949], 2002, p. 487.

Il s'avère pourtant que la pratique suivie sous la Troisième République n'était pas fondamentalement différente. On peut en effet constater, grâce aux informations détaillées fournies par la doctrine de l'époque²⁶⁶, que les différences se résument pour l'essentiel au point suivant : les opérations nécessaires pour l'accomplissement de la promulgation n'étaient pas assurées par un service centralisé, comme le Secrétariat général du gouvernement, mais par le ministère auquel le texte définitif était le cas échéant transmis.

Plus précisément, le texte définitif établi par les chambres était transmis au ministre « compétent »²⁶⁷, selon les termes des règlements de la Chambre des députés et du Sénat²⁶⁸. Chaque ministère disposait d'un service chargé de la promulgation²⁶⁹. Ces services vérifiaient si le texte qui leur était transmis par les chambres était effectivement adopté par ces dernières en termes identiques²⁷⁰. Il s'agissait d'un

²⁶⁶ Il s'agit des études de : H. CANNAC, *Éléments de procédure législative en droit parlementaire français*, Sirey, 1939, p. 85 s. ; H. GLEIZES, *La rectification des textes publiés au Journal officiel*, thèse, Université de Paris, Sirey, 1939, p. 27-33. V. aussi les informations fournies par E. PIERRE, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, 5^e éd., Librairies-imprimeries réunies, 1924, n° 87, p. 88-90.

²⁶⁷ Alors que le texte constitutionnel parlait de la transmission au « Gouvernement », sans autre précision. D'après l'art. 7, al. 1^{er} de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 : « Le Président de la République promulgue les lois dans le mois qui suit la transmission au Gouvernement de la loi définitivement adoptée ».

²⁶⁸ Règlement de la Chambre des députés du 16 juin 1876, art. 139, et Règlement du Sénat du 10 juin 1876, art. 129. Les deux dispositions étant identiques, il suffit de citer celle du règlement de la Chambre : « Si la Chambre adopte sans modification les propositions de la loi ou les projets votés par le Sénat, le président de la Chambre des députés transmet la loi au président de la République par l'intermédiaire du ministre compétent » (textes réunis par R. BONNARD, *Les règlements des assemblées législatives de la France depuis 1789*, Sirey, 1926, p. 433 et p. 467). Il paraît que le « ministre compétent », au sens de ces dispositions, était celui qui avait déposé le projet de loi dont le texte définitif est issu. C'est ce qui ressort implicitement des dispositions des règlements relatives à l'étape antérieure de la transmission entre les deux chambres : un projet de loi adopté par l'une des deux chambres était transmis à l'autre chambre par l'intermédiaire du « ministre qui en a fait la présentation » (art. 137 du règlement des Chambres ; art. 127 du règlement du Sénat). En revanche, dans le cas des propositions de loi, la transmission entre les deux chambres était assurée par leur présidence. Nous ne sommes pas donc en mesure de savoir quel était le « ministre compétent », au sens susmentionné, pour les textes définitifs qui étaient issus d'une proposition de loi. *Comp.* H. CANNAC, *Éléments de procédure législative en droit parlementaire*, *op. cit.*, p. 92, où l'auteur se réfère au « Gouvernement » en général : « Lorsque le vote [de la seconde chambre saisie] est conforme à celui de l'autre Assemblée, la transmission se fait toujours au Gouvernement, qu'il s'agisse d'un projet ou d'une proposition, pour permettre à l'Exécutif de procéder à la promulgation » ; J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *La loi*, *op. cit.* p. 158 : « Avant la Deuxième Guerre mondiale, cette étape de la promulgation s'effectuait sous la responsabilité des ministères techniques intéressés par la loi à promulguer ».

²⁶⁹ H. CANNAC, *Éléments de procédure législative en droit parlementaire*, *op. cit.*, p. 93 : « La promulgation est l'œuvre du Gouvernement. Dans chaque ministère, on sait qu'il existe un bureau chargé des travaux législatifs. Dans quelques ministères, c'est un service autonome, dans d'autres c'est simplement l'une des attributions du bureau du cabinet ».

²⁷⁰ V. les précisions apportées par H. CANNAC, *Éléments de procédure législative en droit parlementaire*, *op. cit.* p. 94 : « à chaque vote de chaque Chambre, le ministère reçoit un vélin, provenant alternativement de l'une et de l'autre Assemblée. Tant que le vélin reçu en dernier lieu

contrôle complémentaire par rapport au contrôle préalable que les chambres elles-mêmes effectuaient afin d'établir le texte définitif²⁷¹. Après ce contrôle supplémentaire, le service du ministère concerné apposait sur le texte la formule de promulgation et recueillait la signature du président de la République et les contreseings nécessaires²⁷².

En revanche, et pour ce qui concerne les régimes antérieurs à la Troisième République, les choses sont moins claires. En effet, nous n'avons pu trouver aucune étude consacrée à la matière²⁷³. On peut néanmoins tenter de formuler deux hypothèses à partir de quelques textes²⁷⁴. Il semble, en premier lieu, que c'était à un membre du gouvernement – de règle générale, au ministre de la justice – qu'incombait le devoir de présenter au chef de l'exécutif, aux fins de promulgation, le texte définitivement adopté par les chambres²⁷⁵. Nous ne pouvons pas pourtant savoir si le membre du gouvernement concerné vérifiait ou non l'exactitude du texte qui lui était transmis par rapport au texte qui avait été effectivement adopté. Concernant les

diffère de celui qui émane de l'autre Chambre et qui le précède immédiatement, il ne peut pas être question de promulgation [...] Lorsque, enfin, le dernier vélin reçu est conforme à l'avant dernier, autrement dit, lorsque le ministère est en possession de deux textes identiques, émanant l'un de la Chambre et l'autre du Sénat, il peut et doit promulguer ».

²⁷¹ Plus analytiquement : H. CANNAC, *Éléments de procédure législative en droit parlementaire*, *op. cit.*, p. 85-89 ; H. GLEIZES, *La rectification des textes publiés au Journal officiel*, *op. cit.*, p. 27-33, citant plusieurs exemples de corrections qui ont été apportées par les services des deux chambres dans le cadre de l'établissement du texte définitif et avant la transmission de ce dernier au pouvoir exécutif.

²⁷² Plus analytiquement : H. CANNAC, *Éléments de procédure législative en droit parlementaire*, *op. cit.*, p. 94.

²⁷³ À l'exception de quelques informations fournies par J. LAFERRIÈRE, « De l'authenticité du texte des lois publiés au "Journal officiel" », *op. cit.*, p. 130-131.

²⁷⁴ Dans les développements qui suivent, nous nous appuyons surtout sur les textes réunis par : R. BONNARD, *Les règlements des assemblées législatives de la France depuis 1789*, précité.

²⁷⁵ V. en ce sens : (i) Décret des 27 avril-25 mai 1791, *relatif à l'organisation du ministère*, Art. 5 : « Les fonctions du ministre de la justice seront : 1° de garder le sceau de l'État, et de sceller les lois [...] ; 2° d'exécuter les lois relatives à la sanction des décrets du Corps-Législatif, à la promulgation et à l'expédition des lois ; [...] » ; (ii) Arrêté du 28 nivôse an 8 (18 janvier 1800) *relatif au mode de promulgation des lois* : Art. 2 – « Le secrétaire d'état recevra les décrets du Corps-Législatif ; il les déposera dans le coffre établi à cet effet. Le dixième jour après l'émission des décrets du Corps-Législatif, le secrétaire d'état les représentera au premier Consul, qui ordonnera l'apposition du sceau de l'Etat, et la promulgation de la loi » ; Art. 3 – « L'expédition officielle de la loi, signée, contresignée et scellée, sera transmise dans le jour au ministre de la justice par le secrétaire d'état (Duvergier, t. 12, p. 72 ; le délai de dix jours prévu par l'art. 2 s'explique par l'art. 37 de la Constitution de l'an 8 [1799] qui disposait que la promulgation doit avoir lieu « le dixième jour après [l'] émission » de la loi) ; (iii) Ordonnance royale des 24-31 décembre 1844 *portant organisation de l'administration centrale du ministère de la justice*, Art. 2 : le ministère de la justice est doté d'un secrétariat général dont dépend le « bureau des archives de la chancellerie », ce dernier étant responsable, entre autres, de la « conservation des originaux des lois », et de la « tenue du registre de promulgation ».

chambres, et en deuxième lieu, il semble qu'elles prenaient toujours le soin d'exercer un tel contrôle lorsqu'elles établissaient le texte définitif²⁷⁶.

Une hypothèse concernant la période révolutionnaire – Concernant ce dernier point, une précision s'impose, relative à la période révolutionnaire.

En effet, certains textes de cette période, dont certaines dispositions constitutionnelles, réglaient de façon expresse et détaillée trois séries de questions. La première question, dont la réglementation détaillée sera progressivement retirée du texte constitutionnel pour faire l'objet des règlements des chambres²⁷⁷, était celle des procédures qui devaient être suivies pour la discussion et l'adoption des lois. Les constitutions de 1791 et de l'an 3 (1795) qualifiaient ces procédures de « formes », exigeant que le respect de celles-ci soit attesté par des « préambules » qui devaient être apposées sur les lois avant même que celles-ci ne soient transmises au pouvoir exécutif²⁷⁸. Les deux autres questions faisaient l'objet d'une réglementation d'ensemble. Il s'agissait de régler à la fois : les signes – intitulés, signatures et sceaux

²⁷⁶ V. en ce sens : (i) Décret du 29 août 1790 *pour prévenir l'introduction d'erreurs dans la rédaction des décrets* : « [T]out rapporteur ou autre membre de l'Assemblée, sur la proposition duquel il aura été rendu un décret ou une suite de décrets, sera expressément tenu d'en remettre, dans le jour, la minute en règle, et signée de lui, dans le bureau des procès-verbaux de l'Assemblée nationale ; laquelle minute sera remise au chef de bureau chargé de l'expédition des décrets, et restera entre les mains dudit chef, qui répondra de l'exactitude et de la fidélité des expéditions » (*Duvergier*, t. 1, p. 350) ; (ii) Décret du 12 novembre 1791, *relatif aux fonctions du comité des décrets*, Art. 4 : « Le comité des décrets collationnera ces deux expéditions [prévues pour chaque décret définitivement adopté] sur la minute du procès-verbal de l'Assemblée [...] et après avoir rectifié, s'il y a lieu, les erreurs qui pourraient s'être glissés dans la transcription faite des procès-verbaux, il les remettra avec une note indicative du texte et du nombre des décrets compris dans la remise à M. le président, pour faire passer le tout au Roi » (R. BONNARD, *Les règlements des assemblées législatives de la France depuis 1789*, *op. cit.*, p. 143). Nous n'avons pas pu trouver des dispositions correspondantes pour les régimes ultérieurs, mais on peut raisonnablement présumer que la pratique en question, une fois établie, n'avait plus besoin d'être explicitement décrétée, comme c'est par ailleurs le cas tant pour le régime actuel que pour le Troisième et le Quatrième République : il paraît qu'une telle réglementation précise et explicite allait de pair avec le caractère radicalement novateur que présentait l'élaboration de la loi sous la Révolution par rapport à l'ancien régime. *Comp.* J. LAFERRIÈRE, « De l'authenticité du texte des lois publiés au "Journal officiel" », *op. cit.*, p. 131 : « Sans doute ne trouve-t-on plus aujourd'hui de texte législatif qui prescrive ainsi l'établissement d'une minute et d'expéditions originales de chaque loi, en spécifiant la forme dans laquelle elle doivent être dressées. Mais, dans la pratique parlementaire, un système équivalent s'est maintenu par une sorte de nécessité naturelle. Il est un document dont on doit dire, croyons-nous, qu'il établit authentiquement, et l'existence de la loi, c'est-à-dire son vote par le Parlement [...] et sa teneur ».

²⁷⁷ *Rappr.* R. BONNARD, *Les règlements des assemblées législatives de la France depuis 1789*, *op. cit.*, p. 9 : « Le contenu des règlements a été fonction de celui des constitutions et des lois politiques : il s'est trouvé d'autant plus considérable que celles-ci étaient plus réduites ».

²⁷⁸ Constitution du 3 septembre 1791, Titre III, Chapitre III, Section II, articles 3 s. ; Constitution du 5 fructidor an 3 (22 août 1795), articles 77, 80, 87 et 97. Sur ces « formes » et leur lien avec la promulgation : *Infra*, Section 1, § 2, B), 3)

– que devaient porter les textes législatifs qui étaient transmis au pouvoir exécutif²⁷⁹ ; la façon, à commencer par l'établissement des copies certifiées conformes, dont ce dernier devait procéder à la publication²⁸⁰.

Pour rendre compte de ces données, il ne faut pas perdre de vue les enjeux politiques qui s'attachent tant aux « formes » et aux signes de la loi, au sens précisé ci-dessus, qu'à son mode de publication : tous ses éléments sont relatifs à la façon dont la « Loi » est présentée à ses destinataires, voire à la façon dont ces derniers peuvent s'assurer d'être en face d'un texte qui constitue « vraiment » une loi ; or, régler cela revient à déterminer ce qui doit être reconnu comme étant une « Loi », voire ce qui compte comme « Loi » aux yeux des citoyens et des organes d'application du droit²⁸¹. Ceci étant, il ne faut oublier ni les changements radicaux que la Révolution a apporté sur ce point, ni les réactions, qui prenaient souvent la forme d'une résistance passive, que ces changements ont provoqué²⁸².

Compte tenu de ce qui précède, il est permis de penser que l'« authentification » des lois sous la Révolution avait une portée davantage politique que technique : les révolutionnaires ne se préoccupaient pas seulement des simples erreurs qui peuvent se produire par inadvertance dans les étapes qui suivent l'adoption d'une loi ; ils se prémunissaient aussi, et surtout, de la falsification de cette dernière et, de façon plus générale, de la « forfaiture » de leur pouvoir législatif²⁸³.

²⁷⁹ Il paraît que ces questions feront l'objet, à partir du Consulat, des règlements des chambres. V. par exemple : *Règlement du Corps législatif* du 27 nivôse an VIII (17 janvier 1800), les articles 67 et 68 (*Duvergier*, t. 12, p. 68 ; R. BONNARD, *Les règlements des assemblées législatives de la France depuis 1789*, op. cit., p. 205).

²⁸⁰ Décret des 2-5 novembre 1790 (dont le titre varie, en fonction de la source consultée : *Baudouin*, t.8, p.3 ; *AP*, t.20, p. 194 ; *Duvergier*, t. 2, p.1), art. 3 s., qui règle minutieusement l'établissement des « originaux authentiques » de la loi et la façon dont le pouvoir exécutif devait procéder à la publication.

²⁸¹ Sur l'importance que présentent les « signes » de la loi, et sur leur lien avec la formule de promulgation, v. *Infra*, Titre II, Chapitre 2, Section 2, § 2.

²⁸² De façon significative, l'adoption du décret précité des 2-5 novembre 1790 avait été rendue nécessaire par l'inapplication du décret du 9 novembre 1789 (cité dans la note suivante) : contrairement aux prescriptions de ce premier décret, les décrets de l'Assemblée étaient promulgués sous le titre de « lettres patentes », « proclamations du roi » ou « déclaration du roi en conseil ». V. la « validation » des décrets ainsi promulgués par le décret des 2-5 novembre 1790, et les commentaires de *Duvergier*, t. 1, p. xv-xvi ; PH.-A. MERLIN (dir.), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 18, 5^e éd., 1827, Bruxelles, éd. Tarlier, V^o « Loi », § V, n^o III, p. 392-393.

²⁸³ V. en ce sens : (i) Décret du 9 novembre 1789, *Articles de Constitution sur la présentation et sanction des lois, et la forme de leur promulgation*, qui disposait, entre autres : « L'expression de Roi de France sera changé en celle de Roi des François & il ne sera rien ajouté à ce titre » ; « La copie

Cette donnée présente un intérêt pour la suite de notre étude. En effet, le problème de la falsification des actes législatifs n'était pas inconnu à l'ancien régime²⁸⁴. Ce qui change pourtant avec la Révolution, c'est la solution apportée à ce problème : le droit positif règle désormais de façon expresse et détaillée tant la procédure d'édiction des lois que les opérations, dont la distinction par rapport à l'édiction est nettement établie, qui doivent être suivies pour leur publication. Ce formalisme est nécessaire, on le verra, pour l'existence même de ce qu'on appelle aujourd'hui « l'entrée en vigueur des lois »²⁸⁵.

Une hypothèse concernant les régimes antérieurs à la Troisième République –
Pour conclure, il est permis de se demander si, de façon plus générale, la pratique suivie depuis la Troisième République ne présuppose un certain type de collaboration entre les organes constitutionnels et, surtout, un certain degré d'évolution de la fonction gouvernementale. Il semble en effet que, sous les régimes antérieurs, les opérations nécessaires pour la promulgation et la publication étaient réglées ou étroitement supervisées par les chambres elles-mêmes ou, en fonction du régime, par le Chef de l'État. Depuis la Troisième République, en revanche, la gestion de ces opérations est confiée – même sans prévision textuelle – à des services qui répondent au gouvernement. Par ailleurs, les opérations en question sont désormais conçues comme des tâches techniques dont la prise en charge par un certain service, plutôt que par un autre, ne constitue ni une prérogative ni une source de danger pour les organes constitutionnels concernés. Il est permis de se demander alors si ces conditions, et la confiance mutuelle qu'elles présupposent entre les organes constitutionnels concernés, étaient ou non remplies, et à quel degré, avant la Troisième République²⁸⁶.

littérale du Décret sera insérée [entre les deux parties de la formule de promulgation] *sans addition ni observation* » (Baudouin, t.1, p. 160 ; Duvergier, t.1, p.57, nous soulignons) ; (ii) Décret des 16-24 août 1790 *sur l'organisation judiciaire*, Titre II : Art. 10 – « Les Tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps-Législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture » ; Art. 11 – « Ils seront tenus de faire transcrire purement et simplement dans un registre particulier, et de publier dans la huitaine, les lois qui leur seront envoyées ».

²⁸⁴ A. GIRY, *Manuel de diplomatie*, nouvelle édition, Librairie Félix Alcan, 1925, p. 863 s.

²⁸⁵ *Infra*, Seconde Partie, Titre II, Chapitre 2, Section 2, § 2, A).

²⁸⁶ D'autant plus que, sous le Troisième République encore, la prévision, par la loi des finances susmentionnée, de la création d'un service comme le Secrétariat général du gouvernement a pu susciter des inquiétudes. V. en ce sens M. LONG, « Le Secrétaire général du Gouvernement », *op.*

Cette question se pose avec d'autant plus d'acuité qu'il s'avère que la création même du Secrétariat général du gouvernement, en tant que service mis à la disposition du chef du gouvernement, fut le fruit d'une étape décisive dans l'évolution de la fonction gouvernementale : la décision de doter le chef du gouvernement d'un service administratif qui lui est propre a été rendue possible, voire nécessaire, suite à la formation, à partir de la Première guerre mondiale, de l'institution du Premier ministre telle qu'on la connaît aujourd'hui²⁸⁷.

Quoiqu'il en soit, ni cette question, que nous ne pouvons pas creuser ici, ni l'hypothèse susmentionnée concernant la période révolutionnaire, n'affectent les conclusions que l'on peut tirer des données présentées plus haut.

Conclusion – Plus précisément, on peut établir trois séries de conclusions qui sont sans doute valables pour la pratique suivie actuellement et depuis la Troisième République.

En premier lieu, il s'avère que les chambres vérifient toujours la régularité formelle du texte définitif qu'elles transmettent au pouvoir exécutif aux fins de promulgation. Rappelons ici que par « régularité formelle » on entend la réalisation d'un fait : il s'agit pour un texte d'être identique au texte que les chambres ont effectivement adopté. Il s'avère aussi, et en deuxième lieu, que les opérations nécessaires pour l'accomplissement de la promulgation sont assurées par des services qui répondent au gouvernement. En ce sens, on peut affirmer que la promulgation est préparée par le gouvernement²⁸⁸. Mais il s'avère aussi, et en troisième lieu, que le gouvernement

cit., p. 157, et Id., *Les services du Premier ministre, op. cit.*, p. 61 : « Les débats de cette loi de Finances concernant le Secrétariat Général du Gouvernement [...] témoignent d'une réticence assez vive, notamment du Sénat, à l'égard de la création d'un tel organisme. On voyait sans trop d'enthousiasme le Président du Conseil se doter de services qui lui seraient propres [...] ».

²⁸⁷ Sur ce point, v. R. BONNARD, « La Présidence du Conseil », *RD* 1935, p. 74-89, spéc. p. 78 s.

²⁸⁸ H. CANNAC, *Éléments de procédure législative en droit parlementaire, op. cit.*, p. 93 « La promulgation est l'œuvre du gouvernement » ; G. JÈZE, « La promulgation des lois », *RD*, 1918, p. 378-400, spéc. p. 383 : « [L]a promulgation des lois par le président de la République est en réalité l'œuvre des ministres intéressés » ; COMMISSION DE RÉFORME DU CODE CIVIL, *Travaux de la Commission de réforme du Code civil*, t. 4, 1948-1949, Sirey, p. 172, où le Professeur J.-P. Niboyet remarquait que « Le décret de promulgation de la loi elle-même est pris par le Président du Conseil » ; J. MASSOT, « Article 10 », *op. cit.*, p. 395 : « En pratique, la tâche matérielle de préparation des décrets de promulgation repose entièrement sur le service législatif du Secrétariat général du Gouvernement ».

s'assure, lui aussi, de la régularité formelle des textes qui lui sont transmis par les chambres.

Nous ne pouvons pas vérifier la pertinence de cette troisième conclusion pour les régimes antérieurs. La deuxième conclusion, en revanche, semble être valable pour ces régimes aussi. Il serait peut être plus exact d'affirmer que, sous ces régimes, c'était très probablement le ministre de la Justice – ou un autre membre du gouvernement – qui assumait le devoir de présenter le texte définitif au chef de l'exécutif aux fins de promulgation. Quant à la première conclusion, il est permis de penser qu'elle est valable pour tous les régimes constitutionnels que la France a connus.

Ces conclusions, et notamment celles qui concernent la pratique suivie depuis la Troisième République, seront déterminantes pour apprécier la pertinence de l'analyse doctrinale de la promulgation : elles mettent à mal la conception de cette dernière en tant qu'acte d'authentification. Cette conception, qui est partagée de façon presque unanime, est le fruit d'une longue réflexion doctrinale sur les fonctions de la promulgation.

Section 1 : Les fonctions de la promulgation

Les analyses sur les fonctions de la promulgation peuvent être regroupées en deux catégories que l'on pourrait qualifier, respectivement, de « classiques » et d'« alternatives »²⁸⁹. D'après les analyses classiques, qui représentent l'ensemble

²⁸⁹ Nous faisons ici abstraction de deux études récentes qui ne peuvent pas être subsumées sous ces deux catégories. La première est celle de F. BOTTINI, « La promulgation des lois parlementaires », *RFDC* 2008/4, p. 761-784. L'auteur soutient que le concept de promulgation a pu évoluer, et que, suite à cette évolution, la promulgation peut être comprise comme une « composante de la "conception française de l'état de droit" ». Cette analyse ne nous paraît pas convaincante, mais pour des raisons qui ne peuvent pas être exposées ici. L'autre analyse est celle de J. FERRAND, « Promulguer la loi sous la Révolution : éléments d'histoire critique », *Clio & Thémis*, n° 6, 2013 (accessible sur : cliothemis.com/Promulguer-la-loi-sous-la). L'auteur critique les analyses « qui font de la promulgation une condition participant de la perfection formelle de la loi » (n°5). Il invoque à cet effet certains incidents, produits sous la Révolution, qui font preuve d'une « participation des citoyens au processus de formation de la loi » (n°37). Il s'agit des données qui montrent que « les personnes chargées de faire exécuter la loi en contestent, en réalité, la légitimité », voire des faits qui « témoignent de l'existence de pratiques de ratification populaire » (n° 40). Cela prouve, selon l'auteur, qu'« [u]ne norme juridique ne peut alors être reconnue comme telle que si elle a recueilli l'assentiment de ses destinataires » (n°40), et que « le processus législatif ne s'achève, ou plutôt ne se parfait, que dans l'assentiment des destinataires de la norme », voire dans « la réception positive [de la] norme » (n° 41). Pour conclure, l'auteur remarque que « d'un point de vue formel, la loi-expression de la volonté générale est censée être parfaite lorsqu'elle a été promulguée par le président de la république et qu'elle a été publiée », soulignant que ce point de vue « exclut du champ

presque de la littérature en la matière, le rôle de la promulgation est d'assurer les deux fonctions (ou l'une des deux fonctions) qui figurent dans sa définition traditionnelle : la fonction qui consiste à « commander l'exécution » de la loi (§1) ; la fonction qui consiste à « attester l'existence » ou à « authentifier » la loi (§2).

La seconde catégorie regroupe deux analyses seulement. Il s'agit de deux études relativement récentes qui proposent une explication alternative : la promulgation, en tant qu'acte dont l'accomplissement est en principe confié au chef de l'exécutif, ne remplit aucune fonction que lui serait propre ; sa fonction s'explique ultimement par le délai dont dispose l'organe compétent pour l'accomplir, cet délai étant un *terminus ad quem* pour la demande d'une nouvelle délibération et/ou la saisine du juge constitutionnel (§3).

§ 1 – Le commandement d'exécution de la loi

Le commandement d'exécution figure dans la définition de la promulgation retenue par la grande majorité la doctrine²⁹⁰. Les auteurs qui retiennent cette fonction pour expliquer le rôle de la promulgation affirment ou suggèrent que la formule de promulgation exprime un commandement, et que ce commandement permet à la loi de passer de l'étape de son adoption à celle de son application. Après avoir présenté

définitoire de la loi la question de son application », ce qui signifie que « l'effectivité n'est pas un élément constituant de la loi » (n° 60). Cela revient à exclure « un élément essentiel qui, sur le plan des principes, est pourtant celui qui donne force à la loi : cette forme de ratification populaire qui, une fois le processus formel d'élaboration accompli, rencontre la réalité et permet de produire des effets tangibles », ce qui s'avère problématique dans la mesure où « une loi n'est jamais aussi vigoureuse que lorsqu'elle rencontre l'adhésion effective de ses destinataires », étant donné que « la force normative est une force d'adhésion » (n° 61). Cette analyse semble confondre l'édiction de l'acte législatif avec la question de savoir si les règles qui y sont formulées rencontrent ou non l'adhésion de leurs destinataires. Or, la question de savoir si la loi peut ou doit rencontrer l' « adhésion » de ses destinataires ne change pas le fait que ce qui peut ou doit faire l'objet d'une telle « adhésion », c'est un texte dont « le processus formel d'élaboration » est achevé avec la promulgation. L'auteur oppose ce « processus formel d'élaboration » au moment où le « processus législatif se parfait dans l'assentiment des destinataires de la norme ». Soit. Mais il reste toujours à expliquer pourquoi le « processus formel d'élaboration » s'achève, lui, avec un acte comme la promulgation : pourquoi ne pas passer directement de l'adoption définitive par les chambres à la publication ?

²⁹⁰ L'exception la plus notable étant l'analyse proposée par Carré de Malberg (*Infra*, §2). Il en va de même pour les deux études qui proposent une analyse que nous qualifions ici d' « alternative » (*Infra*, §3). Une autre exception était L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t.4, *L'organisation politique de la France*, 2^e éd., E. de Boccard, 1924, § 43, p. 627-629.

les idées qui sous-tendent cette thèse (A), nous tenterons de montrer ses inconvénients (B).

A) Présentation de la thèse

D'après la thèse en question, il y a un lien coextensif entre la séparation des pouvoirs et la promulgation : celle-ci est une conséquence « logique » de celle-là²⁹¹. Ce lien s'explique ainsi : dès lors qu'il y a une distinction entre le pouvoir de légiférer et le pouvoir d'appliquer la loi, il faut que l'exercice du premier pouvoir soit suivi d'une intervention du chef hiérarchique des organes qui exercent le deuxième pouvoir²⁹². Cette intervention est nécessaire, selon la même idée, pour assurer la transition entre l'adoption et l'application de la loi, et cela pour deux raisons : d'une part, les organes législatifs ne peuvent pas assurer eux-mêmes l'application des textes dont ils sont l'auteur ; d'autre part, les agents du pouvoir exécutif ne peuvent pas assurer l'application d'un texte adopté par le pouvoir législatif sans recevoir un commandement en ce sens par leur chef hiérarchique²⁹³.

²⁹¹ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, éd. Panthéon-Assas, [1914] 2008, p. 669 : « La nécessité de la promulgation est une conséquence correcte et logique du principe de la séparation des pouvoirs ». Dans le même sens: CH. BEUDANT, *Cours de droit civil*, t.1, 2^e éd., 1934, p. 133 : « La promulgation apparaît comme une conséquence du principe de la séparation des pouvoirs législatif et exécutif » ; A. COLIN & H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t.1, 6^e éd., Dalloz, 1930, p. 42-43 : « La nécessité de la promulgation est la conséquence logique de la séparations des pouvoirs » ; G. GLÉNARD, *L'exécutif et la constitution de 1791*, thèse, PUF, 2010, p. 294 : « l'acte promulgatif trouve son origine et sa justification dans le principe de la spécialisation fonctionnelle des organes » ; M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Sirey, 1929, p. 334 : « On s'est demandé si les lois constitutionnelles [de 1875], et par conséquent leurs dispositions révisées, devaient être promulguées par le Président de la République. Comme il n'y a sur ce point aucun texte, il convient de trancher la question uniquement par les principes [...]. En conséquence, nous admettons : 1^o que les dispositions constitutionnelles doivent être promulguées, parce que la promulgation est un acte exécutif nécessaire pour rendre la loi exécutoire et que l'Assemblée de révision n'est pas soustraite au principe de la séparation des pouvoirs » ; M. WALINE, « Introduction », in : B. Herzog, G. Vlachos (dir.), *La promulgation, la signature et la publication des actes législatifs en droit comparé*, Éditions de l'Épargne, 1961, p. 5 : « Encore ce certificat [d'authenticité de la loi, accordé par la promulgation] a-t-il, dans les États qui connaissent la séparations des pouvoirs, la portée d'entraîner, comme un corolaire nécessaire, un ordre d'exécution que le chef du pouvoir exécutif donne, en conséquence, à tous les agents placés sous ces ordres ». D'autres auteurs présentent la promulgation comme une conséquence nécessaire de la séparation des pouvoirs sans pour autant insister, dans la suite de leur analyse, sur le commandement d'exécution : H. PUGET & J.-C. SÉCHÉ, « La promulgation et la publication des actes législatifs en droit français », *RA* 1959, p. 240 (réimpr. in B. Herzog, G. Vlachos (dir.), *La promulgation, la signature et la publication des actes législatifs en droit comparé*, op. cit., p.74) : « La promulgation « est nécessaire dans un régime politique où le Législatif et l'Exécutif ne sont pas confondus ».

²⁹² A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, op. cit. : « Le droit et le devoir de veiller à son exécution [de la loi] appartient, en effet, au pouvoir exécutif : tant que celui-ci n'a pas donné l'ordre d'y procéder, aucune des autorités publiques ne saurait en tenir compte ».

²⁹³ CH. AUBRY & CH.-F. RAU, *Cours de droit civil français*, t.1, 5^e éd., Marchal et Billard, 1897, n^o 26, p. 84 : « Les préceptes juridiques auxquels la puissance législative a imprimé le caractère de lois,

B) Inconvénients de la thèse

Les objections doctrinales – Cette explication a fait l’objet de quatre objections : (i) dans un régime de séparation de pouvoirs, la loi est obligatoire en vertu de son adoption par les chambres ; par conséquent, elle est obligatoire dès son adoption et s’impose aux autorités exécutives par elle-même, et non pas en vertu d’une intervention du chef de l’exécutif²⁹⁴ ; (ii) il peut y avoir des actes de promulgation qui ne sont pas accomplis par le chef de l’exécutif mais par le président de l’Assemblée²⁹⁵ ; (iii) en tout cas, le chef de l’exécutif n’est pas le chef hiérarchique

ne sont point *exécutoires* par eux-mêmes ; ils ne le deviennent qu’en vertu de la promulgation, c’est-à-dire d’un ordre d’exécution émané du chef de l’État, en qui réside la puissance *exécutive* » ; CH. BEUDANT, *Cours de droit civil, op. cit.*, p. 133 : « C’est le pouvoir exécutif qui fait exécuter la loi, c’est lui, dès lors, qui doit donner l’ordre d’exécuter, lequel est le premier acte d’exécution » ; A. COLIN & H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français, op. cit.*, p. 43 : « L’acte sorti des délibérations du pouvoir législatif est bien définitif, mais il ne peut être rendu exécutoire que par le pouvoir exécutif » ; G. GLÉNARD, *L’exécutif et la constitution de 1791, op. cit.*, p. 285 : « La mise en exécution », dont « la promulgation forme la première étape », constitue « une étape obligée de l’exécution de la loi [...] parce qu’il faut, d’une manière générale, rendre la loi exécutoire et obligatoire afin que les agents de l’exécutif puissent agir sur son fondement ». ; M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 438 : « La formalité de promulgation a une importance au point de vue de la séparation des pouvoirs entre le délibérant et l’exécutif : elle signifie que les assemblées délibérantes ne connaissent pas de l’exécution de leurs décisions (même pour pas pour les rendre exécutoires) ».

²⁹⁴ Le défenseur le plus ardent de cette idée fut R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l’État, op. cit.*, n° 139 s., p. 410 s., qui soulignait que les analyses de la promulgation en tant qu’acte de commandement « proviennent de la persistance, dans la littérature du droit public français, d’idées essentiellement monarchiques » (*ibid.*, p. 411). Pour une appréciation critique de la conception de la promulgation en tant qu’acte de commandement v. aussi : É. BONNET, *De la promulgation*, thèse précitée, p. 67 ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t.4, *op. cit.*, § 43, p. 627-629 ; FAUVEL, « De la promulgation des lois et décrets », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1872, p. 723-741 et 1873 p. 32-45, spéc. p. 739 ; H. GLEIZES, *La rectification des textes publiés au Journal officiel*, thèse, Université de Paris, Sirey, 1939, p. 101 ; G. REVEL, *La publication des Lois, des Décrets et des autres Actes de l’Autorité Publique*, Sirey, 1933, p. 141-142 ; *Contra* : J. DE SOTO, *La promulgation des traités*, Pedone, 1945, p. 21-23 : dans un système de séparation des pouvoirs, la loi est obligatoire dès son adoption mais ne devient « exécutoire » qu’après sa promulgation. Or, l’auteur n’explique pas en quoi consiste la différence entre la « force obligatoire » et la « force exécutoire » de la loi. Selon une autre approche, qui n’invoque pas explicitement la séparation des pouvoirs, la loi est obligatoire dès son adoption mais non pas vis-à-vis des citoyens : R. BONNARD, *Précis élémentaire de droit public*, 2^e éd., Sirey, 1932, p. 109-110 : « [...] la promulgation ne contribue pas à donner force obligatoire à la loi vis-à-vis des particuliers. Cela est déjà complètement réalisé par le vote au Parlement [tandis que la publication] constitue la condition nécessaire pour que la loi leur soit [aux particuliers] applicable. Elle [la publication] se différencie ainsi très nettement de la promulgation qui, elle vise l’application de la loi en ce qui concerne les autorités administratives et judiciaires ». Une distinction similaire ressort implicitement de l’analyse de M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel, op. cit.*, p.437-438. La distinction proposée par Bonnard et Hauriou soulève une aporie : si la loi devient obligatoire pour l’administration après sa promulgation, et pour les citoyens après sa publication, en quoi est-elle obligatoire dès son adoption ?

²⁹⁵ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l’État, op. cit.*, n° 147, p. 445, note n° 43, qui vise explicitement l’analyse d’Esmein ; G. GUGLIELMI, « Distinguer la promulgation de la publication », in : G. Fauré & G. Koubi (dir.), *Le titre préliminaire du Code civil*, Economica, 2003, p.59-79, spéc. p. 63, note n° 4. La promulgation par le président de l’Assemblée, en cas de carence ou d’empêchement de la part du président de la République, était prévue par : (i) l’art. 6 du décret du 28

des autorités judiciaires qui sont pour autant, elles aussi, tenues d'appliquer la loi²⁹⁶ ; (iv) il y a des régimes qui connaissaient la séparation des pouvoirs mais non pas l'institution de la promulgation²⁹⁷.

La première objection ne saurait être retenue. Soit par exemple une loi qui dispose « Il est obligatoire de faire Φ », et dont l'entrée en vigueur est postérieure par rapport à son adoption. On ne peut pas affirmer à la fois, le jour de son adoption, que la loi est déjà obligatoire, et qu'il n'est pas encore obligatoire de faire Φ . Pour le reste, nous partageons les trois autres objections. Il importe pourtant d'identifier deux idées qui sous-tendent la conception de la promulgation en tant qu'acte de commandement et expliquent très probablement sa pérennité.

Les idées sous-jacentes – Selon la première idée, la promulgation est un acte de commandement en vertu de sa formule ou, plus précisément, en vertu d'une formule, dite « exécutoire », qui fait partie de la formule de promulgation. Cette formule est

octobre 1848 ; (ii) l'art. 59 de la Constitution du 4 novembre 1848 ; (iii) l'art. 36, al. 3 de la constitution du 27 octobre 1946. En plus, comme on le verra plus loin, il y a eu une période de transition constitutionnelle où la promulgation des lois était assurée exclusivement par le président de l'Assemblée, alors que le président de la République avait déjà assumé ces fonctions : *Infra*, §2, B), 1)

²⁹⁶ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, n° 140, p. 422 : « le Président de la République n'est point le chef hiérarchique de autorités judiciaires : si les tribunaux sont tenus d'appliquer la loi à partir de sa promulgation, on ne peut plus dire que ce soit en vertu d'un ordre qui leur aurait donné par le chef de l'Exécutif dans l'acte qui la promulgue ». Une objection similaire, qui prend aussi en compte l'évolution qu'a connue la fonction gouvernementale, a été formulée par Y. GAUDEMET & B. PLESSIX, « Promulgation et publication des lois », *Jurisclasseur Civil*, Art. 1^{er}, Fasc. 10, 2011, n° 98 : « Si vraiment la promulgation est un ordre d'exécution en direction de l'Administration, elle devrait être aujourd'hui, sous l'empire de la Constitution de 1958, une compétence du Premier ministre, non pas du Président de la République ; c'est le Premier ministre en effet qui "dispose de l'Administration" (Const., art.20) et "assure l'exécution des lois" (Const., art. 21) [...] ». Ces objections se combinent avec la deuxième objection susmentionnée : si la promulgation était un acte de commandement du chef de l'exécutif qui s'adresse à l'administration, il ne pourrait pas y avoir des actes de promulgation accomplis par le président de l'Assemblée.

²⁹⁷ Y. GAUDEMET & B. PLESSIX, « Promulgation et publication des lois », *op. cit.* n° 17 : le Royaume-Uni et la Suisse ne connaissent pas l'institution de la promulgation et « cette constatation invite à voir dans la promulgation une institution davantage héritée de l'histoire et propose à certaines traditions constitutionnelles nationales qu'un élément constitutif de la démocratie voire d'un système de type parlementaire ». La promulgation est aussi absente aux États-Unis : A. TUNC, « Promulgation et Publication des textes législatifs aux États-Unis d'Amérique », in : B. Herzog, G. Vlachos (dir.), *La promulgation, la signature et la publication des actes législatifs en droit comparé*, ouvrage précité, p. 63-69. Sur le Royaume-Uni en particulier, v. CH. GRAY, *The Nature and Sources of the Law*, 2^e éd., MacMillan, New York, 1921, p. 162 s., et ses remarques sur les différences avec la France. V. aussi les brèves remarques de J.-B. JACKSON, « Who Enacts Statutes ? », *Statute Law Review*, vol. 18, n°3, 1997, p. 177-207, spéc. p. 178, qui songe à la promulgation lorsqu'il remarque, à propos de la publication officielle des lois au Royaume-Uni, que « Unlike the practice in some other jurisdictions, neither the individual statute nor the volume as a whole carries any form of attestation ».

censée exprimer un commandement dont l'auteur est l'organe qui promulgue la loi, et dont les destinataires sont les organes qui sont chargés de l'application de la loi.

Sous les régimes monarchiques ou d'inspiration monarchique – voire, sous les régimes dont la légitimité est censée être réductible à la légitimité personnelle dont se réclame le chef de l'État, qui est aussi l'organe promulgant²⁹⁸ – la formule exécutoire comporte des énoncés comme « Mandons et ordonnons »²⁹⁹. Sous les régimes républicains, et à partir de la Troisième République³⁰⁰, la formule de promulgation se

²⁹⁸ V. l'exemple, présenté plus haut, de la formule de promulgation utilisée sous le Second empire (*Supra*, Chapitre 1^{er}, Section 1, §2, C). Plus analytiquement sur le lien entre promulgation et légitimité v. *Infra*, Titre II, Chapitre 2, Section 2, §2.

²⁹⁹ V. les formules de promulgation fixées par : (i) la Constitution du 3 septembre 1791, Titre 3, Chap.4, Sect.1, art. 3 : « [...] Nous voulons et ordonnons ce qui suit [...]. Mandons et ordonnons à tous les corps administratifs et tribunaux, que les présentes ils fassent [...] exécuter comme loi du royaume » ; (ii) le Sénatus-Consulte du 28 floréal an XII (18 mai 1804), art. 140 : « [...] Mandons et ordonnons que les présentes [...] soient adressées aux cours, aux tribunaux et aux autorités administratives, pour qu'ils [...] les observent et les fassent observer », (*Duvergier*, t.15, p. 1, spéc. p. 13) ; (iii) le décret impérial du 2 décembre 1852, art. 1^{er} « [...] Avons sanctionné et sanctionnons, promulgué et promulguons ce qui suit [...]. Mandons et ordonnons que les présentes [...] », (*BL*, XI^e série, t.1, n° 3, p. 6 ; *Duvergier*, t. 52, p. 756) ; (iv) le décret impérial du 21 mai 1870, art. 1^{er} qui reprend la formule exécutoire prévue par le décret impérial du 2 décembre 1852 (*Duvergier*, t. 70, p. 150).

La Restauration, sous laquelle la formule de promulgation était aussi la formule employée pour la sanction (Art. 22 de la Charte de 1814 : « Le Roi seul sanctionne et promulgue les lois »), représente sur ce point une particularité : la formule qui était effectivement employée différait de celle qui était formellement consacrée. Formellement, la formule était fixée par la loi du 13 août 1814, *Concernant les relations des Chambres avec le Roi et entre elles*, qui disposait, dans son Titre 4, art. 3 : « Le Roi sanctionne la loi qu'il a proposée, en faisant inscrire sur la minute que ladite loi, discutée, délibérée et adoptée par les deux Chambres, sera publiée et enregistrée, pour être exécutée comme loi de l'État » (*Duvergier*, t. 19, p. 205 ; R. BONNARD, *Les règlements des assemblées législatives de la France depuis 1789*, Sirey, 1926, p. 208). Dans la pratique pourtant, les formules employées étaient similaires à celles apposées sur les ordonnances de l'ancien régime. Par exemple, un mois seulement après l'édition du Règlement du 13 août 1814, la *Loi sur les finances* du 23 septembre 1814 fut promulguée avec une formule qui comportait, entre autres, les énoncés suivants : « Mandons et ordonnons que la présente loi [...] sera publiée et enregistrée pour être exécutée comme loi de l'État [...] Si donnons en mandement à nos Cours et Tribunaux, Préfets et corps administratifs [...] car tel est notre plaisir [...] » (*BL*, 5^e série, t.2, N° 39, n° 300, p. 201). Il importe par ailleurs de remarquer que la loi du 13 août 1814 n'avait pas été insérée dans le *Bulletin des lois* (le *Duvergier* renvoie à un autre instrument, le *Moniteur*, qui, d'après un décret du 3 avril 1814 du gouvernement provisoire, était devenu « le seul journal officiel »). C'est pour cela peut-être que le décalage entre la formule explicitement consacrée et la formule effectivement employée n'avait pas attiré l'attention des auteurs (par ex. C. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t.1, Paris, 1824, n° 74, p. 68-69, affirme qu'aucun texte ne fixait à l'époque la formule de promulgation). Plus encore, on a pu affirmer, sous la Monarchie de Juillet, que cette loi devait être considérée comme étant implicitement abrogée (PH. VALETTE & B. SAINT-MARCY, *Traité de la confection des lois*, 2^e tirage, Joubert, 1839, p. 200). Quoi qu'il en soit, nous n'avons pas pu trouver de texte qui fixe une formule de promulgation ou de sanction sous la Monarchie de Juillet (1830-1848) : les lois, telles qu'elles étaient insérées dans le *Bulletin des lois*, portaient la même formule de promulgation que sous la Restauration.

³⁰⁰ Pour les régimes antérieurs, il faut distinguer : (i) Le 10 août 1792, suite à l'abolition de la monarchie, l'Assemblée supprima la partie initiale de la formule de promulgation, fixée par la Constitution de 1791, qui se plaçait en tête de la loi, mais nous n'avons pas pu vérifier l'énoncé qui était utilisé pour la partie finale de la formule de promulgation. Sur cette modification : *Infra*, Titre II, Chapitre 2, Section 2, § 2 ; (ii) Sous le Directoire, la formule de promulgation était fixée par l'art. 130 de la constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795) : « [...] Le Directoire ordonne que la loi ou l'acte législatif ci-dessus sera publié, exécuté, et qu'il sera muni du sceau de la République » ; (iii) Sous le Consulat, la formule de promulgation ne faisait aucune allusion à l'« exécution » de la loi,

termine avec l'énoncé « La présente loi sera exécutée comme loi de l'État »³⁰¹. D'après les auteurs, c'est cet énoncé qui joue désormais le rôle d'une formule exécutoire³⁰². L'analyse que fait la doctrine de ces énoncés présente deux inconvénients.

Premièrement, il peut y avoir des formules de promulgation qui ne font aucune mention à l'« exécution » de la loi³⁰³. Deuxièmement, l'emploi de l'énoncé « La présente loi sera exécutée comme loi de l'État » ne correspond pas nécessairement à l'expression d'un commandement. De règle générale, pour qu'un énoncé ait la signification ou la force illocutoire d'un commandement³⁰⁴, il faut que le contexte de

mais se terminait avec l'énoncé suivant : « Soit la présente loi revêtue du sceau de l'État, insérée au *Bulletin des lois*, inscrite dans les registres des autorités judiciaires et administratives, et le ministre de la justice chargé d'en surveiller la publication » (plus analytiquement sur cette formule : *Infra*, Seconde Partie, Titre I, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 2, B), 1) ; (iv) Concernant la Deuxième République, nous n'avons pas pu trouver de texte relatif à la formule de promulgation. Après une courte période transitoire, pendant laquelle les lois étaient promulguées par le président de l'Assemblée et non pas par le président de la République, les lois insérées au *Bulletin des lois* portaient une formule qui se terminait ainsi : « La présente loi sera promulguée et scellée du sceau d'État ». Sur la promulgation pendant la transition en question : *Infra*, § 2, B), 1).

³⁰¹ V. les formules de promulgation fixées par : (i) le décret du 6 avril 1876 (*JO* du 7 avril 1876, p. 2489 ; *Duvergier*, t.76, p.63) ; (ii) le décret n° 47-237 du 31 janvier 1947 (*JO* du 2 février 1947, p. 1152) ; (iii) le décret n° 59-635 du 19 mai 1959 (*JO* du 20 mai 1959, p. 5107, modifié par le décret n° 59-635 du 8 mars 1990, *JO* n° 60 du 11 mars 1990, p. 3013). L'énoncé « La présente loi sera exécutée comme loi de l'État » faisait aussi partie de la formule fixée provisoirement après la Libération par le décret n° 45-02 du 23 novembre 1945 (*JO* du 25 novembre 1945, p. 7826).

³⁰² X. PRÉTOT, « Formule exécutoire » in : F. Luchaire et al. (dir.), *La Constitution de la République française : analyses et commentaires*, 3^e éd. Economica, 2008, p. 2021-2024.

³⁰³ Il y a trois cas de figure en ce sens : (i) La formule précitée qui était employée sous la Deuxième République : « La présente loi sera promulguée et scellée du sceau d'État » ; (ii) Les deux formules employées pendant la transition constitutionnelle qui précéda l'adoption des lois constitutionnelles de la Troisième République. La formule fixée initialement était la suivante : « L'Assemblée nationale a adopté, le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit ». Cette formule sera ensuite modifiée : « L'Assemblée nationale a adopté la loi dont la teneur suit (texte de la loi). Le Président de la République promulgue la présente loi ». Plus analytiquement sur ces formules : *Supra*, Chapitre 1^{er}, Section 1, §2, C) ; (iii) Le troisième cas de figure est la formule précitée qui était employée sous le Consulat : « Soit la présente loi revêtue du sceau de l'État, insérée au *Bulletin des lois*, inscrite dans les registres des autorités judiciaires et administratives, et le ministre de la justice chargé d'en surveiller la publication ». Il pourrait être objecté que cette formule a un caractère « exécutoire » malgré l'absence de référence explicite à l'« exécution » de la loi. Cette objection n'affecte pas pourtant notre argument : les deux autres cas de figure qui viennent d'être évoqués montrent qu'il peut y avoir des formules de promulgation qui ne font aucune allusion, explicite ou implicite, à l'« exécution » de la loi.

³⁰⁴ Nous présumons ici que la signification et la force illocutoire sont des qualités coextensives : un énoncé a la signification d'un commandement quant l'acte lui-même de son énonciation – en l'espèce, le fait pour un acte législatif d'être accompagné d'une formule exécutoire – est compris par les acteurs concernés comme un acte qui consiste à commander quelqu'un à faire quelque chose. Si l'on veut être précis, on peut distinguer la force illocutoire d'un énoncé de sa signification : c'est une question de savoir si un énoncé a la force illocutoire d'un commandement ; c'est une autre question de savoir quelle est la signification de ce commandement, c'est-à-dire ce qui est commandé à faire (ou à ne pas faire). Sur le lien entre la signification et la force illocutoire, v. F. RÉCANATI, *Les énoncés performatifs*, Éd. de minuit, 1981, Chap. 8, et, pour ce qui concerne les commandements en

son énonciation remplit certaines conditions : il faut que la source de l'énoncé – le fait d'être un énoncé formulé par telle ou telle personne, ou par tel ou tel texte – puisse être comprise comme étant une raison en soi suffisante pour adopter la conduite ainsi commandée, et ce indépendamment des autres considérations qui peuvent éventuellement peser pour ou contre l'adoption de cette conduite³⁰⁵. En l'espèce, il faut un lien hiérarchique entre l'organe promulgant et les organes chargés de l'application de la loi : il faut que ces derniers appliquent la loi non pas pour n'importe quelle autre raison, mais parce que c'est l'organe promulgant qui a ainsi commandé³⁰⁶.

Ce lien fait sans doute défaut à plusieurs occasions. Outre le cas des organes juridictionnels, déjà évoqué, ce lien fait défaut lorsque la constitution prévoit, par exemple, que c'est « le gouvernement [qui] dispose de l'administration » et le Premier ministre qui « assure l'exécution des lois »³⁰⁷. À plus forte raison, un tel lien fait défaut dans la promulgation d'une nouvelle constitution : dans ces cas, la promulgation est assurée par le président de l'assemblée constituante ou par l'organe qui assure les fonctions du chef de l'exécutif pendant la transition constitutionnelle ; en revanche, l'obligation d'appliquer la nouvelle constitution pèse sur l'ensemble des organes (qui seront) constitués. Toutefois, et de façon plus générale, il est permis de se demander si ce lien ne fait défaut dans tout système juridique moderne.

En effet, et selon la deuxième idée sous-tendant la conception de la promulgation en tant qu'acte de commandement, l'obligation d'appliquer une loi présuppose l'expression d'un commandement en ce sens. Cette idée reflète une certaine conception de la loi elle-même et de sa normativité³⁰⁸ : les lois sont obligatoires parce

particulier, N. ADAMS, « In Defense of Content-Independence », *Legal Theory*, 23, 2017, p. 143-167, spéc. p. 145-150.

³⁰⁵ En d'autres termes, ce qui fait d'un énoncé un commandement, ce n'est pas son contenu (ce qui est commandé), mais sa source (celui qui commande). Plus analytiquement sur ce point, v. N. ADAMS, « In Defense of Content-Independence », *op. cit.*, p. 147.

³⁰⁶ *Comp.* l'analyse sur les prescriptions de J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, 2nd ed., Oxford university press, 1999, p. 82-83.

³⁰⁷ Constitution du 4 novembre 1958, art.20 al. 2 et art. 21, respectivement.

³⁰⁸ Ainsi, cette idée est partagée même par ceux qui rejettent qui la conception de la promulgation comme acte de commandement : R. CARRÉ DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, n° 139, p. 412 : contrairement à l'idée défendue par ceux qui conçoivent la

qu'elles expriment ou sont accompagnées d'un commandement³⁰⁹. Appliquée à la promulgation³¹⁰, cette conception présente deux inconvénients³¹¹.

En premier lieu, il n'y a aucun lien nécessaire entre les formules exécutoires et la séparation des pouvoirs : l'ancien régime ne connaissait pas la séparation des une pouvoirs, ni la promulgation par ailleurs, mais les ordonnances royales étaient accompagnées des longues formules exécutoires³¹². De même, sous le régime de Vichy, qui n'était pas un régime de séparation de pouvoirs non plus, les actes ayant force de loi, délibérés en conseil des ministres, portaient la formule « le présent

promulgation comme un acte de commandement, « ce qui donne à la loi sa force impérative en vertu de laquelle son exécution elle-même s'impose, c'est l'ordre de se conformer aux dispositions qu'elle énonce [et] cet ordre émane directement et exclusivement du Corps législatif lui-même » ; G. BURDEAU, « L'apport de Carré de Malberg à la théorie de la loi », in : *Relation des journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg*, Annales de la faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg, t. 15, Dalloz, 1966, p. 98-111, spéc. p.105-106, où l'auteur, qui partage l'analyse de la promulgation proposée par Carré de Malberg, regarde comme un phénomène qui mérite d'être expliqué le fait que la loi moderne n'a pas besoin d'une formule exécutoire comme celle de l'ancien régime pour lier ses destinataires : « N'est-il par curieux que dans cette règle [posée par la loi] qui va lier les fonctionnaires et tous les citoyens, on ne voit pas le commandement, rien ne rappelle les formules impératives d'autrefois : "Nous avons ordonné, ordonnons, mandons et ordonnons [...]" ».

³⁰⁹ Sur la pérennité de cette idée dans la pensée juridique française, v. la remarque de G. REVEL, *La publication des lois*, précité, p. 131 : « Traditionnellement, en effet, on distingue la force impérative, la force exécutoire et la force obligatoire de la loi. La première serait attachée à un commandement renfermé dans l'acte législatif [...]. La seconde dériverait de la promulgation qui contiendrait un ordre adressé par l'Exécutif aux citoyens d'avoir à exécuter la loi, à lui obéir. La troisième, enfin, serait la conséquence de la publication ». Un peu plus loin, le même auteur affirme que « l'acte législatif ne consiste pas seulement à énoncer une règle de droit, il implique aussi un commandement et c'est ce qui fait dire que la loi est par excellence une manifestation de la souveraineté », *Ibid.*, p. 145. Sur la généalogie de cette idée – ses origines et la façon dont elle s'est érigée en lieu commun de la pensée juridique moderne – v. M.-L. DUCLOS-GRÉCOURT, *L'idée de loi au XVIII^e siècle dans la pensée des juristes français (1715-1789)*, thèse, préf. É. Gojosso, Poitiers, Presses Universitaires juridiques de Poitiers, 2014, p. 177 s., qui parle à cet effet de « la victoire de la [conception de] loi-commandement ».

³¹⁰ Pour une illustration récente : J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Dalloz, 2012, n^o 109, p.133-134 : « [La loi] devient exécutoire grâce à un commandement authentique du pouvoir étatique : la promulgation par laquelle le président de la République [...] adresse un ordre d'exécution à tous ceux qui y sont soumis » ; M. COUDERC, « Les fonctions de la loi sous le regard du commandeur », *Pouvoirs*, 114, 2005, p. 21-37, spéc. p. 25, où l'auteur affirme que « l'autorité qui donne force obligatoire aux ordonnances royales, aux lois de la République, de l'Empire, ou des monarchies constitutionnelles, s'exprime toujours par la signature du chef de l'État ».

³¹¹ Sur les défauts de cette conception de la loi et de sa normativité, ainsi que sur sa pérennité en dehors de la France, v. G. POSTEMA, « Law as Command : The Model of Command in Modern Jurisprudence », *Philosophical Issues*, vol. 11, 2001, p. 470-501. Pour une appréciation critique, v. aussi l'analyse désormais classique de H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 3rd ed., Introduction and notes by L. Green, Oxford University Press, 2012, Chap. 2 et 4, et aussi N. MACCORMICK, « Legal Obligation and the Imperative Fallacy », in : B. Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2nd series, Oxford University Press, 1973, p. 100-130. Pour une appréciation toujours critique, mais suivant une approche différente par rapport aux auteurs précédents, v. aussi H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1949, p. 35-37.

³¹² Comportant des énoncés comme « Mandons & Ordonnons ». Sur les préambules des ordonnances royales, v. *infra*, Seconde partie, Titre II, Chapitre 2, Section 2, § 2, A).

décret sera exécuté comme loi de l'État »³¹³. Certes, il pourrait être objecté que ce qui change avec la séparation des pouvoirs, ce n'est pas le besoin de « commander l'exécution » des lois, mais le besoin de confier ce commandement à un organe qui est distinct de leur auteur. Ainsi, certains auteurs considèrent que la promulgation, en tant qu'acte de commandement accompli par le chef de l'exécutif, est une évolution, rendue nécessaire par la séparation des pouvoirs, des formules exécutoires qui s'apposaient sur les ordonnances de l'ancien régime³¹⁴. Toutefois, l'idée que l'« exécution » des lois doit être « commandée » s'avère problématique en soi.

En effet, et en deuxième lieu, l'idée en question méconnaît l'institutionnalisation du pouvoir et la formalisation de la procédure d'édiction des lois qui caractérisent les systèmes juridiques modernes³¹⁵ : les agents d'un tel système déterminent ce qui

³¹³ Formule qui, à notre connaissance, n'était pas formellement fixée par un texte. Toutefois, l'acte constitutionnel N° 2 du 11 juillet 1940 disposait, dans son art. 1^{er}, par. 3, que « [Le chef de l'État français] promulgue les lois et en assure l'exécution ». Quoiqu'il en soit, il n'est pas clair si l'on peut qualifier de « promulgation » la pratique qui consistait à apposer la formule susmentionnée sous les actes législatifs du régime de Vichy. V. sur ce point les remarques de R. MALÉZIEUX, note sous CE Ass. 16 avril 1943, *Lanquetot*, S. 1943, III, p. 41-44, spéc. p. 42, et aussi les conclusions du commissaire du gouvernement Léonard sur ce même arrêt, qui remarquait que « la nouvelle situation constitutionnelle [...] en conférant au chef de l'État ou au chef du gouvernement le pouvoir législatif, a confondu en une opération unique, matérialisée par l'apposition de sa signature, la confection et la promulgation des lois » (*Ibid.*, p. 42, col. 2). V. aussi GUIONIN, conclusions sur CE 21 décembre 1945, *Min. des Finances c. X...*, *Gaz. Pal.* 1946 I p. 30, qui affirme que « sous l'occupation l'acte dit loi ne se distinguait guère du décret ; en l'absence de Chambres, il résultait de la délibération prise en Conseil des ministres ; il se présentait, dans la forme, à peu de choses près, comme un acte administratif à caractère réglementaire ». Cette affirmation s'avère inexacte dans la mesure où les actes législatifs du régime de Vichy comportaient la formule « le présent décret sera exécuté comme loi de l'État ». Il s'avère pourtant, en consultant le *Journal officiel*, que cette formule faisait partie du dispositif de l'acte, étant contenue dans la disposition finale, et numérotée, de ce dernier. En revanche, comme on le verra, la formule de promulgation se distingue toujours du dispositif du texte promulgué (*Infra*, Titre II, Chapitre 1^{er}, Section 2). Cela pourrait confirmer l'affirmation susmentionnée du commissaire Léonard concernant la confusion « en une opération unique » de la confection et de la promulgation des lois. Un autre indice en ce sens est fourni par l'arrêt CE Ass. 5 avril 1946, *Rouy*, Rec. 107, S. 1946 III p. 44, note P.H. : s'agissant d'un acte législatif du régime de Vichy, le Conseil d'État a jugé que le terme « date de la présente loi » désigne la date « de la signature de ladite loi », évitant ainsi de parler de la date de promulgation.

³¹⁴ X. PRÉTOT, « Formule exécutoire », *op. cit.*, p. 2021 : « L'apposition au terme des lois d'une formule d'exécution [...] relève d'une longue tradition de notre droit public. Sous l'Ancien Régime, l'exécution des lois [...] s'inscrivait dans le cadre de la procédure de l'enregistrement par les cours [...] En consacrant la séparation des pouvoirs législatif et exécutif (sinon juridictionnel), la Révolution française donna naissance, au sens propre du terme, à la procédure de la promulgation des lois ». Dans un sens similaire : C. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t.1, B. Warée, 1824, n° 61, p. 58 ; PH. VALETTE & B. SAINT-MARCY, *Traité de la confection des lois*, 2^e tirage, Joubert, 1839, p. 202-203 ; CH. THOUVENIN, *De la promulgation et de la publication des lois civiles*, thèse, Université de Strasbourg, 1851, p. 5-6.

³¹⁵ Cela ne signifie pas que les systèmes juridiques pré-modernes ignoraient l'institutionnalisation du pouvoir et la formalisation de la procédure d'édiction des lois. S'agissant de la formalisation en particulier, et comme on le verra, toute procédure d'édiction est plus ou moins formelle dans la mesure où elle doit être nécessairement régie par quelques règles. Ce qui caractérise les systèmes juridiques modernes, c'est l'importance accordée à ces règles et, corrélativement, le caractère

compte comme « Loi », ainsi que le moment à compter duquel une loi peut ou doit recevoir application, en fonction de règles qui fixent des critères formels correspondants, et non pas en fonction de commandements que les différents organes adressent l'un à l'autre³¹⁶. Plus encore, la promulgation elle-même fait partie de ces critères formels : une loi, avant d'être promulguée, ne peut pas recevoir application³¹⁷ ; pour savoir pourtant si elle est promulguée, il suffit de savoir si un certain acte formel a été accompli, sans qu'il soit nécessaire de savoir ce que l'organe promulgant a voulu « dire » au moyen de cet acte³¹⁸.

Le « commandement d'exécution » et les définitions jurisprudentielles de la promulgation – Il pourrait être soutenu que la promulgation remplit une fonction de commandement – et que la doctrine doit expliquer cette fonction – parce que cette

beaucoup plus détaillé et précis de ces dernières. Sur ce point : *Infra*, Seconde Partie, Titre II, Chapitre 2, § 2, A), 2).

Sur la formalisation en général, en tant que trait distinctif d'un système juridique qui se rapporte aux règles qui déterminent l'édition des actes juridiques, v. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, thèse, préf. M. Troper, Dalloz, 2006, p. 330-331, et les références citées, et notamment R. HOSTIOU, *Procédures et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, LGDJ, 1974, p. 13, dont les remarques à propos des actes administratifs sont valables pour les lois aussi : « l'autorité administrative n'est pas, en règle générale, libre de manifester sa volonté comme elle l'entend, elle doit respecter un certain processus définissant une façon de faire, une méthode pour que son "vouloir" ait valeur juridique, pour que sa décision constitue un acte juridique "en vigueur" ».

³¹⁶ Cette idée se manifeste dès le début des travaux de l'assemblée constituante de 1789. Ainsi, le 28 août 1789, Mounier présente au nom du comité de Constitution un projet où son énoncé, entre autres, les principes suivants : « Art.1^{er} : Il n'y a pas d'autorité supérieure à la loi. Le Roi ne règne que par elle ; et quand il ne commande pas au nom de la loi, il ne peut exiger obéissance ; Art.2 : *Aucun acte de législation ne pourra être considéré comme loi, s'il n'a été fait par les députés de la nation, et sanctionné par le monarque* » (*AP*, t.8, p. 504 ; nous soulignons). *Comp.* : Décret des 27 avril-25 mai 1791 *relatif à l'organisation du ministère*, art. 25 : « En aucun cas, l'ordre du Roi, verbal ou par écrit, non plus que les délibérations du conseil, ne pourront soustraire un ministre à la responsabilité » (*Duvergier*, t. 2, p. 334).

³¹⁷ Plus analytiquement sur l'idée d'application, v. *infra*, Seconde Partie, Titre II, Chapitre 1, Section 1, § 1.

³¹⁸ Une idée similaire à celle ici critiquée a été formulée par J. HÉRON, *Principes de droit transitoire*, Dalloz, 1996, p. 25 : « La promulgation constitue aussi [outre un acte d'authentification] un ordre d'exécution du texte législatif, qui est donné à la suite du texte : aussi dit-on que la promulgation rend la loi exécutoire. Malgré l'ambiguïté du terme, la loi n'entre pas alors en vigueur, au sens où elle deviendrait applicable aux destinataires de la norme (les consommateurs, les dirigeants d'une société, les contribuables, etc.). Le caractère exécutoire a un sens et une portée seulement internes : elle ordonne aux organes compétents d'accomplir les dernières formalités nécessaires pour que le texte remplisse toutes les conditions nécessaires à son application, notamment qu'il soit publié ». Cette approche présente les mêmes inconvénients que l'idée selon laquelle le commandement est nécessaire pour passer de l'adoption à l'application de la loi : c'est en fonction des règles qui fixent des critères correspondants, et non pas en fonction d'un prétendu commandement, que les organes juridiques déterminent si, et à partir de quand, ils ont ou non l'obligation d'agir d'une certaine façon (en l'espèce, de procéder à la publication du texte promulgué. Sur l'obligation de publier la loi promulguée, v. *infra*, Titre II, Chapitre 1, Section 1.

fonction figure dans certaines définitions jurisprudentielles, y compris dans la définition retenue par l'arrêt de principe *Commune de Montory*³¹⁹.

Un tel argument se heurte à un problème déjà évoqué : le juge ne retient pas une définition afin de nous informer sur les qualités de la chose que le terme défini désigne ; il se sert d'une définition afin de trancher le litige dont il est saisi³²⁰. Dans le cas de l'arrêt *Commune de Montory*, comme nous l'avons déjà vu, l'objectif du juge n'était pas de nous informer sur les fonctions que remplit la promulgation. Son objectif était d'interpréter l'expression « date de promulgation » afin de déterminer si le législateur avait retenu la date de la promulgation ou celle de la publication pour le calcul d'un délai. Il s'avère alors que, dans le cas d'espèce, le choix d'inclure ou non le « commandement d'exécution » dans la définition de la promulgation n'était pas déterminant tant que la définition finalement retenue restait opératoire pour les besoins du litige dont le Conseil d'État était saisi³²¹. En revanche, là où la définition de la promulgation en tant qu'acte de « commandement » aurait pu avoir une incidence sur l'issue du litige, le juge n'a pas retenu le « commandement d'exécution » : il a préféré de définir la promulgation comme un acte qui « vaut ordre » de « publier [la loi] sans délai »³²².

§ 2 – L'authentification de la loi

Rappelons la façon dont la promulgation est traditionnellement définie : il s'agit d'un acte par lequel le chef de l'exécutif « atteste l'existence » et « commande l'exécution » de la loi. Nous venons de présenter les défauts dont sont entachées les analyses qui mobilisent la seconde fonction – le « commandement d'exécution » des lois – pour expliquer le rôle de la promulgation en droit positif français. Nous

³¹⁹ CE (Ass.) 8 février 1974, *Commune Montory et autres*, précité. Rappelons la définition retenue par cet arrêt : « [L]a promulgation est l'acte par lequel le chef de l'État atteste l'existence de la loi et donne l'ordre aux autorités publiques d'observer et de faire observer la loi ». Plus analytiquement sur cet arrêt : *Supra*, Chap.1^{er}, Sect. 1, § 1.

³²⁰ *Supra*, Chap.1^{er}, Sect. 2, § 2 et 3.

³²¹ *Comp.* Y. GAUDEMET & B. PLESSIX, « Promulgation et publication des lois », étude précitée, n° 106 : « cette formule [retenue par l'arrêt *Commune de Montory*] paraît surtout de style. Le juge n'en tire pas les conséquences ».

³²² CC n° 2001-448 DC, 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finances*, cons. 64. Plus analytiquement sur cette décision : *supra*, Chapitre 1^{er}, Section 2, § 3.

examinerons ici les analyses qui poursuivent le même objectif en s'appuyant sur la première fonction : celle qui consiste à « attester l'existence » des lois.

Ces analyses qualifient souvent la promulgation d'acte d'« authentification ». L'emploi de ce terme varie. Certaines analyses se réfèrent indistinctement à l'« authentification » et à l'« attestation de l'existence » des lois. D'autres distinguent l'« attestation », qui porte sur l'« existence », de l'« authentification » qui porte, elle, sur la teneur des lois. Cette distinction entre l'« existence » et la teneur des lois s'avère problématique pour des raisons qui seront exposées un peu plus loin. Par souci de simplicité alors, et sauf précision contraire, les termes « authentification » et « attestation de l'existence » seront ici tenus pour équivalents.

L'objectif des développements suivants est d'apprécier la pertinence des analyses qui conçoivent la promulgation comme un acte d'authentification, c'est-à-dire comme un acte dont la fonction, qui explique son rôle en droit positif français, est d'« attester l'existence des lois ». Après avoir présenté les idées et les arguments qui structurent ces analyses (A) nous tenterons d'identifier leurs défauts (B).

A) Présentation de la thèse

Les analyses qui mobilisent la fonction d'authentification pour expliquer le rôle de la promulgation affirment ou suggèrent à la fois : qu'il est nécessaire ou utile d'« authentifier » ou d'« attester l'existence » des lois avant que celles-ci ne soient publiées et entrées en vigueur ; qu'il est nécessaire ou utile de confier cette fonction au chef de l'exécutif. On peut alors distinguer entre deux séries de questions : Pourquoi faut-il authentifier ou attester l'existence des lois ? (2) ; Pourquoi faut-il confier cette fonction au chef de l'exécutif ? (3) Avant de présenter les réponses que les auteurs fournissent à ces deux questions, il importe de préciser le concept d'« authentification » : il s'agit d'identifier ce que les auteurs entendent lorsqu'ils affirment que la promulgation « authentifie » ou qu'elle « atteste l'existence » des lois (1).

1) *Le concept d'authentification*

Remarques préliminaires – Afin de mieux comprendre ce en quoi consiste l'« authentification » ou l'« attestation de l'existence » des lois, au sens entendu par la doctrine³²³, il importe de rappeler deux choses concernant les modalités pratiques de la promulgation.

En premier lieu, ce qui fait l'objet d'une promulgation – voire, ce qui constitue une « loi » qui est « authentifiée » ou dont l'« existence » est « attestée » –, c'est le texte que le pouvoir législatif transmet au pouvoir exécutif, aux fins de promulgation, après l'adoption définitive d'un projet ou d'une proposition de loi³²⁴. En deuxième lieu, l'acte lui-même de promulgation, appelé souvent « décret » de promulgation, comprend deux éléments : la formule de promulgation qui est apposée sur le texte en question ; la signature de l'organe promulgant, suivie du contreseing du Premier ministre et des ministres responsables, qui est apposée au-dessous de cette formule³²⁵.

Ceci étant, on peut distinguer entre trois questions : ce que l'organe promulgant doit faire *pour* accomplir l'acte de promulgation ; ce qu'il doit faire *avant* d'accomplir cet acte ; ce qu'il fait *en accomplissant* cet acte. La réponse à la première question ressort de la précision susmentionnée : pour accomplir l'acte de promulgation, l'organe promulgant n'a qu'à apposer sa signature sur le texte qui lui est transmis aux fins de promulgation.

C'est aux deux autres questions que répondent les analyses qui conçoivent la promulgation comme un acte d'« authentification » : *avant* de promulguer une loi, l'organe promulgant doit *vérifier* son « existence » et sa teneur ; *en promulguant* une loi, il « atteste » cette « existence » et « authentifie » la teneur de la loi. D'après cette analyse alors, l'« authentification » ou l'« attestation de l'existence » des lois comprend deux volets : une *opération de contrôle* qui vise à vérifier l'« existence »

³²³ Nous tenterons ici de reconstruire une analyse à partir de fragments d'analyse dispersés dans différentes études. Il s'avère en effet particulièrement difficile de trouver des études qui expliquent, en termes précis et détaillés, en quoi consiste l'« attestation de l'existence » ou « l'authentification » de la loi. Le plus souvent, cette explication se déduit de l'économie générale de l'analyse que propose chaque auteur. Nous avons donc jugé préférable de ne pas alourdir les développements suivants avec des longs extraits tirés d'une multitude d'études.

³²⁴ Plus analytiquement : *Supra*, Section préliminaire, § 1.

³²⁵ Plus analytiquement sur la formule de promulgation : *Infra*, Titre II, Chapitre 1^{er}, Section 2.

ou l' « authenticité » de la loi ; un *acte de langage* qui a la force illocutoire d'une « attestation » concernant l' « existence » et l' « authenticité » de la loi.

La promulgation comme opération de contrôle – D'après la doctrine, l'organe promulgant doit exercer un contrôle qui comprend deux volets³²⁶. D'une part, il doit vérifier si le texte qui lui est transmis a été effectivement adopté par les organes constitutionnels compétents, ce qui revient à vérifier, dans le cadre d'un régime bicaméral, si le texte en question a été effectivement adopté par les deux chambres en termes identiques. D'autre part, et d'après la doctrine toujours, l'organe promulgant doit vérifier si la teneur du texte ainsi adopté correspond effectivement à la teneur du texte qui lui est transmis.

Contrôle de l' « existence » et contrôle de la teneur de la loi – Les auteurs emploient souvent le terme « attestation de l'existence » pour désigner uniquement le premier volet susmentionné ; dans ce cas, ils emploient le terme « authentification » à propos du deuxième volet susmentionné. Les auteurs qui emploient cette terminologie distinguent alors entre l' « existence » et la « teneur » des lois, ainsi qu'entre le contrôle et l' « attestation » de la première, et le contrôle et l' « authentification » de la deuxième.

Cette distinction entre l' « existence » et la teneur des lois, dont la première est « attestée » et l'autre est « authentifiée », est contredite par la définition même de l' « existence ». D'après la doctrine, une « loi » qui « existe » n'est autre chose qu'un texte – issu d'une discussion sur un projet ou une proposition de loi – qui a été adopté par les deux chambres en termes identiques. Par conséquent, un texte ne peut « exister » comme loi qu'en tant que texte qui est doté d'une teneur spécifique (sauf à

³²⁶ De règle générale, l'idée que l'attestation de l'« existence » ou de la teneur de la loi doit être effectivement précédée d'un contrôle correspondant est davantage présumée qu'affirmée en termes explicites. Pour deux exceptions, v. : R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., n° 143, p. 431-432 : « [E]n ce qui concerne la teneur de la loi, la promulgation [est] destinée à fixer les termes de celle-ci avec une parfaite exactitude. Mais en outre, le Président *exerce aussi un pouvoir de vérification* sur les opérations qui ont abouti à la formation de la loi : pour pouvoir certifier son existence, il faut qu'il s'assure au préalable de l'observation des formes prescrites par la Constitution pour sa confection ; ainsi, en attestant son existence, il atteste du même coup la régularité de son adoption » ; G. JÈZE, « La promulgation des lois », *RDP* 1918, p. 378-400, spéc. p. 378-379 : après avoir affirmé que le président de la République, en tant qu'organe promulgant, « affirme qu'un texte a été régulièrement adopté par les chambres », l'auteur précise que « le président de la République, avant de promulguer une loi, doit essentiellement procéder à une vérification de régularité de la procédure ordinaire suivie par le Parlement » (nous soulignons).

considérer que le vote définitif des deux chambres peut porter sur une feuille de papier blanche). Corrélativement, la distinction entre les deux volets susmentionnés – le contrôle de l' « existence » et le contrôle de la « teneur » – s'avère dénouée de sens dans la mesure où le second volet implique nécessairement le premier : vérifier la teneur du texte qui est transmis à l'organe promulguant revient à vérifier si ce texte correspond ou non à un texte que les deux chambres ont adopté en termes identiques. Soit par exemple un texte t_2 , transmis à l'organe promulguant, dont la teneur diffère par rapport au texte t_1 qui a été effectivement adopté par les deux chambres en termes identiques. Constaté cette différence entre les deux textes revient à constater que le texte t_2 n' « existe » pas en tant que « loi » en ce sens qu'il s'agit, tout simplement, d'un texte qui n'a jamais fait l'objet d'une adoption en termes identiques par les deux chambres. Par souci de simplicité alors, et sauf précision contraire, le terme « authentification » sera ici employé de façon indistincte par rapport à l'expression « attestation de l'existence ».

Pour les mêmes raisons, nous emploierons le terme « régularité formelle » pour désigner l'objet du contrôle que l'organe promulguant est censé exercer. En ce sens, le terme « régularité formelle » sera ici employé pour désigner la réalisation d'un fait : le fait pour un texte, qui est transmis à l'organe promulguant aux fins de promulgation, de correspondre à un texte que les deux chambres ont effectivement adopté en termes identiques.

Après ces précisions terminologiques, la thèse défendue par la doctrine concernant le contrôle exercé par l'organe promulguant pourrait être décrite ainsi : avant de promulguer une loi, l'organe promulguant doit vérifier sa régularité formelle ; il s'agit de vérifier si le texte qui lui est transmis aux fins de promulgation correspond ou non à un texte que les deux chambres ont effectivement adopté en termes identiques. En termes plus simples, la thèse défendue par la doctrine peut être résumée ainsi : l'organe promulguant doit vérifier la régularité formelle des lois en s'assurant que celles-ci ont été effectivement adoptées par les organes législatifs compétents.

La promulgation comme acte de langage – Les auteurs affirment que l’authentification des lois comprend non seulement un contrôle de leur régularité formelle, mais aussi une attestation de cette régularité.

Cette thèse s’appuie sur la formule de promulgation dont elle est une interprétation. Cette formule est érigée en élément déterminant pour l’explication de la promulgation : pour comprendre ce que l’organe promulgant fait, il faut d’abord comprendre ce qu’il « dit » lorsqu’il promulgue une loi³²⁷.

En effet, comme on le verra analytiquement plus loin, toute formule de promulgation comprend certains énoncés qui désignent les organes législatifs qui ont adopté « la loi dont la teneur suit »³²⁸. Ainsi, la formule employée actuellement comporte l’énoncé suivant :

*« L’Assemblée nationale et le Sénat ont adopté, Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit [...] »*³²⁹.

Les formules employées sous les régimes antérieurs étaient, sur ce point, plus ou moins similaires. Ainsi, parmi les analyses qui défendent la conception de la promulgation en tant qu’acte d’authentification, les plus influentes, dont celle de Carré de Malberg, furent élaborées sous la Troisième république, à savoir sous un régime dont les lois étaient promulguées avec la formule suivante :

*« Le Sénat et la Chambre des députés ont adopté. Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit [...]. La présente loi, délibérée et adoptée par le Sénat et par la Chambre des députés, sera exécutée comme loi de l’État. Fait à [...] »*³³⁰.

³²⁷ É. BONNET, *De la promulgation. Étude de droit public*, thèse, A. Rousseau, 1908, p. 60 : « Aujourd’hui comme dans le passé, on doit admettre que le sens de la promulgation est donné tout entier par la formule promulgatoire » ; R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l’État*, op. cit., n° 143, p. 429 : « Pour reconnaître et apprécier l’utilité et la raison d’être de la promulgation, il convient de se reporter à sa formule [...] ».

³²⁸ *Infra*, Titre II : Chapitre 1^{er}, Section 2, pour les traits qui sont communs à toute formule de promulgation ; Chapitre 2, Section 2, § 2, pour l’explication de ces traits communs.

³²⁹ Décret n° 59-635 relatif aux formes de promulgation des lois par le Président de la République (*JO* du 20 mai 1959, p. 5107), modifié par le décret n° 90-215 du 8 mars 1990.

³³⁰ Décret du 6 avril 1876 qui règle la formule de promulgation (*JO* du 7 avril 1876, p. 2489, *Duvergier*, t. 76, p. 63).

D'après la doctrine, les énoncés en question – ceux qui présentent les organes législatifs qui ont adopté « la loi dont la teneur suit » – sont des assertions imputables à l'organe promulguant³³¹ : ce dernier « authentifie » ou « atteste l'existence » des lois en ce sens qu'il affirme, au moyen de la formule qui porte sa signature, que le texte promulgué a été effectivement adopté par les organes législatifs compétents³³². En d'autres termes, et d'après la doctrine toujours, l'organe promulguant affirme la réalisation d'un fait : le fait que les chambres législatives ont effectivement adopté le texte promulgué³³³.

Toutefois, comme nous l'avons vu, la doctrine affirme aussi que l'organe promulguant doit effectivement vérifier la réalisation de ce même fait.

La promulgation comme acte d' « authentification » qui « atteste l'existence » des lois – Il résulte alors, de ce qui précède, que l' « authentification » des lois ou l' « attestation » de leur « existence », telle qu'elle est conçue et présentée par la doctrine, consiste en une opération de contrôle qui est suivie d'une attestation concernant la résultat positif de ce même contrôle : d'une part, l'organe promulguant vérifie si le texte qui lui est transmis aux fins de promulgation a été effectivement adopté par les organes compétents ; après cette vérification, et d'autre part, l'organe promulguant atteste la réalisation de ce même fait.

En termes plus simples, « authentifier » ou « attester l'existence » des lois revient à vérifier et à attester à la fois la régularité formelle de celles-ci, c'est-à-dire la fait que le texte promulgué a été effectivement adopté par les organes compétents.

³³¹ Mais les termes retenus pour qualifier cette assertion varient considérablement. Ainsi, un seul auteur a pu affirmer à la fois que la promulgation est : « une simple déclaration officielle », un « procédé de certification » et un acte « qui n'a d'autre objet que de conférer à la loi des marques d'authenticité », R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op.cit.*, n° 143, p. 430 et p. 431, et n° 147, p. 445, respectivement.

³³² Cf. *Ibid.*, n° 143, p. 429-430 : citant la formule de promulgation employée sous la Troisième République, rapportée ci-dessus, Carré de Malberg affirme que : « D'après les termes même de cette formule, la promulgation a une triple destination : elle est d'abord une constatation de l'adoption de la loi par l'organe législatif ; secondement, elle est la certification de l'existence de la loi et de son texte ; enfin, elle est l'affirmation de sa valeur impérative et exécutoire [...]. Ces termes [de la formule de promulgation] s'analysent en une attestation formelle et authentique [qui] est triple : le Président atteste successivement l'existence de la loi, son contenu, et enfin la réunion des conditions qui sont exigés pour son entrée en exécution ».

³³³ *Ibid.*, n° 150, p. 454 : « l'attestation de constitutionnalité de la loi, contenue dans le décret de promulgation, ne porte donc véritablement que sur ces deux points capitaux : adoption par les deux Chambres et adoption par elles d'un même texte ».

2) *Le besoin d'authentifier les lois*

De règle générale, les auteurs se bornent à définir la promulgation comme un acte d'authentification, au sens précisé ci-dessus, sans creuser la question suivante : pourquoi faut-il authentifier les lois en premier lieu ?

Les études qui se penchent effectivement sur cette question partagent une thèse commune : l'authentification répond à un besoin de certitude concernant l'objet authentifié, c'est-à-dire la régularité formelle de la loi³³⁴. L'idée sous-tendant cette thèse est que la promulgation, en tant qu'acte d'authentification, répond à un besoin de précaution : avant qu'une loi ne soit publiée et appliquée, il est utile ou nécessaire de vérifier s'il s'agit « vraiment » d'une loi, c'est-à-dire d'un texte qui a été effectivement adopté par les organes compétents.

La thèse susmentionnée est partagée, entre autres, par Carré de Malberg, mais l'analyse de ce dernier, qui s'inspire sur ce point de Laband, se distingue en ce qu'elle invoque une raison additionnelle pour expliquer le rôle de la promulgation en tant qu'acte d'authentification :

« Lorsque, dit Laband, une loi vient d'être créée, il faut, *avant* son entrée en vigueur, que son existence et sa régularité constitutionnelle soient établies et mises hors de doute par un acte formel, afin que personne ne puisse, *au cours de son exécution*, élever de contestation à ce sujet. C'est à ce besoin de certitude que répond la promulgation »³³⁵.

Authentification préventive et authentification péremptoire – Il paraît que l'auteur distingue ici entre les deux façons dont on peut affirmer qu'un acte « authentifie », « atteste » ou rend « certaine » la régularité formelle d'une loi : cette régularité peut être « certaine » – ou « authentifiée », « attestée », etc. – en ce sens

³³⁴ L'analyse la plus détaillée en ce sens est fournie par R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit. n° 143 s., p. 429 s.

³³⁵ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op.cit., n° 143, p. 431. Carré de Malberg renvoie ici à P. LABAND, *Le droit public de l'Empire Allemande*, t.2, préf. F. Larnaude, trad. C. Gandilhon, Th. Lacuire, Giard & Brière, 1901, p. 277 s., qui affirme, entre autres, que « la loi ne peut entrer en vigueur qu'après une déclaration authentique et solennelle, sensible et claire ; il faut qu'une forme extérieure atteste et confirme qu'elle a été établie légalement » (*ibid.*, p. 318). Pour le reste, Carré de Malberg souligne que l'analyse de Laband est fondée sur les données de l'Empire allemand et que, de ce fait, elle défend une conception « monarchique » de la promulgation qui ne peut pas rendre compte des données du droit positif français

qu'elle a été vérifiée par un organe compétent, ou en ce sens qu'elle ne peut plus être vérifiée et, le cas échéant, contestée.

Il importe de remarquer que le premier type d'authentification n'implique pas nécessairement le second. Par exemple, le premier type d'authentification pourrait contribuer au respect des règles constitutionnelles relatives à l'adoption des lois : avant que les organes d'application et les citoyens ne soient soumis à une loi donnée, il serait utile de s'assurer que celle-ci constitue « vraiment » une loi, c'est-à-dire un texte qui a été effectivement adopté par les organes compétents. Or, du point de vue de la même finalité, il pourrait être également opportun d'accorder aux tribunaux ou même à l'administration la faculté de ne pas appliquer comme « loi » un texte qui présente des irrégularités que le premier contrôle n'a pas pu révéler³³⁶.

Il s'avère alors que Carré de Malberg défend deux thèses distinctes : il importe de vérifier la régularité formelle de chaque nouvelle loi *avant* son entrée en vigueur ; il importe d'opérer ce contrôle afin de rendre inopérant le contrôle de la régularité formelle des lois *après* leur entrée en vigueur. Corrélativement, l'auteur attribue à la promulgation deux fonctions d'authentification – on pourrait les qualifier d'authentification « préventive » et d'authentification « péremptoire » – dont la première est mise au service de la deuxième : la promulgation permet de vérifier la régularité formelle de chaque nouvelle loi avant son entrée en vigueur ; cette vérification rend péremptoire la contestation de la régularité formelle des lois après leur entrée en vigueur.

³³⁶ La doctrine française s'intéresse uniquement au contrôle juridictionnel de la régularité formelle des lois. Il en est ainsi parce que ce contrôle constitue une forme de contrôle de constitutionnalité, appelée « constitutionnalité formelle » (ou « extrinsèque », « externe », etc.). Or, la question de ce contrôle peut se poser pour l'administration aussi : on peut se demander si l'administration est tenue d'appliquer comme « Loi » n'importe quel texte se présente comme tel, y compris les textes dont il est permis de penser qu'ils n'ont pas été adoptés par les organes compétents. V. en ce sens : K. BLUNTSCHLI, *Le droit public général*, trad. et préf. A. de Riedmatten, Librairie Guillaumin, 1881, p. 93 : « Les autres pouvoirs publics, qui doivent appliquer la loi ou s'y conformer, ont certainement le droit d'examiner si elle *existe en forme*, si elle a été élaborée dans les *formes* constitutionnelles [...] On l'examine [ce problème] souvent trop exclusivement au point de vue du *tribunal*, devant qui la nullité d'une loi en la forme serait invoqué, et qui doit naturellement examiner si elle émane bien de la législature. Mais la question se pose aussi devant l'*administration* ; et de plus, il ne faut pas oublier qu'elle est de *droit public*, qu'ainsi la reconnaissance subséquente par le législateur est déterminante ».

Cette analyse propose une explication qui concerne tant le contrôle que l'attestation de la régularité formelle des lois. En effet, comme nous l'avons vu, la fonction d'authentification, telle qu'elle est conçue et présentée par les auteurs, dont Carré de Malberg, comprend deux volets : un *contrôle* de la régularité formelle des lois et une *attestation* qui porte sur cette régularité. Or, le premier volet n'implique pas nécessairement le second : le besoin de vérifier la régularité formelle des lois avant leur publication n'implique pas nécessairement le besoin d'attester de façon solennelle le résultat positif de ce même contrôle. En effet, une attestation qui porte sur la réalisation d'un fait – en l'espèce, le fait consiste en l'adoption effective par les organes compétents du texte qui est promulgué – constitue un acte de langage qui, en tant que tel, n'est pas réductible à l'opération préalable qui vise à vérifier la réalisation du fait en question. En d'autres termes, je peux vérifier si c'est effectivement le cas que « X » (où « X » est la réalisation d'un fait) sans annoncer ensuite publiquement « J'atteste [j'affirme, je vous assure, etc.] que c'est effectivement le cas que “X” ».

Il ne suffit pas alors d'expliquer le besoin de vérifier la régularité formelle des lois : pour expliquer le rôle de la promulgation en tant qu'acte d'authentification, il faut en plus expliquer pourquoi ce contrôle est suivi d'une attestation. D'après l'explication proposée par Carré de Malberg, l'utilité de cette attestation s'explique ultimement par ce que nous avons qualifié plus haut d'« authentification péremptoire » : le rôle de l'attestation qui suit le contrôle de la régularité formelle est de rendre cette dernière incontestable en écartant tout contrôle ultérieur³³⁷. En d'autres termes, et selon une analyse similaire proposée par M. Waline, l'attestation de la régularité formelle des lois, qui suit le contrôle effectif de cette même régularité, a un « caractère

³³⁷ L'auteur souligne à a fois : que l'organe promulguant doit vérifier effectivement la régularité formelle des lois qu'il promulgue ; que, une fois la promulgation, la régularité formelle ne peut plus être vérifiée et, éventuellement, contestée. Or, la promulgation s'accomplit au moyen de la formule de promulgation et, come l'auteur l'affirme à plusieurs reprises, cette formule n'a d'autre portée que celle d'une attestation concernant la régularité formelle de la loi promulguée. R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État, op.cit.*, n° 151, p. 454 : « [La promulgation] affirme la naissance constitutionnelle de la loi. C'est là un point qui, après la promulgation, ne pourra plus être contesté ».

juridictionnel » puisqu'elle joue le rôle d'un « jugement » qui ne peut plus être contesté³³⁸.

3) *Le besoin de confier l'authentification au chef de l'exécutif*

Nous avons présenté jusqu'ici les réponses que la doctrine fournit aux deux questions suivantes : En quoi consiste l' « authentification » ou l' « attestation de l'existence » des lois ? ; Quelle est l'utilité de cette fonction ?

Il reste à présenter les réponses que la doctrine fournit à la question suivante : pourquoi faut-il confier cette fonction au chef de l'exécutif ?

La réponse fournie par la doctrine se résume ainsi : il faut confier l'authentification des lois à un organe qui est distinct de leur auteur. Or, l'intervention d'un organe qui est distinct de l'auteur des lois peut être conçue de deux manières. On peut d'abord penser que cette intervention est conceptuellement nécessaire, c'est-à-dire qu'elle fait nécessairement partie de ce en quoi consiste un acte d'authentification. Mais on peut aussi penser que cette intervention est tout simplement préférable par rapport à une authentification qui serait accomplie par l'auteur même des lois. Corrélativement, on peut distinguer entre deux catégories de réponses : celles qui jugent nécessaire et celles qui jugent utile l'intervention d'un organe qui est distinct de l'auteur des lois.

Les auteurs ne rendent pas explicitement compte de cette distinction mais leurs analyses peuvent être subsumées sous l'une ou l'autre catégorie. Il semble ainsi que

³³⁸ M. WALINE, « Éléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en droit positif français », *RDP* 1928, p. 441-462, spéc. p. 453-454, où l'auteur reconnaît pourtant que la thèse qu'il défend est « très contestée aujourd'hui ». Il est intéressant de noter que la conception de la promulgation en tant que « jugement » que les tribunaux ne peuvent pas contester a été aussi partagée par P. LABAND, *Le droit public de l'Empire Allemand*, t. II, *op. cit.*, p. 331 : « La promulgation contient un *jugement*, comme tout acte authentique émanant d'une autorité [qui] a pour effet d'établir que les faits se sont passés en conformité logique avec les règles juridiques en vigueur [...]. Or, si la Constitution de l'Empire investit l'Empereur de ces fonctions, il ne saurait appartenir à un juge et à un administrateur quelconques, de soumettre, dans le cas spécial dont ils ont à décider, la sentence impériale à une nouvelle épreuve [...] ». Carré de Malberg partage en partie cette thèse. En effet, Laband considère que le « jugement » de l'organe promulguant rend péremptoire le contrôle juridictionnel tant de la régularité formelle que de la constitutionnalité matérielle des lois. Carré de Malberg partage le premier volet de cette thèse mais rejette le second. D'une part, il considère que le contrôle de la constitutionnalité des lois, par opposition au contrôle de leur régularité formelle, est interdit non pas en vertu de la promulgation, mais en vertu des textes qui sont explicites en ce sens. D'autre part, il remarque que la promulgation ne peut pas couvrir les vices d'inconstitutionnalité substantielle parce que l'organe promulguant n'est pas compétent pour apprécier la constitutionnalité du contenu des textes qu'il promulgue : il se borne à vérifier uniquement la régularité formelle de ces textes : R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, n° 149, p. 449-450.

Carré de Malberg conçoit l'authentification comme une fonction qui doit être nécessairement accomplie par un organe qui est distinct de l'auteur des lois. Il affirme en effet qu'un acte d'authentification serait dépourvu de « sens » ou de « valeur » s'il était accompli par l'auteur même de l'acte authentifié³³⁹. D'autres auteurs affirment que l'intervention d'un organe qui est distinct de l'auteur des lois est nécessaire ou utile dans le cadre d'un régime bicaméral puisque la loi est discutée et modifiée à plusieurs reprises, et à des dates différentes, par deux chambres distinctes³⁴⁰. Il semble que ces auteurs mettent l'accent sur l'efficacité du contrôle qui précède l'attestation de la régularité formelle des lois. On pourrait alors subsumer ce type d'analyse à la seconde catégorie susmentionnée.

Quoi qu'il en soit, il y a un consensus établi en la matière que l'on peut résumer ainsi : la promulgation est un acte accompli par le chef de l'exécutif parce qu'elle remplit une fonction d'authentification ; cette fonction serait dépourvue de « sens »

³³⁹ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État, op.cit.*, n° 147, p. 447-448 : « [...] il est naturel de demander l'attestation de la loi à quelqu'un d'autre que l'auteur même de cette loi. En tant qu'attestation, la promulgation doit logiquement être l'œuvre d'une autorité différente du législateur [...]. [Une] promulgation qui ne serait, de la part du promulguant, que l'attestation de son œuvre personnelle, la certification de ses propres décrets, n'auteur lui-même de sens [...]. [Par] la force même des choses, la promulgation ne peut attester l'existence d'un acte sans attester, en même temps, la régularité de sa confection. Or, il est clair que cette dernière attestation ne posséderait qu'une médiocre valeur, si elle émanait de l'auteur même de l'acte » ; *Ibid.* n° 151, p. 456 : « En effet, on le comprendrait guère que ce soit le législateur lui-même qui soit appelé à prononcer sur la valeur de ses propres lois et à lever les doutes qui peuvent naître des défauts de leur adoption. Ce n'est pas à l'auteur de la loi qu'il convient de dire : Ma loi est bien faite, elle mérite qu'on reconnaisse son existence. Il faut cette attestation d'existence donnée à la loi lui vienne du dehors, d'une autorité distincte ».

³⁴⁰ J. BARTHÉLEMY & P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, [1933], 2004, p. 740 : « Du moment que la loi est l'œuvre de la volonté concordante de deux Chambres, il est nécessaire qu'une troisième autorité constitutionnelle différente constate que cet accord existe, que le même texte a été adopté par les deux Chambres » ; G. JÈZE, « La promulgation des lois », *RDP* 1918, p. 378-400, spéc. p. 386 : « Étant donné que la loi doit émaner des deux assemblées, il est bon qu'une autorité publique distincte soit chargée de vérifier au préalable l'accord parfait entre les deux Chambres sur tous les termes de la loi. Il pourrait ne pas être sans inconvénient, dans un régime à deux chambres, de confier la promulgation au Président l'une ou l'autre assemblée » ; A. SAINT-GIRONS, *Manuel de droit constitutionnel*, 2^e éd., éd. Laros et Forcel, 1885, p. 375 : « [...] il faut bien admettre que, pour les citoyens, la loi n'est pas parfaite, dès qu'elle a été votée d'une manière définitive. Il faut qu'une autorité compétente constate ce vote et le déclare publiquement. Comme, surtout avec deux chambres, les particuliers seraient-ils exactement renseignés sur le nombre de délibérations, sur le vote des deux chambres, sur toutes les questions assez compliquées de procédure parlementaire ». Le même argument a pu être mobilisé pour justifier la pratique qui consiste à dater les lois en fonction de la date qui figure dans leur formule de promulgation : E. PIERRE, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, 5^e éd., Librairies-imprimeries réunies, 1924, n° 508, p. 566 : « Si l'on songe qu'une loi voyage souvent trois ou quatre fois de la Chambre du Sénat et pendant plusieurs années, on conviendra qu'il faudrait des répertoires très bien tenus pour connaître la date du dernier vote ; peut-être même serait-il nécessaire, si l'on changeait l'usage adopté, de compléter la formule de promulgation par ces mots : "La présente loi portera la date du..." ». Au contraire, rien n'est plus facile actuellement que de prendre la date de la promulgation au bas du décret »

ou d'efficacité si elle était assurée par l'auteur même des lois, c'est-à-dire par les chambres elles-mêmes.

B) Inconvénients de la thèse

La conception de la promulgation en tant qu'acte d'authentification, au sens précisé ci-dessus, est démentie par la pratique suivie en la matière. Il s'avère en effet que le contrôle de la régularité formelle des lois n'est pas assuré par l'organe promulgant lui-même : ce contrôle est assuré par les chambres et, dans un deuxième temps, par le gouvernement (ou, plus précisément, par des services qui répondent au gouvernement).

Il pourrait être objecté que cette pratique concerne le contrôle de la régularité formelle des lois tandis que le rôle de la promulgation s'explique par l'attestation qui porte sur cette régularité. Toutefois, et comme nous l'avons déjà remarqué, les auteurs présument que l'organe promulgant vérifie effectivement – ou, à tout le moins, qu'il doit vérifier effectivement – la régularité formelle des lois qu'il promulgue. En tout cas, et abstraction faite de ce problème, cette prétendue attestation, même envisagée en elle-même, ne peut pas expliquer le rôle de la promulgation en droit positif français : aucun auteur n'explique de façon convaincante ce que cette attestation apporte de plus par rapport à l'opération de contrôle qui la précède.

Faute d'une telle explication, et étant démentie par la pratique suivie en la matière, la conception de la promulgation en tant qu'acte d'authentification n'est pas apte à rendre compte des données pertinentes du droit positif. Il n'en reste pas moins que cette conception est si solidement ancrée dans la pensée juridique qu'elle mérite une analyse critique plus détaillée. Ceci étant, et pour faciliter notre exposé, nous proposons une analyse dont l'ordre de développement sera l'inverse par rapport à l'ordre selon lequel nous avons présenté les idées qui structurent la conception de la promulgation en tant qu'acte d'authentification. Ainsi, nous soumettrons à un examen critique : (1) les arguments relatifs au besoin de confier l'authentification des lois au chef de l'exécutif ; (2) les arguments relatifs au besoin d'authentifier les lois ; (3) la conception elle-même de la promulgation en tant qu'acte d'authentification.

1) *Le besoin de confier l'authentification au chef de l'exécutif*

Rappelons l'explication fournie par la doctrine concernant le besoin de confier l'authentification des lois au chef de l'exécutif : l'authentification est une fonction qui comprend à la fois le contrôle et l'attestation de la régularité formelle des lois ; une telle fonction doit être confiée à un organe qui est distinct de l'auteur des lois ; la promulgation est un acte d'authentification et c'est pour cette raison qu'elle est confiée au chef de l'exécutif.

Cette thèse est démentie par trois séries de données, dont les deux premières relèvent de la pratique, présentée plus haut, qui est suivie après l'adoption définitive d'un projet ou d'une proposition de la loi.

Le contrôle de la régularité formelle des lois par les chambres elles-mêmes – En premier lieu, la pratique montre, nous l'avons vu, que la régularité formelle des lois peut être vérifiée par leur propre auteur, c'est-à-dire par les chambres elles-mêmes : le texte définitif qui est transmis au pouvoir exécutif aux fins de promulgation est établi par les soins de la chambre qui l'a voté en dernier ; les services de celle-ci s'assurent, précisément, que le texte en question correspond au texte qui a été effectivement adopté en dernière lecture et en termes identiques par les deux chambres³⁴¹. Par ailleurs, le contrôle effectué par les services des chambres législatives est le seul type de contrôle que connaissaient les systèmes juridiques qui ne consacrent pas l'institution de la promulgation, comme, par exemple, les États-Unis³⁴² et le Royaume-Uni³⁴³.

³⁴¹ Pour le régime actuel, v. *Infra*, Section préliminaire, § 1, et notamment : J.-P. BONHOURE, P. NGUYEN HUU et al. (dir.), *Les principales étapes de la procédure législative*, *op. cit.*, p. 109-110, §1–L'établissement du texte définitif (accessible sur : www.assemblee-nationale.fr/connaissance/collection/5.asp) ; J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *La loi*, *op. cit.*, p. 157-158. Pour la Quatrième et la Troisième République, v. *Infra*, Section préliminaire, § 2, et les études de : H. CANNAC, *Éléments de procédure législative en droit parlementaire français*, précité, p. 85 s. ; H. GLEIZES, *La rectification des textes publiés au Journal officiel*, thèse, Université de Paris, Sirey, 1939, p. 27-33 ; J. LAFERRIÈRE, « De l'authenticité du texte des lois publiées au "Journal officiel" », *RDP* 1949, p. 113-152, spéc. p. 131-134 ; H. PUGET & J.-C. SÉCHÉ, « La promulgation et la publication des actes législatifs en droit français », *op. cit.*, p. 241-242 (réimpr. in : J.-B. Herzog & G. Vlachos (dir.), *La promulgation, la signature et la publication des textes législatifs en droit comparé*, *op. cit.*, p.76-77).

³⁴² Pour les États-Unis, v. : CH. JOHNSON, *How Our Law Are Made*, House of Representatives, Document 108-93, Washington, U.S. Government Printing Office, 2003, p. 50-51 (accessible sur : www.senate.gov/reference/resources/pdf/howourlawsaremade.pdf). Pour une illustration pratique, v. l'arrêt de la Cour Suprême *Field v. Clark*, 143 U.S. 649 (1892). En l'espèce, les requérants

Ces données montrent que le contrôle de la régularité formelle des lois peut être assuré par leur propre auteur³⁴⁴. Toutefois, on a pu soutenir que l'intervention d'un organe qui est distinct de l'auteur des lois est utile ou nécessaire dans le cadre d'un régime bicaméral, la raison étant que, dans un tel système, la loi est discutée et modifiée à plusieurs reprises, et à des dates différentes, par deux chambres distinctes³⁴⁵. Or³⁴⁶, la promulgation fut introduite en droit positif français par la Constitution de 1791 qui établissait un régime à chambre unique³⁴⁷. En plus, elle a été maintenue par les régimes ultérieurs, y compris par ceux à chambre unique, sans qu'il y ait des doutes ou des controverses – à notre connaissance, au moins – sur l'opportunité de son maintien³⁴⁸. Selon un autre argument, l'intervention d'un organe

soutenaient que la loi dont ils contestaient la constitutionnalité sur le fond contenait, en plus, une section votée par le Sénat mais non pas par la Chambre de représentants. La Cour suprême rejette ce second moyen (143 U.S. 680) en s'appuyant surtout sur les éléments de preuve, jugés inadéquats, qu'invoquaient les requérants. Elle a pu affirmer pourtant, dans son opinion lue par le juge Harlan, que : « The signing by the Speaker of the House of Representatives and by the President of the Senate, in open session, of an enrolled bill is an official attestation by the two Houses of such bill as one that has passed Congress, and when the bill thus attested receives the approval of the President and is deposited in the Department of State according to law, its authentication as a bill that has passed Congress is complete and unimpeachable ». Plus analytiquement sur cette jurisprudence, v. l'étude critique de D. SANDLER, « Forget What You Learned in Civics Class : The “Enrolled Bill Rule” and Why It's Time to Overrule *Field v. Clarck* », *Columbia Journal of Law and Social Problems*, vol. 41, 2007, p. 213-276. V. aussi les remarques de J. GRAY, *The Nature and Sources of the Law*, 2nd ed. New York, MacMillan, 1948, p. 168-170.

³⁴³ V. l'exposé détaillé de B. JACKSON, « Who Enacts Statutes ? », *Statute Law Review*, vol. 18, n° 3, 1997, p. 177-207, spéc. p. 181 s. Pour une présentation sommaire – qui, de façon significative, figure sous le titre « Authentication of Acts » –, v. C. ILBERT, *Legislative Methods and Forms*, Clarendon Press, 1901, p. 105.

³⁴⁴ Il est intéressant de noter que Carré de Malberg avoue que la pratique susmentionnée – le contrôle par les chambres du texte transmis au pouvoir exécutif – peut démentir sa théorie : « le document authentique qui, dans l'état actuel de la pratique constitutionnel, est transmis au Président de la République par les présidents des Chambres [...] pourrait, semble-t-il, suffire à fixer d'une façon certaine leur texte ; et, en tout cas, s'il est nécessaire qu'un acte spécial continue d'intervenir, on pourrait concevoir que cet acte émane du Corps législatif lui-même, et notamment de la présidence des assemblée » : R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., n° 147, p. 446. Au lieu pourtant de creuser ce problème, il le contourne en s'exprimant ainsi : « Toutefois, et quelle que soit la valeur des considérations qui précèdent, il faut reconnaître que la fonction consistant à certifier par la promulgation l'existence et la teneur des lois revient naturellement et de préférence à l'Exécutif : et cela, non pas seulement par ce motif que la promulgation [...] est un acte de puissance exécutive, qui, comme tel, incombe normalement à l'autorité chargée d'assurer l'exécution ; mais encore et surtout par la raison qu'il est naturel de demander l'attestation de la loi à quelqu'un d'autre que l'auteur même de cette loi », *Ibid.*, p. 446-447. Sur la pertinence de ces arguments, v. *Infra*, 2).

³⁴⁵ *Supra*, A), 3), et les références citées.

³⁴⁶ Nous faisons ici abstraction de l'existence de systèmes bicaméraux qui ne connaissaient pas l'institution de la promulgation, comme c'est le cas, qui vient d'être évoqué, pour le Royaume-Uni et les États-Unis.

³⁴⁷ Sur les modalités de promulgation prévues par la constitution de 1791, v. *infra*.

³⁴⁸ Cf. J. MASSOT, « Article 10 », in : Luchaire F. et al. (dir.), *La Constitution de la République française : analyses et commentaires*, 3^e éd., Economica, 2008, p. 388 : « Disposition des plus traditionnelles [...] l'article 10 de la Constitution de 1958 [où est consacrée la promulgation] n'a soulevé aucune discussion lors de son adoption ».

distinct des chambres est nécessaire ou utile lorsqu'il y a pluralité d'organes législatifs, ce qui est aussi le cas lorsqu'un régime à chambre unique accorde au chef de l'exécutif le pouvoir de sanctionner les lois³⁴⁹. Dans ce cas pourtant, la promulgation paraît superflue en tant que moyen d'authentification : d'une part, la teneur de la loi est établie par un seul organe ; d'autre part, si l'autre organe peut refuser son consentement pour des raisons liées au contenu de la loi, il peut le faire à plus forte raison pour des raisons liées à sa régularité formelle. En tout cas, la promulgation a été consacrée même par la Constitution de 1848 (art. 56 à 59) qui ne consacrait, elle, ni la sanction des lois ni un régime bicaméral.

Quoi qu'il en soit, et abstraction faite des données qui viennent d'être présentées, le besoin de confier l'authentification des lois à un organe qui est distinct de leur auteur ne suffit pas pour expliquer l'attribution de cette fonction au chef de l'exécutif.

Le contrôle de la régularité formelle des lois par le gouvernement – En effet, et en deuxième lieu, la pratique montre, nous l'avons vu, que la régularité formelle des lois est vérifiée par le pouvoir exécutif aussi, mais non pas par le chef de l'exécutif : ce contrôle est assuré par le gouvernement tandis que le chef de l'exécutif, en tant qu'organe promulgant, se borne à apposer sa signature sur le texte que le gouvernement lui transmet.

Plus précisément, il s'avère que les services de la présidence de la République ne participent pas au contrôle de la régularité formelle des textes qui font l'objet d'une

³⁴⁹ D. LE BÉGUEC, « Publication », in : D. Alland & S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1274-1276, spéc. p. 1274 : « le pouvoir de promulguer [est attribué] au chef de l'État qui l'exerce sous forme de décret. Or, un tel acte n'a de raison d'être que dans un système de séparation organique où le pouvoir législatif, puisqu'il s'agit toujours de ce dernier, est exercé par plusieurs organes. La promulgation a pour objet de certifier que tous se sont effectivement prononcés, selon les formes requises et sur un texte identique, de garantir, en somme, que toutes les conditions d'existence juridique de la loi sont bien réunies » (nos italiques). Cette idée est analytiquement développée par S. BARTHOLINI, *La promulgazione*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 106-107, qui attribue la consécration de la promulgation par les constituants révolutionnaire à la « pluralité d'organes qui participaient à la formation de la loi » (notre traduction), à savoir à la collaboration entre l'Assemblée, qui élaborait et votait les lois, et le Roi, qui les sanctionnait. Le même auteur reconnaît pourtant que cette première consécration de la promulgation s'explique ultimement par les tentatives du roi de modifier les textes qui lui était soumis pour sanction afin de s'ériger en organe législatif qui, au-delà de la faculté d'empêcher, disposerait aussi de la faculté de statuer (*Ibid.*, p. 109-110).

promulgation³⁵⁰. Dans un premier temps, comme nous venons de le rappeler, un tel contrôle est assuré par les chambres elles-mêmes. Dans un deuxième temps, et pour ce qui concerne le pouvoir exécutif, le contrôle en question est assuré par le Secrétariat général du Gouvernement qui reçoit les textes transmis par les Chambres et prépare les textes définitifs sur lesquels seront apposées la formule de promulgation et la signature du Président de la République³⁵¹. Il s'avère par ailleurs, et comme nous l'avons aussi vu, qu'une pratique similaire était suivie avant même la création, au début de la Quatrième République, du Secrétariat général du gouvernement³⁵². En effet, sous la Troisième République, les textes préparés par les chambres étaient transmis directement au ministre qui était, le cas échéant, « compétent »³⁵³ ; les services de ce dernier vérifiaient à leur tour la régularité formelle du texte définitif avant d'y apposer la formule de promulgation et de recueillir la signature de l'organe promulgant³⁵⁴.

Il s'avère alors que, dans tous les cas, et depuis la Troisième République au moins³⁵⁵, c'est le Gouvernement – au moyen du Secrétariat général du gouvernement ou de ses ministres – qui assure, de la part du pouvoir exécutif, le contrôle de la régularité formelle des textes qui font l'objet d'une promulgation. Symétriquement, le chef de l'exécutif se borne à apposer sa signature sur le texte qui lui est transmis sans procéder lui-même à la vérification de la régularité formelle de ce dernier. Certes, et comme il est unanimement admis, le chef de l'exécutif peut et doit refuser de signer

³⁵⁰ Il paraît que cette donnée n'a pas attiré l'attention des auteurs qui conçoivent la promulgation comme un acte d'authentification : cette conception paraît si évidente que la question de savoir si l'organe promulgant procède ou non à une quelconque vérification avant (ou afin) d'« authentifier » ou d'« attester l'existence » de la loi ne se pose pas. Il en va de même pour les études qui partagent cette conception de la promulgation alors qu'elles s'intéressent de façon plus générale aux différentes fonctions qu'exerce le chef de l'exécutif. Pour un exemple récent en ce sens, v. B. MONTAY, *Doctrine des fonctions de l'« Exécutif »*, thèse, Université Paris II – Panthéon Assas, 2017, p. 191 s., et aussi p. 139 et p. 659.

³⁵¹ *Supra*, Section préliminaire, § 1, et les sources citées, dont notamment J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *La loi*, *op. cit.*, p. 158 ; J. MASSOT, « Article 10 », *op. cit.*, p. 395 ; H. PUGET, « L'élaboration des lois dans le régime actuel de la France », *op. cit.*, p. 339.

³⁵² *Supra*, Section préliminaire, § 2.

³⁵³ Selon les termes du Règlement des Chambres des députés (art. 139) et du Règlement du Sénat (art. 129). *Supra*, Section préliminaire, § 2, et H. CANNAC, *Éléments de procédure législative en droit parlementaire français*, *op. cit.*, p. 90-91

³⁵⁴ *Supra*, Section préliminaire, § 2, et la présentation fournie par H. CANNAC, *Éléments de procédure législative en droit parlementaire français*, *op. cit.*, p. 93-94.

³⁵⁵ Quant aux régimes antérieurs à la Troisième République, et comme nous l'avons aussi vu, il paraît que le devoir de présenter le texte définitif à l'organe promulgant était assuré par le garde des Sceaux – ou par un autre membre du gouvernement – mais nous ne pouvons pas savoir si ce dernier vérifiait à son tour le texte transmis par les chambres : *Supra*, Section préliminaire, § 2.

un texte qui ne correspond pas à un texte effectivement adopté par les organes compétents. Toutefois, et à l'exception des cas extrêmes – une chambre décide expressément de contourner l'autre chambre, par exemple³⁵⁶ – on a du mal à comprendre comment le chef de l'exécutif pourrait exercer effectivement un tel travail de vérification³⁵⁷.

Il pourrait être objecté que le contrôle susmentionné se produit à huit clos tandis que l'authentification, telle qu'elle est assurée par la promulgation, implique une attestation solennelle de la régularité formelle de la loi. Selon cette objection, l'intervention du chef de l'exécutif serait nécessaire non pas pour le contrôle lui-même de la régularité formelle des lois, mais pour l'attestation solennelle de cette régularité³⁵⁸.

La promulgation par le président de l'Assemblée – Il s'avère pourtant, en troisième lieu, que la constitution peut confier la promulgation au président de l'Assemblée, en cas d'empêchement ou de carence de la part du Président de la république³⁵⁹. Plus encore, il y a eu au moins un cas, au cours de l'histoire

³⁵⁶ Cf. J.-C. BÉCANE & M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *La loi*, *op. cit.*, p. 159, qui envisagent l'hypothèse d'un « vice flagrant de procédure ». Les auteurs remarquent pourtant que « [l]e soin apporté à la préparation des décrets de promulgation semble désormais exclure que de telles erreurs soient commises ». Or, et comme le montrent les auteurs eux-mêmes (*ibid.*, p. 157-158), le « soin » dont il est question est le fruit d'un travail qui est assuré, dans un premier temps, par les services des assemblées et, dans un deuxième temps, par le secrétariat général du gouvernement.

³⁵⁷ J. LAFERRIÈRE, « De l'authenticité du texte des lois publiés au "Journal officiel" », *op. cit.*, p. 122 : « Nul n'ignore que le Président de la République ne procède pas lui-même à la vérification des textes dont, par la promulgation, il atteste l'existence et la teneur ; que cette vérification est l'œuvre des bureaux et que [...] le Président de la République se borne à signer et, est-il permis de dire sans irrévérence, signe sans le contrôler [le "décret de promulgation"] » ; H. PUGET & J.-C. SÉCHÉ, « La promulgation et la publication des actes législatifs en droit français », *op. cit.*, p. 243 (réimpr. in : J.-B. Herzog & G. Vlachos (dir.), *La promulgation, la signature et la publication des textes législatifs en droit comparé*, ouvrage précité, p.79-80 : « [comme] le Président de la République n'est pas en mesure procéder à une vérification minutieuse de tous les textes soumis à sa signature, il apposera celle-ci ».

³⁵⁸ Il paraît que Carré de Malberg songe à cette idée lorsqu'il remarque « que l'on a pu prendre l'habitude de dire que la promulgation est une attestation faite "devant la nation" ». Mais il remarque aussi, à propos des auteurs qui s'expriment ainsi, que « ces façons de définir ou de qualifier la promulgation ne [sont] pas entièrement exactes [...] », R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, n° 147, p. 447, et n° 146, p. 441, respectivement.

³⁵⁹ (i) Constitution du 4 novembre 1848, art. 59 : « À défaut de promulgation par le président de la République, dans les délais déterminés par les articles précédents, il y serait pourvu par le président de l'Assemblée nationale » ; (ii) Constitution du 27 octobre 1946, art. 36 al. 3 : « À défaut de promulgation par le président de la République dans les délais fixés par la présente Constitution, il y sera pourvu par le président de l'Assemblée nationale » (cet article reprend dans des termes légèrement modifiés la disposition prévue par l'art. 102 al. 3 du projet de constitution du 19 avril 1946). En application de cette disposition de la constitution de 1946, l'art. 6 de la loi n° 50-10 du 6 janvier 1950 disposait que « Dans le cas prévu par le dernier alinéa de l'article 36 de la Constitution, le président de l'Assemblée nationale a le droit de requérir directement le directeur du *Journal*

constitutionnelle française, où la promulgation par le président de l'Assemblée fut la règle, et non pas l'exception, fût-ce pour une période relativement courte de transition constitutionnelle³⁶⁰. De deux choses l'une alors : soit l'authentification des lois – solennelle ou non – peut être assurée par les chambres législatives aussi ; soit il peut y avoir des actes de promulgation – ceux qui sont accomplis par le président de l'Assemblée – qui n'authentifient pas la loi.

En dépit des données susmentionnées, Carré de Malberg a pu mobiliser un argument complémentaire, qui est un argument *a contrario*, pour montrer que l'authentification « revient naturellement et de préférence à l'Exécutif » : le fait que les décrets ne sont pas promulgués prouve que l'authentification des lois nécessite l'intervention d'un organe distinct de leur auteur³⁶¹. Cet argument présente deux inconvénients. D'une

officiel pour assurer la publication des lois » (*JO* du 7 janvier 1950, p. 215). Il a pu être soutenu, à propos de la Constitution de 1946, que « l'hypothèse visée par l'article 36 est celle d'un empêchement et non celle d'un refus du Président de la République », J. MOLINIÉ, *La publication en droit public français*, thèse, Paris II, 1976, p. 30 et 32, qui renvoie aux débats devant l'Assemblée nationale constituante (*JO Deb. Parl.*, 1946, p. 189).

³⁶⁰ Il s'agit de la période entre décembre 1848 et mai 1849. Pendant cette période, il y a eu cohabitation entre un organe constituant et un organe constitué, à savoir entre l'Assemblée constituante qui avait adopté la constitution du 4 novembre 1848, et le président de la République qui fut élu conformément à cette même constitution. Plus précisément, avant l'adoption définitive de la Constitution du 4 novembre 1848, l'Assemblée constituante avait adopté le décret du 28 octobre 1848, relatif à l'élection du président de la République, dont l'art. 6 disposait : « Aussitôt qu'il aura été proclamé par l'Assemblée nationale [constituante], le président de la République exercera les pouvoirs qui lui sont conférés par la Constitution, à l'exception toutefois des droits qui lui sont attribués par les art. 55, 56, 57 et 58 [relatifs à la promulgation, correspondant aux art. 56, 57, 58 et 59 du texte constitutionnel définitif] ; le droit de promulgation étant réservé au président de l'Assemblée nationale [constituante] », (*BL*, 10^e série, N^o 86, n^o 822, p. 571 ; *Duvergier*, t.48, p. 556). L'élection présidentielle a eu lieu le 10 décembre et les résultats furent proclamés le 20 décembre 1848. L'Assemblée constituante fut dissoute cinq mois plus tard, après les élections législatives qui ont eu lieu le 13 mai 1849 (pour certains auteurs, la dissolution de l'Assemblée constituante a eu lieu dès ce jour ; pour d'autres, elle a eu lieu quelques jours avant ou après la première réunion de l'Assemblée législative qui a eu lieu, elle, le 26 ou le 28 mai 1849, selon les dates indiquées par les différents auteurs). Conformément alors au décret susmentionné du 28 octobre 1848, le Président de l'Assemblée constituante promulgua toutes les lois adoptées avant la dissolution de l'Assemblée constituante (en mai 1849), y compris celles qui ont été adoptées après l'élection et la prise de fonctions du Président de la République (en décembre 1848).

Sur le décret du 28 octobre 1848 et les compétences du Président de la République pendant cette période transitoire, v. la note qui accompagne ce texte dans la collection *Duvergier*, t. 48, p. 558, et l'éclairante analyse de A. LE PILLOUER, *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes*, thèse, préf. M. Troper, Dalloz, 2005, p. 27 et 181. V. aussi les brèves remarques de : É. BONNET, *De la promulgation*, ouvrage précité, p. 38 ; J. MASSOT, *La Présidence de la République en France*, La documentation française, 1977, p 15-16 ; A. PÉRI, *Le pouvoir exécutif dans le processus de formation de la loi dans l'histoire constitutionnelle française (1789-1958)*, p. 137.

³⁶¹ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État Contribution*, op. cit., n^o 147, p. 447 : « [Une] promulgation qui ne serait, de la part du promulguant, que l'attestation de son œuvre personnelle, la certification de ses propres décrets, n'aurait plus guère de sens ; on ne voit pas ce que la signature donnée par le Président de la République à titre de promulgation de ses décrets pourrait ajouter à la signature déjà donnée par lui comme auteur du décret [...] la promulgation ne peut

part, il s'avère inexact : il y a eu au moins un régime constitutionnel – le Second Empire – dont les décrets faisaient l'objet d'une promulgation³⁶². D'autre part, et abstraction faite de ce problème, l'argument en question s'avère circulaire. En effet, si le besoin d'authentification était une explication pertinente pour la promulgation des lois, la question qu'il faudrait se poser à propos des décrets devrait être toute autre : au lieu de se demander pourquoi les décrets ne sont pas promulgués, il faudrait se demander pourquoi les décrets ne sont pas soumis à une formalité d'authentification similaire à la promulgation qui serait accomplie par un organe distinct de leur auteur³⁶³. Faute de creuser cette question, l'argument susmentionné devient circulaire : dans le cas des lois, c'est le besoin d'un acte d'authentification qui explique l'intervention d'un organe qui est distinct de leur auteur ; dans le cas des

attester sans attester, en même temps, la régularité de sa confection. Or, il est clair que cette dernière attestation ne posséderait qu'une médiocre valeur, si elle émanait de l'auteur même de l'acte ». Pour un argument similaire, v. CH. LARROUMET, *Droit civil*, t.1, *Introduction*, 5^e éd., Economica, 2006, n° 231, p. 139: « [La promulgation] c'est en quelque sorte une preuve de l'existence de la loi et de sa validité, puisqu'on sait qu'il n'y a plus de recours possible devant le Conseil constitutionnel après la promulgation. On peut donc considérer la promulgation comme le premier acte d'exécution de la loi [...] Or, ce premier acte émane du chef du pouvoir exécutif, le Président de la République. Ainsi, les règlements ne sont pas promulgués à la manière des lois, car ils émanent du pouvoir exécutif lui-même. Ils sont déjà revêtus de la signature du chef du gouvernement, du Président de la République ou d'une autre autorité administrative et cela est suffisant ». Après la consécration de la Question prioritaire de constitutionnalité, la thèse défendue par cet auteur a été légèrement modifiée : « [La promulgation] c'est en quelque sorte une preuve de l'existence de la loi et de sa validité, encore qu'un recours soit désormais possible devant le Conseil constitutionnel après la promulgation [...] », *Ibid.*, 6^e éd., 2013, n° 231, p. 164.

³⁶² La promulgation n'était expressément prévue par la constitution que pour « les lois » ou « les lois et les sénatus-consultes » (art. 17 du Sénatus-consulte du 21 mai 1870, et art. 10 de la Constitution du 14 janvier 1852, respectivement). Toutefois, la formule de promulgation était fixée par le décret impérial du 2 décembre 1852 *qui règle la formule de promulgation des sénatus-consultes, des lois et des décrets* (BL, XI^e série, t.1, 1852, N° 1, n°3, p. 6 ; *Duvergier*, t. 52, p. 756). Comme l'indique son titre, ce décret fixait une formule de promulgation pour les décrets aussi. Comme nous l'avons vu par ailleurs, c'était à propos d'un décret rendu sous le Second Empire, et promulgué conformément à la formule fixé par le texte en question, que la Cour de cassation a pu se prononcer, par ses arrêts *Bouscarle*, sur la distinction entre la promulgation et la publication. Il importe ici de rappeler que la Cour de cassation a pu proclamer cette distinction en s'appuyant, précisément, sur la formule de promulgation du décret litigieux : Cass. crim. 6 février 1874, *Bouscarle et autres*, D. 1874 I, p. 185, conclusions BEDARRIDES, note B. CAZALENS, S. 1874 I, p. 281, note P. CAUWÈS ; Cass. ch. réun. 22 juin 1874, *Bouscarle et autres*, D. 1874 I, p. 322, S. 1874 I, p. 336. Plus analytiquement sur ces arrêts : *Supra*, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 2, C).

³⁶³ Pour la non promulgation des décrets, v. Y. GAUDEMET & B. PLESSIX, « Promulgation et publication des lois », *op. cit.*, n° 24. Comme le remarque le Professeur Gaudemet, « la promulgation est sans rapport avec la nature de l'acte qui en fait l'objet [et] elle tient exclusivement aux conditions d'élaboration, de confection de cet acte et intervient lorsque l'adoption de celui-ci est extérieure à l'exécutif national » (*Ibid.*, n° 27, et aussi n° 115). Une telle explication de l'exclusion des décrets de la formalité de promulgation est incompatible avec l'analyse de Carré de Malberg. Selon ce dernier, la raison d'être de la promulgation relève de la fonction d'authentification et, corrélativement, de la certitude qui en résulte quant à la régularité formelle du texte authentifié. Par conséquent, c'est par rapport à ces considérations – et non pas par rapport au mode de leur édicition– qu'il faudrait expliquer l'exclusion des décrets de la formalité de promulgation.

décrets, c'est l'absence d'intervention d'un organe distinct de leur auteur qui explique l'absence d'un acte d'authentification. Pour sortir de cette circularité, il faut montrer que la promulgation s'explique par des raisons qui ne sont pas réductibles au besoin de vérifier la régularité formelle des lois³⁶⁴.

2) *Le besoin d'authentifier les lois*

En effet, Carré de Malberg songe implicitement à cette dernière idée lorsqu'il affirme qu'il n'y aurait pas de « sens » de vérifier la régularité formelle des lois avant leur entrée en vigueur si cette régularité pouvait être contestée après leur entrée en vigueur :

« la promulgation n'aurait plus de sens, si, après cette vérification faite et après que le chef de l'Exécutif a, conformément à sa compétence, attesté l'adoption de la loi, celle-ci pouvait à nouveau être contestée devant les tribunaux »³⁶⁵.

L'auteur défend ici une thèse qui comporte deux volets : les tribunaux ne sont pas compétents pour vérifier la régularité formelle des lois qu'ils appliquent ; la raison en est que la promulgation n'aurait pas de « sens » si les tribunaux disposaient de la compétence en question.

La grande majorité de la doctrine ne partage pas la première idée : il est communément admis que les tribunaux sont compétents pour vérifier la régularité formelle ou l'« existence », selon la terminologie courante, des lois qu'ils sont appelés à appliquer. Toutefois, les exemples jurisprudentiels invoqués en ce sens ne sont pas pertinents. Cela ne signifie pas pourtant que la promulgation remplit la fonction d'authentification que Carré de Malberg lui attribue.

³⁶⁴ Pour être précis, il faudrait aussi montrer que ces raisons ultérieures, quelles qu'elles soient, s'appliquent aux lois mais non pas aux décrets. Par souci de précision toujours, il faut aussi signaler les deux autres voies que peuvent emprunter ceux qui veulent défendre l'argument de Carré de Malberg : la première serait de montrer que le besoin d'authentification s'applique aux lois mais non pas aux décrets ; la seconde serait de montrer que l'opération d'authentification présuppose certaines compétences ou garanties particulières dont seul le chef de l'exécutif dispose, et que, par conséquent, il n'y a pas d'organe qui serait apte à authentifier les textes dont le chef de l'exécutif est l'auteur.

³⁶⁵ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État Contribution, op. cit.*, n° 151, p. 455.

a) *Authentification et contrôle juridictionnel de la régularité formelle des lois : aspects théoriques*

Plus précisément, la thèse défendue par Carré de Malberg implique, en toute rigueur, que ce qui compte comme « Loi » n'est pas le texte adopté et promulgué, mais le texte promulgué tout court : les tribunaux ont une obligation inconditionnelle de reconnaître et d'appliquer comme loi tout texte promulgué par le chef de l'exécutif, qu'il soit ou non adopté par les chambres³⁶⁶.

L'hypothèse d'un texte qui serait promulgué sans être adopté par les chambres est écartée par Carré de Malberg sous le motif qu'elle est invraisemblable, ce qui revient à confondre la pertinence d'une théorie avec la probabilité de la réalisation des hypothèses qui pourraient la démentir³⁶⁷. Il paraît par ailleurs que l'hypothèse en question s'était déjà réalisée au moment de la publication de la *Contribution à la théorie générale de l'État* : selon d'autres auteurs, il y a eu au moins trois cas, entre 1900 et 1914, où le Président de la République avait promulgué par inadvertance un texte qui avait été adopté par l'une des deux chambres seulement³⁶⁸.

³⁶⁶ *Ibid.* : « C'est à l'autorité chargée de promulguer et à elle seule qu'est conféré le pouvoir de vérifier l'existence de la loi. Par conséquent, les tribunaux, au moment d'appliquer la loi, n'ont à examiner qu'une seule chose : a-t-elle été promulguée ? étant bien entendu que la promulgation est efficace qu'autant qu'elle est suivie de publication. Si la promulgation a eu lieu, les tribunaux n'ont pas à remonter au delà ».

³⁶⁷ *Ibid.* : « Or – à moins de supposer le cas invraisemblable où le Président essaient de faire passer, en le promulguant comme loi, un texte dont il serait l'auteur – il est indéniable qu'en tranchant par son décret de promulgations les doutes qui ont pu s'élever sur la régularité du vote d'une loi par les Chambres, le Président ne fait qu'user de ses pouvoirs constitutionnels, car c'est la Constitution elle-même qui le charge de vérifier l'existence des lois à promulguer », (nous soulignons). Il importe par ailleurs de remarquer que Carré de Malberg n'envisage que le cas le plus extrême de la promulgation d'un texte qui n'a été adopté par aucune des deux chambres. Il fait ainsi abstraction d'un autre cas de figure : il se peut que le texte promulgué corresponde au texte adopté par l'une des deux chambres seulement.

³⁶⁸ V. les incidents rapportés par : L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t.4, *L'organisation politique de la France*, 2^e éd., E. de Boccard, 1924, § 43, p. 634 ; G. JÈZE, « Une loi inexistante », *RDJ* 1915, p. 576-581 ; Id., « Le contrôle juridictionnel des lois », *RDJ* 1924, p. 423 ; Id., *Les principes généraux du droit administratif*, t 1, *La technique juridique du droit public français*, préf. S. Salon et J.-Ch. Savignac, Dalloz, [3^{ème} éd, 1925], 2005, p. 369 ; G. REVEL, *La publication des lois, des décrets et des autres actes de l'autorité publique*, *op. cit.*, p. 176.

Pour un cas de figure similaire, produit après la publication de la *Contribution à la théorie générale de l'État*, v. CH. ROUSSEAU, note sous Cass. civ. 18 décembre 1933, S. 1934 I p. 257, spéc. p. 258, col. 2, où l'auteur présente le cas d'une loi, en date du 17 avril 1927, qui était avait insérée au *Journal officiel* dans sa version votée par l'une des deux chambres. Dans ce cas, et selon l'auteur, cette « loi » a été « annulée » par un « décret d'annulation » paru dans le *Journal officiel* (décret du 27 avril 1927 publié au *JO* du 28 avril 1927 p. 4607). Pour d'autres exemples en ce sens, v. J. LAFERRIÈRE, « De l'authenticité du texte des lois publiés au "Journal officiel" », *article précité*, p. 115. V. aussi *Travaux de la commission de réforme du Code civil*, 1948-1949, Sirey, séance du 3 février 1949, p. 195, où le Professeur J.-P. Niboyet remarquait qu'« [i] est arrivée au moins une fois entre les deux guerres qu'on ait promulgué un texte qui n'avait pas été voté par l'une des deux ».

Qui plus est, Carré de Malberg ne fait aucune allusion à un autre cas de figure qui était très fréquent à l'époque : l'insertion dans le *Journal officiel* d'un texte qui comporte des erreurs par rapport au texte effectivement adopté par les chambres. Une telle erreur peut se produire soit avant la promulgation, lors de la préparation du texte qui sera promulgué, soit après la promulgation, lors de la reproduction par les services du *Journal officiel* du texte qu'ils ont reçu par le pouvoir exécutif³⁶⁹. Quel que soit pourtant le cas, les acteurs juridiques qui consultent le *Journal officiel* ne peuvent pas savoir si l'erreur s'est produite avant ou après la promulgation parce que, et à l'exception du Conseil d'État, ils n'ont pas accès au texte promulgué lui-même³⁷⁰, c'est-à-dire qu'ils n'ont pas matériellement accès au document sur lequel l'organe promulguant a actuellement apposé sa signature³⁷¹. Or, la fonction d'authentification, telle qu'elle est conçue par Carré de Malberg, n'aurait de sens que si les acteurs juridiques, dont les tribunaux, avaient un accès direct au texte promulgué lui-même. S'il y a alors en droit positif français un acte qui rend la régularité formelle des lois incontestable, cet acte ne peut être autre que l'insertion au *Journal officiel* : le texte que les tribunaux sont appelés à appliquer et dont, d'après Carré de Malberg, ils ne peuvent pas contester la régularité formelle, ce n'est pas le texte que l'organe promulguant a effectivement promulgué, mais le texte qui a été finalement inséré au *Journal officiel*.

assemblées ». Le Professeur Niboyet considérait « qu'en pareil cas, le juge a, indiscutablement, le droit de ne pas appliquer la loi ». Sur cette question, et sur les débats qu'elle a suscités devant la *Commission de réforme du Code civil*, v. *infra*, a).

³⁶⁹ Dans le premier cas, l'erreur peut se produire soit lors la préparation du texte définitif que les chambres transmettent au pouvoir exécutif aux fins de promulgation, soit lors de la préparation par ce dernier du texte sur lequel seront apposées la formule de promulgation et la signature de l'organe promulguant. Sur cette distinction, v. J. LAFERRIÈRE, « De l'authenticité du texte des lois publiés au "Journal officiel" », *op. cit.*, p. 135-137 ; M. FREJAVILLE, « La pratique des errata au *JO* et la taxe de compensation sur les locaux insuffisamment occupés », *JCP G* 1948 I 677, le paragraphe n° 6.

³⁷⁰ Y. GAUDEMET & B. PLESSIX « Promulgation et publication des lois », *op. cit.*, n° 108-110 ; M. FREJAVILLE, « La pratique des errata au *JO* et la taxe de compensation sur les locaux insuffisamment occupés », *op. cit.*, les paragraphes n° 10-12. V. aussi l'intéressant débat qui a eu lieu devant la Commission de réforme du Code civil à propos du problème de l'accès au texte promulgué lui-même : *Travaux de la commission de réforme du Code civil*, 1948-1949, séance du 3 février 1949, p. 197 s.

³⁷¹ En revanche, et comme on le verra par la suite, les tribunaux peuvent juxtaposer le texte inséré au *Journal officiel* au texte effectivement adopté par les chambres en consultant à cet effet les débats parlementaires qui sont, eux aussi, insérés au *Journal officiel* : *infra*, c).

Cela ne vaut pas dire que les tribunaux français refusent effectivement de vérifier la régularité formelle des lois qu'ils appliquent : cela veut simplement dire que cette question n'a rien à voir avec la promulgation. Cette conclusion est confirmée par les données fournies par la jurisprudence.

b) Authentification et contrôle juridictionnel de la régularité formelle des lois : aspects pratiques et données jurisprudentielles

Précisions terminologiques – Le contrôle juridictionnel de la régularité formelle des lois est présenté par la doctrine comme un contrôle qui porte sur la « constitutionnalité formelle » de celles-ci, appelée aussi constitutionalité « externe » ou « extrinsèque ». Toutefois, le terme le plus courant est celui d'« existence ». Dans ce contexte, le terme « existence » désigne la réalisation des deux faits : l'adoption et la promulgation d'un texte par les organes compétents. En termes plus pratiques, la question se pose ainsi : soit un texte qui a été inséré au *Journal officiel* sous le titre de « Loi » ; les tribunaux sont-ils compétents pour vérifier si ce texte a été effectivement adopté et promulgué par les organes compétents ?

Les données jurisprudentielles – D'après la majorité de la doctrine, les tribunaux français se sont effectivement reconnus compétents pour vérifier l'« existence » des lois qu'ils appliquent³⁷². Outre un arrêt rendu par en 1960, sur lequel on reviendra, la doctrine invoque en ce sens deux arrêts très anciens³⁷³ : un arrêt de 1833 de la Cour

³⁷² Il paraît que cette thèse était dominante dès le début du 19^e siècle. Ainsi, dans la troisième édition des *Principes généraux du droit administratif*, parue en 1925, G. Jèze affirmait que : « À l'heure actuelle, il est généralement admis que les tribunaux de tout ordre, – qu'ils aient ou non compétence pour rechercher si la loi est intrinsèquement constitutionnelle et conforme au Droit, – ont le pouvoir de constater la violation de la constitution écrite sur les conditions requises pour la confection de la loi ; ils ont compétence pour vérifier l'existence même de la loi », G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 1, *op. cit.*, p. 368.

³⁷³ En ce sens, et par ordre chronologique, v. : B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *RFDA* 2000, p. 715, spéc. § 2.1.a. ; Id., « Le Conseil d'État et l'application de la Constitution », in : G. Drago (dir.), *L'application de la Constitution par les Cours suprêmes*, Dalloz, 2007, p. 31-54, spéc. p. 50 ; J. BONNET, *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois*, thèse, préf. D. Rousseau, Dalloz, 2009, n° 755, p. 468 ; M. VERPEAUX, « Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs : actes », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2011 (actualisation : juin 2014), n° 80 ; J.-É. GICQUEL, « Constitution du 4 octobre 1958 », *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 10, 2012 (mise à jour : 5 janvier 2016), n° 105. D'autres études, surtout les plus anciennes, citent dans le même sens l'arrêt de la Cour de cassation sans faire allusion à celui du Conseil d'État : G. JÈZE, « Le contrôle juridictionnel des lois », *RDP* 1924, p. 399-430, spéc. p. 426 ; Id., *Les principes généraux du droit administratif*, t.1, *op. cit.*, p. 371 ; F. BATAILLER, *Le Conseil d'État juge constitutionnel*, thèse, préf. G. Vedel, LGDJ, 1966, p. 168-169 ; G. DRUESNE, « La jurisprudence constitutionnelle des tribunaux judiciaires sous la V^e

de cassation³⁷⁴ ; et un arrêt de 1853 du Conseil d'État³⁷⁵. Il importe pourtant de remarquer, sans entrer ici dans les détails³⁷⁶, que ces arrêts n'ont pas la portée que leur attribue la doctrine. Il s'avère en effet que les questions tranchées par ces arrêts ne sont pas relatives à l'« existence » des lois qui s'appliquaient au litige.

Par le premier arrêt, la Cour de cassation s'est bornée à affirmer qu'il n'appartient pas aux juges d'apprécier la constitutionnalité d'une loi qui a été « délibérée et promulguée dans les formes constitutionnelles prescrites »³⁷⁷. Dans le second arrêt, le Conseil d'État emploie une formule similaire pour motiver son refus d'examiner la constitutionnalité de la procédure d'adoption de la loi, c'est-à-dire le respect de la part des chambres de la majorité exigée par la constitution³⁷⁸. Il importe de remarquer que, dans les cas d'espèce, le terme « formes constitutionnelles » ne désigne pas l'ensemble des conditions prévues par la Constitution pour l'adoption d'une loi. Cela permet au Conseil d'État d'affirmer que la loi appliquée au litige avait été adoptée par les chambres « suivant les formes constitutionnelles » tout en refusant d'examiner si ces dernières ont respecté la majorité exigée par la constitution : le terme « formes constitutionnelles », au sens entendu **en l'espèce** par le juge, ne désigne que deux faits, à savoir le fait pour un texte donné, qui se présente sous le titre de « Loi », d'avoir été effectivement adopté et promulgué par les organes constitutionnels

République », *RDP* 1975, n°1, p. 169-240, spéc. p. 174 ; O. GOHIN, « Le Conseil d'État et le contrôle de la constitutionnalité de la loi », *RFDA* 2000, p. 1175, spéc. II.B et la note 70. Dans le même sens, v. aussi LATOURNERIE, conclusions sur CE 6 novembre 1936, *Coudert et Arrighi* (2 esp.), *S.* 1937 III p. 33, spéc. p. 35.

³⁷⁴ Cass. crim. 11 mai 1833, *Paulin*, *D.*1833 I p. 227, note signée A. D., *S.*1833 I p. 357, concl. VOYSIN DE GARTEMPE.

³⁷⁵ CE 2 décembre 1853, *Dame Massois*, *Rec.* p. 1012, *D.* 1854 V n° 568 (où l'arrêt est présenté, de façon erronée, comme étant rendu en 1854).

³⁷⁶ V. l'éclairante analyse de P. LAROQUE, « Les juges français et le contrôle de la loi », *RDP* 1926, p. 722-736, spéc. p. 725-727, où l'auteur repousse l'interprétation que la doctrine fait de l'arrêt de 1833 de la Cour de cassation (mais il ne fait pas mention de l'arrêt de 1853 du Conseil d'État). V. aussi J. LAFERRIÈRE, « De l'authenticité du texte des lois publiées au "Journal officiel" », *RDP* 1949, p. 113-152, spéc. p. 123-124, qui exprime des doutes quant à la portée que la doctrine attribue à l'arrêt de 1833 de la Cour de cassation.

³⁷⁷ Cass. crim. 11 mai 1833, *Paulin* : « Attendu que la loi [en l'espèce applicable], délibérée et promulguée dans les formes constitutionnelles prescrites par la Charte [de 1830], fait la règle des tribunaux, et ne peut être attaquée devant eux pour cause d'inconstitutionnalité ».

³⁷⁸ CE 2 décembre 1853, *Dame Massois* : d'après le moyen soulevé par la requérante, la loi en l'espèce applicable « n'a pas force obligatoire parce qu'elle n'a pas été votée par la majorité voulue par la Charte de 1814 » ; le Conseil d'État rejette ce moyen par un considérant laconique, se bornant à affirmer que « la loi [en question] a été votée par les chambres législatives, promulguée et publiée suivant les formes constitutionnelles ».

compétents. Or, la réalisation de ces deux faits n'était guère contestée dans les deux affaires. Dans le premier cas d'espèce, la question litigieuse portait sur la constitutionnalité du contenu de la loi que les organes compétents avaient adopté et promulgué³⁷⁹. Dans le second cas d'espèce, la question litigieuse portait sur la constitutionnalité de la procédure qui avait été suivie par les organes compétents pour l'adoption de la loi. Il s'avère donc que, dans les cas d'espèce, le juge ne cherche pas à vérifier si la loi qu'il applique a été effectivement adoptée et promulguée par les organes compétents parce que, tout simplement, la réalisation de ces faits n'était guère contestée³⁸⁰. À plus forte raison, les deux arrêts ne disent rien sur la compétence du juge pour vérifier la réalisation de ces faits dans le cas d'une éventuelle contestation³⁸¹.

À notre connaissance, il n'y a pas eu jusqu'à ce jour d'arrêt qui se prononce explicitement sur cette question³⁸². On ne peut pas alors affirmer que les tribunaux

³⁷⁹ *Comp.* J.-L. MESTRE, « Les contrôles judiciaires *a posteriori* de constitutionnalité à partir de la Révolution », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 28, 2010, qui adopte une position plus nuancée par rapport à la majorité de la doctrine : l'auteur souligne que l'enjeu de l'affaire *Paulin* était de savoir si les tribunaux sont ou non compétents pour apprécier la constitutionnalité du contenu de la loi ; il ajoute néanmoins que « [t]out au plus, il était permis de déduire de cet arrêt que les juges pouvaient examiner la régularité formelle de la loi, apprécier sa constitutionnalité extrinsèque ».

³⁸⁰ *Comp.* la position plus nuancée de J. LAFERRIÈRE, « De l'authenticité du texte des lois publiées au "Journal officiel" », article précité, p. 123-124 : l'auteur reconnaît que l'arrêt de 1833 de la Cour de cassation ne se prononce pas explicitement sur la question de l'« existence » de la loi appliquée au litige ; il voit néanmoins dans cet arrêt « une indication qui permet de penser qu'ils [les tribunaux] ne se refuseraient pas à admettre qu'il leur appartient le cas échéant de vérifier l'existence de la loi », et ce parce que, par cet arrêt, « [l]a Cour de cassation semble bien avoir admis implicitement cette thèse ».

³⁸¹ Dans ses conclusions sur la décision susmentionnée de la Cour de cassation, l'avocat général affirmait que : « La loi ne pouvant avoir le caractère de loi qu'autant qu'elle est votée par les trois pouvoirs [adoption par la Chambre des pairs et la Chambre des députés, et sanction par le roi], conformément à la Charte [de 1830], il est certain que si l'on vous apportait un acte décoré du titre de loi, et qui n'eût pas été votée constitutionnellement, il n'y aurait véritablement pas de loi. Ce titre n'appartient qu'à l'acte émané des trois branches du pouvoir législatif. En ce sens, il n'y a que des lois constitutionnelles ». On serait tentés de voir dans cette affirmation une reconnaissance de la compétence de la Cour de Cassation pour vérifier l'« existence » des lois qu'elle applique. Or, l'avocat général précise, juste après l'affirmation susmentionnée, que la question qui se pose en l'espèce n'est pas celle de l'adoption et de la sanction de la loi par les organes compétents, mais celle de la constitutionnalité du contenu de la loi ainsi adoptée et sanctionnée. L'avocat général se borne alors à préciser les deux aspects que peut avoir le contrôle de constitutionnalité pour souligner que c'est la constitutionnalité du contenu de loi, et non sa constitutionnalité dite « formelle » (ou « extrinsèque », etc.) qui est en l'espèce contestée.

³⁸² En ce sens : J.-M. AUBY & R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, t.1, 3^e éd., LGDJ, 1984, p. 141 : « Cette conception selon laquelle le juge pourrait connaître de la constitutionnalité extrinsèque et formelle des lois ne peut se réclamer d'aucune décision jurisprudentielle » ; R. DRAGO, note sous Cass. civ. 31 janvier 1956, *AJDA* 1956 II, p. 196, spéc. p. 199 ; *Travaux de la commission de réforme du Code civil*, t.4, 1948-1949, ouvrage précité, p. 176, où Marc Ancel, alors président de chambre à la cour d'appel de Paris, affirmait que : « jusqu'à présent [...] les tribunaux ne se sont jamais reconnus le droit de discuter les vices de forme ou d'incompétences substantiels et manifestes d'une loi » ; J. LAFERRIÈRE, « De l'authenticité du texte des lois publiées au "Journal officiel" »,

français se reconnaissaient compétents pour vérifier l'« existence » des lois qu'ils appliquent, au sens entendu par la doctrine. Or, on ne peut pas affirmer le contraire non plus : il faut se contenter d'affirmer que la question n'a pas été pas tranchée³⁸³.

La Commission de réforme du Code civil – Toutefois, on a pu affirmer à propos de la thèse susmentionnée – l'idée que les tribunaux sont effectivement compétents pour vérifier l'« existence » des lois qu'ils appliquent – qu'elle est « difficilement soutenable » non seulement parce qu'il n'y a aucun arrêt qui la confirme, mais aussi parce qu'elle est a été explicitement repoussée par la Commission de réforme du Code civil³⁸⁴. En effet, lors d'une séance tenue en janvier 1949, la commission a rejeté un projet d'article, destiné à s'intégrer au titre préliminaire du Code civil, qui était ainsi rédigé : « Sont dépourvues d'effet les dispositions d'une loi dont l'élaboration, la promulgation ou la publication est entachée d'un vice de forme ou d'incompétence substantiel et manifeste »³⁸⁵.

Afin de rejeter cette proposition, les membres de la commission admettent explicitement qu'il vaut mieux appliquer comme loi un texte qui n'a pas été adopté par les organes compétents que d'accorder aux tribunaux la compétence de vérifier ce « vice de forme ou d'incompétence substantiel et manifeste ». L'un des arguments

article précité, p. 123 : « Je ne crois pas qu'ils [les tribunaux] aient été appelés à prendre directement et expressément parti sur ce point ».

³⁸³ *Comp.* la jurisprudence relative aux traités : en s'appuyant explicitement sur les dispositions constitutionnelles pertinentes, le juge vérifie effectivement si un traité a fait l'objet d'une ratification et refuse de l'appliquer en cas de réponse négative. En ce sens : CE 11 avril 1962 *Sté Savana et Sté des établissements textiles de Modeliarpeth*, Rec. 261 : les dispositions du traité litigieux « n'auraient pu prévaloir sur une loi interne française, en vertu de l'article 26 de la Constitution du 27 octobre 1946, que si ledit accord avait été régulièrement ratifié et publié ; or, cet accord [litigieux] n'a jamais été ratifié et au surplus sa seule publication au *Journal officiel de l'Inde français* ne peut satisfaire aux prescriptions de l'article 26 susmentionné ». Plus analytiquement sur le contrôle de l'« existence » des traités en droit interne, v. : O. DESAULNAY, *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, thèse, préf. P. Bon, Dalloz, 2009, n° 681 s., p. 282 s. ; M. GAUTIER & F. MELLERAY, « Applicabilité des normes internationales », *JurisClasseur administratif*, Fasc. 20, 2013, n° 16 s.

³⁸⁴ En ce sens : J.-M. AUBY & R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, op. cit., p. 141 ; R. DRAGO, note sous Cass. civ. 31 janvier 1956, *AJDA* 1956 II, p. 196, spéc. p. 199.

³⁸⁵ *Travaux de la commission de réforme du Code civil*, t.4, 1948-1949, Sirey, p. 151. La discussion autour de cette proposition d'article était axée sur deux questions : la première, qui ne nous intéresse pas ici, concerne le contrôle par le juge de la conventionalité des lois (idée qui est rejetée) ; la seconde question concerne, précisément, le contrôle par les tribunaux des « vices de forme ou d'incompétence ». Cette question est ainsi formulée : « Il ne saurait être évidemment question, pour le juge, de porter la moindre appréciation sur le fond d'une disposition législative, mais pourra-t-il refuser d'appliquer une loi qui n'a pas la forme véritable d'une loi ? », *Ibid.* p. 131.

avancés en ce sens s'appuie sur la conception de la promulgation en tant qu'acte d'authentification : comment peut-on admettre que les tribunaux puissent contester une attestation relative à l'« existence » de la loi faite par le « plus éminent officier public de la République » ?³⁸⁶ Cet argument a été avancé par un conseiller d'État et futur président du Conseil d'État. Qui plus est, la commission comportait, outre deux juristes universitaires, encore deux conseillers d'État, ainsi qu'un magistrat, un notaire et un avocat, voire des représentants de tous les principaux secteurs de la pratique juridique³⁸⁷. On serait alors tentés de penser que la décision de la Commission reflète la façon dont la promulgation était comprise à l'époque par les acteurs juridiques : conformément à l'analyse de Carré de Malberg, la promulgation serait comprise comme un acte d'authentification qui rend péremptoire tout contrôle ultérieur de la régularité formelle, voire de l'« existence » des lois. Cette conclusion ne saurait pourtant être admise, et ce pour deux raisons.

En premier lieu, le conseiller d'État qui a avancé l'argument susmentionné admet explicitement que le refus du contrôle de l'« existence » des lois par les tribunaux constitue une « doctrine [qui] n'est peut-être pas pleinement satisfaisante du point de vue de la logique pure, mais elle correspond aux données sociales de notre époque »³⁸⁸. Il n'est pas clair quelles sont ces « données sociales »³⁸⁹, si ce n'est probablement l'hostilité envers toute forme de contrôle de constitutionnalité qui caractérisait alors la pensée de certains juristes de l'époque, dont la majorité des membres de la commission³⁹⁰. Qui plus est, ce même conseiller d'État n'était pas

³⁸⁶ *Ibid.* p. 196, où le conseiller Latournerie affirme : « Nous attachons la force probante, en vertu des règles du droit français, aux certifications des agents les plus modestes [...] Et, on dénierait la force probante à l'acte du plus éminent officier public de la République ? ».

³⁸⁷ La commission comportait douze membres en total, dont huit ont participé à la séance où fut rejetée la proposition concernant le contrôle de l'« existence » des lois. Son président, présent à cette discussion, était Léon Julliot de la Morandière, alors conseiller d'État en service extraordinaire. Les autres membres ayant participé à la séance en question étaient : les conseillers d'État Latournerie et Delépine ; les professeurs Henry Mazeaud et Henry Niboyet ; Marc Ancel, président de chambre à la cour d'appel de Paris, bientôt conseiller à la Cour de cassation ; Jouselin, ancien président du Conseil Supérieur du Notariat ; de Lapanouse, avocat honoraire au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Nous nous appuyons ici sur les informations fournies par : J.-F. NIORT, *Homo civilis : contribution à l'histoire du Code civil français*, thèse, préf. J.-L. Halpérin, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, t. 2, 2004, p. 700-702.

³⁸⁸ *Travaux de la commission de réforme du Code civil, op. cit.*, p. 201.

³⁸⁹ Il n'est pas clair non plus pourquoi le contrôle de constitutionnalité des lois est admis « à l'étranger, dans d'autres climats sociaux et politiques, [où] la conception de la justice et des pouvoirs de la judicature sont différentes », *ibid.*, p. 181.

³⁹⁰ Les arguments les plus élaborés en faveur de la thèse contraire ont été formulés par le Professeur Henry Niboyet.

initialement hostile au contrôle de l' « existence » des lois³⁹¹ : il a changé sa position, invoquant l'argument susmentionné relatif à la promulgation, après la présentation d'un argument similaire par le président de la commission (qui était également membre du Conseil d'État)³⁹². Il importe aussi de remarquer que c'est toujours le même conseiller d'État qui, dans ses conclusions sur les célèbres arrêts *Coudert* et *Arrighi*, distinguait la constitutionnalité matérielle de la constitutionnalité dite « formelle », et affirmait, sans formuler des réserves sur ce point, que la Cour de cassation refuse d'apprécier la première mais « admet toutefois le contrôle de l'existence », citant en ce sens l'arrêt susmentionné de 1833³⁹³.

Il est alors permis de penser que l'argument susmentionné tiré de la promulgation ne représente qu'un effort de justifier en termes juridiques une prise de position idéologique qui n'a aucun rapport avec la promulgation elle-même : il faut éviter toute forme de contrôle de la constitutionnalité des lois, y compris de leur « existence »³⁹⁴, parce que, tout simplement, et comme l'avoue le conseiller d'État en question, il faut éviter le risque de voir les juges « [s']aventurer dans des investigations d'une extrême imprudence »³⁹⁵.

³⁹¹ *Travaux de la commission de réforme du Code civil, op. cit.*, p. 181 : « Il ne saurait y avoir, dans ma pensée, de contrôle de constitutionnalité aujourd'hui moins que jamais. On peut, néanmoins, se demander si le juge qui est tenu de vérifier l'existence de la loi, n'est pas par là-même tenu de vérifier si le texte qui lui est soumis a été élaboré dans des conditions de nature à lui conférer le caractère législatif. On peut être tenté sur ce point d'admettre un certain contrôle, car le juge ne peut exécuter que ce qui constitue une véritable loi [...]. Mes préférences tendraient à ce que, si la Commission entend admettre un certain contrôle du vice de forme, elle ne l'admette que dans des proportions très modestes [...] ». Le conseiller Latournerie s'était déjà exprimé en ce sens dans la séance du 29 avril 1948, lorsque l'article en question fut présenté pour la première fois : « [J'] estime, tout au plus possible d'autoriser le juge à refuser l'application d'une loi en cas de violation des formalités substantielles nécessaires à son élaboration », *Ibid.*, p. 131.

³⁹² *Ibid.*, p. 195 : Professeur Niboyet : « Si, demain, le Président de la République promulgue une loi qui n'aurait jamais existé que dans son imagination le juge devrait-il l'appliquer ? » ; Léon Julliot de la Morandière (Conseiller d'État et président de la Commission de réforme) : « Oui, tant que le Parlement ne l'aurait pas abrogée. Lorsque le Président de la République, officier public type, affirme, dans l'exercice de ces fonctions les plus majestueuses que peut avoir un officier public, que toutes les formalités nécessaires à la loi ont été remplies, il doit être cru au même titre qu'un notaire dans l'exercice de ses fonctions ».

³⁹³ CE 6 novembre 1936, *Coudert et Arrighi* (2 esp.), S. 1937 III p. 33, concl. Latournerie, spéc. p. 35, col.2, § II.2. Dans sa note sous ces deux arrêts, Ch. Eisenmann remarquait qu'une partie de la doctrine prétend que le contrôle de l' « existence » ne constitue pas un contrôle de constitutionnalité, précisant qu'il s'agit d'une thèse « à laquelle M. Latournerie paraît incidemment se rallier » : *D.* 1938 III p. 1, spéc. p. 2, col.1.

³⁹⁴ Le « risque » de voir le contrôle de l' « existence » se transformer en contrôle indirect du contenu des lois était par ailleurs souligné dès le début de la discussion sur le projet d'article en cause : *Travaux de la commission de réforme du Code civil, op. cit.*, p.176 et 181.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 201, où, après avoir reconnu qu'il peut y avoir des cas où le texte promulgué ne correspond pas au texte effectivement adopté par les chambres, le conseiller Latournerie affirme :

Ceci étant, et en deuxième lieu, il y a d'autres acteurs juridiques – et, plus précisément, d'autres conseillers d'État – qui, s'exprimant plusieurs années après la fin des travaux de la Commission de réforme du Code civil, ont pu affirmer que les tribunaux français sont effectivement compétents pour vérifier l'« existence » des lois qu'ils appliquent. Outre deux articles relativement récents de Bruno Genevois³⁹⁶, il importe de présenter les conclusions du commissaire Braibant sur l'arrêt *F.N.O.S.S.*, rendu en 1960 : après avoir rappelé que « la plupart des vices touchant à la régularité externe de l'acte ne sauraient être invoqués utilement [devant le juge administratif] », le commissaire du gouvernement affirme que « cette solution ne saurait être étendue au cas d'incompétence radicale : si l'acte prétendument législatif n'a pas été délibéré et signé par l'autorité compétente, il doit être, même d'office, disqualifié par le juge : il ne peut être considéré, en effet, comme émanant de l'autorité investie du pouvoir de faire des lois »³⁹⁷.

Certes, et contrairement à ce qu'affirme la doctrine³⁹⁸, la question litigieuse tranchée par l'arrêt *F.N.O.S.S.* ne relève pas de l'« existence » des lois au sens ici entendu : il

« Je considère que soumettre ces cas au contrôle du juge serait l'aventurer dans des investigations d'une extrême imprudence ». Finalement, la rédaction adoptée par la *Commission de réforme* fut la suivante : « Les dispositions d'une loi dont le texte publié n'est pas conforme au texte promulgué, sont dépourvues d'effet » (*Ibid.*, p. 206). Cette solution, qui présuppose l'accès des tribunaux à la « minute » de la promulgation, voire au document sur lequel le président de la République a effectivement apposé sa signature (*Ibid.* p. 201-204), excluait toute possibilité pour le juge de remonter jusqu'au texte adopté par les chambres. Ainsi, dans son rapport soumis au Garde des sceaux, le président de la Commission affirmait : « Le contrôle de la régularité de la loi n'est donnée au juge [par l'article en question] que dans le cas où le texte publié n'est pas conforme au texte promulgué. Cette disposition ne permet donc pas au juge de vérifier si le texte promulgué est conforme au texte voté par le Parlement », COMMISSION DE RÉFORME DU CODE CIVIL, *Avant-projet de code civil présenté à M. le Garde des sceaux, ministre de la justice, par la Commission de réforme du code civil*, t. 1, Sirey, rapport préliminaire du 20 décembre 1953, p. 52.

³⁹⁶ L'auteur n'invoque pourtant que les deux arrêts précités (Cass. crim. 11 mai 1833, *Paulin* ; CE 2 décembre 1853, *Veuve Massois*) : B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *RFDA*, 2000, *op. cit.*, le paragraphe 2.1.a ; Id., « Le Conseil d'État et l'application de la Constitution », *op. cit.*, p. 50-51.

³⁹⁷ G. BRAIBANT, conclusions sur CE 1^{er} juillet 1960, *F.N.O.S.S.*, D.1960, p. 690, spéc. p. 691. Plus analytiquement sur cet arrêt : *Supra*, Chapitre 1^{er}, Section 1, §2, B), 1), b).

³⁹⁸ J.-É. GICQUEL, « Constitution du 4 octobre 1958 », *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 10, 2012 (mise à jour : 5 janvier 2016), n° 105 (contrôle de « l'existence matérielle de la loi ») ; P. STILLMUNKES, « La classification des actes ayant force de loi en droit public français », *RDJ* 1964 n°2, p. 261-292, spéc. p. 287-288 (« simple contrôle de l'existence »). V. aussi O. DESAULNAY, *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, *op. cit.*, n° 676 s., p. 280-281 : citant d'autres arrêts relatifs aux ordonnances de l'art. 92 de la Constitution, l'auteur affirme que le juge opère un « contrôle de l'existence de la règle ». Pour une analyse plus nuancée, v. O. GOHIN, « Le Conseil d'État et le contrôle de la constitutionnalité de la loi », *op. cit.*, section II.B, où l'auteur précise que, dans le cadre de l'affaire *F.N.O.S.S.*, le contrôle de l'« existence » portait sur « la compétence de l'autorité signataire des ordonnances de l'art. 92 [...] ».

s'agissait de savoir si les ordonnances de valeur législative prises par le gouvernement sur le fondement de l'article 92 de la constitution de 1958 devaient ou non être promulguées. En l'espèce, le défaut de promulgation ne faisait aucune doute puisque les ordonnances ne portaient ni la signature du président de la République, ni la formule de promulgation qui s'apposait sur les lois. Or, pour savoir si ce défaut affectait l'« existence » des ordonnances il fallait savoir au préalable si celles-ci devaient ou non faire l'objet d'une promulgation. La question qui se posait alors en l'espèce – et à laquelle le Conseil d'État a répondu par la négative – n'était pas celle de l'« existence » mais celle, préalable, de la qualification des ordonnances en cause : il s'agissait de savoir si ce type d'acte juridique constitue une « loi » au sens de l'article 10 de la Constitution qui dispose que le président de la république promulgue « les lois »³⁹⁹.

Ceci étant, il n'en reste pas moins que la façon catégorique dont le commissaire du gouvernement confirme la compétence des tribunaux pour vérifier l'« existence » des lois, juxtaposée à la façon tout aussi catégorique dont les membres de la Commission de réforme du Code civil avaient condamné ce même contrôle, confirme l'absence de consensus en la matière même parmi les acteurs juridiques eux-mêmes.

Quoiqu'il en soit, l'idée que la promulgation joue le rôle d'une « attestation » qui ne peut plus être contestée est démentie par deux autres données : le contrôle de la teneur des lois par le juge et la pratique des *errata*.

c) Les errata et le contrôle par le juge de la teneur des lois

Concernant la vérification de la teneur de la loi, trois précisions sont nécessaires. En premier lieu, l'arrêt *Desreumeaux*, que nous avons étudié plus haut, déclare irrecevable le recours exercé contre un acte de promulgation sans faire aucune

³⁹⁹ Il est alors inexact d'affirmer que le Conseil d'État a admis, par son arrêt *F.N.O.S.S.*, la possibilité d'exercer un contrôle de « l'existence juridique » des lois, et que la preuve en est fournie par le fait que « la requête dirigée contre une ordonnance n'est pas purement et simplement rejetée comme irrecevable par le seul motif qu'on se trouve devant un texte présentant tous les signes extérieurs d'un acte législatif », COMBARNOUS & GALABERTM, *Chronique, AJDA* 1960 I p. 153. En effet, si la requête n'est pas rejetée comme irrecevable, c'est précisément parce que l'ordonnance, en tant que texte non promulgué, ne présentait pas « tous les signes extérieurs d'un acte législatif ».

allusion à la fonction d'authentification⁴⁰⁰. Or, le grief du requérant s'appuyait, précisément, sur la différence avérée entre la teneur du texte que l'administration lui avait appliqué et la teneur du texte que le parlement avait effectivement adopté⁴⁰¹. Il était alors loisible au Conseil d'État, s'il concevait la promulgation comme un acte d'authentification, d'invoquer cette fonction afin de motiver sa décision.

En deuxième lieu, et surtout, le refus du juge de contrôler l'acte de promulgation ne l'empêche pas de vérifier la teneur du texte publié au *Journal officiel*, à condition que ce dernier ait fait l'objet d'un *erratum*⁴⁰² : sans entrer ici dans les détails⁴⁰³, il suffit de remarquer que, face à un *erratum*, le juge se reconnaît compétent pour vérifier la correspondance entre le texte publié au *Journal officiel* et le texte effectivement

⁴⁰⁰ Plus analytiquement sur cet arrêt : *Supra*, Chapitre 1^{er}, Section 1, §2, B), 1), b).

⁴⁰¹ *Contra* E. SAUVIGNON, « La promulgation des lois : réflexions sur la jurisprudence *Desreumeaux* », *op. cit.*, p.1007 : « La jurisprudence *Desreumeaux*, en faisant de la promulgation un acte inattaquable, s'accorde avec le courant doctrinal qui n'admet pas que puisse être contestée l'attestation du Président de la République ». Dans le même sens : J.-M. AUBY & R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 57, p. 83 ; C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *La loi*, *op. cit.*, p. 161 Or, il reste toujours à savoir pourquoi le juge n'a pas retenu cette motivation : il aurait pu préciser que la promulgation est un acte « relatif aux rapports du pouvoir exécutif avec le Parlement » en vertu, précisément, de sa qualité d'acte d'authentification. Si alors le juge ne retient pas cette motivation, c'est qu'il n'est pas prêt à assumer les conséquences d'une telle définition de la promulgation : il paraît, comme nous l'avons remarqué, que le juge n'a pas voulu affirmer que la promulgation couvre toute irrégularité formelle de la loi.

⁴⁰² Il peut y avoir des dispositions qui n'ont pas fait l'objet d'un *erratum*, mais dont la rédaction semble être le produit d'une erreur, soit parce qu'elles sont rédigées dans des termes inintelligibles, soit parce que leur application à la lettre conduirait à des solutions absurdes ou manifestement contraires à la finalité ou l'économie générale de la loi. Dans ces cas, et à notre connaissance, le juge ne peut pas vérifier la teneur du texte, c'est-à-dire qu'il ne peut pas vérifier si le texte publié correspond effectivement au texte adopté ; il doit établir lui-même la cohérence sémantique de la disposition concernée.

⁴⁰³ Les études les plus détaillées en la matière ont été effectuées sous la Troisième et la Quatrième République : H. CANNAC, *La procédure législative*, étude précitée, p. 100-110 ; H. GLEIZES, *La rectification des textes publiés au Journal officiel*, thèse précitée ; M. FREJAVILLE, « La pratique des errata au *Journal Officiel* et la taxe de compensation sur les locaux insuffisamment occupés », article précité ; J. LAFERRIÈRE, « De l'authenticité du texte des lois publiées au "Journal Officiel" », article précité. Sur le même sujet : G. JÈZE, « De la rectification des lois par voir d'errata », *RDP*, 1918, p. 394-400 ; REVEL, *La publication des lois, des décrets et autres actes de l'autorité publique* p. 175-181 ; P. VOIRIN, note sous Cass. civ. 18 décembre 1933, *Administration des douanes c. Sté. Lutetia-Transit et autres*, D. 1934 I p. 17.

Il semble que les erreurs produites lors de la promulgation et la publication, qui rendent les *errata* nécessaires, sont désormais rares. Parmi la littérature contemporaine, v. : L. BACH, « Lois et décrets », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2004 (mise à jour : mars 2014), n° 222-225 ; Y. GAUDEMET & B. PLESSIX, « Promulgation et publication des lois », étude précitée, n° 106-111 ; G. GUGLIELMI, « Distinguer la promulgation de la publication », article précité, p. 73-74 ; J. GUISELIN, *Le secrétariat général du gouvernement*, thèse précitée, n° 351 s. p. 270-271 ; PH. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, 16^e éd., LexisNexis, 2016, n° 114, p. 108-109 ; J. GHESTIN et al., *Traité de droit civil – Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994, n° 343, p. 310-312 ; H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, 2003, n° 570-571, p. 203-204 ; F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 10^e éd., Dalloz, 2015, n° 488, p. 405. V. aussi E. SAUVIGNON, « La promulgation des lois : réflexions sur la jurisprudence *Desreumeaux* », précité, p.1006 et s. qui, outre une analyse de la jurisprudence en la matière, propose quelques pistes de réflexion concernant les voies que les citoyens pourraient emprunter pour se prévaloir des irrégularités formelles du texte qui leur est appliqué.

adopté par le Parlement⁴⁰⁴. Ceci étant, et en troisième lieu, il s'avère que l'authentification d'une loi résulte de la comparaison entre le texte publié et le texte adopté : le juge juxtapose directement ces deux instruments de référence sans s'arrêter au texte « authentifié » par l'organe promulguant⁴⁰⁵. De même, la pratique des *errata* montre, quant à elle, que le pouvoir exécutif, qui établit et publie les

⁴⁰⁴ Pour une formulation explicite de cette idée, v. Cour d'Appel de Toulouse, 22 septembre 1959 : « Attendu qu'aux termes de l'art. 34 de la Constitution du 4 oct. 1958, la loi est votée par le Parlement ; que, dès lors, la loi promulguée doit être conforme à la loi votée, que le pouvoir judiciaire, chargé de l'application de la loi, a dans ses attributions d'apprécier si le texte promulgué est ou non le texte voté et, par suite, si le texte rectifié doit ou non prévaloir sur le texte primitivement inséré au Journal officiel », *D.* 1959, p. 532, note BREAU. Solution confirmée par Cass. civ. (sect. com.) 5 avril 1960, *Gaz. Pal.* 1960 II p. 77 : « Il résulte du compte rendu des débats parlementaires que l'Assemblée nationale, dans sa séance du [...] ». La Cour de cassation estimait déjà à la fin du 19^e siècle que la validité d'un *erratum* doit être appréciée par rapport à « la dernière délibération prise sur la loi par les chambres des députés » Cass. crim. 13 juin 1891, *D.* 1892 I p. 77, rapport SALLANTIN, spéc. p. 80.

Pour la jurisprudence administrative v. : CE 9 mars 1936, *Min. des Finances c. Sté X...*, *Rec.* p. 299, *S.* 1936 III p.77 : « Considérant qu'il résulte de l'examen des textes concordants adoptés par la Chambre des députés et par le Sénat [...] » ; CE 21 décembre 1945, *Min. fin. c. X...*, *Gaz. Pal.* 1946, I, p. 30, concl. GUIONIN, spéc. p. 31, où le commissaire du gouvernement affirme que : « La valeur de l'erratum, du rectificatif ressort du rapprochement de ce texte avec l'acte original, travail de pur fait qui ne soulève aucun difficulté [...] en temps normal : la rédaction authentique de la loi résulte des délibérations du Parlement [...] ». En l'espèce, le texte rectifié était un acte de valeur législative adopté par le gouvernement de Vichy. Faute alors de débats parlementaires, et selon le commissaire du gouvernement : « C'est à la minute, et à elle seule, qu'il convient de se référer [et] votre rapporteur et moi-même, en avons eu communication ».

⁴⁰⁵ V. l'arrêt du Cour d'Appel de Toulouse du 22 septembre 1959, cité à la note précédente, et aussi Cour d'appel de Besançon, 27 novembre 1959, *Gaz. Pal.* 1959 I, p. 44, spéc. p. 45 : confrontée à un *erratum*, et après avoir remarqué que les arrêts de principe rendus par la Cour de Cassation et le Conseil d'État « ne précisent pas les documents auxquels il y a lieu de se reporter pour connaître le "texte exact" de la loi », la Cour d'appel se réfère explicitement aux débats parlementaire et, notamment, à l'allocution par laquelle le président de l'Assemblée annonçait l'adoption définitive du texte en question : « J'ai reçu de M. le Président du Conseil de la République une lettre m'indiquant que [...] le Conseil de la République a adopté sans modification la promulgation de lois adoptée par l'Assemblée Nationale dans sa 3^e lecture dans sa séance du [...]. Le texte étant devenu définitif sera transmis au Gouvernement aux fins de promulgation ». Pour la jurisprudence administrative en particulier v. G. GUGLIELMI, « Distinguer la promulgation de la publication », *op. cit.*, p. 74 : « Le Conseil d'État [...] ne va pas chercher le décret de promulgation, mais bel et bien les vélin en possession du secrétariat général du Gouvernement, ce qui atténue de beaucoup l'affirmation selon laquelle la promulgation authentifierait la loi ».

Cette pratique montre par ailleurs que le juge administratif vérifie la teneur des lois de la même façon qu'il le fait pour les actes réglementaires, à savoir pour des actes dont la teneur n'est pas « authentifiée » par un organe distinct de leur auteur. V. en ce sens : CE 17 juin 1949, *Syndicat national du personnel technique des services agricoles*, *Rec.* 291 : le juge procède à « l'examen de l'ampliation certifiée conforme à l'original [du décret] » ; CE 30 juillet 1949, *Danzig*, *Rec.* 397 : le juge consulte « l'exemplaire original du décret » d'après « les pièces produites par le ministre » ; CE 9 juillet 1952, *Lipsky*, *Rec.* p. 366 : « il résulte de l'instruction et notamment de l'examen de la minute même du décret attaquée, vérifiée au siège de la présidence du Conseil des ministres par un membre du Conseil d'État [...] ». Il n'en reste pas moins que le contrôle de la teneur des actes réglementaires présente une différence majeure par rapport au contrôle de la teneur des lois : même en l'absence d'un *erratum*, et lorsqu'il s'avère qu'un texte réglementaire comporte une simple erreur de rédaction qui déforme ou rend inintelligible sa teneur, le Conseil d'État peut restituer lui-même la cohérence sémantique du texte, sans procéder à son annulation ; dans ce cas, il peut demander à l'administration, en s'exprimant dans des termes qui rappellent l'injonction, d'assurer la publication de la version ainsi corrigée du texte. V. en ce sens : CE 25 mars 2002, *Caisse d'assurances-accidents agricole du Bas-Rhin*, n° 224055 *Rec.* p. 110 ; CE 4 décembre 2013, n° 357839, *Association France nature environnement*, *Rec.* T. p. 401, *AJDA* 2014, p. 1722, note F. BLANCO, « Du juge censeur au juge correcteur ».

errata au *Journal officiel*, ainsi que le juge, qui vérifie la correspondance entre l'*erratum* et le texte effectivement adopté, s'intéressent uniquement à la correspondance entre le texte publié et le texte effectivement adopté, et ne voient guère dans la promulgation une modalité qui pourrait couvrir le défaut de correspondance entre ces deux instruments de référence⁴⁰⁶. Il s'avère par ailleurs que la pratique des *errata*, qui n'a pas d'appui textuel en France, peut être explicitement consacrée par un système juridique qui consacre la promulgation, comme c'est le cas en Italie⁴⁰⁷. Cet exemple montre qu'il n'y a aucun lien nécessaire entre la consécration de la promulgation et l'authentification des lois au sens entendu par Carré de Malberg.

3) *Le concept d'authentification*

Il pourrait être objecté que, malgré ce qui vient d'être dit, la conception de la promulgation en tant qu'acte d'authentification reste pertinent si l'on prend en compte la double qualité de l'organe promulgant : celui-ci est à la fois chef de l'exécutif et chef de l'État. D'après cette approche, la promulgation, en tant qu'acte

⁴⁰⁶ Y. GAUDEMET & B. PLESSIX, « Promulgation et publication des lois », *op. cit.*, n° 88 : « le Conseil d'État d'une part se refuse à connaître d'un contentieux de la promulgation [les auteurs se réfèrent à l'arrêt *Desreumeaux*] mais, d'autre part, refuse une force probante particulière au texte de la loi promulguée » ; G. JÈZE, « De la rectification des lois par voie d'errata », *RDP* 1918, p. 395 : « Cette pratique des errata, si fréquente aujourd'hui, ruine complètement la thèse – insoutenable, d'ailleurs, – que l'attestation du chef de l'Exécutif s'impose aux autorités publiques. Le *Journal officiel* contient trop de preuves de négligences commises dans la promulgation pour que les juges et les autorités publiques soient dispensés de procéder à un nouvel examen très attentif » ; Id., « Le contrôle juridictionnel des lois », *RDP* 1924, p. 399-430, spéc. p. 425 : « Tout ceci prouve que la promulgation faite par le président de la République ne donne pas la certitude que les formes constitutionnelles ont été observées pour la confection de la loi. Nonobstant l'affirmation solennelle faite par le président [...] les tribunaux ont le devoir de vérifier la constitutionnalité extrinsèque des lois avant de les appliquer. La promulgation ne couvre pas les irrégularités de forme constitutionnelle ».

⁴⁰⁷ Le droit italien prévoit à la fois, et de façon expresse, la promulgation des lois et la possibilité de vérifier l'exactitude de la loi publiée par rapport à la loi effectivement votée. V. en ce sens l'art. 8 du décret présidentiel TU 1092/1985 : « 1. Jusqu'à ce que l'inexactitude soit prouvée par la production d'un acte authentique établi par le Garde des sceaux ou les Archives centrales de l'État, la publication des actes législatifs au *Journal officiel* de la République italienne est présumée conforme à l'original et constitue le texte légal de ces actes 2. Les erreurs et omissions sont corrigées dans les cas et selon les modalités prévus par le règlement d'application du présent texte » (« 1. Fino a quando non se ne provi l'inesattezza, mediante esibizione di atto autentico rilasciato dal Ministro Guardasigilli o dall'Archivio centrale dello Stato, la pubblicazione degli atti normativi nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica Italiana si presume conforme all'originale e costituisce testo legale degli atti medesimi. 2. Gli errori e le omissioni vengono rettificati nei casi e secondo la modalità previsti dal regolamento di esecuzione del presente testo unico », notre traduction). Sur ces dispositions, et sur leur lien avec la conception de la promulgation en tant qu'acte d'authentification, v. P. BONETTI, « Articolo 73 », in : R. Bifulco et al. (dir.), *Commentario alla Costituzione*, vol. 2, 2006, Torino, UTET giuridica, p. 1402-1433, spéc. p. 1410. V. aussi les brèves remarques de R. GUASTINI, *Produzione e applicazione del diritto*, Torino, G. Giappichelli, 1987, p. 54-55 ; Id., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 135.

accompli par le chef de l'État, accorde une solennité à l'attestation de l' « existence » de la loi.

Cette approche se heurte à un obstacle que nous avons déjà évoqué : le droit positif peut confier la promulgation au président de l'Assemblée. Ce qui nous intéresse pourtant ici, c'est un contre-argument conceptuel. Il pourrait être objecté que la promulgation par le président de l'Assemblée reste un cas exceptionnel qui, en tant que tel, présuppose une règle qui détermine les cas normaux, et donc notre concept de promulgation : cette règle nous permettrait de qualifier d'exceptionnels les actes de promulgation accomplis par le président de l'Assemblée sans pour autant nier leur qualité d'actes de promulgation. Une telle règle pourrait être déduite du caractère solennel de la promulgation : la solennité de la promulgation, en tant qu'attestation de l' « existence » ou de l' « authenticité » des lois, est en principe assurée grâce à son accomplissement par le chef de l'exécutif, qui est aussi le chef de l'État.

L'authentification comme acte de langage – Toute analyse qui veut défendre cette thèse doit remplir deux conditions. Elle doit d'abord concevoir la promulgation comme un acte de langage : il s'agirait d'établir une distinction entre, d'une part, le contrôle lui-même de la régularité formelle des lois et, d'autre part, l'attestation solennelle de cette régularité. Elle doit aussi, et dans un deuxième temps, expliquer la force illocutoire de cet acte de langage : il faudrait expliquer ce que cette attestation solennelle apporte de plus par rapport à la « simple » opération de contrôle qui la précède. Or, à notre connaissance, aucune analyse en la matière ne satisfait à ces deux conditions. D'une part, les auteurs ne distinguent pas clairement entre le contrôle lui-même et l'assertion qui porte sur ce contrôle : ils n'examinent pas si l'organe promulguant vérifie effectivement la régularité formelle du texte qu'il promulgue ; ils présument qu'il le fait parce qu'il appose sa signature sur une formule qui comporte des énoncés comme « L'Assemblée et le Sénat ont adopté la loi dont la teneur suit [...] »⁴⁰⁸. Corrélativement, et d'autre part, les auteurs n'expliquent pas la force

⁴⁰⁸ Par exemple : M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 439 : « Du seul fait que le président de la République prend acte du vote de la loi par les Chambres et fait une sorte de constat, découle pour lui le droit de vérifier s'il est en présence d'une loi extérieurement régulière ». Or, le « droit » d'exercer un contrôle n'implique pas l'exercice effectif de ce dernier.

illocutoire de ces énoncés : à l'exception de l'argument concernant l'interdiction du contrôle juridictionnel de la régularité formelle des lois, dont nous avons présenté les inconvénients, les auteurs n'expliquent pas ce qu'une attestation solennelle du chef de l'État pourrait apporter de plus par rapport à une attestation solennelle qui aurait été faite par un autre organe, ou même par rapport à un « simple » contrôle de la régularité formelle des lois qui ne serait pas suivi d'une attestation solennelle.

L'authentification et un contrôle minimal de la régularité formelle des lois – Il pourrait encore être objecté que, malgré tout ce qui vient d'être dit, la promulgation constitue effectivement une « attestation » solennelle de la régularité formelle des lois parce qu'elle implique, à tout le moins, un droit, voire une obligation : l'organe promulgant peut et doit refuser de promulguer un texte qui n'a pas été adopté par les organes compétents. Cette thèse est sans doute démentie par la Constitution du 3 septembre 1791, voire par la façon dont la promulgation a été consacrée pour la première fois par le droit positif français. Elle semble être démentie aussi par la Constitution de l'an III (1795)

La Constitution de 1791 – En effet, la formule de promulgation prévue par la Constitution du 3 septembre 1791 comportait l'énoncé suivant : « L'Assemblée nationale a décrété, et Nous voulons et ordonnons ce qui suit : » – (La copie littérale du décret sera insérée sans aucun changement) – [...] »⁴⁰⁹. L'assertion « L'Assemblée nationale a décrété [...] ce qui suit » ne signifiait pas que le roi, qui était l'organe promulgant, devait vérifier la régularité formelle des lois afin de les promulguer. En effet, un tel contrôle était expressément prévu par la constitution, mais non pas dans le chapitre consacré au pouvoir exécutif, où était aussi consacrée la promulgation. Ce contrôle était prévu dans le chapitre consacré au pouvoir législatif, à savoir dans le chapitre III, du Titre III de la Constitution de 1791, et plus précisément dans sa deuxième section, intitulée « Tenue des séances et forme de délibérer ». Selon l'article 3 de cette section, « Aucun acte législatif ne pourra être délibéré et décrété que dans la forme suivante ». Cette « forme » était déterminée par les articles 4 à 8 de la même section lesquels posaient une série de conditions relatives à la discussion et

⁴⁰⁹ Titre III, Chapitre IV, Section première, Art. 2.

le vote des lois par l'Assemblée nationale, ainsi que par l'article 9 qui exigeait que chaque loi soit précédée d'un préambule indiquant les séances de sa discussion, ainsi que le décret de son adoption, c'est-à-dire la décision par laquelle l'Assemblée annonçait l'adoption et la teneur définitives du texte législatif. Après cette série de conditions, l'article 10 de la même section disposait : « Le roi refusera sa sanction au décret dont le préambule n'attestera pas l'observation des formes ci-dessus ; si quelqu'un de ces décrets était sanctionné, les ministres ne pourront le sceller ni le promulguer, et leur responsabilité à cet égard durera six années ». Il importe enfin de remarquer que, contrairement aux autres constitutions qui consacraient la sanction des lois⁴¹⁰, la constitution de 1791 distinguait expressément la sanction par rapport à la promulgation, instituant ainsi deux étapes bien distinctes, quant à leur forme et le moment de leur accomplissement, qui s'interposent entre l'adoption et la publication des lois : la promulgation s'accomplissait après la sanction et au moyen d'une formule que la constitution distinguait expressément de la formule que le roi devait employer afin d'accorder – ou refuser – son consentement à la loi⁴¹¹.

Il résulte de ce faisceau de règles que la Constitution de 1791 prévoyait un contrôle de la régularité formelle des lois qui s'accomplissait en deux étapes – en deux temps et par deux actes différents – dont toutes les deux étaient distinctes de l'étape ultérieure qui était celle de la promulgation. Dans un premier temps, ce contrôle était assuré par le roi, mais en sa qualité d'organe qui sanctionne les lois, et non pas en sa qualité d'organe chargé de leur promulgation. Dans un deuxième temps, et si le premier contrôle s'avérait défaillant, il revenait aux ministres d'empêcher la

⁴¹⁰ Par exemple, la Charte constitutionnelle de 1814 distinguait la sanction de la promulgation dans la mesure où elle disposait, dans son article 22, que « Le roi seul sanctionne et promulgue les lois ». Or, la loi du 13 août 1814 *concernant les relations des Chambres avec le Roi et entre elles*, dont le Titre IV était intitulé « De la sanction et de la publication des lois », érigeait la promulgation en moyen pour l'accomplissement de la sanction. En effet, l'article 3 du Titre IV disposait que « La Roi sanctionne la loi qu'il a proposée, en faisant inscrire sur la minute que ladite loi, *discutée, délibérée et adoptée* par les deux Chambres, sera publiée et enregistrée ; pour être exécutée comme loi de l'Etat » (Duvergier, t. 19, p. 204 ; R. BONNARD, *Les règlements des assemblées législatives de la France depuis 1789*, Sirey, 1926, p. 208). Ceci étant, il importe de remarquer que le refus du roi d'accorder sa sanction n'était pas réductible à la non-promulgation. Ainsi, l'art.1^{er} et l'art. 2 du Titre IV disposaient, respectivement : « Le Roi refuse sa sanction par cette formule : le Roi s'avisera » ; « Cette déclaration des volontés du Roi est notifiée à la Chambre des pairs par le chancelier, et à celle des députés par une lettre des ministres adressées au président ».

⁴¹¹ La formule de sanction était fixée par le Titre III, Chap. III, Section III, art. 3 : « Le consentement du roi est exprimé sur chaque décret par cette formule signée du roi : *Le roi consent et fera exécuter*. Le refus suspensif est exprimé par celle-ci : *Le roi examinera* ». Quant à la formule de promulgation, elle était fixée, comme nous l'avons vu, dans le même titre, mais sous le Chapitre IV, Section I, art.2.

promulgation d'un texte entaché d'irrégularités formelles. Ainsi, l'article 10 précité, qui disposait, à propos d'un tel texte, que les « les ministres ne pourront le sceller ni le promulguer », doit être compris comme imposant à ces derniers l'une des deux obligations suivantes : l'obligation de ne pas soumettre ce texte au roi pour promulgation ou/et l'obligation de ne pas contresigner ce texte, au cas où le roi décidait de procéder à sa promulgation. Cela se confirme par le caractère « automatique » de la promulgation, c'est-à-dire par l'absence de prévision de délai pour son accomplissement : une fois la loi soumise pour promulgation, le roi était tenu de la promulguer, c'est-à-dire d'apposer sa signature sur le texte législatif accompagné de la formule de promulgation, sans avoir aucune marge d'appréciation, même pour ce qui concerne la régularité formelle de la loi, qu'il était censé avoir déjà apprécié, et confirmé, au moment où il lui accordait sa sanction.

La Constitution de l'an III – La Constitution de 1791 montre que la promulgation, même envisagée comme un acte solennel, n'implique pas nécessairement un droit ou une obligation de vérifier la régularité formelle du texte promulgué. La Constitution de l'an III (1795) montre, quant à elle, que la promulgation n'est pas le seul acte solennel qui peut être mis au service d'une telle vérification.

De même que la constitution de 1791, celle de l'an III établissait un système de contrôle de la régularité formelle des lois à plusieurs étapes, et par plusieurs organes, et exigeait que toute loi soit précédée d'un préambule où seraient indiquées, par leur date, les séances où le texte législatif avait été discuté et adopté par le Corps législatif. Ce dernier était composé de deux chambres : le Conseil de cinq-cents qui élaborait des propositions de loi appelées « résolutions », et le Conseil des Anciens qui approuvait ces propositions, sans avoir la compétence d'y apporter des modifications⁴¹². La constitution exigeait la rédaction de deux préambules, un pour

⁴¹² Les conditions de discussion et d'adoption des lois par le Conseil des Cinq-Cents et le Conseil des Anciens étaient fixées, respectivement, par les art. 77 et 91 de la Constitution de 1795. Les préambules étaient prévus par les art. 80 et 93, qui disposaient, respectivement : « Les préambules de toute résolution énonce : 1° Les dates des séances auxquelles les trois lectures [prévues par l'art.77] de la proposition auront été faites ; 2° L'acte par lequel il a été déclaré, après la troisième lecture, qu'il n'y a pas lieu à l'ajournement » ; « Le préambule des lois énonce les dates des séances du Conseil des Anciens auxquelles les trois lectures [prévues par l'art.91] ont été faites ». Plus analytiquement sur le système d'adoption des lois établi par la Constitution de 1795, ainsi que sur sa

les résolutions adoptées par le Conseil de cinq-cents, et un deuxième pour les résolutions qui étaient dénommées « Lois » après leur approbation par le Conseil des anciens,⁴¹³ tout en imposant à ce dernier l'obligation de « refuse[r] d'approuver les résolutions [...] qui n'ont point été prise dans les formes prescrites par la Constitution »⁴¹⁴. Contrairement à la Constitution de 1791, celle de l'an III accordait à l'organe promulguant, qui était le Directoire exécutif⁴¹⁵, la faculté d'apprécier la régularité formelle des lois, et lui imposait l'obligation de ne pas promulguer les lois dont les préambules ne mentionnaient pas le respect des conditions relatives à leur discussion et adoption par les deux chambres⁴¹⁶. Or, ce contrôle était un contrôle de deuxième temps : avant même l'intervention de l'organe promulguant, la régularité formelle des lois était déjà appréciée, et confirmée de façon solennelle, par les chambres elles-mêmes auxquelles incombait, précisément, la rédaction des préambules.

L' « authentification » et les définitions jurisprudentielles de la promulgation – Il pourrait enfin être soutenu que la promulgation remplit une fonction d'authentification – et que la doctrine doit expliquer cette fonction – parce que cette fonction figure dans plusieurs définitions jurisprudentielles de la promulgation, y compris dans la définition retenue par l'arrêt de principe *Commune de Montory*⁴¹⁷. Cette idée se heurte à un problème déjà évoqué : le juge se sert de la définition de la

finalité du point de vue de l'équilibre des pouvoirs entre les organes constitués, v. M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France*, 13^e éd., LGDJ-Lextenso, 2014, n° 144, p. 130 et s. ; CH. ACHAINTE, *L'instance législative dans la pensée constitutionnelle révolutionnaire (1789-1799)*, thèse, préf. J. Rossetto, Dalloz, 2008, p. 243-244, et les références citées.

⁴¹³ Art. 92 « Les résolutions du Conseil des Cinq-Cents, adoptées par le Conseil des Anciens, s'appellent lois ».

⁴¹⁴ Art. 88 « Le Conseil des Anciens refuse d'approuver les résolutions du Conseil des Cinq-Cents qui n'ont point été prises dans les formes prescrites par la Constitution ». L'art. 87 exigeait que ce contrôle soit la toute première étape de la procédure législative se déroulant devant la deuxième chambre : « Aussitôt qu'une résolution du Conseil des Cinq-Cents est parvenue au Conseil des Anciens, le président donne lecture du préambule ». De façon significative,

⁴¹⁵ Plus analytiquement, sur les compétences de cet organe et ses relations avec le Corps législatif : M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France*, *op. cit.*, n° 145, p. 132 s.

⁴¹⁶ Obligation qui était assortie d'une responsabilité pénale pour les membres du Directoire, selon l'art. 131 de la Constitution de l'an 3 : « Les lois dont le préambule n'atteste pas l'observation des formes prescrites par les articles 77 et 91, ne peuvent être promulguées par le Directoire exécutif, et sa responsabilité à cet égard dure six années ».

⁴¹⁷ Rappelons cette définition : « [L]a promulgation est l'acte par lequel le chef de l'État *atteste l'existence de la loi* et donne l'ordre aux autorités publiques d'observer et faire observer cette loi », CE Ass. 8 février 1974, *Commune Montory et autres*, arrêt précité : *Supra*, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 1.

promulgation afin de trancher le litige dont il est saisi, et non pas afin de nous informer sur les traits essentiels de la promulgation, ce qui explique pourquoi la définition de celle-ci peut différer de l'un arrêt à l'autre, en fonction de la spécificité de l'affaire litigieuse⁴¹⁸.

Il suffit ici de présenter un arrêt récent par lequel le Conseil d'État a dû statuer, pour la première fois depuis 1933 et l'arrêt *Desreumeaux*⁴¹⁹, sur un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un acte de promulgation⁴²⁰. Par ce moyen, les requérants espéraient mettre en cause le redécoupage électoral qui était établi conformément à la loi dont la promulgation était attaquée, et sur la base duquel seraient déroulées les prochaines élections régionales. En d'autres termes, et comme le remarquent les auteurs d'un commentaire, les requérants ont attaqué l'acte de promulgation, faisant ainsi preuve d'« inventivité », faute de voie contentieuse qui leur aurait permis « de contester directement une loi qui ne [leur] a pas encore été appliquée »⁴²¹. En l'espèce, le Conseil d'État reprend la définition de la promulgation retenue par son arrêt *Commune de Montory* : « la promulgation est l'acte par lequel le Président de la République atteste, en apposant sa signature, l'existence de la loi et donne l'ordre aux autorités publiques d'observer et de faire observer cette loi ». Il en déduit pourtant la conclusion suivante : « cet acte *n'est pas détachable de la procédure législative* [et] il échappe, pour ce motif, à la compétence de la juridiction administrative »⁴²². Or, les

⁴¹⁸ *Supra*, Chapitre 1^{er}, Section 2, § 2 et 3.

⁴¹⁹ CE 3 novembre 1933, *Desreumeaux*, arrêt précité : *Supra*, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 2, B), 1), b). Il importe ici de rappeler que nous faisons abstraction de la jurisprudence relative aux recours exercés contre la promulgation des lois aux territoires d'outre-mer : CE 12 janvier 2005, *Congrès de la Nouvelle-Calédonie*, n° 255272, *Rec.* p. 15, *AJDA* 2005, p. 552, concl. F. DONNAT, *DA* 2006, n° 6, commentaire 90 ; CE Sect. 5 décembre 2008, *Flosse*, n° 320412.

⁴²⁰ CE 27 octobre 2015, *Fédération démocratique alsacienne*, n° 388807, *AJDA* 2015, p. 2374, com. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE & G. ODENT, « De l'art de contester une loi par des voies détournées ».

⁴²¹ L. DUTHEILLET DE LAMOTHE & G. ODENT, « De l'art de contester une loi par des voies détournées », *op. cit.*, p. 2374 [v. pagination version papier] : « Il n'est pas toujours évident de contester devant le juge quelque chose qui, quoique déjà prévue par les textes, n'existe pas encore et n'a reçu aucune application. Bien que le système juridictionnel français soit, de ce point de vue, particulièrement ouvert, il ne pas jusqu'à donner à un particulier intéressé la possibilité de contester directement une loi qui ne lui a pas encore été appliquée ».

⁴²² Cons. 2 (nous soulignons). De façons significative, le commissaire du gouvernement dans ses conclusions sur l'arrêt *Commune de Montory* affirmait que « la promulgation est le dernier acte de la procédure législative » (*RDP* 1974 n° 5, p. 1515), mais l'Assemblée du Conseil d'État n'a pas repris cet élément dans sa définition parce que, précisément, cela n'était pas utile pour la solution du litige dont elle était en l'espèce saisie (*Supra*, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 1, et Section 2, § 3). *Rappr.* CC n° 85-197 DC 23, août 1985, cons. 22 : « [...] la procédure législative est close avec la promulgation ». On trouve déjà, en 1960, dans les conclusions du commissaire du gouvernement sur l'affaire *F.N.O.S.S.*, l'affirmation que « la promulgation, tout en demeurant une prérogative du Chef de l'État, est soumise à des règles qui en font essentiellement une pièce du mécanisme parlementaire ».

analyses qui conçoivent la promulgation comme un acte d'authentification – celle de Carré de Malberg en tête – insistent sur l'« extériorité » de l'opération d'authentification par rapport à la procédure législative⁴²³.

Certes, l'objectif de ces analyses est de montrer que l'organe promulguant ne participe pas à l'exercice du pouvoir législatif. En revanche, le Conseil d'État ne s'intéresse pas à cette question lorsqu'il définit la promulgation comme un « acte [qui] n'est pas détachable de la procédure législative » : le juge retient cette qualification afin d'adapter son argumentation à l'objectif dissimulé des requérants, c'est-à-dire afin d'affirmer que le recours contre la promulgation ne peut pas servir de « moyen détourné » pour attaquer la loi elle-même⁴²⁴. Ce pourtant la même logique pratique, et non théorique, qui sous-tend les autres éléments de la définition retenue par le juge. En effet, lorsque le Conseil d'État affirme que l'organe promulguant « atteste l'existence de la loi », il ne répond point à la question que la doctrine doit creuser si elle veut défendre la conception de la promulgation en tant qu'acte d'authentification : le juge n'explique pas ce qu'« attester l'existence des lois » veut dire ; à plus forte raison, il n'explique ni si l'organe promulguant vérifie ou non la régularité formelle des lois qu'il promulgue, ni si son « attestation » implique quelque chose de plus qu'un simple contrôle préalable de cette régularité.

§ 3 – *La promulgation comme terminus ad quem*

Face aux inconvénients que présentent les explications traditionnelles, deux analyses relativement récentes, l'une rédigée par le Professeur Gaudemet⁴²⁵ et l'autre par le Professeur Guglielmi⁴²⁶, ont proposé une explication alternative qui met l'accent non

d'élaboration des lois », BRAIBANT, conclusions sur CE 1^{er} juillet 1960, *F.N.O.S.S.*, D. 1960, p. 692 (sur cet arrêt : *Supra*, Chap. 1^{er}, Section 1, § 2, B) 1) b)

⁴²³ Pour un autre exemple en ce sens, v. G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires*, thèse précitée, n° 71, p. 53-54 : la promulgation est « le moment marquant l'authentification du contenu de l'acte, la constatation de son existence, et ce bien qu'il s'agisse d'un acte extérieur à l'exercice du pouvoir législatif ».

⁴²⁴ Nous empruntons l'expression « moyen détourné » à la note précitée de L. DUTHEILLET DE LAMOTHE & G. ODENT, « De l'art de contester une loi par des voies détournées ».

⁴²⁵ Y. GAUDEMET & B. PLESSIX, « Promulgation et publication des lois », *JurisClasseur civil*, Art.1^{er}, fasc.10.

⁴²⁶ G. GUGLIELMI, « Distinguer la promulgation de la publication », in : G. Fauré, G. Koubi (dir.), *Le titre préliminaire du Code civil*, Paris, Economica, 2003, p. 59-79.

pas sur l'acte lui-même de promulgation, mais sur le délai dont dispose l'organe compétent pour l'accomplir⁴²⁷. Cette thèse présente d'importants avantages par rapport aux explications traditionnelles, mais elle n'est pas exempte de défauts. Avant de présenter ses défauts et ses mérites (B), nous exposerons brièvement les principales idées qui la composent (A).

A) Présentation de la thèse

Les deux auteurs s'accordent pour l'essentiel tant sur la critique qu'ils formulent contre les explications traditionnelles, que sur l'explication alternative qu'ils proposent. Leur critique comporte deux volets qui se résument ainsi : les règles et la pratique en la matière montrent que la promulgation ne remplit pas – ou pas toujours – les fonctions d'authentification ou de commandement d'exécution que la doctrine lui attribue ; en tout cas, ces fonctions n'impliquent pas nécessairement l'intervention du chef de l'exécutif. Il s'ensuit que la promulgation, en tant qu'acte accompli par le chef de l'exécutif, ne remplit aucune fonction qui lui serait propre⁴²⁸. En revanche, et selon l'explication proposée, l'utilité de la promulgation s'explique par son articulation avec l'exercice d'autres compétences : la promulgation constitue un *terminus ad quem* pour la demande d'une nouvelle délibération de la loi adoptée⁴²⁹ et/ou l'exercice d'un recours en inconstitutionnalité⁴³⁰.

⁴²⁷ Des idées similaires ont été formulées par E. PIERRE, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, 5^e éd., Librairies-imprimeries réunies, 1924, n° 505, p. 560, qui remarque, sans pour autant offrir davantage d'explications : « L'exercice du droit de promulgation n'a d'intérêt que suivant le délai plus ou moins long qui est prescrit par les lois constitutionnelles » ; A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, op. cit., p. 606, qui insistait pourtant, comme nous l'avons vu, sur l'idée que la promulgation est un acte de commandement et que, en tant que tel, elle est une « conséquence logique » de la séparation des pouvoirs (*Supra* §1, A).

⁴²⁸ Une idée similaire, mais plus radicale encore, a été exprimée dans la doctrine italienne par S. FODERARO, « Considerazioni sull'istituto della promulgazione della legge », *Rassegna di diritto pubblico*, I, 1946, p. 195-201, qui proposait la suppression pure et simple de la promulgation, considérant que celle-ci n'a « aucune fonction, finalité ou utilité » (*Ibid.*, p. 201, notre traduction).

⁴²⁹ Outre la constitution actuelle (art. 10, al.2), la possibilité de demander une nouvelle délibération de la loi était aussi consacrée par les constitutions de 1848 (art. 58), de 1875 (art. 7 de la Loi constitutionnelle du 16 juillet 1875), et de 1946 (art. 36, al. 2 ; le projet de constitution du 19 avril 1946 ne consacrait pas cette faculté). Cette possibilité était aussi accordée au chef de l'exécutif par deux lois constitutionnelles transitoires : par l'art. 2 de la loi Rivet du 31 août 1871 (*JO* du 3 septembre 1871, p. 3161 ; *BL* 12^e série, t.3, n°486, p. 113 ; *Duvergier*, t.71, p.210) ; par l'art. 4, al. 2 de la loi du 2 novembre 1945 (*JO* du 3 novembre 1945, p. 7159), qui accordait au gouvernement la promulgation et la faculté de demander une nouvelle délibération. Plus analytiquement sur cette institution : J.-Y. PLOUVIN, « Le droit présidentiel de demander une nouvelle délibération de la loi », *RDP*, 1980 n° 6, p. 1563-1591 ; P. AVRIL, J. GICQUEL, J.-E. GICQUEL, *Droit parlementaire*, 5 éd., LGDJ, 2014, n° 310, p. 263 s. ; J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *La loi*, op. cit., p. 149 s. Sur la fonction similaire de la promulgation sous la Quatrième république, où elle marquait également

L'explication proposée par M. Gaudemet – Après une analyse détaillée des modalités de la promulgation, le Professeur Gaudemet formule le constat suivant :

« Le délai de promulgation apparaît comme l'élément important de l'institution, davantage sans doute que l'acte de promulgation lui-même, surtout dans une situation où des divergences politiques générales pourraient opposer le Président de la République à la majorité parlementaire et l'un ou l'autre au Gouvernement »⁴³¹.

Il dresse le même constat, de façon plus catégorique, après une analyse critique des explications traditionnelles de la promulgation⁴³² :

« Il apparaît alors que l'important n'est pas l'acte de promulgation, mais bien le délai de la promulgation ; plus exactement que *la promulgation n'a d'intérêt et de portée que comme terminus ad quem d'un délai virtuellement riche d'initiatives politiques* »⁴³³.

D'après ce point de vue, la promulgation ne remplit pas une fonction qui lui serait propre – comme le sont l'« authentification » et le « commandement d'exécution », d'après les explications traditionnelles – mais elle a une valeur instrumentale : elle permet de fixer une date-limite pour l'exercice de deux autres compétences ; cette date-limite peut être modulée par le Président de la République, dont « la décision de

l'échéance du délai pour demander une nouvelle délibération et exercer un recours d'inconstitutionnalité devant le Comité constitutionnel, v. : P. MONTANÉ DE LA ROQUE, *L'inertie des pouvoirs publics*, thèse, Toulouse, Imprimerie Moderne, 1950, p. 93-96 ; G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, préf. G. Carcassonne, O. Duhamel, Dalloz, [1949], 2002, p. 487-488. Sur la demande d'une nouvelle délibération sous la III^e république, v. : L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t.4, *L'organisation politique de la France*, 2^e éd., E. de Boccard, 1924, § 44, p. 653 s. ; E. PIERRE, *Traité de droit politique*, 5^e éd., 1924, n° 820, p. 977-978.

⁴³⁰ Sur le calcul du délai pour la saisine du juge constitutionnel, dans le cadre du contrôle *a priori* : P. JAN, *La saisine du Conseil constitutionnel*, thèse, préf. J. Rossetto, LGDJ, 1999, p. 305 s.

On retrouve une idée similaire chez J. BARTHÉLEMY & P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, précité, p. 741 : « Enfin, la promulgation est l'affirmation de la volonté du Président de la République de ne pas demander aux Chambres une nouvelle délibération ». Toutefois, ces auteurs maintiennent l'idée – d'où la précision « enfin », dans le passage cité – selon laquelle la promulgation est un acte d'authentification (*Ibid.*, p. 740).

⁴³¹ Y. GAUDEMET & B. PLESSIX, « Promulgation et publication des lois », *op. cit.*, n° 72. Il n'en reste pas moins que l'intérêt politique de la demande d'une nouvelle délibération reste limité en raison de sa soumission au contreseing, mais on a pu se demander si le Premier ministre a l'obligation ou la faculté de contresigner une telle demande. Sur ce point : B. BRANCHET, *Contribution à l'étude de la constitution de 1958 : Le contreseing et le régime politique de la V^e République*, thèse, préf. S. Rials, LGDJ, 1996, p. 102-103 ; J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *La loi*, *op. cit.*, p. 152-153 ; J.-Y. PLOUVIN, « Le droit présidentiel de demander une nouvelle délibération de la loi », *RDP* 1980, n° 6, p. 1563-1592, spéc. p. 1588

⁴³² Y. GAUDEMET & B. PLESSIX, « Promulgation et publication des lois », *op. cit.*, n° 92 et s.

⁴³³ *Ibid.*, n° 111 (nous soulignons).

hâter la promulgation ou au contraire d'utiliser complètement les délais fixés par Constitution peut avoir une grande signification et une importance politique déterminantes »⁴³⁴.

L'explication proposée par M. Guglielmi – Le Professeur Guglielmi considère, quant à lui, que la promulgation a une portée symbolique :

« [elle est] le rappel rituel de l'architecture constitutionnelle »⁴³⁵, dans la mesure où l'organe promulguant « se borne à constater la réunion de conditions juridiques et matérielles, à arrêter le texte qui en résulte et à engager le processus requis pour son application »⁴³⁶, ce qui implique que la promulgation « devient une proclamation déclaratoire non pas seulement de la valeur législative, devenue intrinsèque, du texte, mais bien plutôt du rôle qu'a joué le pouvoir législatif et que s'approprient à jouer le pouvoir exécutif et l'autorité judiciaire »⁴³⁷.

Pour le reste, le Professeur Guglielmi s'accorde avec le Professeur Gaudemet sur l'idée que l'utilité de la promulgation, en tant qu'acte accompli par le chef de l'exécutif, est réductible à sa fonction de *terminus ad quem* :

« [L]a promulgation, en tant qu'acte autonome du chef de l'État, ne relève d'aucune nécessité juridique ou pratique propre à la loi » ; « finalement [son] intérêt se résume à régler implicitement mais à date certaine le sort de deux options ».

La première de ces options est l'exercice d'un recours pour inconstitutionnalité : « la promulgation a pour effet de clore le délai pendant lequel peut être exercé un tel

⁴³⁴ *Ibid.*, n° 72, où l'auteur présente les cas où cette décision du Président de la République a été politiquement importante. Il importe de remarquer que la valeur instrumentale de la promulgation, au sens susmentionné, est évidente non seulement dans les cas d'une demande de nouvelle délibération – demande qui, en fonction du contexte politique, peut s'assimiler à l'exercice d'un veto suspensif –, mais est aussi dans les cas de l'exercice d'un recours en inconstitutionnalité : « en disposant du délai de promulgation, le Président de la République marque les limites dans le temps du contrôle de constitutionnalité »⁴³⁴, ce qui lui permet « de choisir la date à laquelle la loi échappe à toute possibilité de saisine a priori du Conseil Constitutionnel », *Ibid.* n° 73. Cette maîtrise du délai de promulgation a aussi été signalée par ceux qui y voient une inégalité des armes entre les organes qui peuvent saisir le juge constitutionnel : « Le temps imparti pour saisir le Conseil est extrêmement court. Mais l'analyse se pose différemment selon les requérants. En charge de prendre le décret de promulgation, le Président de la République maîtrise complètement la procédure [...] En réalité, la contrainte du temps et les craintes d'une promulgation intempestive pèsent sur les Présidents des assemblées et surtout les parlementaires qui ignorent le moment où le chef de l'État authentifiera l'existence de la loi », P. JAN, *La saisine du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 306

⁴³⁵ G. GUGLIELMI, « Distinguer la promulgation de la publication », *op. cit.*, p. 75.

⁴³⁶ *Ibid.*, p. 70.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 75.

recours et donc d'en exclure la survenance à l'avenir ». La deuxième option, « dont la promulgation marque l'abandon », est « réservée au Chef de l'État [et c'est] la possibilité de demander une nouvelle délibération de la loi »⁴³⁸.

B) Avantages et inconvénients de la thèse

Les avantages – Mettant en question les idées reçues en la matière, l'explication proposée par les deux auteurs permet de saisir un trait de la promulgation qui est sous-estimé, sinon ignoré par les autres analyses : il s'agit d'un acte qui trace une ligne de démarcation entre deux états de choses.

Plus précisément, M. Gaudemet remarque :

« La promulgation n'est point une condition d'existence juridique de la loi ; elle est en revanche une condition de son entrée en vigueur, en l'absence de laquelle la loi ne peut acquérir valeur positive »⁴³⁹ ; « [sa] fonction est d'assurer la bonne fin de la loi »⁴⁴⁰ ; « [elle] n'est rien dans l'œuvre législative, mais elle marque le terme d'un délai durant lequel [l'œuvre législative] n'est ni achevée, ni acquise en droit »⁴⁴¹.

Dans le même esprit, M. Guglielmi affirme :

« [L']un des traits caractéristiques de la promulgation [est] de parachever la production de la loi »⁴⁴² ; elle « désigne sans ambiguïté le moment à partir duquel la loi quitte le jeu des rapports entre pouvoirs publics constitutionnels pour accéder à la vie normative et se confronter à la réalité qu'elle régit »⁴⁴³.

Compte tenu de l'économie générale de l'analyse proposée par les deux auteurs, l'idée qui ressort des passages précités pourrait être formulée ainsi : la promulgation marque le moment à compter duquel l'adoption d'une loi par le parlement ne peut

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 78. Pour une formule similaire, v. : G. JÈZE, « La promulgation des lois », *RDP* 1918, p. 378 : « la promulgation d'une loi est l'acte juridique par lequel le président de la République [...] déclare qu'il ne demande pas aux Chambres une nouvelle délibération » ; F. DONNAT, Conclusions sur CE 21 janvier 2005, *Congrès de la Nouvelle-Calédonie, AJDA*, 2005, p. 552 : « la promulgation vaut aussi renonciation par le chef de l'État à certaines prérogatives confiées à lui par la Constitution ».

⁴³⁹ Y. GAUDEMET & B. PLESSIX, « Promulgation et publication des lois », *op. cit.*, n° 3.

⁴⁴⁰ *Ibid.* n° 82

⁴⁴¹ *Ibid.* n° 122.

⁴⁴² G. GUGLIELMI, « Distinguer la promulgation de la publication », *op. cit.*, p. 69.

⁴⁴³ *Ibid.* p. 78.

plus être remise en cause – suite à un recours en inconstitutionnalité ou la demande d’une nouvelle délibération – ; pour cette raison, et corrélativement, ce même moment correspond au moment à compter duquel la loi adoptée peut remplir les conditions dont dépend son entrée en vigueur. Pour des raisons de simplicité, on pourrait retenir une définition stipulative de ce moment et l’appeler « édicition de la loi ». L’idée susmentionnée pourrait alors être reformulée ainsi : la promulgation marque le moment où s’achève l’édiction des lois et commence la procédure de leur entrée en vigueur⁴⁴⁴.

Avant de se pencher sur cette idée, il importe de signaler une ambiguïté : l’analyse proposée par les deux auteurs laisse penser que la promulgation marque la fin de l’édiction des lois parce que, tout simplement, elle met un terme à la possibilité d’exercer un recours en inconstitutionnalité ou de demander une nouvelle délibération. En effet, et comme nous l’avons remarqué, les deux auteurs ne se bornent pas à remarquer que la promulgation sert de *terminus ad quem* pour l’exercice de ces compétences : ils suggèrent que c’est cette fonction qui explique ultimement l’utilité de la promulgation.

Les inconvénients – Cette approche présente deux inconvénients : la consécration de la promulgation n’est ni historiquement ni conceptuellement liée au besoin de fixer une date-limite pour l’exercice d’un recours en inconstitutionnalité et la demande d’une nouvelle délibération.

En premier lieu, la promulgation fut introduite et maintenue par des constitutions qui ne consacraient ni le contrôle de constitutionnalité ni la demande d’une deuxième délibération⁴⁴⁵. C’est pour cette raison par ailleurs que ces constitutions ne fixaient

⁴⁴⁴ Sur les définitions stipulatives : V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2^e éd., Dalloz, 2016, n° 497, p. 308 s.

⁴⁴⁵ Comme nous l’avons vu (*Supra*, A), et comme le remarque par ailleurs le Professeur Gaudemet (Y. GAUDEMET & B. PLESSIX, « Promulgation et publication des lois », *op. cit.*, n° 45), la faculté de demander une nouvelle délibération fut accordée pour la première fois au Président de la République par la Constitution de 1848 (art. 56 s.). Quant au contrôle de constitutionnalité, v. l’art. 37 de la Constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799) : « Tout décret du corps législatif, le dixième jour après son émission, est promulgué par le premier consul, à moins que, dans ce délai, il n’y ait eu recours au sénat pour cause d’inconstitutionnalité. Ce recours n’a point lieu contre les lois promulguées ».

pas un délai de promulgation, ou en fixaient un très court⁴⁴⁶, l'organe promulguant étant tenu de promulguer le texte qui lui était transmis dans les plus brefs délais⁴⁴⁷. Qui plus est, cette pratique de promulgation « automatique », pour ainsi dire, est suivie pour les lois constitutionnelles aussi, auxquelles la formalité de promulgation s'entendit progressivement, sans prévision textuelle, et dont l'adoption ne peut pas être suivie d'une saisine du juge constitutionnel ou d'une demande de nouvelle délibération⁴⁴⁸.

En deuxième lieu, il n'y a aucun lien nécessaire entre la consécration de la promulgation et le besoin de fixer une date-limite pour la saisine du juge constitutionnel ou la demande d'une nouvelle délibération : un système juridique qui ne connaît pas la promulgation peut fixer une telle date-limite au moyen d'un délai qui commence à courir à compter de l'adoption des lois et s'épuise avant ou avec leur publication au *Journal officiel*⁴⁴⁹. En plus, même là où la promulgation existe, rien n'exige que son délai soit érigé en délai de réflexion pour la saisine du juge constitutionnel ou la demande d'une nouvelle délibération : il est possible de fixer un délai qui commence à courir le jour de l'adoption et s'épuise avant l'expiration du délai prévu pour leur promulgation. Par ailleurs, cette solution a été déjà envisagée pour la saisine du Conseil constitutionnel : elle avait été discutée, et retenue initialement par le Comité consultatif constitutionnel, lors de l'élaboration de la

⁴⁴⁶ V. par ex. les art.128 et 129 de la constitution de 1795 : « Le Directoire exécutif fait sceller et publier les lois et les autres actes du Corps législatif, dans les deux jours après leur réception » ; « Il fait sceller, promulguer dans le jour, les lois et actes du Corps législatif qui sont précédés d'un décret d'urgence.

⁴⁴⁷ Pour les délais fixés par les différentes constitutions v., E. PIERRE, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, précité, n° 505, p. 560

⁴⁴⁸ Cf. R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., n° 142, p. 427, qui remarque à propos de la demande d'une nouvelle délibération : « [...] l'exigence de promulgation est entendue par les auteurs aux lois de révision, bien que les lois de cette sorte ne puissent faire l'objet d'une demande présidentielle de nouvelle délibération ». Il importe pourtant de remarquer que, contrairement à ce que Carré de Malberg laisse ici penser, la promulgation des lois constitutionnelles n'était pas simplement proposée par la doctrine, mais était déjà établie en pratique. La question de savoir si le chef de l'exécutif peut demander une nouvelle délibération d'une loi constitutionnelle n'a jamais été posée, tellement la réponse négative semble être évidente. En revanche, sous la Troisième République il y a eu question de savoir si le chef de l'exécutif peut empêcher par son inaction la promulgation d'une loi de révision dont il conteste le contenu.

⁴⁴⁹ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., n° 142, p. 427 : « Étant donné en effet que la demande de délibération nouvelle ne peut être formée que dans un délai limité, le simple fait de l'expiration de ce délai suffirait [par opposition au besoin de consacrer un acte spécifique, comme celui de promulgation] à marquer que la loi adoptée par les Chambres ne rencontre pas d'objections de la part du chef de l'Exécutif et n'est pas remise en question ».

Constitution du 4 octobre 1958, et elle fut de nouveau proposée lors de la révision du 20 octobre 1974 qui entendit l'initiative de saisine aux députés et aux sénateurs⁴⁵⁰.

Toutefois, la dissociation des deux délais ne peut aller dans l'autre sens, ce qui indique qu'il y a un lien conceptuellement nécessaire entre les deux : le délai de promulgation ne peut pas expirer avant le délai accordé pour la saisine du juge constitutionnel et la demande d'une nouvelle délibération. De prime abord, ce constat paraît trivial : on comprend, même intuitivement, qu'il serait absurde de promulguer une loi qui peut encore faire l'objet d'un contrôle *a priori* de constitutionnalité ou d'une (demande de) nouvelle délibération⁴⁵¹. Quoique triviale, cette intuition nous permet de nous demander si l'analyse de la promulgation en tant que *terminus ad quem* ne renverse pas la logique qui sous-tend cette institution : il paraît que l'obligation d'exercer un recours en inconstitutionnalité et de demander une nouvelle délibération *avant* la promulgation constitue une conséquence de l'existence de cet acte, et non pas une donnée qui pourrait expliquer pourquoi cet acte existe en premier lieu. Si tel est le cas, il faut qu'il y ait une raison ultérieure qui explique à la fois la consécration de cet acte et l'obligation d'exercer les deux compétences susmentionnées avant son accomplissement.

Pour identifier une telle raison, on pourrait s'appuyer sur l'idée, évoquée plus haut, qui ressort implicitement de l'analyse proposée par les deux auteurs, mais dont ceux-ci ne tirent pas toutes les conséquences : la promulgation marque la fin de l'édiction des lois, quelles que soient les modalités particulières de cette édiction (qu'elle

⁴⁵⁰ *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 2, p. 174 s. : l'idée avait été d'abord retenue par le Comité consultatif constitutionnel, après un amendement proposé par M. Valentin, dont « l'argumentation est parfaite », selon le Garde de Sceaux (*ibid.*, p. 174). Elle fut pourtant abondée, et l'un des arguments en ce sens, formulé par le rapporteur devant le Comité constitutionnel du Conseil d'État, était que « le fait de réserver trois jours [la durée du délai proposée] pour la saisine du Conseil constitutionnel pouvait aboutir à une sorte de course de vitesse entre le président de la République, pour la promulgation, et une des autorités susceptibles de déférer le texte devant le Conseil constitutionnel », *Ibid.*, vol.3, p. 165. Plus analytiquement sur ces débats, ainsi que sur la proposition similaire faite lors de la révision constitutionnelle de 1974 : P. JAN, *La saisine du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 311-312, et les références citées.

⁴⁵¹ La promulgation constitue par ailleurs le critère déterminant pour la distinction entre le contrôle *a priori* et le contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois : un contrôle *a priori* est par définition un contrôle qui s'exerce avant la promulgation, et non pas avant la publication ou l'entrée en vigueur de la loi. Cf. CC 97-392 DC, 7 novembre 1997, cons. 2 : « une loi promulguée, même non encore publiée, ne peut être déférée au Conseil constitutionnel en application des dispositions précitées [des art. 10 et 61 de la Constitution] ».

comprenne ou non la possibilité de demander une nouvelle délibération et/ou un contrôle *a priori* de leur constitutionnalité).

Section 2 : Les « effets » de la promulgation

Il pourrait être soutenu que l'idée qui vient d'être évoquée n'est pas originale : il paraît, de prime abord au moins, que c'est à la même idée que songent ceux qui distinguent entre la « nature » et les « effets » de la promulgation. Par « nature » ils entendent les fonctions qui figurent dans les définitions traditionnelles de la promulgation : la « nature » de celle-ci est d'être un acte qui « atteste l'existence » et « commande l'exécution » des lois. Quant à ses « effets », ils consistent en une certaine qualité qui s'attache à la loi à compter de sa promulgation, et dont le nom varie : « force exécutoire », « existence », « perfection », etc. Il pourrait alors être soutenu que l'idée susmentionnée – l'idée que la promulgation marque la fin de l'édiction des lois – n'apporte rien de nouveau à la matière : les analyses traditionnelles formulent la même idée, mais sous un nom différent, lorsqu'elles affirment que la promulgation marque le moment à compter duquel la loi acquiert son « existence » (ou sa « perfection », sa « force exécutoire », etc.).

Cette objection serait pertinente si l'enjeu de l'analyse était terminologique : on pourrait considérer que le terme « édiction » ne représente qu'une autre façon de désigner le moment où la loi acquiert son « existence », (ou sa « force exécutoire », etc.). Or, les problèmes théoriques ne sont pas des problèmes terminologiques⁴⁵² : la question n'est pas de retenir un terme, plutôt qu'un autre, pour décrire le statut que la loi acquiert à compter de sa promulgation ; la question est d'expliquer en quoi ce statut consiste. Or, c'est précisément sur ce point que les analyses traditionnelles ne s'avèrent pas satisfaisantes. Certes, certains auteurs soulignent que l'« existence » ou le caractère « exécutoire » sont des traits qui distinguent la loi promulguée par rapport à la loi qui est simplement adoptée (ou/et par rapport à la loi qui est déjà en

⁴⁵² Cf. O. BEAUD, « Compétence et souveraineté », in : AFDA, *La compétence*, Litec, 2008, p. 5-32, spéc. p. 6 : « [U]n juriste de doctrine n'est pas un juriste lexicographe ; celui-ci doit se borner à enregistrer la diversité des sens des mots et leur évolution, tandis que celui-là pense plutôt comme un grammairien qui doit repérer le bon usage des termes et se livre à un travail d'analyse du concept [...] ». Plus analytiquement sur cette distinction : J. RAZ, « The Problem about the Nature of Law », in : *Id.*, *Ethics in the Public Domain*, revised edition, Clarendon Press, 1995, Chap. 9, spéc. p. 196.

vigueur). Or, ils n'expliquent pas en quoi précisément consiste la qualité que ces termes désignent (§1). Il en va de même lorsque les auteurs invoquent certaines données tirées du droit positif ou de la jurisprudence qui sont censées prouver l'« existence » ou le caractère « exécutoire » de la loi promulguée (§2).

§ 1 – Le statut de la loi promulguée : diversité et ambiguïtés terminologiques

L'entrée en vigueur d'une loi marque la fin d'une série d'étapes qui remontent jusqu'au dépôt d'une proposition ou d'un projet de loi. De règle générale, cette chaîne procédurale n'est pas envisagée comme un tout : en fonction de leur objet d'étude, les auteurs opèrent un découpage qui leur permet d'envisager une sous-partie de ces étapes comme un tout, voire comme un ensemble dont les parties participent à l'exercice de la même fonction ou répondent au même objectif⁴⁵³. La distinction la plus générale et la plus intuitive qui peut être établie est la suivante : l'adoption de la loi par le parlement et les étapes qui la précèdent constituent ce que l'on appelle communément « procédure législative » ; la publication et, les cas échéant, les conditions ultérieures dont dépend l'entrée en vigueur font partie de ce que l'on appelle communément « procédure d'entrée en vigueur » (ou de « mise en vigueur »). Cette distinction comporte une zone grise : la promulgation.

⁴⁵³ Par exemple, une étude sur « les armes du gouvernement dans la procédure législative » opère une distinction entre la « procédure législative au sens strict » et la procédure législative *lato sensu*, ce qui correspond à la distinction entre, d'une part, « la phase parlementaire du processus législatif [qui] doit être comprise comme l'ensemble du mouvement qui va du dépôt du projet ou de la proposition jusqu'au vote sur l'ensemble » et, d'autre part, « l'étape complémentaire de la phase parlementaire qui comprend la promulgation de la loi et, éventuellement, lorsqu'elles sont possibles et effectuées, la demande d'une nouvelle délibération du texte définitivement adoptée et/ou la saisine du juge constitutionnalité » : C. VINTZEL, *Les armes du gouvernement dans la procédure législative*, thèse, préf. G. Larcher et J.-L. Debré, Dalloz, 2011, p. 21. L'auteur s'appuie en partie sur une distinction établie par E. COUDERC, « Le législateur parlementaire : pour en finir avec un pléonasma », *Pouvoirs*, 1993, n° 64, p. 243. Une étude de droit parlementaire de portée plus générale, dont l'objectif est de présenter la « structure de la procédure législative », s'intéresse à la distinction entre « [la] phase préparatoire, qui appartient aux commissions, et [la] phase de discussion et de décision, qui se déroule exclusivement en séance plénière dans les assemblées », P. AVRIL, J. GICQUEL, J.-E. GICQUEL, *Droit parlementaire*, 5 éd., LGDJ, 2014, n° 238, p. 206. Pour une distinction similaire : PH. BLACHER, *Le parlement en France*, LGDJ, 2012, p. 96. Un autre critère de démarcation est retenu par une étude qui s'intéresse à la formation du contenu des actes administratifs, mais dont la logique s'applique aux lois aussi. D'après cette approche, il convient de distinguer entre, d'une part, la procédure « de l'élaboration ou de l'édition des actes [dont l'étude] comprendrait l'examen de l'initiative, de la confection et de la publicité donnée à l'acte » et, d'autre part, la procédure préalable « de l'élaboration ou de la production de la norme contenu dans l'acte, qui constitue le fond de l'acte », P. GONOD, « L'administration et l'élaboration des normes », in : P. Gonod, F. Melleray, Ph. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, t. 1, Dalloz, 2011, p. 530.

Pour certains, cette étape marque la fin de la « procédure législative », ou la fin de l'« édiction » ou de l'« élaboration » de la loi, voire le moment où s'établit la « naissance », l'« existence » ou la « perfection » de celle-ci⁴⁵⁴. Selon une autre approche, la promulgation « n'ajoute rien » à la « perfection » ou à la « formation » ou à l'« existence » de la loi⁴⁵⁵ : il s'agit simplement du moment où l'« existence » de la loi est « constatée »⁴⁵⁶, ou du moment où la loi, déjà « existante » ou « parfaite », devient « exécutoire »⁴⁵⁷.

La portée de ces termes n'est pas précisée : plutôt que d'expliquer la qualité que ces termes désignent, les auteurs substituent ou juxtaposent un terme à un autre⁴⁵⁸. Par

⁴⁵⁴ J. BARTHÉLEMY, *Précis de droit constitutionnel*, 4^e éd., Dalloz, 1938, n° 444-446, p. 371-372 : « La promulgation est un acte juridique nécessaire à la perfection des lois [...] » ; elle constitue « l'acte de naissance de la loi » ; J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *La loi*, 2^e éd., Dalloz, p. 155-156 : « Dernière étape de la procédure législative, la promulgation marque l'association du pouvoir exécutif à l'élaboration de la loi [...] », elle « apparaît bien comme l'acte de naissance de la loi » et elle « parfait la loi » ; H. CANNAC, *Éléments de la procédure législative en droit parlementaire français*, Sirey, 1939, p. 93 : la promulgation est « l'acte de naissance de la loi, dont l'existence est ainsi officiellement constatée » ; FERRARI, *La rétroactivité en droit public français*, thèse, Paris 2, 2011, n° 829, p. 637 : « La promulgation correspond au moment où ; la procédure législative parvenant à son terme, la loi acquiert valeur positive » ; P. FLEURY LE GROS, *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne*, op. cit., n° 43, p. 23 : « Dès sa promulgation par le chef de l'exécutif, il est vrai que la norme [législative] est, pour ainsi dire "parfaite" » ; M. FRANC & M. BOYON, *Chronique*, *AJDA*, 1974, p. 194 : la promulgation est « nécessaire » pour « parfaire la loi » ; F. HAMON & M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 39^e éd., LGDJ-Lextenso, 2018, n° 756, p. 767 : « La promulgation rend la loi parfaite et lui donne sa date [...] » ; J. HUET, « Le nouvel article 1^{er} du Code civil : une réforme confuse et timorée », in : *Libre droit : Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 441 : la promulgation est « un acte du pouvoir exécutif venant mettre un terme au processus législatif » ; D. G. LAVROFF, *Le droit constitutionnel de la V^e République*, 3^e éd., Dalloz, 1999, n° 238, p. 804, 806 et 808 : étant « la dernière étape de la procédure législative », la promulgation « a pour effet de mettre fin au processus législatif » et, de ce fait, elle « rend la loi parfaite » ; E. SAUVIGNON, « La promulgation des lois : Réflexions sur la jurisprudence Desreumeaux », op. cit., p.1003 : « La certification et la datation de la loi permettent de dire que la promulgation rend la loi parfaite et clôt la procédure législative » ; G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, préf. G. Carcassonne, O. Duhamel, Dalloz, [1949], 2002, p. 487 et 489 : « La promulgation est la dernière étape de la procédure législative [et] rend la loi parfaite [...] » (nous soulignons).

⁴⁵⁵ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., n° 139, p. 416 : « la loi sort parfaite des assemblées et [...] le Président [de la République] n'a rien à y ajouter, ni a y compléter » ; G. REVEL *La publication des lois, des décrets et des autres actes de l'autorité publique*, étude précitée, p. 134 : « La promulgation et la publication n'ajoutent rien à la perfection de la loi [qui] est parfaite et définitive dès qu'elle a été votée régulièrement par Parlement ».

⁴⁵⁶ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., n° 141, p. 424 : « lorsqu'on répète qu'elle est [la promulgation] l'acte de naissance de la loi, il faut entendre [...] non pas que la promulgation est l'acte donnant naissance à la loi, mais simplement qu'elle est l'acte constatant la naissance de la loi ».

⁴⁵⁷ CH. BEUDANT, *Cours de droit civil français, t.1 : Introduction-Explication du titre préliminaire du Code civil*, éd. A. Rousseau, 1896, n° 78, p. 83 : « Régulièrement élaborée et votée, la loi existe ; promulguée, elle devient exécutoire, susceptible d'être exécutée »

⁴⁵⁸ Sur ce point, la doctrine reprend pour l'essentiel un discours doctrinal qui remonte au 19^e siècle. V. à titre indicatif : D. Dalloz et al. (dir.), *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. 30, 1853, V° « Lois », Chap. 3, n° 122, p. 70 : « la loi était parfaite dès qu'elle avait été définitivement votée [et] ce vote seul lui donnait l'existence [...] » ; PH.-A. MERLIN (dir.), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4^e éd., t. 7, 1813, V° « Loi », § IV,

exemple, la fin de l' « élaboration législative » c'est le moment où la loi devient « parfaite », ou le moment où le texte adopté « [devient] de façon complète une loi »⁴⁵⁹. La promulgation est « nécessaire à la perfection de la loi » parce qu'elle est l' « acte de naissance de la loi », sans pour autant être « un acte de confection de la loi nécessaire pour compléter la force obligatoire de celle-ci »⁴⁶⁰. De même, une loi promulguée « existe » parce qu'elle est « exécutoire » et/ou apte à développer « quelques » effets juridiques, sans être encore « obligatoire », « opposable » ou apte à développer la « plénitude » de ses effets juridiques⁴⁶¹. Selon le même mode d'analyse, une loi adoptée « est parfaite [parce que] son contenu est définitivement fixé » mais elle « n'existe pas encore [parce qu'] elle ne dispose d'aucune valeur juridique »⁴⁶². On a pu même affirmer qu'une loi adoptée, mais non promulguée, est

p. 526 : sous le paragraphe consacré à « l'effet de la promulgation », il est affirmé que cette dernière « rend la loi exécutoire, c'est-à-dire susceptible d'exécution ; mais elle n'en nécessite pas l'exécution du même instant. L'exécution n'en devient obligatoire que par le laps d'un délai déterminé après la promulgation ». Conscients du manque de clarté de cette affirmation, les auteurs de la 5^e édition du répertoire Merlin ont ajouté « quelques réflexions » afin de la rendre « plus sensible » : « On dit d'un acte qu'il est exécutoire, quand il est dans la forme requise pour que l'exécution puisse en être commandé. Ainsi, une loi est exécutoire, lorsqu'elle est revêtue du caractère d'où dérive, pour les citoyens, l'obligation de s'y conformer [...] ». Or, si la loi « exécutoire » ne peut pas encore être « exécutée », c'est parce qu' « il faut préalablement que les citoyens qui doivent en exécuter les dispositions, soient légalement présumés en avoir acquis la connaissance » (*Ibid.*, 5^e éd., t. 18, 1827, V^o « Loi », § IV, p. 389).

⁴⁵⁹ G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 489 : après avoir affirmé que « la promulgation est la dernière étape de l'élaboration législative » (p. 487), l'auteur, sous le titre « Effets et portée juridique de la promulgation », précise que : « La promulgation rend la loi parfaite [...]. Sans doute, la mise en vigueur de la loi au regard des citoyens dépendra-t-elle en principe de sa publication au *Journal officiel* [...]. Mais par la promulgation le texte est devenu de façon complète une loi [...] ». Distinction et terminologie similaire retenues par : D. G. LAVROFF, *Le droit constitutionnel de la V^e République*, *op. cit.*, p. 806 et 808.

⁴⁶⁰ J. BARTHÉLEMY, P. DUEZ, *Précis de droit constitutionnel*, éd. Panthéon-Assas, [1933], 2004, p.740 : « La promulgation est un acte juridique qui est nécessaire à la perfection de la loi [...]. Mais [elle] n'est pas un acte de confection de la loi nécessaire pour compléter la force obligatoire de celle-ci [...]. Par la promulgation, qui a la portée d'un protocole, le Président de la République dresse l'acte de naissance de la loi, en constate d'une manière authentique le contenu ».

⁴⁶¹ B. SEILLER, « Acte administratif : régime », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2015 (actualisation : mai 2018), n^o 297-298 ; Id., « L'entrée en vigueur des actes unilatéraux », *AJDA*, 2004, p. 1463-1468.

⁴⁶² G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, *op. cit.* n^o 70, p. 53 : « Certes, l'adoption est susceptible d'entraîner certaines conséquences de droit, la saisine du Conseil constitutionnel, par exemple, car la loi est considérée comme parfaite dès ce moment, c'est-à-dire que son contenu est définitivement fixé. Mais pour autant, elle n'existe pas encore : elle n'est disposée d'aucune valeur juridique, celle-ci ne pouvant lui-être conférée que par la promulgation, et elle est insusceptible de recevoir exécution ».

une loi « parfaite » dont est établie la « naissance », mais non pas la « naissance constitutionnelle », l'« existence juridique » et la « valeur juridique »⁴⁶³.

Ce manque de clarté reflète un problème non pas terminologique, mais conceptuel : les auteurs ont recours à une terminologie imprécise et fluctuante parce qu'ils n'expliquent pas la différence entre le statut d'une loi promulguée et celui d'une loi qui est adoptée ou en vigueur⁴⁶⁴. Cela confirme que la conception traditionnelle de la promulgation ne peut pas rendre compte des données pertinentes du droit positif : affirmer que la promulgation est « l'acte par lequel le chef de l'exécutif atteste l'existence et commande l'exécution des lois » ne dit rien sur le statut de la loi promulguée elle-même, d'où le recours à des termes obscurs, comme « perfection » ou « existence », pour décrire ce statut, et d'où surtout l'absence de consensus sur la portée de ces termes et la façon dont ils devraient être employés.

Ce problème de conceptualisation est lié à l'approche organocentrique favorisée par les auteurs, voire à l'importance accordée à l'organe promulguant au détriment de la loi promulguée. Marcel Prélot et Jean Boulois, par exemple, présentent la promulgation dans les termes suivants, dans le chapitre de leur manuel consacré au Président de la République : d'une part, ils affirment que la promulgation et la demande d'une nouvelle délibération constituent les deux « manières » dont le

⁴⁶³ S. FERRARI, *La rétroactivité en droit public français, op. cit.*, n° 829-830, p. 638-640 : « Alors que la date de *naissance* de la loi coïncide bien avec le jour où celle-ci a été définitivement votée par le Parlement, la date de son *existence juridique*, de son édicition est celle de sa promulgation [...]. [L]a promulgation semble bien être un élément constitutif de la loi, mais n'affecte aucunement sa nature, la loi étant *parfaite* dès son adoption [...]. La loi simplement votée [...] reste cependant *dépourvue de valeur juridique* [...]. Formellement, la promulgation donne sa date officielle à la loi, marquant ainsi sa *naissance constitutionnelle* » (nous soulignons). Dans un sens similaire : G. BAUDRY-LACANTINERIE & M. HOUQUES-FOURCADE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t.1^{er}, 3^e éd., Sirey, 1907, n° 84, p. 77 et n° 89, p. 80 : « Une loi n'*existe* que lorsqu'elle a été votée par les deux chambres dans des termes identiques. Elle n'est *parfaite* que lorsque ce double vote est acquis » ; « la promulgation est *l'acte de naissance de la loi*, car c'est la constatation par le chef de l'État de son origine, qu'il certifie conforme aux règles constitutionnelles. Mais c'est en même temps un ordre du pouvoir exécutif à tous ceux que la loi régit d'avoir à lui obéir. La promulgation rend donc son *existence certaine*, authentique [...] » (nous soulignons).

⁴⁶⁴ Il n'est pas par ailleurs nécessaire de fournir une explication détaillée de cette différence afin de se rendre compte du manque de clarté qui caractérise la terminologie et les distinctions retenues par la doctrine. Ainsi, on a pu affirmer dès la fin du 20^e siècle que « la promulgation n'a pas pour effet de rendre la loi exécutoire, par l'excellente raison que la distinction entre la force exécutoire et la force obligatoire est incompréhensible [...]. Par quel mystérieux partage, enfin, la promulgation engendret-elle la force exécutoire, et la publication la force obligatoire ? », A. CARPENTIER et al., *Répertoire général alphabétique du droit français*, t. 26, Sirey, 1898, V° « Lois et décrets », n° 141, p. 612. Il n'en reste pas moins que les auteurs de ces lignes retiennent une autre distinction qui ne s'avère pas moins problématique : ils distinguent la force exécutoire « virtuelle », établie dès l'adoption, de la force exécutoire « actuelle », établie après la publication.

président de la République « participe à la procédure législative » ; d'autre part, ils affirment que « la promulgation n'est pas un élément de formation de la loi qui, sous réserve de ce contrôle [*a priori* de constitutionnalité], est parfaite du seul fait de son adoption définitive par le Parlement »⁴⁶⁵.

Ce découpage des étapes qui vont de l'adoption jusqu'à la promulgation s'appuie sur un seul critère : celui du rôle que le président de la République joue après l'adoption de la loi, d'où la subsumption sous une même catégorie des deux compétences – la demande d'une nouvelle délibération et la promulgation – dont l'exercice lui est réservé⁴⁶⁶. Or, cette classification méconnaît une donnée du droit positif qui distingue la promulgation de la demande d'une nouvelle délibération et relie cette dernière au contrôle *a priori* de constitutionnalité : la promulgation met toujours un terme à la possibilité de remettre l'adoption d'une loi en cause, que ce soit par l'initiative du chef de l'exécutif, qui peut seul demander une nouvelle délibération, ou par l'initiative d'autres organes constitutionnels, qui peuvent saisir le juge constitutionnel.

Plus significative encore est la façon dont Georges Burdeau justifiait son choix, lors d'un cours de droit constitutionnel dispensé sous la Quatrième république, de traiter la promulgation non pas sous le chapitre consacré au Président de la République, comme c'est souvent le cas dans les manuels de droit constitutionnel, mais sous un chapitre intitulé « La procédure législative » :

« La promulgation est l'acte par lequel l'autorité qualifiée par la Constitution – en général le chef de l'État – constate l'existence de la loi en attestant qu'elle a régulièrement pris naissance. C'est en quelque sorte l'authentification du texte. La promulgation n'est pas un acte qui contribue à la formation de la loi qui *préexiste* à son intervention. Par conséquent son auteur ne participe pas à l'exercice de la puissance législative. *Si donc je traite ici de la promulgation dans le cadre de la procédure législative, c'est pour ne pas interrompre les développements relatifs au processus d'élaboration de la loi*, mais il doit être bien entendu que, juridiquement, la

⁴⁶⁵ M. PRÉLOT & J. BOULOUIS, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 11^e éd., Dalloz, 1990, n° 451, p. 723.

⁴⁶⁶ De façon significative, les deux auteurs analysent la promulgation sous un paragraphe intitulé « La participation du Président à la procédure législative ».

promulgation n'est pas un acte de nature législative. En la prononçant le Président se borne à constater l'existence de la loi, il n'ajoute rien à sa substance ni à son autorité »⁴⁶⁷.

Dans ce passage, l'auteur avoue, pour ainsi dire, que la conception traditionnelle de la promulgation est inadéquate pour saisir l'ordre dans lequel se succèdent les étapes de l'« élaboration » des lois : cette conception ne nous permet pas d'expliquer la place que la promulgation occupe parmi les étapes qui sont postérieures à l'adoption mais dont l'accomplissement peut néanmoins déterminer *si, et avec quelle teneur*, le texte adopté deviendra éventuellement une « Loi », c'est-à-dire un texte qui est apte à s'insérer sous ce titre au *Journal officiel* et à remplir, le cas échéant, les autres conditions dont dépend son entrée en vigueur. En effet, l'adoption d'une loi sous la Quatrième République pouvait être remise en cause après une demande de nouvelle délibération ou après une saisine du Comité constitutionnel⁴⁶⁸. Dans quel sens alors la loi « préexiste »-t-elle à sa promulgation, étant donné qu'il n'est pas certain si, et avec quelle teneur, le texte adopté par le parlement deviendra une « Loi » au sens susmentionné⁴⁶⁹ ?

§ 2 – Le statut de la loi promulguée : diversité et ambiguïtés des explications théoriques

Il pourrait être objecté que les inconvénients susmentionnés demeurent terminologiques et non conceptuels : quels que soient les termes utilisés pour décrire le statut d'une loi promulguée – et ses différences par rapport au statut d'une loi adoptée ou en vigueur –, et quel que soit le degré d'imprécision de ces termes, ce sont toujours les mêmes données juridiques qui sont visées. En effet, les auteurs invoquent trois séries de données en la matière.

⁴⁶⁷ G. BURDEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Cours de droit, 1956-1957, p. 571.

⁴⁶⁸ Article 36 al. 2, et articles 91 et 92 de la Constitution du 27 octobre 1946.

⁴⁶⁹ *Rappr.* la remarque d'un auteur civiliste à propos du recours pour inconstitutionnalité prévu par l'art. 37 de la Constitution de l'an 8 (1799) : « tant que ce recours était possible, la loi n'avait pas une existence certaine et définitive, et ne devait pas, dès lors, être promulguée », DEMANTE A.-M., *Cours analytique de Code civil*, 2^e éd., t.1, Plon, 1881, p. 37.

Promulgation et exercice du pouvoir législatif – En premier lieu, certains auteurs se réfèrent à la « (pré)existence » ou à la « perfection » de la loi adoptée afin de montrer que l'organe promulguant ne participe pas à l'exercice du pouvoir législatif. Or, le recours à cette terminologie contourne plutôt qu'il ne creuse la question posée : employer un certain mot, plutôt qu'un autre, pour qualifier une donnée du droit positif n'explique pas si cette donnée relève ou non de l'exercice du pouvoir législatif. Ainsi, affirmer que la loi « (pré)existe » ou qu'elle est « parfaite » avant sa promulgation n'explique toujours pas pourquoi cette dernière ne fait pas partie de l'exercice du pouvoir législatif. Ce qui explique cela, c'est l'articulation entre les règles qui régissent la promulgation et celles qui régissent les autres étapes qui sont postérieures à l'adoption : ce qui ressort de ce faisceau normatif, c'est que la compétence accordée à l'organe promulguant n'implique pas le pouvoir de remettre en cause la *décision politique ou juridictionnelle* des organes qui ont élaboré ou approuvé le dispositif du texte soumis pour promulgation⁴⁷⁰.

Les données jurisprudentielles – En deuxième lieu, la doctrine invoque certaines données jurisprudentielles qui sont censées montrer que la loi « existe » dès sa promulgation.

Il importe de remarquer que les exemples jurisprudentiels invoqués par les auteurs sont presque tous relatifs à des actes administratifs : les auteurs présument, sans autre explication, que les mêmes solutions valent aussi pour les lois⁴⁷¹. Ils considèrent en d'autres termes que les lois « existent » dès leur promulgation de la même façon que les actes administratifs « existent », eux, dès leur signature. Or, cette assimilation ne va pas de soi.

Par exemple⁴⁷², un argument communément invoqué concernant l'« existence » des actes administratifs est tiré des conditions de recevabilité du recours pour excès de

⁴⁷⁰ Plus analytiquement : *Infra*, Titre II, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 2.

⁴⁷¹ V. en ce sens G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français, op. cit.*, n° 71 § p. 53 s., avec de nombreux renvois à la doctrine et à la jurisprudence.

⁴⁷² Par souci de concision, nous n'insisterons pas ici sur un autre exemple qui est également relatif au contrôle de constitutionnalité des lois. En effet, les analyses relatives à l'« existence » des actes juridiques, dont celles qui traitent indistinctement les lois et les actes administratifs, invoquent, entre autres, un argument tiré du contentieux de la légalité des actes administratifs. Selon cet argument, c'est parce que les actes administratifs « existent » à partir de leur signature que leur légalité est

pouvoir : si le délai de recours commence avec la publication (ou la notification) de l'acte, il n'en reste pas moins que ce dernier est susceptible de recours dès sa signature⁴⁷³. Or, les lois peuvent faire l'objet d'un recours en inconstitutionnalité avant leur promulgation, et cette possibilité constitue le critère même qui distingue le contrôle *a priori* du contrôle *a posteriori* de constitutionnalité. De deux choses l'une alors : soit le critère de la recevabilité du recours n'est pas déterminant, soit les critères de l'« existence » ne sont pas les mêmes pour les lois et les actes administratifs⁴⁷⁴.

Qui plus est, l'analyse proposée par la doctrine ne s'avère pas satisfaisante même lorsqu'elle s'appuie sur des solutions jurisprudentielles qui peuvent en principe s'appliquer aux lois aussi. En effet, la doctrine insiste surtout sur deux séries de données jurisprudentielles. D'une part, la jurisprudence reconnaît que le défaut ou l'irrégularité de la publication d'un acte n'affecte pas l'« existence » de ce dernier mais uniquement son entrée en vigueur (ou son « opposabilité », sa « force

appréciée par rapport aux textes qui étaient en vigueur en ce moment (G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, *op. cit.*, n° 73, p. 56 ; J. PETIT, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, thèse, préf. J. Moreau, LGDJ, 2002, n° 217, p. 107-108). Cette solution s'applique aussi aux textes qui régissent la procédure d'édiction des actes administratifs : l'édiction d'un acte doit être conforme au texte qui est en vigueur au moment de sa signature, et ce même si un nouveau texte est déjà signé à ce moment ; la procédure prévue par le nouveau texte ne s'impose pas à l'administration avant que ce dernier n'entre en vigueur (CE 30 juillet 2003, *Groupeement des éleveurs mayennais de trotteurs (GEMTROT)*, n° 237201, *Rec.* p. 346, *RFDA* 2003, p. 1134, conclusions F. SÉNERS, *AJDA* 2003, p. 1813, chronique F. DONNAT & D. CASSAS, *DA*, 2003, n° 8-9, comm. 162). Or, le Conseil constitutionnel n'a pas retenu la même solution pour ce qui concerne les textes qui régissent la procédure d'élaboration des lois : il a jugé que les dispositions constitutionnelles qui régissent la matière sont celles qui sont en vigueur au moment du dépôt du projet de loi dont la loi déférée est issue, et non pas celles qui sont en vigueur au moment de l'adoption de cette dernière (CC décision n° 2003-474 DC du 17 juillet 2003, *Loi de programme pour l'outre-mer*, cons. 11)

⁴⁷³ G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, *op. cit.*, n° 73, p. 57 ; B. SEILLER, « L'entrée en vigueur des actes unilatéraux », *op. cit.* ; Id., « Acte administratif : régime », *op. cit.*, n° 300.

⁴⁷⁴ Cf. B. SEILLER, « Acte administratif : régime », *op. cit.*, n° 297 : après avoir remarqué que la publication n'affecte pas l'« existence » d'un acte administratif ou législatif, l'auteur remarque que « [l]a nécessité d'une promulgation du texte concerné n'influe pas plus sur l'existence de celui-ci même si elle touche à cette dernière », la raison étant que « [l]a promulgation constitue un acte juridique à part entière, qui prend acte de l'existence d'un acte antérieur », voire « une formalité particulière, préalable à la publication mais postérieure à la naissance juridique de l'acte concerné ». Cet argument permet d'éviter l'objection que nous venons de formuler mais il ne s'avère pas satisfaisant non plus. Il présente en effet les défauts évoqués au paragraphe précédent : en quoi consiste l'« existence » ou la « naissance juridique » d'un acte législatif ? ; Qu'est-ce qu'il fait entendre lorsqu'on affirme que la promulgation « prend acte » de cette « existence » ?

obligatoire », etc.)⁴⁷⁵. D'autre part, le juge administratif n'annule pas les mesures réglementaires dites « anticipées »⁴⁷⁶. Il s'agit d'actes réglementaires pris pour l'application d'un acte législatif ou d'un autre acte réglementaire qui est promulgué ou signé⁴⁷⁷, sans être encore en vigueur ; la jurisprudence n'annule pas ces mesures réglementaires⁴⁷⁸, mais elle exige que leur entrée en vigueur ne soit pas antérieure à celle de l'acte pour l'application duquel elles ont été prises⁴⁷⁹.

La jurisprudence relative à la publication n'est pas déterminante : le fait que la publication n'affecte que l'entrée en vigueur d'un acte ne fournit pas en soi un indice quant au moment préalable à compter duquel l'acte « existe ». Qui plus est, le lien (ou l'absence de lien) entre la publication et l'« existence » relève d'une donnée contingente du droit positif : de même que la loi peut subordonner l'« existence » d'un acte administratif à sa publication⁴⁸⁰, une Constitution peut subordonner à la même condition l'« existence » des lois⁴⁸¹.

⁴⁷⁵ D'après un arrêt communément cité, « l'existence d'un acte administratif n'est pas subordonnée à sa publication ou à sa notification », CE Ass., 21 décembre 1990, n° 11147, *Confédération nationale des associations familiales catholiques Rec.* p. 368, conclusions B. STIRN, *AJDA* 1991, p. 91, obs. C.M., F.D. et Y.A.G., *D.* 1991 p. 283, note SABOURIN, *RFDA* 1990, p. 1065, conclusions B. STIRN, *RDSS* 1991, p. 228, note AUBY. Plus analytiquement : G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français, op. cit.*, n° 73, p. 55, et les arrêts cités.

⁴⁷⁶ G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français, op. cit.*, n° 73, p. 55 ; J. PETIT, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne, op. cit.*, n° 215, p. 106-107.

⁴⁷⁷ En revanche, la solution dont il est ici question n'est pas admise lorsqu'une loi n'est même pas promulguée : CE 12 janvier 2005, *Congrès de la Nouvelle-Calédonie*, n°255272, *Rec.* p. 15, *AJDA* 2005, p. 552, conclusions DONNAT, *RJF* 2005, n° 370, *DA* 2005, n° 90, note DONNAT. Cette affaire porte sur la promulgation des lois du pays, laquelle ne fait pas partie de la présente étude, mais on peut raisonnablement présumer que la solution en l'espèce retenue vaut aussi pour la promulgation des lois ordinaires. Toutefois, nous n'avons pas pu trouver des exemples jurisprudentiels correspondants.

⁴⁷⁸ Cette solution s'appliquait initialement aux mesures anticipées à caractère individuel aussi : CE sect. 27 mars 1936, *Bonny* (1^{er} espèce), *Rec.* p. 387, *S.* 1937 III, p. 89, conclusions RENAUDIN, *D.* 1938 III p. 34, conclusions RENAUDIN, note M. WALINE, où le commissaire du gouvernement affirmait que « La distinction a été faite depuis longtemps entre le moment où un texte a une existence et une valeur légales et celui où il s'impose au public. Les prescriptions législatives ne contraignent les intéressés qu'un jour franc après la publication ; mais le texte existe légalement indépendamment de sa publication et l'administration peut prendre immédiatement des mesures d'exécution, liberté étant laissée aux administrés de ne pas s'y plier avant qu'à leur égard le texte soit devenu obligatoire » (*S.* 1937 III, p. 90, col.1). Pour l'évolution de la jurisprudence sur ce point, v. G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français, op. cit.*, n° 745, p. 589-590.

⁴⁷⁹ Pour une formulation explicite de cette solution, v. CE 30 juillet 2003, *Groupeement des éleveurs mayennais de trotteurs (GEMTROT)*, précité : « des mesures réglementaires peuvent être prise pour l'application d'une disposition existante mais non encore publiée, à la condition qu'elles n'entrent en vigueur avant que la disposition sur laquelle elles se fondent ait été régulièrement rendue opposable aux tiers ».

⁴⁸⁰ CE 30 mais 1945, *Boitard*, *Rec.* p. 109 : en vertu d'un décret, « tout arrêté de nomination aux emplois réservés en Algérie, à quelque titre que ce soit, qui n'a pas fait l'objet d'une publication au Journal officiel de la République française et au Journal officiel de l'Algérie, est nul et non advenu et

Quant aux mesures d'application anticipées, il reste toujours à expliquer pourquoi le juge exige que leur entrée en vigueur ne soit pas antérieure à celle de l'acte en application duquel elles sont prises. Il décide ainsi parce qu'il considère que ces mesures ne sont pas dépourvues de base légale ou, au contraire, parce qu'il considère que leur défaut de base légale est couvert – et ne saurait donc suffire pour entraîner leur annulation – dès lors que leur entrée en vigueur soit postérieure ou au moins concomitante par rapport à celle de l'acte législatif⁴⁸²?

Mais supposons que la jurisprudence en question soit motivée par la première considération et que le juge reconnaisse, par conséquent, qu'un acte législatif « existe » dès sa promulgation⁴⁸³. Dans ce cas, il reste toujours à expliquer deux

peut être déféré au Conseil d'État sans aucune condition de délai » (nous soulignons). Nous présumons que la même condition peut être établie, à plus forte raison, par une loi.

⁴⁸¹ La Constitution grecque de 1952 disposait, dans son art. 36, que la loi est « non valide » (« άκυρος », ce qui peut être traduit aussi comme « caduque ») si sa publication n'a pas eu lieu dans un délai de deux mois après la fin de la session parlementaire au cours de laquelle elle a été adoptée.

⁴⁸² Cette seconde explication est défendue par : J. CARBAJO, *L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires*, thèse, préf. J.-F. Lachaume, LGDJ, 1980, p. 26 ; CH. EISENMANN, « Sur l'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales », in : *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 201-216, spéc. p. 209-210. La jurisprudence visée par ces auteurs concerne des mesures anticipées prises en application d'un acte réglementaire, mais la question se pose dans les mêmes termes pour les lois.

⁴⁸³ Dans ce cas pourtant, il faut expliquer la différence établie par la jurisprudence entre les actes réglementaires et les décisions individuelles : ces dernières, lorsqu'elles sont anticipées, elles sont souvent annulées pour « manque de base légale » (mais il faut encore distinguer, peut-être, entre les décisions prises sur le fondement d'un acte qui n'a jamais été publié ou dont la publication a été particulièrement tardive par rapport à l'édiction de la décision anticipée, et celles qui sont simplement prises peu de temps avant la publication et l'entrée en vigueur de l'acte concerné). Une explication proposée est la suivante : les mesures réglementaires sont pris *pour* l'application d'une loi, mais leur fondement (le texte *en* application duquel elles sont prise) est la Constitution elle-même qui consacre un pouvoir réglementaire autonome ; en revanche, les décisions anticipées sont annulées pour « manque de base légale » parce que leur fondement est la loi ou le règlement qui n'est pas encore en vigueur. Cette explication soulève deux problèmes. D'une part, il faut montrer que la jurisprudence en question porte effectivement sur des actes réglementaires dont l'édiction est fondée sur le pouvoir réglementaire autonome, et non pas sur une habilitation législative (v. sur ce point la distinction établie par F. SÉNERS, conclusions sur CE 30 juillet 2003, *Groupement des éleveurs mayennais de trotteurs [GEMTROT]*, précité ; v. aussi : A. LEGRAND, « Incompétence », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, 2001 (actualisation : juin 2014), n° 90, et la jurisprudence citée). D'autre part, et surtout, G. ÉVEILLARD, qui a proposé l'explication ici présentée, affirme explicitement que les actes réglementaires anticipés sont « illégaux au moment de leur édicton ». Selon cet auteur, « le règlement d'application, illégal au moment de son édicton, sera légal au moment de son entrée en vigueur », et ce en vertu de la jurisprudence qui exige que l'entrée en vigueur du règlement d'application ne soit pas antérieure à celle de la loi. Or, cette exigence contredit l'explication proposée par ce même auteur : si le fondement de ces actes était la Constitution et non pas la loi, l'entrée en vigueur de cette dernière devrait être indifférente pour leur légalité (ou, à tout le moins, pour leur légalité externe). Sur ces questions, qui ne peuvent pas être creusées ici, v. G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, op. cit., n° 741 s., p. 586 s., pour la distinction entre les actes anticipés en fonction de leur caractère réglementaire ou individuel, et n° 747-748, p. 591-592, pour l'explication de cette différenciation. Sur le même sujet, v. J.-Y. VINCENT, note sous CE 4 juillet 1975, *Delfini*, *JCP G* 1974 II, 18666, spéc. le paragraphe I.A, qui propose une analyse

problèmes : la qualité que le juge reconnaît à une loi lorsqu'il reconnaît que celle-ci « existe » ; la raison pour laquelle il attache cette qualité à la promulgation.

Promulgation et entrée en vigueur – Enfin, et en troisième lieu, certains auteurs remarquent que la loi promulguée est « existante » ou « parfaite » ou dotée d'une « valeur juridique » parce que sa teneur est « définitive » et son entrée en vigueur est désormais « possible » ou « certaine »⁴⁸⁴. Cette thèse est partiellement vraie. Pour la remanier, il faut établir une série de distinctions et précisions.

Premièrement, et selon la thèse en question, la loi promulguée est dotée d'une teneur « définitive » parce qu'elle n'est plus apte à faire l'objet d'un contrôle *a priori* de sa constitutionnalité⁴⁸⁵. Or, le caractère « définitif » de la teneur de la loi promulguée relève d'un trait conceptuellement nécessaire de la promulgation, et non pas d'un trait que la promulgation possède lorsqu'elle coexiste avec le contrôle *a priori* de constitutionnalité : un acte de promulgation est, entre autres choses, un acte dont l'accomplissement met un terme à la possibilité de modifier la teneur d'un texte adopté, que ce soit par l'exercice d'un contrôle *a priori* de constitutionnalité ou par d'autres moyens, comme la demande d'une nouvelle délibération.

Deuxièmement, il est inexact d'affirmer que la loi promulguée « peut » entrer en vigueur : elle peut remplir les *conditions* dont dépend son entrée en vigueur, à

plus nuancée pour les décisions anticipées : leur annulation dépend de la durée plus ou moins longue qui sépare leur édicition de la publication (et de l'entrée en vigueur) de l'acte sur le fondement duquel elles ont été prises. Sur la jurisprudence rendue avant la consécration, par la Constitution actuelle, d'un pouvoir réglementaire autonome, v. G. LIET-VAUX, « Des conséquences du défaut de publicité des actes administratifs à propos des publications d'urgence », note sous CE sect. 24 novembre 1950, *Leblanc, RA* 1951, p. 47 ; G. MORANGE, note sous CE 26 novembre 1954, *Demoiselle Balthazard, D.* 1955, p. 525.

⁴⁸⁴ G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires, op.cit.* n° 70, p. 53 : la loi est « édictée » au moment sa promulgation, et non pas au moment de son adoption, parce que, entre autres raisons, au moment de l'adoption « son entrée en vigueur n'est pas encore certaine, puisqu'elle est encore susceptible d'être déclarée inconstitutionnelle ». Selon le même auteur (*ibid.*, n° 69, p. 53) « L'édition de la loi nouvelle correspond au moment où, la procédure d'adoption ayant été achevée, le texte peut entrer en vigueur » ; S. FERRARI, *La rétroactivité des lois, op.cit.* n° 830, p. 639 : « La loi simplement votée [...] reste dépourvue de valeur juridique et reste insusceptible de recevoir exécution. Seule la promulgation lui permet d'accéder à l'une et à l'autre et, ce faisant, de rendre certaine son entrée en vigueur ».

⁴⁸⁵ G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires, op.cit.* n° 70, p. 53 ; S. Ferrari, *La rétroactivité des lois, op.cit.* n° 830, p. 639 : « [...] la loi promulguée devient définitive, en ce sens que sa constitutionnalité ne peut plus être directement contestée par voie d'action [et] son existence, ainsi que sa teneur, son certaines à compter de ce moment ».

commencer par sa publication officielle sous le titre de « Loi »⁴⁸⁶. Il est plus exact encore d'affirmer que la loi promulguée peut remplir les conditions *ultérieures* dont dépend son entrée en vigueur : c'est parce que sa teneur est désormais définitive qu'un texte adopté peut remplir les (autres) conditions dont dépend son entrée en vigueur, à commencer par sa publication officielle sous le titre de « Loi ».

Enfin, et surtout, il est inexact d'affirmer que la promulgation rend « certaine » l'entrée en vigueur⁴⁸⁷. Cette affirmation entretient une double confusion. D'une part, il faut distinguer entre ce qui est souvent le cas et ce qui est nécessairement le cas : l'entrée en vigueur d'une loi promulguée est « certaine » assez souvent, mais pas nécessairement. Elle est « certaine » lorsqu'elle est régie par les règles de droit commun : faute de disposition contraire, les lois entrent en vigueur le lendemain leur publication. Or, il n'y a aucun lien nécessaire entre la promulgation elle-même et le caractère « certain » de l'entrée en vigueur : il est loisible au législateur de subordonner l'entrée en vigueur d'une loi particulière à une condition, postérieure à l'adoption, dont la réalisation ou la date de réalisation est incertaine⁴⁸⁸. Ceci étant, et d'autre part, il faut distinguer entre la publication et l'entrée en vigueur et, plus précisément, entre le caractère obligatoire de la première et le caractère « certain » de la deuxième : la consécration de la promulgation implique toujours l'obligation de publier les lois promulguées ; en ce sens, la promulgation rend « certaine » la publication, mais la publication ne rend pas toujours « certaine » l'entrée en vigueur.

⁴⁸⁶ *Comp.* R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t.1, 14^e éd., Montchrestien, 2000, n° 96, p. 70, qui remarque, à jute titre, que le contrôle *a priori* de constitutionnalité des lois s'exerce « tant [que les lois] n'ont pas été promulguées (c'est-à-dire tant qu'elles sont insusceptibles d'entrer en vigueur) [487] ».

⁴⁸⁷ S. FERRARI, *La rétroactivité des lois*, *op.cit.* n° 830, p. 640 : « La loi [promulguée] ne remplit cependant pas encore toutes les conditions nécessaires pour la faire entrer en vigueur. Bien qu'édictee, elle doit encore être portée à la connaissance des sujets de droit et leur être rendue obligatoire ». Le même auteur affirme pourtant (n° 830, p. 639), que « la loi simplement votée [...] reste cependant dépourvue de valeur juridique et reste insusceptible de recevoir application. Seule la promulgation lui permet d'accéder à l'une et à l'autre et, ce faisant, de rendre certaine son entrée en vigueur ».

⁴⁸⁸ Il est loisible par ailleurs au législateur d'abroger une loi promulguée qui n'est pas encore en vigueur. Ce cas de figure présuppose que la nouvelle loi entre en vigueur avant la loi qu'elle abroge, ce qui est tout à fait possible lorsque le législateur a prévu un décalage assez long entre la promulgation et l'entrée en vigueur de la loi initiale.

TITRE II : PROPOSITION D'UN CONCEPT ALTERNATIF DE PROMULGATION

« Some words can be defined in terms of other words [...] But definitions can't be the basis of meaning for all words, or we'd go forever in a circle »⁴⁸⁹.

De ce qui précède, on pourrait affirmer que les différents défauts des analyses doctrinales sur la promulgation se ramènent à deux défauts d'ordre méthodologique. Le premier défaut porte sur le niveau d'abstraction des analyses proposées : les auteurs ne distinguent pas entre les données contingentes du droit positif relatives à la promulgation et les traits pérennes de cette dernière. Ainsi, ils érigent en traits distinctifs de la promulgation des traits que cette dernière présente souvent, mais pas nécessairement. Par exemple, c'est une chose de constater que la promulgation est en principe confiée au chef de l'exécutif ; c'est une autre chose de définir la promulgation comme un acte du chef de l'exécutif et d'en offrir une explication qui part de cette prémisse : si le droit positif peut confier la promulgation au président de l'Assemblée, il faut que les explications de la promulgation puissent rendre compte de cette donnée également.

Le second défaut méthodologique est lié au premier : faute d'une étude exhaustive des données du droit positif qui leur aurait permis de distinguer entre les traits contingents et les traits pérennes de la promulgation, les auteurs insistent plus sur la définition du terme « promulgation » que sur l'analyse de l'objet que ce terme désigne. Par exemple, c'est une chose d'affirmer que le mot « promulgation » désigne un acte qui « atteste l'existence de la loi » ; c'est une autre chose d'expliquer l'état de choses que cette expression désigne, c'est-à-dire d'expliquer ce que c'est

⁴⁸⁹ TH. NAGEL, *What does it all mean ? : A very short introduction to philosophy*, Oxford University Press, 1987, p. 39.

l'« existence » d'une loi, et ce que c'est pour un acte d'« attester » cette « existence »⁴⁹⁰.

On pourrait alors reprocher aux études existantes un défaut de conceptualisation : le terme « promulgation » désigne un objet dont la doctrine ne précise pas le concept faute d'identifier ses traits essentiels, voire les traits en vertu desquels un certain objet constitue ce que l'on appelle « promulgation ».

L'intérêt d'une analyse conceptuelle – Il pourrait être objecté qu'une analyse conceptuelle serait inutile : s'il y a eu une époque où le terme « promulgation » était employé pour désigner la publication, il y a actuellement, et depuis longtemps, un consensus, en pratique et en doctrine, concernant l'emploi correct de ce terme⁴⁹¹. Selon cette objection alors, le concept de promulgation est suffisamment clair, d'où le consensus sur l'objet que ce terme désigne. Il y a trois réponses à cette objection.

En premier lieu, le consensus susmentionné peut être implicite ou même intuitif : on peut être en position d'identifier l'objet qu'un terme désigne sans être en position d'identifier ou de se mettre d'accord sur les traits distinctifs de cet objet⁴⁹². Par exemple, si les auteurs ne sont pas d'accord sur les fonctions de la promulgation, c'est qu'ils ne sont pas d'accord sur un trait distinctif de l'acte que le terme « promulgation » désigne. Ainsi, les auteurs raisonnent comme s'ils n'étaient pas d'accord sur la définition du terme « promulgation », alors que leurs divergences portent sur le concept, voire sur les traits distinctifs de l'objet que ce terme désigne : derrière les différentes définitions de la promulgation et les différents termes employés pour en décrire les « effets », il se cache un désaccord ou même un embarras relatif aux traits qui sont spécifiques à l'acte que ce terme désigne.

⁴⁹⁰ Ainsi, les auteurs raisonnent comme s'ils n'étaient pas d'accord sur la signification du terme « promulgation », tandis que leurs divergences portent sur le concept, voire sur les traits distinctifs de l'objet que ce terme désigne : derrière les différentes définitions de la promulgation et les différents termes employés pour en décrire les « effets », il se cache un désaccord ou même un embarras relatif aux traits qui sont spécifiques à l'acte que ce terme désigne.

⁴⁹¹ *Supra*, Titre I, Chapitre 1^{er}, introduction.

⁴⁹² *Rappr.* D. ROSS, *The Right and the Good*, Oxford University Press, [1930], 2002, p. 2 : « Even if two people find that the things the one calls red are just the things the other calls red, it is by no means certain that they mean the same quality ».

Il s'avère encore, et en deuxième lieu, que les analyses en la matière portent sur l'acte de promulgation, dont elles disputent et cherchent à identifier les fonctions, les « effets », ou même la « nature »⁴⁹³. Or, le terme « promulgation » ne désigne pas seulement un acte : il désigne aussi une institution, c'est-à-dire un faisceau de règles et de pratiques correspondantes, qui comprend notamment, mais pas uniquement, l'accomplissement d'un certain acte. Pour expliquer alors la promulgation, il faut aussi identifier les traits distinctifs de l'institution dont l'acte de promulgation fait partie.

Ceci étant, et en troisième lieu, l'institution de promulgation joue un rôle important dans nos pratiques institutionnelles : elle fournit aux agents du système juridique un critère formel qui leur permet de distinguer avec précision entre, d'une part, la période pendant laquelle l'adoption d'un texte législatif peut être remise en cause et, d'autre part, le moment à compter duquel ce même texte peut remplir les conditions dont dépend son entrée en vigueur, à commencer par sa publication officielle sous le titre de « Loi ». En ce sens, expliquer l'institution de la promulgation revient à expliquer une partie de l'institution de l'entrée en vigueur : consacrer la promulgation revient à consacrer un critère qui marque avec précision le moment où s'achève la procédure d'édiction des lois et commence la procédure de leur entrée en vigueur. Or, jusqu'à présent, aucune étude ne s'est intéressée au lien entre les deux institutions. Plus précisément, aucune étude ne s'est penchée sur la question suivante : y a-t-il un quelconque lien entre la consécration d'une institution comme celle de la promulgation, et la consécration d'une institution comme celle de l'entrée en vigueur ?

L'objet d'une analyse conceptuelle – Ceci étant, et pour délimiter l'objet de notre analyse, il convient de revenir sur le consensus établi en la matière.

Il importe ici de rappeler que les désaccords doctrinaux sur la promulgation sont sous-tendus par un consensus sur ce qui compte, en premier lieu, comme

⁴⁹³ La question de la « nature » de la promulgation était surtout débattue sous la Troisième République. Il s'agissait de savoir si la promulgation est un acte de « nature » exécutive ou législative, voire si l'organe promulgant participe ou non à l'exercice du pouvoir législatif. Sur cette question : *Supra*, Titre I, Chapitre 2, Section 2, § 2).

« promulgation ». Il en va de même, depuis 1973 et l'arrêt *Commune de Montory*, pour le discours jurisprudentiel : ce qui diffère d'un arrêt à l'autre, c'est la définition du terme « promulgation », qui s'adapte aux données et aux besoins de l'affaire litigieuse ; ce qui ne diffère pas, c'est le référent de ce terme, c'est-à-dire l'acte visé par les différentes définitions. Qui plus est, ce consensus porte même sur les actes qui ne correspondent pas aux définitions doctrinales ou jurisprudentielles de la promulgation : la promulgation accomplie par le président de l'Assemblée, la promulgation dont la formule n'exprime aucun « commandement » et ne fait aucune allusion à l'« exécution » de la loi, ou même la promulgation « automatique » qui n'est pas soumise à un délai de réflexion, sont toutes des exceptions par rapport aux cas typiques, tels qu'ils sont présentés dans le discours jurisprudentiel et doctrinal. Toutefois, et à notre connaissance, aucun auteur n'a songé à exclure ces actes atypiques, et les règles qui les régissent, de la catégorie juridique de « promulgation ».

Or, reconnaître un acte comme un acte de promulgation revient à lui reconnaître – fut-ce implicitement ou intuitivement – certains traits qui lui sont essentiels, c'est-à-dire constitutifs de sa qualité d'acte de promulgation⁴⁹⁴. Pour identifier ces traits il faut creuser deux séries de questions. D'une part, il faut se pencher sur les données du droit positif afin d'identifier les traits qui sont communs à tout acte de promulgation (Chapitre 1^{er}). D'autre part, il faut expliquer les données pertinentes du droit positif, ce qui revient à expliquer la façon dont les traits qui sont communs à tout acte de promulgation déterminent notre concept de promulgation : il s'agit d'expliquer la façon dont ces traits rendent intelligible l'emploi du terme promulgation même à

⁴⁹⁴ Il est en effet possible d'employer un mot pour désigner certaines choses, et non pas d'autres, sans pour autant être en position de rendre explicites toutes les règles qui gouvernent cette pratique de qualification et de classification. Corrélativement, il est possible de posséder un concept sans être en position d'identifier explicitement tous les traits distinctifs de la chose que le concept désigne : le concept que nous possédons se manifeste dans les opérations de qualification et de classification par lesquelles nous reconnaissons que certaines choses spécifiques, et non pas d'autres, sont des instances de la chose dont nous avons le concept. Il se peut en d'autres termes que nous maîtrisons un concept de façon perfectible. Sur cette idée, v. J. RAZ, « Two Views of the Nature of the Theory of Law : A Partial Comparison », in : *Id.*, *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, 2009, p. 47-87, spéc. p. 55 : « [...] having a concept can fall well short of a thorough knowledge of the nature of the thing it is a concept of. People have a concept if they can use it correctly in normal circumstances. Having a concept in that sense is compatible with a shallow and defective understanding of its essential features, and the nature of what it is a concept of ».

propos des actes qui ne correspondent pas à la façon dont la promulgation est communément définie et présentée par la doctrine ou la jurisprudence (Chapitre 2).

Chapitre 1^{er} : Les données du droit positif

« La forme de la promulgation est arbitraire ; elle appartient au droit positif, et peut être changée par le législateur »⁴⁹⁵.

Les traits qui sont communs à tout acte de la promulgation peuvent être regroupés en deux catégories : les traits qui sont relatifs aux modalités de son accomplissement (Section 1), et ceux qui sont relatifs à sa formule (Section 2).

Section 1 : Les modalités de la promulgation

Par « modalités » on entend ici les règles qui régissent la façon dont la promulgation est accomplie. Il ne s'agit pas ici d'identifier toutes les règles consacrées par tous les régimes : il s'agit d'identifier les règles qui sont communes à tout régime qui consacre la promulgation, voire à tout régime dont la constitution accorde à un organe la compétence de « promulguer les lois ». Il s'agit en d'autres termes d'identifier les règles qui régissent l'accomplissement de tout acte de promulgation.

En général, la doctrine se concentre sur la compétence liée dont est investi l'organe promulgant : distincte de la sanction, la promulgation est un acte dont l'accomplissement est obligatoire lorsque certaines conditions sont réunies. Or, la consécration de la promulgation n'est pas réductible à la consécration d'une telle obligation : le terme « promulgation » désigne non seulement un certain type d'acte, et l'obligation d'accomplir un tel acte, mais aussi une institution – un faisceau de règles et de pratiques correspondantes – qui comprend notamment, mais pas uniquement, l'obligation d'accomplir un certain type d'acte.

On peut alors envisager la promulgation, et ses modalités, sous deux points de vue : la promulgation comme obligation (§1) et la promulgation comme institution (§2).

⁴⁹⁵ Tronhet, devant le Conseil des anciens, à la séance du 17 vendémiaire an IV (9 octobre 1795), cité par PH.-A. MERLIN (dir.), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 18, 5^e éd., 1827, Bruxelles, éd. Tarlier, V^o « Loi », § V, p. 415.

§ 1 – La promulgation comme obligation

Le fondement de la promulgation – La promulgation a été consacrée pour la première fois pour les lois ordinaires et fut transposée aux lois constitutionnelles sans prévision textuelle⁴⁹⁶. Toutefois, sa consécration pour les lois ordinaires a toujours été explicite et constitutionnelle⁴⁹⁷ : une disposition constitutionnelle accorde au chef de l'exécutif – ou, accessoirement, au président de l'Assemblée – la compétence de « promulguer les lois ».

La catégorie juridique « lois », au sens d'une telle disposition, comprend toute loi au sens formel⁴⁹⁸, voire tout texte qui est adopté par le parlement – ou par le corps électoral, par voie référendaire – suite au dépôt d'une proposition ou d'un projet de loi⁴⁹⁹.

Le caractère obligatoire de la promulgation – La compétence ainsi consacrée est analysée par la doctrine en termes de compétence liée⁵⁰⁰ : l'organe promulgant a une

⁴⁹⁶ V. la formule qui était placée en tête de la Constitution du 4 novembre 1848 : « Au nom du Peuple français, l'Assemblée nationale a adoptée, et, conformément à l'article 6 du décret du 28 octobre 1848, le Président de l'Assemblée nationale promulgue la Constitution dont la teneur suit [...] ». Il importe de remarquer que le décret du 28 octobre 1848 visé par cette formule réglait de question de la promulgation des lois, sans faire allusion à la promulgation de la constitution. Sur ce décret, v. *supra*, Titre I, Section 1, § 2, B), 1).

⁴⁹⁷ V. la constatation faite par BRAIBANT, conclusions sur CE 1^{er} juillet 1960, *F.N.O.S.S et Fradin, D.* 1960, p. 692 : « il n'y a pas, dans notre droit, de promulgation sans texte : celle-ci, contrairement à la publication, n'est pas de droit commun ». Sur cet arrêt : *Supra*, Titre I, Chapitre 2, Section 1, § 2, B), 1), b).

⁴⁹⁸ La promulgation peut s'appliquer à d'autres catégories d'actes aussi, comme les sénatus-consultes et les décrets du Second Empire (Décret du 2 décembre 1852, [BL, XI^e série, t.1, 1852, n^o3, p. 6 *Duvergier*, t. 52, p. 756] et Cass. crim. 6 février 1874, *Bouscarle et autres*, et Cass. ch. réun. 22 juin 1874, *Bouscarle et autres*, décisions précitées : *Supra*, Titre I, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 2, C). Ce qui nous intéresse pourtant ici, ce n'est pas l'extension mais le noyau dur de la promulgation : consacrer la promulgation revient à consacrer une formalité qui s'applique, à tout le moins, aux lois au sens formel.

⁴⁹⁹ En ce sens : Y. GAUDEMET & B. PLESSIX, « Promulgation et publication des lois », *Jurisclasseur Civil*, Art. 1^{er}, Fasc. 10, 2011, n^o 26 et n^o 115 ; J. MOLINIÉ, *La publication en droit public français*, thèse dactyl. Paris II, 1976, p. 31. Pour une illustration pratique : CE 1^{er} juillet 1960, *F.N.O.S.S. et Fradin*, précité : les ordonnances prises en vertu de l'art. 92 de la Constitution ont « force de loi » mais, étant adoptées par le gouvernement, et « en l'absence de dispositions spéciales le prescrivant », elles n'ont pas à être promulguées par le président de la République. Sur cet arrêt : *Supra* Chapitre 1^{er}, Section 1, §2, B) et Chapitre 2, Section 1, §2, B), 2), b).

⁵⁰⁰ J.-P. PAYRE, « Pouvoirs discrétionnaires et compétences liées du Président de la République », *RDJ* 1981, n^o 6, p. 1613-1644, spéc. p. 1620 : « la promulgation est pour l'ensemble de la doctrine l'exemple même de la compétence liée » ; J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *La loi*, 2^e éd., Dalloz, 2010, p. 159 : « Si la doctrine s'accorde à reconnaître dans son ensemble que la promulgation est bien une compétence liée du chef de l'État, cette prérogative inclut, néanmoins, une marge de pouvoir discrétionnaire [qui ne concerne que] l'hypothèse où un vice flagrant de procédure apparaîtrait » ; B. BRANCHET, *Contribution à l'étude de la Constitution de 1958 : Le contreseing et le régime politique de la V^e République*, thèse, préf. S. Rials, LGDJ, 1996, p. 103 ; J.-É. GICQUEL, « La promulgation-suspension de la loi », *RDJ* 2006, n^o 3, p. 565-573, spéc. n^o 1 : « S'il renonce à

obligation de promulguer le texte qui lui est transmis, dans le délai imparti le cas échéant par la constitution⁵⁰¹. Comme nous l'avons vu, cette obligation peut être inconditionnelle : la Constitution du 3 septembre 1791 distinguait formellement la sanction de la promulgation ; si le roi décidait d'accorder sa sanction, il ne pouvait pas refuser la promulgation, et ce même pour des raisons liées à la régularité formelle du texte à promulguer⁵⁰². De règle générale pourtant, l'obligation de promulguer implique un pouvoir minimal d'appréciation : l'organe compétent a la faculté, voire l'obligation de refuser de promulguer un texte qui ne remplit pas les conditions dont dépend sa régularité formelle. En pratique, et comme nous l'avons aussi vu, l'organe promulgant ne vérifie pas lui-même cette régularité formelle⁵⁰³. Cela n'affecte pas pourtant le caractère conditionnel de son obligation de promulguer : sauf prévision contraire, l'obligation de promulguer dépend de la régularité formelle du texte soumis à la promulgation.

Cette obligation soulève deux questions. Il est d'abord permis de se demander si l'obligation de promulguer exclut *a priori* toute appréciation de la constitutionnalité matérielle du texte à promulguer. Il s'agit de savoir si l'organe promulgant n'a pas la faculté, voire l'obligation, de refuser de promulguer un texte dont les dispositions seraient manifestement contraires à la Constitution ou, à tout le moins, aux dispositions de cette dernière qui relèvent de l'identité et de la légitimité du régime

recourir à ces prérogatives [saisine du juge constitutionnel ou demande d'une nouvelle délibération], [le chef de l'État] se retrouve alors dans une zone de compétence liée [...] *La doctrine est unanime sur ce caractère impératif* » ; J. MASSOT, *Chef de l'État et chef du Gouvernement : la dyarchie hiérarchisée*, préf. P. Avril, La documentation française, 2008, p. 137 : « Du fait qu'un délai est imparti au Président de la République [pour promulguer les lois], *tout le monde s'accorde* pour estimer qu'il s'agit là d'une compétence liée : il ne peut être question pour lui de ressusciter le droit de veto accordé au roi » ; E. SAUVIGNON, « La promulgation des lois : réflexions sur la jurisprudence *Desreumeaux* », *RDP* 1989, n° 4, p. 989-2015, spéc. p. 996 : « Les travaux préparatoires des constitutions de 1875, 1946, 1958, n'ont pas soulevé la question du caractère obligatoire de la promulgation, *la réponse paraissant aller de soi* » (nous soulignons). Sous la Quatrième république, on a pu affirmer, à propos de la compétence en question, que « c'est une compétence liée de la façon la plus stricte », J. LAFERRIÈRE, « De l'authenticité du texte des lois publiés au "Journal officiel" », *RDP* 1949, p. 113-152, spéc. p. 122.

⁵⁰¹ Sur le calcul de ce délai, v. Y. GAUDEMET & B. PLESSIX, « Promulgation et publication des lois », *op. cit.*, n° 37 et s. Pour la pratique actuelle, v. aussi : J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *La loi, op. cit.*, p. 157-158 ; J. MASSOT, « L'article 10 », in : F. Luchaire et al. (dir.), *La Constitution de la République française : analyses et commentaires*, 3^e éd., Economica, 2008, p. 388-401, spéc. p. 395 : le délai commence à courir le lendemain de la réception par le Secrétariat général du gouvernement du texte définitif établi par les chambres.

⁵⁰² *Supra*, Titre I, Chapitre 2, Section 1, § 2, B), 2), 3).

⁵⁰³ *Supra*, Titre I, Chapitre 2, Section préliminaire et aussi Section 1, § 2, B), 1).

constitutionnel concerné. L'autre question qui peut se poser est celle de responsabilité de l'organe promulgant. Il s'agit de savoir si la responsabilité (pénale ou politique) de ce dernier peut être engagée en cas de refus ou d'omission de promulguer ou de respecter, le cas échéant, le délai imparti à cet effet par la Constitution⁵⁰⁴.

Malgré l'intérêt qu'elles présentent, ces deux questions ne sauraient nous retenir ici puisqu'elles se posent dans des termes qui peuvent varier en fonction du régime constitutionnel envisagé. Ce qui ne varie pas, c'est le contenu minimal de l'obligation de promulguer : l'accomplissement de la promulgation relève d'une obligation ; quand elle n'est pas inconditionnelle, et abstraction faite de la première question susmentionnée, cette obligation dépend d'une seule condition, à savoir de la régularité formelle du texte à promulguer.

Ce caractère obligatoire est confirmé par la pratique⁵⁰⁵. L'exemple peut-être le plus caractéristique est fourni par François Mitterrand qui, dans deux interviews, dont la première avait été accordée en période de cohabitation et la seconde vers la fin de son second mandat présidentiel, reconnaissait le caractère obligatoire dont est revêtue la promulgation⁵⁰⁶. Un autre exemple, qui s'avère plus intéressant en raison des

⁵⁰⁴ Selon H. CANNAC, *Éléments de procédure législative en droit parlementaire français*, Sirey, 1939, p. 94-95, le délai n'a pas toujours été respecté, sous la Troisième République au moins. L'auteur présente, entre autres, l'exemple d'une loi qui a été promulguée presque sept mois après son adoption, alors que le délai fixé à cet effet était d'une durée d'un mois (à compter de la transmission au Gouvernement du texte définitivement adopté, d'après l'art. 7 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875). L'auteur ne soulève pas pourtant la question de la responsabilité de l'organe promulgant : il se borne à remarquer que le délai fixé par la Constitution « ne comporte aucune sanction spéciale en cas d'inobservation ». Sur les débats autour de la responsabilité de l'organe promulgant, v. J. MOLINIÉ, *La publication en droit public français*, *op. cit.*, p. 31 s., et les références citées.

⁵⁰⁵ Cf. J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, *La loi*, *op. cit.*, p. 156 : la doctrine reconnaît le caractère obligatoire de la promulgation « [en] s'appuyant en ce domaine sur une pratique institutionnelle constante ».

⁵⁰⁶ Il s'agit de deux interviews télévisées accordées le 14 juillet 1986 et le 14 juillet 1993, respectivement. Dans la première interview, après avoir expliqué son refus de signer les ordonnances de privatisation, François Mitterrand précisait qu'il se plierait à une telle décision de politique économique si celle-ci était prise pas la parlement : « Je n'ai pas à me soumettre aux décisions de la majorité tant que la loi n'est pas votée. À partir du moment où elle est votée, je suis un citoyen comme les autres, je m'incline, même quand je le regrette. C'est ça, je crois, le rôle civique du Président de la République » (accessible sur : discours.vie-publique.fr/notices/867009700.html). Dans la deuxième interview, François Mitterrand affirmait, en termes encore plus explicites, que : « lorsque le Parlement vote une loi, je deviens un notaire et quand dans le délai qui m'est imparti, je dois signer, je signe, sans quoi je serais en situation de forfaiture. C'est la volonté du Parlement qui s'impose » (accessible sur : discours.vie-publique.fr/notices/937007300.html). Ces deux interviews sont évoquées, respectivement, par : B. BRANCHET, *Contribution à l'étude de la Constitution de 1958 : Le contreseing et le régime politique de la V^e République*, *op. cit.*, p. 103-104 ; Y. GAUDEMET & B. PLESSIX, « Promulgation et publication des lois », *op. cit.*, n° 86.

réactions qu'il a provoquées, est la promulgation par Jacques Chirac, le 31 mars 2006, de la loi dite « pour l'égalité des chances »⁵⁰⁷. Suivant une démarche inédite, le Président de la République a fait une allocution, le jour même de la promulgation, pour exprimer ses réserves vis-à-vis de la nouvelle loi, tout en reconnaissant qu'il avait une obligation de la promulguer, mais en laissant en même temps entendre que la loi ne saurait être appliquée avant d'être modifiée⁵⁰⁸. Ce message fut vivement critiqué au motif, entre autres, qu'il est « contradictoire d'ordonner simultanément l'exécution de la loi et d'enjoindre l'irrespect de ce commandement »⁵⁰⁹. Cette critique soulève pourtant deux problèmes. D'une part, elle ne distingue pas clairement entre l'appel à la modification d'une loi et l'appel à la méconnaissance de celle-ci⁵¹⁰. D'autre part, et surtout, elle illustre les défauts de la conception de la promulgation en tant qu'acte de commandement⁵¹¹ : si l'organe promulguant peut affirmer à la fois qu'il désapprouve une loi et qu'il doit la promulguer, c'est parce qu'il n'exprime aucun commandement en la promulguant. En d'autres termes, ce qui est affecté d'une contradiction, ce n'est pas le discours de l'organe promulguant, mais celui de la doctrine : on ne peut pas affirmer à la fois que la promulgation est un acte de commandement, et que l'accomplissement de cet acte est obligatoire.

§ 2 – *La promulgation comme institution.*

Il n'en reste pas moins que la consécration de la promulgation n'est pas réductible à cette obligation : elle implique plus que l'obligation de promulguer les textes qui

⁵⁰⁷ Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances.

⁵⁰⁸ Jacques Chirac s'était exprimé ainsi : « Le Parlement, les élus de la Nation, ont voté la loi sur l'égalité des chances et le Conseil constitutionnel vient de juger cette loi en tout point conforme aux principes et aux valeurs de la République. En démocratie, cela a un sens et doit être respecté. C'est pourquoi j'ai décidé de promulguer cette loi mais aussi parce que je pense que le contrat première-embauche peut être un instrument efficace pour l'emploi. Mais j'ai entendu également les inquiétudes qui s'expriment, chez de nombreux jeunes et chez leurs parents. Et je veux y répondre. C'est pourquoi je demande au Gouvernement de préparer immédiatement deux modifications de la loi sur les points qui ont fait débat. La période de deux ans sera réduite à un an. En cas de rupture du contrat, le droit du jeune salarié à en connaître les raisons sera inscrit dans la nouvelle loi. Enfin, je demande au Gouvernement de prendre toutes les dispositions nécessaires pour qu'en pratique, aucun contrat ne puisse être signé sans intégrer pleinement l'ensemble de ces modifications ».

⁵⁰⁹ J.-É. GICQUEL, « La promulgation-suspension de la loi », *op. cit.*,

⁵¹⁰ Cf. J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, 1999, p. 99 s., spéc. p. 100 : « [there is a] logical space between defying or ignoring a statute or other legal decisions and working responsibly off its repeal or reversal. It is a demand for a certain sort of recognition and [...] respect – that *this*, for the time being, is what the community has come up with and that it should not be ignored or disparaged simply because some of us purpose, when we can, to repeal it ».

⁵¹¹ Sur cette conception, v. *Supra*, Titre I, Chapitre 2, Section 1, § 1.

remplissent certains conditions. Autrement dit, le terme « promulgation » désigne non seulement un acte, ni seulement l'obligation d'accomplir cet acte, mais aussi une institution – un faisceau de règles et de pratiques correspondantes – qui comprend notamment, mais pas uniquement, l'obligation d'accomplir un certain type d'acte. Pour identifier les autres règles que la consécration de la promulgation implique, il faut saisir celle-ci d'un point de vue dynamique : la promulgation s'interpose toujours entre l'adoption et l'entrée en vigueur des lois.

Le plus souvent, mais pas nécessairement, l'entrée en vigueur dépend de la publication et, plus précisément, de la publication officielle, à savoir de l'insertion du texte, sous le titre de « Loi », dans le *Journal officiel*⁵¹². En plus, la promulgation s'interpose toujours entre l'adoption et la publication. Ainsi, une loi peut entrer en vigueur avant sa publication, mais elle ne peut pas entrer en vigueur avant sa promulgation. On peut ainsi affirmer que la promulgation s'interpose toujours entre l'adoption d'un texte par les chambres et les conditions ultérieures dont dépend éventuellement son entrée en vigueur, à commencer par sa publication au *Journal officiel*, sous le titre de « Loi ».

Ceci étant, et pour revenir au point de vue dynamique susmentionné, on peut affirmer deux choses : la consécration de la promulgation n'est pas réductible à la consécration d'une obligation, voire à l'obligation d'accomplir l'acte de promulgation ; pour identifier les autres règles que cette consécration implique, il importe de saisir la façon dont la promulgation conditionne le passage d'un texte de son adoption à son entrée en vigueur, à commencer par sa publication officielle sous le titre de « Loi ».

Une obligation indéfaisable – Saisie de ce point de vue, l'obligation de promulgation ne connaît aucune exception et son éventuel défaut ne peut pas être surmonté⁵¹³ : la promulgation est une condition que tout texte adopté doit remplir

⁵¹² Sur ce point : *Infra*, Seconde Partie, Titre I, Chapitre 2.

⁵¹³ Déjà, au début du 19^e siècle, le Conseil d'État affirmait que « rien ne peut suppléer la signature royale dans les actes susceptibles d'en être revêtus », Ordonnance de 29 janvier 1823, *Defermon c. hérit. Caraman*, cité par D. DALLOZ et al. (dir.), *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. 30, 1853, V^o « Lois », n^o 124, p. 71. En revanche, sous l'Ancien régime, il était admis que la signature du Roi n'était pas nécessaire pour chaque ordonnance particulière : « il est établi qu'il était dans les habitudes de ce prince [Louis XVIII] de réunir les

pour devenir éventuellement une loi « en vigueur »⁵¹⁴ ; la seule façon de surmonter le défaut de promulgation – même si le texte a fait l’objet d’une publication – c’est d’adopter et promulguer un nouveau texte à contenu identique⁵¹⁵. En ce sens, le défaut de promulgation n’empêche pas l’entrée en vigueur tout court : il empêche l’aptitude même d’un texte adopté à remplir les autres conditions dont dépend éventuellement son entrée en vigueur, à commencer par sa publication officielle sous le titre de « Loi ».

Une étape d’une procédure complexe – La promulgation s’interpose toujours entre l’adoption et la publication, mais entre la promulgation elle-même et l’adoption peut ou doit s’interposer une étape – la sanction ou la saisine du juge constitutionnel ou/et une demande de nouvelle délibération – qui peut remettre l’adoption en cause, en partie ou en totalité. Dans le premier cas de figure – remise en cause partielle de l’adoption – un organe constitutionnel peut ou doit exercer une compétence qui lui permet de modifier la teneur du texte adopté. Dans ce cas, l’étape qui s’interpose entre l’adoption et la promulgation peut déterminer, fût-ce en partie, la teneur dont sera revêtu le texte qui sera publié comme « Loi » et deviendra, éventuellement, une loi « en vigueur ». Dans le deuxième cas de figure – remise en cause totale de l’adoption – un organe constitutionnel peut ou doit exercer une compétence qui lui permet de prendre une décision dont l’objet ou l’effet est d’empêcher la promulgation du texte adopté, et donc l’aptitude de celui-ci à remplir les conditions dont dépend son entrée en vigueur, à commencer par sa publication officielle sous le titre de « Loi ».

ordonnances en bordereaux collectifs, de signer ces bordereaux et de faire seulement apposer un contreseing ministériel distinct sur chaque ordonnance », *Ibid.*

⁵¹⁴ V. pourtant la Constitution portugaise dont l’article 166, al. 6, dispose que « les résolutions [de l’Assemblée] sont publiées indépendamment de leur promulgation ». Il n’en reste pas moins que nous n’avons pas pu trouver d’exemple équivalent pour la promulgation des lois.

⁵¹⁵ Les choses sont pourtant moins claires lorsque la promulgation est accomplie après le délai imparti à cet effet par la Constitution. Sous la Troisième République, la loi promulguée tardivement était publiée dans le Journal officiel. On pourrait pourtant envisager la solution contraire aussi : une fois le délai expiré, la loi déjà adoptée ne peut plus faire l’objet d’une promulgation, rendant ainsi nécessaire l’adoption d’un nouveau texte à contenu identique. Sur la promulgation tardive des lois sous la Troisième République, v. H. CANNAC, *Éléments de procédure législative en droit parlementaire français*, op. cit., p. 94-95.

En ce sens, on pourrait affirmer que la promulgation fait partie d'une procédure complexe dont l'issue peut déterminer si, et avec quelle teneur, le texte adopté deviendra une « Loi » apte à être publiée et à devenir, éventuellement, une loi « en vigueur »⁵¹⁶.

La dernière étape d'une procédure complexe – Le degré de complexité de cette procédure peut varier puisque les étapes intermédiaires susmentionnés peuvent se combiner, en fonction du régime envisagé. Or, la promulgation sera toujours la dernière étape de cette procédure, quel que soit le degré de sa complexité : consacrer la promulgation revient à délimiter l'exercice des compétences qui peuvent remettre l'adoption d'un texte en cause. Il revient plus précisément à fixer un critère formel – puisqu'il consiste en l'accomplissement d'un acte formel – qui marque le moment au-delà duquel il n'est plus permis ni de modifier la teneur du texte qui sera publié sous le titre de « Loi », ni d'empêcher qu'un texte adopté soit ainsi publié⁵¹⁷.

Une étape « transparente »⁵¹⁸ – La promulgation n'est pas elle-même un moyen qui permet de remettre l'adoption d'un texte en cause. Il en est ainsi pour deux raisons.

En premier lieu, il importe de distinguer la promulgation des autres compétences qui sont accordées au chef de l'exécutif. Il se peut que le chef de l'exécutif soit investi du pouvoir de remettre l'adoption d'un texte en cause, mais ce pouvoir n'est pas dérivé de sa qualité d'organe promulgant⁵¹⁹. Plus précisément, le chef de l'exécutif peut être investi du pouvoir de sanctionner ou de demander une nouvelle délibération ou/et de déférer le texte adopté devant le juge constitutionnel. Or, la consécration de ces

⁵¹⁶ *Rappr.* G. JÈZE, « La promulgation des lois », *RDJ* 1918, p. 378-400, spéc. p. 393 : « La promulgation fait partie d'une opération juridique complexe. La loi est le produit de la collaboration du Gouvernement, de la Chambre des députés, du Sénat [...] La promulgation est le dernier acte de l'opération juridique complexe » ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 4, *L'organisation politique de la France*, 2^e éd., E. de Boccard, 1924, § 43, p. 626 : suivant l'analyse de Jèze, l'auteur affirme que « tant que la promulgation n'est pas intervenue, l'opération juridique complexe de laquelle résulte la loi n'est pas achevée, le dernier acte n'est pas accompli » ; Th. DUCROCQ, *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, t. I, 7^e éd., Paris, éd. Fontemoing, 1897, p. 20, qui parlait déjà des « opérations multiples de la confection des lois ».

⁵¹⁷ V. en ce sens CC n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finances*, cons. 64, précitée (*Supra*, Titre I, Chapitre 1^{er}, Section 2, § 3).

⁵¹⁸ Nous empruntons le terme à V. BOUVIER, « La nature du contrôle de constitutionnalité », *Droits*, 1, 1985, p. 143-151, spéc. p. 149 : « La promulgation est un acte transparent qui ne se rattache nullement à l'œuvre de confection législative, comme l'a montré Carré de Malberg ».

⁵¹⁹ Les termes « pouvoir » et « compétence » sont ici employés de façon indistincte. Sur la distinction entre pouvoir et compétence, v. A. KALLERGIS, *La compétence fiscale*, préf. L. Ayrault, Dalloz, 2018, n° 20 s.

pouvoirs contraste avec la pérennité de la promulgation. La demande d'une nouvelle délibération et le contrôle *a priori* de constitutionnalité furent consacrés après l'introduction de la promulgation, tandis que celle-ci est toujours maintenue, même après la disparition de la sanction. Qui plus est, et comme nous l'avons vu, le droit positif peut consacrer à la fois la promulgation et le contrôle *a priori* de constitutionnalité sans mettre la première compétence au service de la deuxième : le délai de saisine peut être plus court que le délai de promulgation⁵²⁰. De même, et comme nous l'avons aussi vu, le droit positif peut consacrer à la fois la promulgation et la sanction sans faire de la première le moyen par lequel s'accomplit la deuxième : les deux compétences peuvent s'exercer par deux actes et à deux moments distincts, comme c'était le cas sous la Constitution de 1791⁵²¹.

On a donc affaire à deux catégories de compétences – la promulgation, d'une part, la sanction, la demande d'une nouvelle délibération et le contrôle *a priori* de constitutionnalité, d'autre part – qui ne sont pas consacrées par les mêmes règles et ne répondent pas aux mêmes objectifs. La promulgation délimite l'exercice des trois autres compétences puisque celles-ci peuvent remettre l'adoption d'un texte en cause. Or, ce n'est pas pour accorder au chef de l'exécutif un moyen pour exercer ces compétences – et donc le pouvoir de remettre l'adoption d'un texte en cause – que l'on consacre la promulgation en premier lieu⁵²². Il s'ensuit que, contrairement à la façon dont elle est communément présentée par la doctrine, la promulgation ne fait pas partie des moyens par lesquels le chef de l'exécutif peut participer à l'édiction des lois ou exercer sa « faculté d'empêcher » cette édicition⁵²³.

Ceci étant, et en deuxième lieu, l'obligation de promulguer les lois implique l'obligation de publier les lois promulguées. Trois précisions sont ici nécessaires.

⁵²⁰ *Supra*, Titre I, Chapitre 2, Section 1, § 3, B).

⁵²¹ *Supra*, Titre I, Chapitre 2, Section 1, § 2, B), 3).

⁵²² En ce sens, il est inexact de parler de « coutume constitutionnelle » à propos de l'obligation de promulguer les lois : V. LASSERRE, « Loi et règlement », *Répertoire de droit civil*, Encyclopédie Dalloz, 2015 (actualisation : janvier 2016), n° 114.

⁵²³ Sur cette approche, qui est dominante dans les manuels de droit constitutionnel, v. *Supra*, Titre I, Chapitre 2, Section 2, § 1. Parmi les études spécialisées, v. à titre indicatif : P. AUVRET, « La faculté d'empêcher du Président de la République », *RDV*, 1986, n° 1, p. 141-168, spéc. p. 144-146 ; J. Y. PLOUVIN, « Le droit présidentiel de demander une nouvelle délibération de la loi », *RDV*, 1980, n°6, p. 1563-1592, spéc. p. 1564.

Premièrement, l'obligation de publier la loi promulguée peut être expressément prévue par la constitution. Dans certains pays, la constitution précise que la publication doit avoir lieu de façon immédiate après la promulgation⁵²⁴. Dans d'autres pays, la constitution exige que la publication soit accomplie dans le cadre du même délai que la promulgation⁵²⁵. En France, il n'y a pas eu de dispositions constitutionnelles similaires. L'absence d'une règle explicite peut être expliquée de deux façons. Selon la première explication, les organes chargés de la publication sont libres de décider si, et quand, ils vont publier la loi promulguée. Selon la seconde explication, la consécration d'une règle explicite est superflue parce que l'idée que la publication doit avoir lieu immédiatement après la promulgation va de soi. Cette seconde explication est confirmée par la pratique⁵²⁶. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a censuré, nous l'avons vu, une disposition qui subordonnait la publication d'une loi au *Journal officiel* à une condition qui devait être accomplie après sa promulgation⁵²⁷.

Toutefois, et en deuxième lieu, il importe de distinguer l'obligation de publier les lois promulguées de l'obligation de publier les lois tout court. En effet, il peut y avoir des systèmes juridiques qui ne connaissent pas la promulgation mais rendent la publication de leurs lois obligatoire⁵²⁸. Symétriquement, on pourrait imaginer un

⁵²⁴ Tel est le cas en Espagne et en Italie. D'après l'art. 91 de la Constitution espagnole : « Le Roi sanctionnera, dans un délai de quinze jours, les lois approuvées par les Cortès générales ; il les promulguera et ordonnera leur publication immédiate ». D'après l'art. 71, al. 3 de la Constitution italienne : « Les lois sont publiées immédiatement après leur promulgation [...] ».

⁵²⁵ D'après l'art. 42, al. 1^{er} de la Constitution grecque : « Le président de la République promulgue et publie les lois votées par la Chambre des députés dans un mois à compter de leur vote ».

⁵²⁶ C. BERGEAL, *Manuel de légistique*, 8^e éd., Berger-Levrault, 2018, n° 206, p. 231 : « Dans la pratique, la date de la publication dépend exclusivement des contraintes matérielles du *Journal officiel*, compte tenu du jour de la semaine et de l'heure à laquelle le président de la République aura apposé sa signature » ; MASSOT J., « Article 10 », *op. cit.*, p. 396 : « La publication au *Journal officiel* a toujours lieu le lendemain de la promulgation ». Concernant les régimes antérieurs, v. H. PUGET, « L'élaboration des lois dans le régime actuel de la France », *RA* 1963, p. 327-340, spéc. p. 339 : « Une pratique datant de la Constitution de 1875 le détermine [le délai pour publier la loi promulguée] en considérant que le délai imparti au pouvoir exécutif pour procéder à la promulgation s'applique également à la publication ». Cette solution était défendue par L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., t.4, 1924, § 43, p. 648. *Contra* : R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, préf. É. Maulin, Dalloz, [1920], 2004, n° 146, p. 442-443 : le délai fixé par la constitution pour la promulgation ne concerne pas la publication ; cette dernière était obligatoire en vertu du décret du 5 novembre 1870 qui disposait que les lois doivent être publiées dans le *Journal officiel*, et érigeait cette publication en critère par défaut pour la détermination de la date d'entrée en vigueur.

⁵²⁷ CC n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finances*, cons. 64, décision précitée (*Supra*, Titre I, Chapitre 1^{er}, Section 2, § 3)

⁵²⁸ Tel est le cas du système juridique de l'Union européenne. D'après l'art. 297, par. 2 du TFUE : « Les règlements, les directives qui sont adressées à tous les États membres, ainsi que les décisions,

système juridique dont la constitution consacre la promulgation mais accorde la possibilité aux organes concernés de garder certaines lois secrètes⁵²⁹. Par conséquent, il serait peut-être plus exact d'affirmer que la promulgation est la dernière condition dont dépend l'obligation de publication, pourvu que cette obligation dispose d'un fondement autonome. Ce fondement peut être de valeur législative. On pourrait ainsi penser que l'art. L 221-9 du CRPA, qui dispose que les lois « sont publiés au Journal officiel », ne se borne pas à déterminer l'instrument de la publication officielle, mais rend cette publication obligatoire en premier lieu. Mais on pourrait aussi penser qu'une telle disposition se borne à spécifier une obligation qui découle d'une règle ou d'un principe de valeur constitutionnelle, comme par exemple l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

Enfin, et en quatrième lieu, l'obligation de promulguer les lois implique l'obligation de ne pas modifier la teneur du texte définitif qui est transmis à l'organe promulguant aux fins de promulgation : ne pas modifier la teneur d'un texte – telle qu'elle est établie après l'adoption et, le cas échéant, après la saisine du juge constitutionnel ou/et la demande d'une nouvelle délibération – fait partie de ce en quoi promulguer ce texte consiste.

De ce qui précède, on peut affirmer que la promulgation est une étape « transparente » : elle s'interpose toujours entre l'adoption et la publication sans pour autant affecter les termes de cette transition, c'est-à-dire sans faire partie des actes qui permettent aux organes compétents de *décider* si, et avec quelle teneur, un texte adopté sera publié comme « Loi ».

lorsqu'elles n'indiquent pas de destinataires, sont publiés dans le Journal officiel de l'Union européenne ». Sur la publication des actes de l'Union européenne : R. KOVAR, « Actes juridiques unilatéraux de l'Union européenne », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2011 (actualisation : août 2017), n° 206 s.

⁵²⁹ Sur la possibilité pour un système juridique d'avoir des lois secrètes, v. : M. DAN-COHEN, « Decision Rules and Conduct Rules : On Acoustic Separation in Criminal Law », *Harvard Law Review*, vol. 97, n° 3, 1984, p. 625-677, spéc. p. 667 s. ; C. GRANT, « Promulgation and the Law », *International Journal of Law in Context*, 2006, p. 321-329 ; *Id.*, « Secret Laws », *Ratio Juris*, vol. 25, n° 3, 2012, p. 301-317 ; O. PFERSMANN, « Norme de secret, normes secrètes et État moderne », *Cités*, vol. 26, 2006, p. 115-126

Le contenu minimal de la promulgation – Les précisions apportées ci-dessus nous permettent de formuler une série de thèses relatives au contenu minimal de l’institution de la promulgation : il s’agit de ce qu’il suffit de savoir pour comprendre ce qu’une constitution exige lorsqu’elle exige que les lois soient « promulguées »⁵³⁰. On pourrait diviser ce contenu normatif en cinq volets, dont le dernier correspond à l’obligation de promulguer *stricto sensu* – l’obligation d’accomplir l’acte de promulgation – et les quatre premiers à des obligations que l’on pourrait qualifier de dérivées, puisqu’elles sont nécessairement impliquées par l’obligation de promulguer *stricto sensu* :

1) L’obligation de promulguer s’applique à toute loi au sens formel du terme et elle est indéfaisable : à défaut de promulgation, un texte adopté, et même publié, ne constitue pas une « Loi » apte à faire l’objet d’une publication officielle et à devenir, éventuellement, une loi « en vigueur ». La seule façon de surmonter ce défaut, c’est d’adopter et promulguer un nouveau texte à contenu identique.

2) L’organe promulguant ne doit pas modifier la teneur du texte qui lui est transmis : la teneur du texte promulgué doit être identique à la teneur du texte adopté, telle qu’elle a été modifiée, le cas échéant, après la saisine du juge constitutionnelle ou/et la demande d’une nouvelle délibération.

3) Une fois la promulgation accomplie, il n’est plus possible d’empêcher la publication ou de modifier la teneur du texte promulgué : c’est le texte promulgué qui doit faire l’objet d’une publication officielle sous le titre de « Loi ».

4) L’entrée en vigueur d’une loi promulguée n’est pas toujours certaine, mais c’est le texte promulgué – et ensuite publié – qui deviendra éventuellement une loi « en vigueur »⁵³¹ : une loi promulguée, même si elle n’est pas encore publiée, ne peut plus être « retirée » du système juridique que par une nouvelle loi dont l’objet sera la modification ou l’abrogation de la loi initiale.

⁵³⁰ *Rappr.* G. BAKER & P. HACKER, *Wittgenstein : Understanding and Meaning, Part 1 : Essays*, 2nd ed., Blackwell, 2005, p. 359 : « The meaning of an expression in use is what is understood when one understands or knows what the expression, thus used, means ».

⁵³¹ Il n’est pas exact d’affirmer que « la loi publiée sera celle qui sera effectivement appliquée », J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, *La loi*, 2^e éd., Dalloz, 2010, p. 161.

5) L'obligation de promulgation *stricto sensu* consiste en l'obligation d'accomplir un acte formel: pour promulguer une loi, l'organe compétent doit apposer sa signature sur le texte qui lui est transmis, sans y apporter de modifications.

Section 2 : La formule de promulgation

La signature de l'organe promulgant est apposée au-dessous d'une formule, appelée « formule de promulgation ». Cette formule, assortie de la signature de l'organe promulgant (et des contreseings nécessaires) constitue ce que l'on appelle ici acte de promulgation (ou « décret » de promulgation, selon la terminologie courante). Cette formule se distingue du dispositif du texte législatif tant par sa forme (§1) que par son contenu (§2).

§ 1 – Sa forme

Formule de promulgation et texte promulgué – L'acte de promulgation, au sens susmentionné, ne fait pas corps avec le texte législatif: en consultant une loi au *Journal officiel*, il est facile de distinguer son dispositif de la formule employée pour sa promulgation.

Cette formule comporte deux parties dont l'une se met en tête et l'autre en dessous du dispositif législatif. La première partie, que l'on pourrait appeler « formule introductive », indique *expressis verbis* que ce qui « suit » – ou ce « dont la teneur suit » –, c'est un texte issu d'une *certaine procédure*, dont la partie introductive décrit les étapes et les organes qui y ont participé : le texte a été adopté par le parlement et, le cas échéant, il a été sanctionné par le roi ou le peuple, ou il a été soumis à un contrôle de constitutionnalité⁵³². La deuxième partie, que l'on pourrait appeler « formule finale », comporte la signature de l'organe promulgant et le

⁵³² Ainsi, la formule de promulgation peut varier en fonction des étapes qui comprend la procédure dont le texte promulgué est issu. V. les variations prévues actuellement par le décret n° 59-635, *relatif aux formes de promulgation des lois par le Président de la République*, modifié par décret n° 90-215 du 8 mars 1990. Pour la Quatrième République, v. les différentes versions prévues pour la formule de promulgation par le Décret n° 47-237, *relatif aux formes de promulgation des lois par le Président de la République* (JO du 2 février 1947, p. 1152).

contreseing du ministre et des ministres qui, en fonction de l'objet de la loi promulguée, sont « responsables » pour son application⁵³³.

§ 2 – Son contenu

A) Aspects sémantiques

Dater le texte promulgué – Le plus souvent, mais pas nécessairement, la formule finale comprend un énoncé relatif à l'« exécution » de la loi promulguée⁵³⁴. En revanche, et à une seule exception, elle indique toujours la date où la promulgation a été accomplie. Depuis 1875, cette date constitue la date des lois⁵³⁵, c'est-à-dire la date retenue pour l'individuation des lois édictées au sein du système juridique concerné⁵³⁶. Pour les régimes antérieurs à la Troisième République, il faut distinguer

⁵³³ La promulgation fait partie des « actes du Président de la République [qui] sont contresignés par le Premier ministre et, le cas échéant, par les ministres responsables », selon l'art. 19 de la constitution de 1958. Le Conseil d'État a jugé que « les ministres “responsables” au sens des articles 13 et 19 de la Constitution sont ceux auxquels incombent, à titre principal, la préparation et l'application des décrets délibérés en Conseil des ministres », CE 12 juin 1981, *Grimbichler et autres*, *Rec.* p. 256. Cette solution avait déjà été retenue par : CE Sect. 10 juin 1966, *Pelon*, *Rec.* p. 384, *AJDA* 1966 p. 492, conclusions GALABERT. Il importe pourtant de remarquer que cette jurisprudence ne concerne que le contreseing des décrets signés par le Président de la République, sur le fondement de l'art. 13 de la constitution (Plus analytiquement : A. LEGRAND, « Incompétence », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, 2001 (actualisation : juin 2014). Le Conseil d'État refuserait très probablement de se prononcer sur le contreseing de l'acte de promulgation, compte tenue de son refus d'apprécier la légalité de cet acte. V. sur ce point : CE 3 novembre 1933, *Desreumeaux*, et CE 27 octobre 2015, *Fédération démocratique alsacienne*, n° 388807, arrêts précités (*Supra*, Titre I, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 2, B), 1), b), et Chapitre 2, Section 1, § 2, B), 3), respectivement).

⁵³⁴ Il importe de rappeler ici cinq choses. (A) Sous les régimes monarchiques, la formule finale comprend une formule exécutoire, à savoir des énoncés comme « Mandons & Ordonnons ». (B) Sous les régimes républicains, et à partir de 1875, la formule finale comprend l'énoncé « La présente loi sera exécutée comme loi de l'État ». Il n'en reste pas moins qu'il peut y avoir des formules de promulgation qui ne font aucune référence à l'« exécution » de la loi promulguée. Tel était le cas : (C1) sous Consulat, et même après sa transformation par Napoléon à Consulat à vie ; toutefois, le changement sur ce point fut significatif après la proclamation de l'Empire ; (C2) sous la Deuxième République ; (C3) pendant la période de transition constitutionnelle qui finit avec l'adoption des lois constitutionnelles de 1875, où la formule de promulgation était fixée par un décret du 2 septembre 1871 et par un décret du 11 avril 1873. Sur tous ces points, v. *Supra*, Titre I, Chapitre 2, Section 1, § 1, B). Sur le point (C1) en particulier, v. *Infra*, Seconde Partie, Titre I, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 2, B), 1). Sur le point (C3), v. aussi *Supra*, Titre I, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 2, C).

⁵³⁵ Plus analytiquement sur la datation des lois : *Supra*, Titre I, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 1.

⁵³⁶ Par « individuation », on entend la possibilité d'identifier chaque loi particulière d'un système juridique donné, ce qui implique la possibilité de : (a) déterminer quels textes adoptés par les organes juridiques du système juridique concerné constituent des lois qui font partie de ce dernier ; (b) attribuer un marque distinctif à chaque loi afin de la distinguer par rapport aux autres lois qui font également partie du système juridique envisagé. En raison de l'inflation considérable de la production législative, les lois sont aujourd'hui individualisées non seulement en fonction de leur date, mais aussi en fonction d'un numéro spécial qui leur est attribuée lors de leur vote définitif par la chambre compétente. Il paraît que cette pratique de numérotation des lois a commencé en 1941, selon A. COLIN & H. CAPITANT, *Précis de droit civil*, t.1, 11^e éd., refondue par J. de la Morandière, Dalloz, 1953, n° 95, p. 58.

trois cas de figure⁵³⁷. En premier lieu, sous le régime de la Constitution de 1791, les lois portaient deux dates : celle de leur adoption par l'Assemblée et celle de leur sanction par le roi⁵³⁸. Cette pratique de datation fut singulière dans l'histoire constitutionnelle française : sous tous les autres régimes, l'individuation des lois, en fonction de leur date, était liée à leur promulgation. Il en est ainsi d'abord, et en deuxième lieu, pour les autres régimes qui consacraient la sanction des lois. Sous ces régimes, les lois étaient datées du jour de leur sanction, mais cette date coïncidait avec celle de la promulgation, celle-ci étant le moyen par lequel s'accomplissait celle-là⁵³⁹. Cela pourrait expliquer la pratique suivie sous la Constitution de 1791 qui, nous l'avons vu, distinguait formellement l'acte de la sanction de celle de la promulgation⁵⁴⁰. Ceci étant, et en troisième lieu, la pratique suivie sous les autres régimes, antérieurs à la Troisième République, qui ne consacraient pas la sanction, consistait à dater les lois du jour de leur adoption⁵⁴¹. Il s'avère pourtant que, dans ces cas aussi – ce qui comprend aussi l'unique cas où la promulgation n'était pas elle-même datée⁵⁴² –, l'individuation des lois était liée à leur promulgation. La date de l'adoption faisait partie du texte qui était transmis à l'organe promulguant et figurait ainsi dans le texte publié sous le titre de « Loi »

⁵³⁷ Pour une vue d'ensemble : G. DEMANTE, « Promulgation et date officielle des lois, suivant les lois constitutionnelles de 1875 », *Revue critique de la jurisprudence*, 1894, p.586-594, spéc. p. 588-589.

⁵³⁸ Après l'abolition de la monarchie, le 10 août 1792, les décrets de l'Assemblée continuaient à porter deux dates. La première était toujours celle de leur adoption. Il paraît que la seconde était celle du jour où le ministre de la justice y apposait le sceau de l'État. V. sur ce point le Décret des 10-11 août 1792, *relatif au mode d'impression et de publication des décrets*, qui disposait, à propos des « décrets à rendre » : « Il est enjoint au ministre de la justice d'y apposer le sceau de l'Etat, sans qu'il soit besoin de sanction du Roi [...] » (*Duvergier*, t. 4, p. 345)

⁵³⁹ Ainsi, cette pratique fut suivie pour la première fois sous la Première Restauration. V. sur ce point les brèves remarques de P. BASTID, *Les institutions politiques de la monarchie parlementaire française (1814-1848)*, Sirey, 1954, p. 205.

⁵⁴⁰ *Supra*, Titre I, Chapitre 2, Section 1, § 2, B), 3).

⁵⁴¹ Pour les arguments en faveur de cette pratique v. un avis du CE du 5 pluviôse an VIII (28 janvier 1800) reproduit in : *Duvergier*, t. 12, p. 79 ; M. MERLIN (dir.), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t.10, 5^e éd., 1828, V^o « Loi », § IV, n^o VI, p. 195. Le changement introduit sous la Troisième République, qui consistait à dater les lois du jour de leur promulgation, a été critiqué par certains auteurs qui jugeaient plus opportune la datation en fonction du jour de l'adoption. V. les références citées *Supra*, Titre I, Chapitre 2, Section 1, § 1, B).

⁵⁴² Il s'agit de la formule de promulgation employée sous la Deuxième République. Le fait que cette formule n'était pas datée avait retenu l'attention de TH. DUCROCQ, *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, t. I, 7^e éd., 1897, n^o 51, p. 69 : « sous cette constitution [de 1848] toutes les lois ont été datées des votes législatifs, dont toutes les dates étaient insérées (celle du dernier vote législatif suffisait) dans l'acte de promulgation qui lui-même n'était pas daté ». Il semble pourtant que cette affirmation s'avère en partie inexacte : les lois publiées au *Bulletin des lois* portaient une seule date : celle de leur adoption définitive par l'Assemblée nationale. Cette date figurait sur deux endroits : en tête de la loi, au-dessous de son titre et en dessus de la formule de promulgation ; après la fin du dispositif de la loi, où était placé l'énoncé : « Délibéré en séance publique, à Paris, le [...] ».

Qualifier le texte promulgué de « Loi de l'État » – Toutes les formules de promulgation comportent un énoncé – dans leur formule introductive ou finale ou dans toutes les deux – qui qualifie le texte promulgué de « Loi de l'État ». Depuis 1875, cette qualification est expresse : la formule finale comporte l'énoncé « La présente loi sera exécutée comme loi de l'État ». Avant 1875, la même qualification était assurée par des énoncés qui ordonnaient ou annonçaient l'apposition sur le texte promulgué du « sceau de l'État »⁵⁴³.

Présenter les étapes de l'édiction de la loi – Toute formule de promulgation présente l'organe promulguant par son titre officiel, tel qu'il figure dans les textes constitutionnels. En plus, et comme nous l'avons déjà remarqué, toute formule introductive présente aussi la procédure ayant précédé la promulgation et dont le texte promulgué est le produit. Par souci de brièveté, nous pouvons retenir une définition stipulative de cette procédure et l'appeler « procédure d'édiction » ou simplement « édiction ».

Ceci étant, il s'avère que toute formule de promulgation présente les étapes de l'édiction du texte promulgué. Plus précisément, et à deux exceptions près, toute formule introductive présente la chambre ou les chambres législatives qui ont adopté le texte « qui suit » (ou le texte « dont la teneur suit »)⁵⁴⁴. Comme nous l'avons déjà remarqué, toute formule introductive présente aussi, le cas échéant, les autres organes

⁵⁴³ La formule employée sous le Consulat comportait toutes les deux qualifications. La partie introductive et la partie finale comportaient, respectivement, les énoncés suivants : « Bonaparte, premier Consul, proclame loi de la République le décret suivant [...] » ; « Soit la présente loi revêtue du sceau de l'État ». Cette formule était fixée par un texte du 29 nivôse an 8 (19 janvier 1800), intitulé *Projet de formule approuvée par le premier Consul pour la promulgation des lois* (BL 3^e série, t. 1, N° 44, n° 306 ; *Duvergier*, t. 13, p. 73). Sur cette formule v. aussi *Infra*, Seconde Partie, Titre I, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 2, B), 1).

⁵⁴⁴ La première exception fut la formule employée sous le Second Empire. Cette exception n'affecte pas notre analyse sur le concept de promulgation : il paraît, pour des raisons déjà exposées, que la formule en question – et donc l'acte accompli au moyen de cette formule – s'inspirait davantage des formules de commandement mises en tête des ordonnances royales de l'ancien régime que des formules employées pour la promulgation des lois écrites modernes (v. *supra*, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 2, C, *in fine*). La deuxième exception concerne la formule employée sous le Directoire : selon l'art. 130 de la Constitution du 5 fructidor An III (22 août 1795), la formule introductive s'épuisait à l'énoncé « Au nom du peuple français » ; en pratique, aucune formule introductive ne précédait les lois, et leur promulgation était réductible à une courte formule finale par laquelle « Le Directoire exécutif ordonne que la loi ci-dessus sera publiée, exécutif et qu'elle sera munie du sceau de la République dans le jour ». Cette exception n'affecte pas notre analyse non plus parce que, et comme nous l'avons vu, la constitution de l'An III exigeait que les lois soient précédées des deux préambules indiquant les étapes de leur adoption par les deux chambres législatives, et ces préambules faisaient partie, précisément, du texte qui était promulgué et ensuite publié (v. *supra*, cette Section, § 1, A, 1, *in fine*).

constitutionnels qui ont participé à l'édiction du texte qui « suit », en amont ou en aval de son adoption par le parlement, c'est-à-dire les organes ayant participé à l'élaboration du texte adopté ou ayant approuvé le texte adopté en lui accordant leur sanction (monarchique ou référendaire) ou en statuant sur sa constitutionnalité⁵⁴⁵

B) Aspects pragmatiques

Présenter la contribution des organes impliqués à l'édiction de la loi – Comme tout énoncé, la formule de promulgation s'inscrit dans un contexte qui comprend un arrière plan de règles et de pratiques auquel il faut se référer pour saisir la portée d'un énoncé donné. En l'espèce, le contexte de l'énonciation est fourni par le régime constitutionnel dont la promulgation fait partie. Il s'agit des règles – et des idées sous-tendant ces règles – qui déterminent le mode d'édiction des lois dans le cadre du régime envisagé.

Ceci étant, toutes les formules de promulgation emploient des moyens sémantiques appropriés pour présenter, voire pour *qualifier* la participation de chaque organe constitutionnel à l'édiction de la loi. Il s'agit de verbes comme « proposer », « délibérer », « adopter », « approuver », etc., et des expressions comme « conformément à la proposition faite par [...] », « vu la décision de [...] », etc. Juxtaposés l'un à l'autre, et compte tenu du contexte de leur énonciation, ces énoncés laissent comprendre en quoi la participation à la procédure d'édiction diffère d'un organe à l'autre.

Ainsi, les *traits sémantiques* de chaque formule reflètent le *pedigree institutionnel* de la loi promulguée : chaque formule de promulgation résume les étapes qui ont conduit à l'édiction du texte promulgué, et met en exergue la répartition des rôles parmi les organes constitutionnels impliqués.

Déterminer l'auteur de la loi – La répartition de ces rôles peut être envisagée sous différents points de vue : on peut distinguer entre les organes qui interviennent en

⁵⁴⁵ Une étape qui n'est pas explicitement mentionnée est la demande d'une nouvelle délibération. Dans ce cas pourtant, les étapes ayant précédé la promulgation, dont l'adoption après une nouvelle délibération, sont présentées en grand détail dans une liste qui suit la loi dans sa publication faite au Journal officiel. V. en ce sens la Loi n°85-892 du 23 août 1985 sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie (JO du 24 août 1985, p. 9775).

amont ou en aval de l'adoption du texte par le parlement, entre les organes politiques et les organes juridictionnels, entre les organes qui ont élaboré la teneur de la loi et ceux qui ont approuvé cette teneur, ou même entre les organes qui exercent une compétence consultative et ceux dont la décision s'impose aux autres organes. Ces distinctions ne se recoupent pas nécessairement, mais elles peuvent toutes être ramenées à une distinction plus fondamentale : toute formule de promulgation nous permet de distinguer, parmi les organes ayant participé à l'édition, celui qui est « l'auteur » de la loi.

Par « auteur » on n'entend pas ici l'organe qui a rédigé (en partie ou dans sa totalité) le dispositif du texte édicté⁵⁴⁶. On n'entend pas non plus « tout individu dont le consentement à la production normative est requis et dont l'opposition empêche cette dernière »⁵⁴⁷. Cette dernière définition reste ambiguë quant à la portée des termes « consentement » et « opposition » : peut-on qualifier de « consentement » ou d'« opposition » une décision du Conseil constitutionnel ? De même, peut-on parler de « consentement » de la part d'une assemblée constituante qui se borne à rédiger une Constitution et soumet celle-ci à une ratification populaire ? Si les termes « opposition » et « consentement » paraissent inadéquats ou contre-intuitifs pour décrire la façon dont certains organes participent à la « production normative », c'est parce qu'à cette dernière peuvent participer des organes dont les décisions ne sont pas censées être politiques ou contraignantes pour les autres organes⁵⁴⁸.

⁵⁴⁶ Ainsi, la Constitution du 4 octobre 1958 a été « proposée » par le Gouvernement pour être ensuite « adoptée » par « Le Peuple français », selon sa formule de promulgation. *Rappr.* ROUSSEAU, *Du contrat social*, Livre 2, Chap. 7 : « Celui qui rédige les lois n'a donc ou ne doit avoir aucun droit législatif ».

⁵⁴⁷ G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, thèse, préf. M. Troper, Dalloz, 2006, n° 619, p. 324, qui suit sur ce point la conception étroite retenue par Charles Eisenmann. Selon ce dernier, il y a au moins deux façons dont on peut définir l'auteur d'un acte juridique. On peut employer ce terme pour désigner « toutes les personnes qui doivent intervenir dans l'accomplissement de l'acte ». Mais on peut aussi retenir une définition plus restrictive du même terme afin de désigner uniquement, parmi toutes les personnes qui ont participé, d'une façon ou d'une autre, à l'édition d'un acte, celles qui « en auront en quelque sorte la paternité juridique ». Le critère de cette définition restrictive est le « vouloir » des organes concernés : les auteurs d'un acte juridique sont uniquement ceux dont la participation à l'édition consiste en une « décision relative aux normes », voire « ceux dont la volonté est conforme, dont l'accord est nécessaire pour leur entrée en vigueur [des normes] » : CH. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. 2, Dalloz, 2014, p. 196 s., spéc. p. 196-197 et 201, et aussi p. 371 s.

⁵⁴⁸ *Contra* CH. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, *op. cit.* p. 200 : « le même pouvoir de consentement se manifest[e] par des actes qui, à certains égards, sont différents, mais qui n'en sont pas moins d'essence identique ». La portée du concept de consentement est ainsi déterminée par l'auteur : « consentir, c'est dire oui par une décision personnelle, c'est-à-dire juridiquement libre », le

En revanche, ce qu'on entend ici par « auteur », c'est l'organe ou l'ensemble d'organes dont la participation à l'édiction des lois peut être décrite par des termes comme « consentement » et « opposition », sans que cela paraisse contre-intuitif : il s'agit de ce qu'on entend communément par « auteur de la loi » dans le cadre du débat constitutionnel et politique⁵⁴⁹, c'est-à-dire de l'organe à la *volonté politique* duquel on peut se référer pour justifier le caractère obligatoire du texte édicté.

Cela ne signifie pas que cette volonté politique constitue la seule raison qui est censée justifier le caractère obligatoire du texte édicté. Par exemple, dans le cadre d'un système de contrôle *a priori* de constitutionnalité, le caractère obligatoire des lois est censé être justifié par l'articulation de deux éléments : la volonté politique d'une assemblée élue est encadrée – et, le cas échéant, censurée – par un organe juridictionnel qui veille au respect de certains droits et libertés fondamentaux. Il n'en reste pas moins que la volonté politique constitue un élément (parmi d'autres, le cas échéant) qui est censé justifier le caractère obligatoire de la loi : ce qu'on entend ici par « auteur » de la loi, c'est l'organe auquel cette volonté est imputée, dans le cadre d'un régime donné.

consentement étant « un oui libre à la création des normes proposées ou adoptées par autrui » ; il s'ensuit qu'il n'y a pas de « consentement » de la part de celui qui est « le sujet premier intervenant, c'est-à-dire qui propose ou adopte le premier » (*ibid.*, p. 380). Il paraît, de prime abord au moins, que cette précision pourrait écarter la première objection susmentionnée : il n'y a pas de « consentement » de la part de l'assemblée constituante qui soumet un projet de constitution à la ratification populaire. Or, il peut y avoir des cas où le projet de constitution soumis à la ratification populaire est l'œuvre de plusieurs organes. Ainsi, l'avant projet de la Constitution du 3 octobre 1958 a été rédigé par un comité désigné par De Gaulle, et il a été ensuite discuté et modifié par un « comité consultatif » (prévu par la loi du 3 juin 1958). Le texte définitif issu de cette procédure a été approuvé par le conseil des ministres, avant d'être soumis à la ratification populaire. Il serait toujours contre-intuitif d'affirmer que le comité consultatif ou le conseil des ministres ont « consenti » à la Constitution de 1958 qu'ils font parti de ce fait parti des « auteurs » de cette dernière.

⁵⁴⁹ Le discours constitutionnel se distingue sur ce point du discours administratif. Dans le cadre de ce dernier, le terme « auteur » désigne en principe le titulaire d'une compétence, voire l'organe qui est compétent pour édicter un certain type d'acte. En même temps pourtant, le juge et la doctrine parlent de l'« incompétence » de l'« auteur » d'un acte. Dans ce deuxième cas, le terme « auteur » ne désigne plus l'organe qui est compétent pour édicter un acte, mais l'organe incompétent qui l'a effectivement signé. Dans tous les deux cas, c'est dans un sens purement formel que le terme « auteur » est employé dans le discours administratif (jurisprudentiel et doctrinal) : le terme « auteur » désigne soit l'organe qui a effectivement signé un acte, soit l'organe qui aurait dû l'avoir signé.

Chapitre 2 : Appréciations des données du droit positif

Promulgation et édicition – Les traits, identifiés au chapitre précédent, qui sont communs à tout acte de promulgation ont eux-mêmes un point commun. Ils sont tous relatifs à l’édiction des lois.

Jusqu’ici nous avons utilisé le terme « édicition » pour désigner une procédure, voire une succession d’étapes qui comprend tant les étapes qui précèdent la promulgation que la promulgation elle-même. Ici, nous abandonnerons cette définition stipulative pour proposer un concept d’édiction. Il s’agit d’identifier le lien qui unit la promulgation avec les étapes qui la précèdent ou, plus précisément, d’identifier l’état de choses qui se produit lorsque toutes ces étapes sont accomplies.

Après avoir proposé un concept de l’édiction des lois (Section 1), nous proposerons un concept de promulgation qui est apte, à notre sens, à rendre compte des traits qui sont communs à tout acte de promulgation (Section 2).

Section 1 : Le concept d’édiction

Par « édicition » on entend ici deux choses : une certaine *procédure* (§1) et le *moment* où s’achève cette procédure (§2).

§ 1 – La procédure d’édiction

Définition – Dans son acception *procédurale*, le terme « édicition », au sens ici retenu, désigne une procédure dont le produit est une loi valide. Cette procédure se compose de différents actes juridiques qui se succèdent et dont la réunion constitue un critère nécessaire et suffisant pour qu’un texte acquiert le statut d’une loi valide au sein d’un système juridique donné.

Actes et procédure d’édiction – Le terme « acte juridique » peut avoir deux acceptions. Il peut désigner aussi bien une étape de la procédure d’édiction que le produit de cette procédure⁵⁵⁰. Par exemple, on peut qualifier d’« acte juridique » tant

⁵⁵⁰ *Rappr.* B. DEFOORT, *La décision administrative*, thèse, préf. B. Seiller, LGDJ, 2015, n° 311 : qui distingue entre quatre « réalités formelles » que le terme « acte » peut désigner : (i) les actes qui font

l'acte par lequel le parlement adopte ou le roi sanctionne une loi⁵⁵¹, que la loi qui est édictée au moyen d'une procédure qui comprend l'adoption et la sanction⁵⁵². Cette double acception du terme « acte juridique » s'explique par le caractère complexe de la procédure d'édition : chaque acte joue son propre rôle dans cette procédure mais, une fois celle-ci achevée, tous ces actes perdent leur autonomie par rapport à la loi édictée⁵⁵³.

Ceci étant, et pour des raisons de simplicité, le terme « acte juridique » – ou simplement « acte » – sera ici employé pour désigner les étapes de la procédure d'édition.

Un acte juridique, au sens précisé ci-dessus, est tout fait – linguistique ou autre –, ou toute réunion de faits, dont la signification est celle d'un acte juridique. Un fait a la signification d'un acte juridique lorsque sa réalisation est le critère auquel les agents d'un système juridique se réfèrent afin de déterminer si, et dans quel sens, un organe donné a exercé une compétence dont il est investi⁵⁵⁴. Corrélativement,

partie du « processus de formation d'une norme » ; (ii) l'acte qui marque « l'aboutissement » de ce processus ; (iii) l'acte comme *instrumentum* qui est issu de ce processus ; (iv) la signification normative de cet *instrumentum*.

⁵⁵¹ Il importe par ailleurs de rappeler que plusieurs auteurs qualifient expressément la promulgation d'« acte juridique », et ce afin de la distinguer de la publication qui est censée être, elle, un simple « fait » ou une opération « matérielle ». V. sur ce point : *supra*, Titre I, Chapitre 1^{er}, introduction, et les références citées.

⁵⁵² Cette terminologie ne pose pas problème lorsque la procédure d'édition d'un texte est envisagée comme un tout, sans distinction entre les différentes étapes qui la composent. Dans ce cas, le texte est envisagé comme le produit de l'exercice d'une seule compétence – la compétence législative, par exemple – et non pas comme le produit de l'exercice de plusieurs compétences (celle qu'exerce le Parlement, le Conseil constitutionnel, l'organe qui promulgue, etc.). Si l'on veut étudier pourtant la structure de cette procédure, il faut trouver un moyen pour désigner le moyen par lequel s'exercent les différentes compétences qui la composent. Pour ces raisons, nous retiendrons les termes « texte » et « loi » pour se référer au produit de la procédure d'édition, et nous retiendrons le terme « acte » pour se référer aux étapes de cette procédure.

⁵⁵³ *Rappr.* J. ARRIGHI DE CASANOVA, conclusions sur CE Sect. 13 déc. 1991, *Sté ASET*, n° 65940, 66868, *Revue de jurisprudence fiscale*, 1, 1992, p. 17, spéc. p. 20-21 : « [c']est de l'essence même de toutes les procédures administratives complexes de comporter plusieurs décisions successives », mais il y a une seule décision qui peut être « utilement attaquée devant le juge : c'est celle qui vient, le cas échéant, clore la procédure. Tout le reste n'est qu'un acte préparatoire d'une décision à laquelle l'administration peut finalement renoncer [...] ».

⁵⁵⁴ Cf. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, thèse, préf. M. Troper, Dalloz, 2006, n° 570, p. 276 : « [Une] norme d'habilitation doit nécessairement se référer aux actes empiriques par lesquels une compétence peut être mise en œuvre, c'est-à-dire à la procédure à laquelle elle confère une signification spécifique ». V. aussi : G. DUPUIS, « La présentation de l'acte administratif », in : *Id.* (dir.), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, Economica, 1979, p. 9 : « La procédure [d'édition] est relative à l'opération normatrice, au negotium : elle est l'ensemble des faits et gestes de l'auteur de l'acte [administratif] » (nous soulignons) ; J. HÉRON, *Principes du droit transitoire*, Dalloz, 1996, p. 41 : « Bien entendu, l'édition de la loi est soumise à des conditions de nature

l'accomplissement d'un acte correspond à la fois à la réalisation d'un fait et à la signification attribuée à ce fait, c'est-à-dire à l'exercice effectif d'une compétence de la part d'un organe déterminé⁵⁵⁵.

Édiction et validité – Si la réalisation d'un fait est le moyen par lequel se manifeste l'exercice d'une compétence⁵⁵⁶, on peut affirmer que la validité d'une loi dépend uniquement de l'établissement de certains faits : pour savoir, à un moment donné, si un texte constitue ou non une loi valide au sein d'un système juridique donné, il suffit de savoir s'il a été édicté par les organes compétents ; pour savoir cela, il suffit de savoir si certains faits ont été réalisés. Il s'agit, précisément, de ce type de faits auxquels le droit positif accorde la signification d'un acte juridique, comme l'adoption, la sanction, etc. Une précision s'avère ici nécessaire.

Édiction et abrogation – Il est en effet possible de distinguer entre deux types de questions relatives à la validité d'une loi. On peut se poser la question de savoir si un texte donné est déjà une loi valide, ou s'il est encore une loi valide. Dans ce second cas, il s'agit de savoir si une loi donnée a été abrogée par une autre loi⁵⁵⁷. Pour y

juridique, mais ces conditions se réalisent par des faits, au sens le plus large, comme un vote, une signature ou une publication », qui inclut la publication dans la procédure d'édition ; O. WEINBERGER, « The Theory of Legal Dynamics reconsidered », *Ratio Juris*, vol. 4, n° 1, 1991, p. 18-35, spéc. p. 26 : « the processes of legal dynamics are linked to an entailment relation based on two premises : a normative premise expressing some kind of a legal rule (or a normative conditional) and a premises about *actual facts* » (nous soulignons).

⁵⁵⁵ *Rappr.* G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, n° 570, p. 276 : « L'«acte juridique» conçu comme fait institutionnel ne saurait relever d'une mystérieuse sphère de réalité supra-empirique. Il s'agit soit d'un acte empirique ou «naturel», soit de la signification normative d'un tel acte ». L'auteur emploie ici le terme « acte juridique » pour se référer au texte qui est issu d'une procédure d'édition, et non pas aux différents actes dont l'accomplissement structure cette procédure. Sur ces actes intermédiaires, que l'auteur qualifie d' « énoncés de procédure », *v. ibid.*, n° 571, p. 296-297.

⁵⁵⁶ L'exercice d'une compétence n'est pas réductible à l'établissement d'un fait, mais c'est à la preuve de l'établissement d'un fait qu'il faut se référer afin de savoir si, et de quelle façon, un organe a exercé sa compétence.

⁵⁵⁷ Ou par une décision d'une cour constitutionnelle, ce qui représente un cas de figure que nous ne pouvons pas aborder ici. Il en va de même pour les cas où une loi prévoit elle-même la fin de sa validité. De manière plus générale, nous faisons ici abstraction de quatre problèmes. (i) En premier lieu, une cour constitutionnelle peut invalider une partie seulement du dispositif d'une loi. Il s'ensuit que les jugements de validité peuvent porter sur une partie d'une loi, et non pas sur la loi dans son ensemble. (ii) Ceci étant, et en deuxième lieu, il se pose la question de savoir s'il y a ou non, du point de la validité des lois, une différence entre l'abrogation d'une loi par le législateur et la censure prononcée par le juge constitutionnel. Faute de pouvoir creuser ici ce problème, nous présumons que les deux opérations sont identiques pour ce qui concerne la validité de la loi : une décision d'inconstitutionnalité (dans le cadre d'un contrôle abstrait de constitutionnalité) équivaut à une abrogation de la loi. (iii) En plus, et en troisième lieu, il reste à savoir si une loi peut être abrogée par désuétude. Nous présumons, ici encore, que la réponse est négative : l'abrogation d'une loi présuppose une décision prise à cet effet par un acte juridique (législatif ou juridictionnel). (iv) Cela

répondre, et à la différence de la première question, il ne suffit pas d'interpréter certains faits afin de déterminer, en fonction des règles correspondantes du droit positif, si leur réalisation correspond à l'édiction d'une nouvelle loi. Il faut aussi interpréter les dispositions de la loi ainsi édictée, et ce afin d'identifier la disposition dont la signification est celle d'une règle qui abroge l'ancienne loi⁵⁵⁸. Or, l'abrogation d'une loi présuppose son édictation ; elle présuppose aussi l'édiction de la loi abrogative elle-même. De manière plus générale, l'interprétation d'une loi présuppose sa validité : c'est parce qu'un texte constitue une loi que les acteurs juridiques s'intéressent à son interprétation. Pour savoir pourtant si un texte constitue une loi, il n'est pas nécessaire de savoir ce que ce texte « veut » dire : il suffit de savoir s'il a été édicté d'une certaine façon, ce qui revient à savoir si certains faits ont été établis, au sens précisé ci-dessus.

Validité des actes et validité des règles juridiques – Ce lien constitue un trait conceptuellement nécessaire de la loi : un texte constitue une loi non pas en vertu de son contenu, mais en vertu de la façon dont il a été édicté, c'est-à-dire en vertu de la façon dont son contenu a été établi ou approuvé par certains organes suivant certaines procédures.

En ce sens, les termes « valide » et « édictée » peuvent prédiquer le terme « loi » de la même façon que le terme « loi » peut prédiquer le terme « texte » : affirmer, sans

devient apparent, en quatrième lieu, dans le cas de l'abrogation dite « implicite ». Selon la jurisprudence, le juge ordinaire est compétent pour « constater » l'abrogation implicite d'une loi par la constitution, pourvu qu'il s'agisse d'une loi dont l'édiction est antérieure à l'entrée en vigueur de la constitution. Selon la doctrine, ce contrôle porte sur l'« existence » et non pas sur la constitutionnalité de la loi. Toutefois, et comme le reconnaît la doctrine par ailleurs, ce contrôle porte sur le contenu de la loi : le juge « constate » l'abrogation implicite d'une loi lorsqu'il considère que son contenu – les règles qui peuvent être déduites de ses dispositions – est incompatible avec la nouvelle constitution, à savoir avec les règles qui doivent désormais guider le législateur dans la détermination du contenu des lois qu'il édicte. Par conséquent, la distinction établie par la doctrine entre le « constat » de l'abrogation implicite et le contrôle de la constitutionnalité est intenable : elle est fondée sur une métaphysique réaliste, voire sur l'idée que l'absence de conformité d'une loi par rapport à une constitution ne relève pas d'un jugement mais de la « découverte » de quelque chose qui existe déjà par elle-même, avant que le juge n'intervienne. Sur l'abrogation implicite, v. : C. LANDAIS & F. LENICA, « L'abrogation implicite dans la jurisprudence récente du Conseil d'État », *AJDA* 2006, p. 357 ; C.-É. SÉNAC, « Le constat juridictionnel de l'abrogation implicite d'une loi par la Constitution », *RDP*, n° 4 2008, p. 1081-1099 ; G. ÉVEILLARD, « Abrogation implicite ou inconstitutionnalité de la loi ? », *RFDA* 2011, p. 353.

⁵⁵⁸ Par souci de simplicité, nous faisons ici abstraction de la modification d'une loi : la modification de la teneur d'une loi, par une loi nouvelle, correspond à une abrogation partielle.

autre précision, qu'un texte constitue une « loi » revient à affirmer que le texte en question est une loi valide au sein d'un système juridique donné ou, ce qui revient au même, une loi dont l'édiction est achevée.

Il importe pourtant de préciser que la validité est communément présentée comme une qualité qui caractérise les règles ou les normes juridiques⁵⁵⁹. Plusieurs auteurs ne distinguent pas clairement entre les actes et les règles juridiques : ils affirment à la fois que la validité est une qualité qui caractérise les règles, et que les « critères » de cette validité sont réductibles ou liés à la réalisation de certains faits, raisonnant ainsi comme si l'adoption d'une loi par le parlement, par exemple, entraînait par elle-même la création de règles valides⁵⁶⁰.

Certains auteurs précisent que le terme « valide » peut être employé pour qualifier tant les règles que les actes dont ces règles sont la signification⁵⁶¹. D'autres insistent sur la distinction entre les règles et les actes juridiques mais réservent le terme « validité » pour désigner une qualité qui caractérise les règles seulement⁵⁶².

Cette dernière approche est suivie par des analyses sur l'entrée en vigueur qui s'inspirent de la théorie de Kelsen⁵⁶³. D'après ces analyses, la validité et la normativité sont des qualités coextensives : affirmer qu'une certaine conduite est

⁵⁵⁹ Ainsi, les distinctions établies par plusieurs auteurs entre les différentes acceptions du terme « validité » ne sont relatives qu'à la validité des règles : A. AARNIO, *Essays on the Doctrinal Study of Law*, Heidelberg, Springer, 2011, p. 126 s. ; E. BULYGIN, « Valid Law and Law in Force », in : *Id.*, *Essays in Legal Philosophy*, Oxford University Press, 2015, p. 285-292 ; J. W. HARRIS, *Law and Legal Science. An Inquiry into the Concepts of Legal Rule and Legal System*, Clarendon Press, 1979, p. 107 s. ; S. MUNZER, *Legal Validity*, Hague, Martinus Nijhoff, 1972, spec. chap. 2 ; G. VON WRIGHT, *Norm and Action : A Logical Enquiry*, Routledge and Kegan Paul, [1963] 1977, p. 194 s.

⁵⁶⁰ Cette approche caractérise surtout le courant analytique de la théorie du droit. V. la constatation faite en ce sens par : F. P. SHECAIRA, « Sources of Law Are not Legal Norms », *Ratio Juris*, vol. 28, n° 1, 2015, p. 15-30, spéc. p. 15-17. Il est intéressant de noter que cette remarque vaut pour la théorie analytique anglo-américaine. La théorie analytique continentale s'avère beaucoup plus sensible à la distinction entre les actes et les règles juridiques (v. en ce sens les références citées à la note suivante).

⁵⁶¹ R. GUASTINI, « Concetti e criteri di validità », *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1989, p. 867-878, spéc. p. 871-872 ; *Id.*, « Jugements de validité », in : *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 453-462, spéc. p. 459 ; G. PINO, « Norme e gerarchie normative », *Analisi e diritto*, 2008, p. 263-299, spéc. p. 273 s.

⁵⁶² R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, trad., J. Rivers, Oxford University Press, [1986], 2002, p. 28-30, qui distingue entre les jugements relatifs à la validité des normes et les actes de création de normes.

⁵⁶³ CH. EISENMANN, « Sur l'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales », in : *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 201-216, *Id.*, *Cours de droit administratif*, t. 2, LGDJ, [1983] 2014, p. 705 s. ; O. PFERSMANN, « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques », *RRJ* 1994, p. 221-243.

obligatoire revient à affirmer que la conduite en question est prescrite par une norme valide. Cela signifie, selon la même ligne d'analyse, que la norme en question est « en vigueur ». D'après cette approche alors, l'entrée en vigueur constitue, elle aussi, une qualité qui caractérise la règle, et non pas l'acte dont la règle est la signification : affirmer qu'une loi est « en vigueur » revient à affirmer, tout simplement, que ses dispositions ont la signification de normes valides.

Le défaut principal de cette analyse est son caractère réductionniste⁵⁶⁴ : du point de vue de la « validité » des règles, il n'y a aucune différence entre les étapes qui précèdent l'entrée en vigueur d'une loi. On comprend pourtant intuitivement qu'il y a une différence juridiquement importante entre, par exemple, le dépôt d'un projet de loi et la promulgation d'une loi définitivement adoptée.

Dans les analyses que nous avons menées plus haut, nous avons tenté de révéler la spécificité que présente la promulgation par rapport aux autres étapes qui précèdent l'entrée en vigueur. La promulgation marque le moment à partir duquel l'adoption d'une loi ne peut plus être remise en cause ; corrélativement, et pour cette même raison, la promulgation marque le moment à partir duquel une loi peut remplir les conditions dont dépend son entrée en vigueur, à commencer, le cas échéant, par sa publication officielle sous le titre de « Loi ».

Le concept d'édition nous permet de rendre compte de cette spécificité : un texte promulgué constitue une loi valide ; en vertu de cette qualité, une loi promulguée se distingue tant d'une loi qui est déjà en vigueur, que d'une loi qui est simplement adoptée.

Le statut d'une loi valide – Trois précisions s'avèrent ici nécessaires.

En premier lieu, la validité est une qualité distincte de la normativité : un texte peut être une loi valide sans être encore une loi en vigueur⁵⁶⁵, voire sans être encore une

⁵⁶⁴ Nous faisons ici abstraction des problèmes que soulève l'identification de la validité à la normativité, voire au caractère obligatoire des normes. Sur ce point, v. B. CELANO, « Validity as Disquotatation », *Analisi e diritto*, 1999, p. 35-77.

⁵⁶⁵ Cela ne vaut pas dire que l'entrée en vigueur est le seul critère déterminant pour la distinction entre la validité et la normativité : dans le cas de l'état de siège ou d'exception, par exemple, on parle de la « suspension » de l'application de certaines dispositions constitutionnelles pour une certaine

loi dont les acteurs juridiques peuvent invoquer les dispositions afin de justifier une conclusion normative concernant un cas concret⁵⁶⁶. En deuxième lieu, l'entrée en vigueur d'un texte valide n'est pas certaine : elle peut dépendre de conditions dont la réalisation est incertaine. Toutefois, c'est le texte édicté, et non pas un texte doté d'une teneur différente, qui deviendra éventuellement une loi « en vigueur ». Tel ne sera pas le cas si, et seulement si, les organes compétents édictent une nouvelle loi dont l'entrée en vigueur sera antérieure à celle de la loi initiale et dont l'objet sera l'abrogation ou la modification de celle-ci⁵⁶⁷. En cas d'abrogation, seule la nouvelle loi deviendra une loi « en vigueur ». En cas de modification, qui correspond à une abrogation partielle de la loi initiale, une partie du dispositif de celle-ci ne deviendra jamais une loi « en vigueur ». On peut ainsi affirmer, et en troisième lieu, qu'un texte devient une loi valide lorsqu'il n'est plus possible de le « retirer » du système juridique, si ce n'est par une nouvelle loi valide⁵⁶⁸ : pour abroger ou modifier la teneur d'une loi valide, même si elle n'est pas encore en vigueur, il faut édicter une nouvelle loi.

Ce dernier point peut être illustré par un exemple. En 1983, le gouvernement décidait de désister de l'organisation d'une exposition universelle à Paris, alors que la loi relative à cette organisation venait d'être adoptée par le Parlement. Comme la loi n'avait pas encore été promulguée, le président de la République a demandé une

période de temps : pendant ce temps, ces dispositions ne sont pas normatives – l'idée d'état de siège ou d'urgence étant, précisément, que l'on ne peut pas invoquer le contenu de certaines dispositions afin d'évaluer la conduite des autorités publiques –, mais elles « comptent » encore comme composantes d'une loi constitutionnelle valide, d'où le besoin d'édicter une nouvelle loi constitutionnelle si l'on veut les supprimer.

⁵⁶⁶ Plus analytiquement sur ce point ; *infra*, Seconde Partie, Titre II, Chapitre 2, Section 1, § 1.

⁵⁶⁷ Pour une illustration de ce cas de figure, qui demeure rare, v. : CC 92-317 DC du 21 janvier 1993, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, cons. 8 et 9 : modification d'une disposition du nouveau Code pénal qui n'était pas encore en vigueur ; CE Sect. 29 mars 2000, *Confédération nationale des syndicats dentaires*, n° 198264, *RFDA* 2000, p. 1021, conclusions P. FOMBEUR : abrogation d'un arrêté réglementaire qui n'était pas encore en vigueur.

⁵⁶⁸ *Rappr.* M. WALINE, « Introduction », in : B. Herzog & G. Vlachos (dir.), *La promulgation, la signature et la publication des actes législatifs en droit comparé*, Éditions de l'Épargne, 1961, p. 2, qui remarque que l'entrée en vigueur ne soulève pas seulement la question de savoir le moment à compter duquel une loi devient obligatoire ; elle soulève aussi la question qui consiste à « se demander comment est mis le point final à la procédure de confection de la loi, à partir de quel moment on peut dire que la loi est parfaite (je veux dire : achevée) et prend vigueur, en sorte qu'il n'est plus possible de la rayer de l'ordonnancement juridique sans une procédure d'abrogation, en principe symétrique [...] ».

nouvelle délibération, mais le texte ne fut jamais inscrit à l'ordre du jour des assemblées, ce qui a permis de l'« enterrer »⁵⁶⁹.

Ainsi déterminé, le concept d'édiction nous permet de mieux comprendre ce que la doctrine veut dire lorsqu'elle affirme que la loi « existe » à partir de sa promulgation⁵⁷⁰. C'est en ce sens qu'il faut aussi comprendre les énoncés similaires que certaines constitutions peuvent employer à propos de la promulgation des lois⁵⁷¹.

Les étapes de l'édiction – Ainsi comprise, la procédure d'édiction commence avec le dépôt d'un projet ou d'une proposition de la loi et comprend aussi : (a) l'adoption d'un texte par le parlement ; (b) les étapes ultérieures qui peuvent remettre l'adoption en cause, à savoir la sanction royale ou référendaire, la deuxième délibération et le contrôle *a priori* de la constitutionnalité du texte adopté ; (c) la promulgation elle-même, qui est la dernière étape de la procédure d'édiction⁵⁷².

§ 2 – *Le moment de l'édiction*

Le moment de l'édiction – L'acception *temporelle* du terme « édition » désigne le moment où la teneur d'une loi est établie de façon définitive, en ce sens que la modification de celle-ci nécessite la réinitialisation de la procédure législative et l'édiction d'une nouvelle loi modifiant la loi déjà édictée. Pour cette raison, et à partir

⁵⁶⁹ Selon l'expression de Y. GAUDEMET, B. PLESSIX, « Promulgation et publication des lois », *Jurisclasseur Civil*, Art. 1^{er} du Code civil, Fasc.10, 2011, n° 51. V. aussi J.-É. GICQUEL, « Loi », *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 30, 2013 (mise à jour : 4 octobre 2015), n° 16, et plus analytiquement : B. BAUFUMÉ, Le droit présidentiel de demander une nouvelle délibération de la loi : le précédent du 13 juillet 1983 : *RDP* 1985, p. 1239-1262.

⁵⁷⁰ *Supra*, Titre I, Section 2, § 1 et 2.

⁵⁷¹ Dans son art. 137, intitulé « L'absence de promulgation ou de signature », la Constitution portugaise dispose : « Tout texte prévu à l'article 134/b est promulgué ou signé par le Président de la République, faute de quoi il est inexistant [inexistência jurídica] ». Dans un sens similaire, la Constitution irlandaise dispose, dans son l'art.13, §3, al. 1° : « Every Bill passed or deemed to have been passed by both Houses of the Oireachtas [le Parlement] shall require the signature of the President for its enactment into law ».

⁵⁷² Cette procédure peut être qualifiée de complexe pour deux raisons. D'une part, l'accomplissement de chaque étape conditionne l'accomplissement de l'étape suivante. D'autre part, toutes les étapes présentent une unité fonctionnelle qui transcende leurs différences : leur réunion est nécessaire pour qu'il puisse y avoir une loi dotée d'une teneur définitivement établie qui peut remplir les conditions dont dépend son entrée en vigueur.

du même moment, la loi peut remplir les autres conditions dont dépend, le cas échéant, son entrée en vigueur, à commencer par sa publication officielle⁵⁷³.

Corrélativement, on peut affirmer que la promulgation a un double aspect temporel, à la fois *rétrospectif* et *prospectif* : elle marque *la fin de la procédure d'édiction* de la loi et, symétriquement, *le point à compter duquel la loi peut remplir les conditions dont dépend son entrée en vigueur*.

Pour mieux saisir l'aspect prospectif de la promulgation, au sens qui vient d'être évoqué, il faut préciser davantage le concept de condition d'entrée en vigueur. Ce concept sera abordé dans la seconde partie de notre thèse⁵⁷⁴. Il est en revanche possible d'apporter dès maintenant quelques précisions concernant l'aspect rétrospectif susmentionné. Il s'agit de montrer, dans la section suivante, que cet aspect constitue un trait essentiel de la promulgation, c'est-à-dire un trait qui nous permet d'identifier l'une des deux fonctions remplies par tout acte de promulgation.

Section 2 : Édiction et promulgation

Comme nous l'avons vu au chapitre précédent, tous les actes de promulgation partagent certains traits qui peuvent être regroupés en deux catégories : ceux qui sont relatifs aux modalités selon lesquelles ces actes sont accomplis, et ceux qui sont relatifs à la formule que ces actes comportent. Le concept d'édiction, au sens précisé ci-dessus, nous permet d'expliquer ces traits communs.

Selon la thèse ici défendue, tout acte de promulgation remplit deux fonctions. D'une part, et grâce à ses modalités, l'acte de promulgation constitue un critère qui permet aux acteurs juridiques de déterminer avec précision le moment où s'achève l'édiction de chaque nouvelle loi (§1). D'autre part, et grâce à sa formule, l'acte de promulgation constitue une assertion relative à la légitimité de la loi édictée (§ 2).

⁵⁷³ Rappelons que, en principe, une loi peut entrer en vigueur dès le jour ou le moment où son édicition est achevée.

⁵⁷⁴ *Infra*, Seconde Partie, Titre II, Chapitre 2, Section 2, § 1, A)

§ 1 – Les modalités de la promulgation et le moment de l’édiction : la détermination précise de la fin de l’édiction

La promulgation et la fin de l’édiction : la fonction de détermination – La promulgation ne marque pas la fin de l’édiction des lois tout court : elle permet de déterminer la fin de leur édiction d’une façon *précise*.

Le caractère précis d’une telle détermination comprend deux aspects : un chronologique et un normatif. D’un point de vue chronologique, la détermination est précise lorsque le critère retenu permet de déterminer la *date exacte* de l’édiction d’une loi. D’un point de vue normatif, la détermination est précise lorsque le critère retenu n’est ni *ad hoc* ni contesté : il permet de déterminer la date exacte où s’achève l’édiction de *toute* loi, et il permet aux agents du système juridique de *se mettre d’accord* sur ce point.

La promulgation est un critère précis, au sens susmentionné, en vertu des traits qui sont communs à tout acte de promulgation : consacrer la promulgation revient à ériger un acte formel et daté en critère commun pour la détermination du moment où s’achève l’édiction de toute nouvelle loi, quelles que soient les modalités particulières de cette édiction. En ce sens, la promulgation remplit une fonction que l’on pourrait appeler « fonction de détermination ».

§ 2 – La formule de promulgation et la procédure d’édiction : validité et légitimité de la loi édictée

Il semble pourtant que certains traits de la formule de promulgation ne sont pas liés ou indispensables à la fonction de détermination : quelle est l’utilité des énoncés qui présentent les étapes ayant précédé la promulgation ainsi que le rôle respectif des organes constitutionnels impliqués ?

Il a pu être soutenu que ces énoncés sont des performatifs dont la performativité consiste en l’édiction de la loi : l’acte de leur énonciation – l’accomplissement de la promulgation – entraîne l’établissement d’un nouvel état de choses qui consiste,

précisément, en l'édiction de la loi⁵⁷⁵. Or, ce qui « crée » ce nouvel état de choses n'est pas la promulgation elle-même, mais la réunion d'une série de conditions, prévues par le droit positif, dont la promulgation est la dernière.

Selon une autre explication, les énoncés en question sont des *signes* qui nous permettent d'identifier les textes qui sont des lois⁵⁷⁶. Cette analyse met en exergue une donnée souvent négligée par la théorie du droit : les actes juridiques ne sont pas réductibles à des énoncés dont la signification est celle d'une règle. Il n'en reste pas moins que l'identification dont il est question peut être assurée, semble-t-il, par des moyens beaucoup plus simples, comme, par exemple, la seule signature du chef de l'État et la publication officielle du texte sous le titre de « Loi ». Comment expliquer alors le *contenu spécifique* de la formule de promulgation ?

Les signes de l'identité des lois – Pour y répondre, il importe de se pencher davantage sur l'idée d'identification. On peut ainsi remarquer, dans un premier temps, que tout texte qui constitue une loi se présente comme telle : il porte de signes de son identité, c'est-à-dire de sa qualité législative⁵⁷⁷. En effet, si l'inscription et la

⁵⁷⁵ D. KURZON, *It is Hereby Performed : Explorations in Legal Speech Acts*, Amsterdam-Philadelphia, John Benjamin Publishing, 1986, p. 9 et s., spéc. p. 9 : « We shall now proceed to show that a statute is a rule-enacting document, that's its promulgation by the legislator is a speech act with the illocutionary force of enacting. The general argument focuses on the enacting formula which is considered an explicit Performative, determining the type of speech act the statute constitutes ». Par « enacting formula » l'auteur entend les énoncés qui se mettent en tête des lois et présentent les organes ayant participé à leur édiction. Cette pratique n'est pas propre aux systèmes juridiques qui consacrent la promulgation (v. *Infra*). Ainsi, l'auteur prend comme exemple la formule qui se met en tête des lois au Royaume-Uni. Pour une analyse de cette formule en tant qu'énoncé performatif, v. aussi : B. JACKSON, « Who Enacts Statutes ? », *Statute Law Review*, vol. 18, n° 3, 1997, p. 177-207, spéc. p. 192, qui s'appuie sur l'analyse de D. Kurzon. Pour une analyse dans les mêmes termes de la formule de promulgation, v. : G. KALINOWSKI, « Dialogue à trois voix : Sur les langages respectifs du législateur, du juge et de la loi », *APD*, t. 19, *Le langage du droit*, 1974, p. 63-74, spéc. p. 63-65, et les brèves remarques de J.-L. GARDIES, « La structure logique de la loi », *APD*, t. 25, *La Loi*, 1980, p. 109-121, spéc. p. 109-110, qui suit l'analyse de G. Kalinowski.

⁵⁷⁶ P. AMSELEK, « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », in : P. Amselek et al. (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, PUF, 1986, p. 109, spéc. p. 120 s. ; *Id.*, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles ne général*, A. Colin, 2012, p. 314 et s. La thèse de l'auteur se résume ainsi : pour identifier les normes juridiques, il faut identifier les énoncés dont ces normes sont la signification ; pour identifier ces énoncés, il faut être en position d'identifier leur support, c'est-à-dire les textes qui constituent des actes juridiques. Pour une approche similaire, v. R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 1998, p. 393-394.

⁵⁷⁷ C'est ainsi que Hobbes a pu ériger l'existence d'un « signe adéquat » [sufficient sign] en élément de la définition même de la loi : « La loi civile est, pour chaque sujet, l'ensemble des règles dont la république, par oral, par écrit, ou par quelque autre signe adéquat de sa volonté, lui a commandé d'user [...] », *Léviathan*, xxvi, p. 282. En effet, Hobbes insistait sur l'idée suivante : la loi doit être obéie non pas en vertu de son contenu, mais en vertu de sa source, voire en vertu du fait qu'elle émane du souverain ; il faut par conséquent que la qualité législative d'un texte soit évidente par les signes que celui-ci porte, d'autant plus que le souverain doit s'appuyer sur l'intervention des organes

publication dans des registres officiels sont en pratique des critères suffisants pour identifier les textes qui sont des lois⁵⁷⁸, il n'en reste pas moins que les textes ainsi enregistrés et publiés ne sont pas « nus »⁵⁷⁹ : ils portent certains signes, comme des intitulés, des sceaux et des signatures⁵⁸⁰.

subalternes pour la divulgation de ses lois, faute de pouvoir communiquer celles-ci directement à leurs destinataires. Il souligne ainsi que « C'est dans la *mise en évidence de l'autorité* émanée du souverain que réside la difficulté. Et la solution de celle-ci dépend de la connaissance tant des recueils officiels que des conseils, ministre et sceaux public, choses par lesquelles toute loi est adéquatement authentifiée » (*Ibid.*, p. 292). V. sur ce point : M. MALHEBRE, « La notification de la loi », in : L. Roux & F. Tricaud (dir.), *Le Pouvoir et le Droit : Hobbes et les fondements de la Loi*, Saint-Étienne, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 1992, p. 155-163, spéc. p. 158-160 ; CH. ZARKA, *Hobbes et la pensée politique moderne*, PUF, Quadrige, 1995, p. 146 et s., qui parle de la théorisation de la part de Hobbes d'un « mode de signifier » et d'une « écriture du pouvoir » (*ibid.* p.149 et 151). V. aussi les brèves remarques de : J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, 1999, p. 39-42 ; *Id.*, « Who needs Rules of Recognition ? », in : M. Adler & K. Himma (ed.), *The Rule of Recognition and the US Constitution*, Oxford University Press, 2009, p. 327-349, spéc. p. 329-330.

⁵⁷⁸ Si l'emploi des registres officiels pour la conservation et la publication des lois paraît aujourd'hui comme une pratique qui va de soi, il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'un moyen d'identification de ce qui compte comme « Loi » qui fut déterminant pour le développement des systèmes juridiques. V. en ce sens C. VISMANN, *Files : Law and Media Technology*, trad. G. Winthrop-Young, Stanford, Stanford University Press, 2008, et spéc. p. 4, où l'auteur remarque que : « The inquiry into the origin of the law leads not to a state of pure orality or to forms of writing that are more closely linked to an orally performed legal culture, but to administrative record keeping ». La difficulté de l'administration royale de maîtriser la conservation et la publication des lois écrites reflète par ailleurs l'impasse dans laquelle se trouvait l'état royal à la fin de l'ancien régime. On a pu ainsi affirmer, à propos des remontrances que les parlements formulaient lorsqu'ils refusaient d'enregistrer une ordonnance, que le roi ne devait examiner que celles qui étaient « fondées sur le texte d'une loi connue », et ce afin d'obliger les magistrats « à en citer chapitres et paragraphes », rejetant « les thèses appuyées sur des "systèmes" imaginaires ou sur des "arrêtés" parlementaires tendancieux » : K. BAKER, *Au tribunal de l'opinion : essais sur l'imaginaire politique au XVIII^e siècle*, trad. L. Evrard, Payot, 1993, p. 91-92, citant les propos de Moreau. La difficulté de l'état royal de maîtriser non seulement l'interprétation mais la vérification de la teneur même de ses propres lois est résumée par K. Baker ainsi : « Les magistrats connaissaient les lois et les étudiaient constamment, manipulant leur interprétation pour l'adapter à leurs desseins parlementaires ; les ministres, dépourvus de cette science, étaient donc incapables de la mobiliser efficacement du côté gouvernemental. De même, les remontrances faisaient massivement et abusivement appel aux citations d'édits royaux, ou de déclarations parlementaires antérieures qui étaient elles-mêmes des présentations faussées de la loi » (*Ibid.*, p. 94-95). Sur les aspects pratiques de cette difficulté de maîtriser la conservation et la publication des ordonnances de l'ancien régime, v. les informations fournies par E. ESMONIN, « La publication et l'impression des ordonnances royales sous l'ancien régime », in : *Id.*, *Études sur la France des XVII^e et XVIII^e siècles*, PUF, 1964, p. 175-182, spéc. p. 177-178, où l'auteur remarque, entre autres, que « [d]ans la correspondance administrative de l'ancien régime, on trouve maintes doléances d'administrateurs et de juges qui ne peuvent se procurer le texte d'ordonnance en vigueur ».

⁵⁷⁹ La publication d'une loi « toute nue » dans le *Journal officiel* serait inconcevable, selon B. CAZALENS, note sous Cass., Crim., 6 février 1874, *Bouscarle et autres*, D., 74, I, 1874, p.186, arrêt précité (*Supra*, Titre I, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 2, C).

⁵⁸⁰ La terminologie retenue par les auteurs pour désigner ces signes peut varier. Ainsi, certains parlent de « signes de validation », à propos des ordonnances de l'ancien régime : A. GIRY, *Manuel de diplomatique*, nouvelle édition, Librairie Félix Alcan, 1925, p. 591-592 ; L. PERRICHET, *La Grande Chancellerie de France. Des origines à 1328*, thèse, Université de Paris, Sirey, 1912, p. 83 ; J.-M. CAUCHIES, *La législation princière pour le comté de Hainaut*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1982, p. 145. D'autres parlent de « marques de solennité extérieures », à propos des édits des empereurs romains : J.-P. CORIAT, *Le prince législateur : la technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial à la fin du principat*, Rome, École française de Rome, 1997, p. 607.

En plus, et surtout, ils portent certains énoncés dont la signification n'est pas celle d'une règle relative à la conduite de leurs destinataires, mais celle d'une assertion relative à leur propre *source*. Il s'agit des assertions qui sont relatives tant à l'identité des organes qui les ont édictés qu'à la façon dont ces organes ont procédé à leur édicition (par délibération, après la prise en compte de certaines considérations, par le concours de plusieurs organes, par habilitation ou au nom d'une autorité supérieure, etc.).

L'identité des lois et notre concept de « loi » – Si cette constatation paraît triviale – la constatation que toute loi se présente comme telle⁵⁸¹ –, c'est parce qu'elle reflète un trait de notre concept de « Loi », c'est-à-dire un trait qui fait d'un texte le type de texte que l'on désigne par le terme « Loi ». En effet, une loi est, entre autres choses, un texte dont on peut reconnaître l'identité par les signes qu'il porte, sans avoir à vérifier par nous-mêmes, et à chaque instance, s'il remplit effectivement les conditions dont dépend cette identité, à savoir sa qualité de « Loi »⁵⁸². Ces conditions sont toujours relatives à son mode d'édicition : un texte constitue une loi non pas en vertu de son contenu, mais en vertu des organes et de la façon dont ces organes ont établi ou approuvé ce contenu. Or, ce sont les mêmes raisons qui peuvent *justifier* le caractère obligatoire de ce contenu. La loi est obligatoire *à partir* du moment où elle remplit les conditions dont dépend son entrée en vigueur, mais la *raison qui peut justifier* le caractère obligatoire d'une loi qui remplit ces conditions, c'est le fait que son contenu a été établi ou approuvé par tel ou tel organe, suivant telle ou telle procédure.

⁵⁸¹ Elle a néanmoins retenu l'attention de certains auteurs. V. en ce sens les études précitées de P. AMSELEK, « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », *op. cit.*, p. 120 s. ; *Id.*, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles ne général*, *op. cit.*, p. 314 et s. V. aussi P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT, M. TOURBE, *Droit administratif*, 15^e éd., Sirey, 2016, n° 186, p. 158, qui remarquent que : « [...] la loi se reconnaît à sa présentation : elle est l'acte que le législateur nomme ainsi et qui est promulgué comme tel. Son texte est alors publié au Journal officiel et, dans la pratique actuelle, il est précédé d'un intitulé » (nous soulignons). *Rappr.* G. DUPUIS, « La présentation de l'acte administratif », *op. cit.* p. 13, qui parle de la « présentation rituelle » avec laquelle « se présentent » les actes administratifs.

⁵⁸² En cela, les lois et, de façon plus générale, les actes juridiques unilatéraux se distinguent des autres types de textes. Par exemple, notre conception de « poème » ne dépend pas de sa source mais de certains traits relatifs à son contenu : on peut comprendre si un texte constitue un poème sans savoir qui est son auteur. Sur cette spécificité des actes juridiques v. R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 1998, p. 393. Nous empruntons l'exemple du poème à S. FISH, *Is There a Text in this Class ? The Authority of Interpretive Communities*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1980, p. 322.

Contenu et caractère obligatoire des lois – Par « contenu » on entend ici le dispositif ou, plus précisément, les énoncés dont se compose le dispositif d'une loi. Ces énoncés sont normatifs dans la mesure où les acteurs juridiques en déduisent des règles juridiques⁵⁸³. Une règle est une raison – ou une assertion relative à l'existence d'une raison – pour agir ou pour ne pas agir d'une certaine façon⁵⁸⁴, voire une raison pour adopter une certaine conduite plutôt qu'une autre⁵⁸⁵. Les règles juridiques rendent une conduite obligatoire en ce sens qu'elles écartent les autres raisons que l'on peut éventuellement avoir pour ne pas adopter cette conduite ou pour adopter une conduite différente⁵⁸⁶. Ceci étant, et pour des raisons de concision, on peut affirmer que les lois ont un contenu ou un caractère obligatoire en ce sens qu'elles prescrivent une certaine conduite⁵⁸⁷.

⁵⁸³ Ainsi formulée, cette idée reste très vague, mais elle s'avère suffisante pour la présente analyse. Plus analytiquement sur ce point : *infra*, Seconde Partie, Titre II, Chapitre 2, Section 1, § 1.

⁵⁸⁴ Nous ne prenons pas ici position sur la question de savoir si les règles – ou les normes, les deux termes étant ici employés indistinctement – sont des raisons ou des énoncés relatifs à l'existence des raisons pour agir. La première thèse est notamment défendue par J. RAZ, « Reasons for action, Decisions and Norms », in : J. Raz (ed.), *Practical Reasoning*, Oxford University Press, 1978, p. 128-143, spéc. p. 138-139 ; *Id.*, *Practical Reason and Norms*, 2nd ed., Oxford UP, 1999, p. 16-17. Il n'en reste pas moins que cette thèse est solidaire d'une ontologie réaliste : les raisons pour agir sont des faits dont l'existence ne dépend pas de ce que ces agents pensent ou affirment. Cette conception réaliste soulève des problèmes qui ne peuvent pas être étudiés ici. V. sur ce point l'éclairante analyse de : B. CELANO, « Are reasons for action beliefs ? », in : L. Meyer et al. (ed.), *Rights, Culture, and the Law : Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Oxford University Press, 2003, p. 25-43.

⁵⁸⁵ Nous ne pouvons pas s'attarder ici sur le concept de raison d'agir. L'explication susmentionnée s'avère adéquate à notre sens, pour ce qui concerne les besoins de la présente analyse. Par ailleurs, on peut saisir le concept de raison d'agir de façon intuitive, par des exemples pratiques. V. en ce sens : D. PARFIT, *On What Matters*, vol.1, Oxford University Press, 2011, p. 31 : « It is hard to explain the concept of a reason, or what the phrase "a reason" means. Facts give us reasons, we might say, when the count in favour of our having some attitude, or our acting in some way. But "counts in favour of" means roughly "gives a reason for". Like some other fundamental concepts [...] the concept of a reason is indefinable in the sense that it cannot be helpfully explained merely by using words. We must explain such concepts in a different way, by getting people to think thoughts that use these concepts » ; T. SCANLON, *What We Owe to Each Other*, Cambridge Mass. Belknap-Harvard University Press, 2000, p. 17 : « I will take the idea of a reason as primitive. Any attempt to explain what it is to be a reason for something seems to me to lead back to the same idea : a consideration that counts in favor for it. "Counts in favor how?" one might ask. By providing a reason for it" seems to be the only answer [...]. The idea of a reason does not seem to me to be a problematic one that stands in need of explanation ». Pour une vue d'ensemble sur la transposition du concept d'agir dans le domaine de l'analyse juridique v. : J. Gardner & T. Macklem, « Reasons », in : J. Coleman, S. Shapiro (ed.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, 2002, p. 440-475.

⁵⁸⁶ Plus analytiquement sur ce point v. les développements suivants, et aussi : N. P. ADAMS, « In defense of content-Independence », *Legal Theory*, 23, 2017, p. 143-167, et les références citées.

⁵⁸⁷ Il peut y avoir des conduites qui sont obligatoires sans être prescrites, comme c'est le cas des pratiques coutumières. Le terme « prescription » implique donc l'existence d'un acte intentionnel, et donc d'un auteur. V. en ce sens : J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, p. 49 ; G. VON WRIGHT, *Norm and Action: A Logical Enquiry*, Routledge and Kegan Paul, [1963] 1977, p 7-8 ; B. CELANO, *Dover essere et intenzionalità : Una critica all'ultimo Kelsen*, Torino, Giappichelli, 1990, p. 293 s.

La justification du caractère obligatoire des lois : le concept de légitimité – La justification du caractère obligatoire des lois est liée à la question de la légitimité des organes qui les édictent ou de l'État dont ces organes font partie⁵⁸⁸.

De manière générale, la légitimité est présentée comme une qualité du « pouvoir » que les « gouvernants » exercent sur les « gouvernés »⁵⁸⁹. Selon la même approche, ce « pouvoir » est légitime quand il s'exerce en vertu d'un « titre » qui le « justifie » en accordant aux gouvernants le « droit de gouverner » (ou de « commander »), et en imposant aux gouvernés « l'obligation d'obéir »⁵⁹⁰. En général, les auteurs

⁵⁸⁸ Dans les développements qui suivent, nous nous inspirons largement des analyses de J. Raz sur le concept d' « autorité légitime » et sur le lien entre ce dernier et la normativité juridique : J. RAZ, *The Authority of Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2009, Chap. 1 et 2 [trad.fr : « L'autorité légitime » et « Les prétentions du droit », *Droits*, n° 57, 2014] ; *Id.*, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, 1986, Chap. 2 à 4 ; *Id.*, *Ethics in the Public Domain*, revised ed., Clarendon Press, 1995, Chap. 10 et 15 ; *Id.*, *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, 2009, Chap. 5 ; *Id.*, *Practical Reason and Norms*, p. 62 s. et 82 s. ; *Id.*, « Facing Up : A Reply », *Southern California Law Review*, vol. 62, 1989, p. 1153- 1235. Pour une présentation et une appréciation critiques des thèses de Raz en la matière, v. à titre indicatif, parmi une littérature très abondante : G. POSTEMA, *Legal Philosophy in the Twentieth Century : the Common Law World*, A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, vol. 11, Dordrecht, Springer, 2011, p. 353 s. et 369 s. ; K. E. HIMMA, « Law's Claim to Legitimate Authority », in : J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript : Essays on the postscript to The Concept of Law*, Oxford University Press, 2001, p. 271-309 ; K. EHRENBERG, « Law's Authority is not a Claim to Preemption », in : W. Waluchow & S. Scaraffa (ed.), *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford University Press, 2013, p. 51-74. Pour une critique particulièrement pertinente pour les questions qui seront ici traitées, v. : F. ATRIA, *On Law and Legal Reasoning*, Hart Publishing, 2007, p. 94 s., et p. 197 s. ; C. MICHELON, « The justification of Authority and the Insulation of Formal Reasons », *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. 88, n° 1, 2002, p. 51-73 ; *Id.*, *Being Apart from Reasons. The Role of Reasons in Public and Private Moral Decision-Making*, Dordrecht, Springer, 2006, Chap. 4, spéc. p. 134 et s. ; S. HERSHOVITZ, « Legitimacy, Democracy and Razian Authority », *Legal Theory*, 9-2003, p. 201-220.

Ceci étant, il importe de remarquer que Raz se réfère à la légitimité du « droit » [law] en général, et non pas à celle des lois écrites en particulier. Pour une application de l'analyse raziennne à ces dernières v. J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Chap. 5, spéc. p. 99 s.

⁵⁸⁹ À titre indicatif : D. BARANGER, *Droit constitutionnel*, PUF, coll. Que sais-je ?, 6^e éd., 2013, p. 69 : le chapitre intitulé « Légitimité » commence ainsi : « Le pouvoir, même lorsqu'il est mis en ordre par la souveraineté [...] ne contient pas sa propre raison d'être. La souveraineté ne se justifie pas par elle-même. C'est en dehors de soi qu'elle trouve sa signification, c'est-à-dire sa légitimité » ; N. BOBBIO, « Sur le principe de légitimité », in : P. Bastid (dir.), *L'idée de légitimité*, Annales de philosophie politique, vol. 7, PUF, 1967, p. 47-60, spéc. p. 48 [réimpr. *Droits*, n° 32, 2000, p. 147-155, spéc. p. 148] : « "Légitimité", tout comme "légalité", est un attribut du pouvoir » ; O. BEAUD, « À la recherche de la légitimité de la V^e République », in : *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 153-166, spéc. p. 155, où l'auteur, citant l'article susmentionné de Bobbio, affirme que « C'est ce lien entre pouvoir et légitimité que le droit constitutionnel doit prendre en considération » ; J.-M. FÉVRIER, « Sur l'idée de légitimité », *RRJ* 2002-1, p. 367-370, spéc. p. 368 : « [La légitimité] est le référentiel à partir duquel se juge, se justifie et se condamne tout à la fois le pouvoir » ; J. RIVERO, « Consensus et légitimité », *Pouvoirs*, 5, 1978, p. 57-63, spéc. p. 59 : « La légitimité désigne une qualité du pouvoir ».

⁵⁹⁰ À titre toujours indicatif : D. BARANGER, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 69 : « Un pouvoir légitime est un pouvoir que son détenteur est fondé à exercer. La légitimité désigne la qualité du titre à gouverner. Elle constitue la réponse à la question "par quelle autorité fais-tu cela ?" » ; O. BEAUD, « À la recherche de la légitimité de la V^e République », *op. cit.*, p. 154 : « On désigne habituellement par légitimité le consentement des gouvernés au pouvoir exercé par les gouvernants », et p. 155 : « Le concept de légitimité à pour particularité, selon moi, d'englober les deux faces que sont, d'une part, l'origine du pouvoir (le "titre du pouvoir" au sens formel), et d'autre part, l'exercice du pouvoir ("titre du pouvoir" au sens matériel) » ; C.-M. PIMENTEL, « De l'obéissance à la reconnaissance :

n'expliquent pas davantage la portée de ces termes, si ce n'est pour affirmer que la réunion des termes « droit de gouverner – obligation d'obéir » désigne un état de choses où les gouvernés ont une raison autre que la force pour obéir aux gouvernants⁵⁹¹. Cette approche, que l'on pourrait qualifier de traditionnelle, soulève trois problèmes.

En premier lieu, elle ne distingue pas clairement entre la légitimité et ses conditions. En effet, la légitimité est définie comme la qualité dont le pouvoir dispose lorsqu'il est exercé d'une certaine façon, voire en vertu d'un titre, ou conformément à une finalité, qui accorde à ceux qui l'exercent le droit de commander⁵⁹². Or, le terme « légitimité » est censé désigner une qualité du pouvoir, et non pas (ou pas seulement) les conditions dont cette qualité dépend⁵⁹³. On ne peut pas expliquer alors la légitimité en s'appuyant uniquement sur les conditions dont elle dépend, sauf à

l'empreint de la légitimité dans le droit», in : L. Fontaine (dir.), *Droit et légitimité*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 3-13, spéc. p. 3-4 : La légitimité est « la qualité de l'autorité qui possède un titre à gouverner, qui peut justifier son origine [...]. L'autorité légitime [est] celle qui possède un titre à gouverner » ; M.-J. REDOR-FICHOT, « Droits fondamentaux et légitimité », in : L. Fontaine (dir.), *Droit et légitimité*, *op. cit.*, p. 73-97, spéc. p. 74-75 : « Du côté de légitimité [par opposition au concept de "droits fondamentaux"], les choses s'avèrent à première vue un peu plus simples puisque l'on s'accorde à définir la légitimité comme la qualité de ce qui est justifié, bien fondé. L'État légitime est donc celui dont le pouvoir de domination est accepté, un État auquel les gouvernés estiment qu'il est justifié d'obéir » ; J. RIVERO, « Consensus et légitimité », *op. cit.*, p. 61 : « [...] la légitimité est le titre qui permet aux détenteurs du pouvoir d'exiger l'obéissance des citoyens », et p. 62 : « [la légitimité est le] fondement juridique du devoir d'obéissance selon la conception traditionnelle [...] ».

⁵⁹¹ J. RIVERO, « Consensus et légitimité », *op. cit.*, p. 57 : « La légitimité [...] évoque la recherche d'un titre qui fonde le pouvoir sur autre chose que la force [...] » ; p. 58 : « [La légitimité] est celle qualité qui fonde en droit l'autorité des gouvernants et leur permet de demander l'obéissance des gouvernés sur une autre base que la raison du plus fort » ; p. 62 : « [L]e pouvoir n'est légitime que s'il peut se prévaloir d'un autre titre que la force. C'est ce refus de la force qui inspire toute recherche de légitimité [...] ».

⁵⁹² Cela conduit à une analyse circulaire puisque le droit de commander est à son tour défini comme le droit dont disposent ceux qui exercent le pouvoir d'une certaine façon, c'est-à-dire en vertu d'un titre, ou conformément à une finalité, qui rend le pouvoir ainsi exercé légitime (ou justifié).

⁵⁹³ Le même problème se pose lorsqu'on invoque le consentement au pouvoir. Si le consentement constitue ou implique un acte (ou une attitude pratique) qui est réfléchi et volontaire (comme c'est la participation à des procédures électorales, par exemple), il s'ensuit que ceux qui accordent leur consentement au pouvoir doivent avoir une raison pour le faire. Or, cette raison doit être en quelque sorte liée à la légitimité du pouvoir, sinon il serait impossible d'expliquer comment le consentement rend le pouvoir légitime. En d'autres termes, le consentement présuppose une certaine conception de la légitimité du pouvoir de la part de ceux qui décident d'accorder leur consentement à ce dernier. Sur les problèmes que pose le consentement en tant que condition qui explique la légitimité, v. : L. GREEN, « Law, Legitimacy, and Consent », *Southern California Law Review*, 62, 1988-1989, p. 795-825 ; K. GREENAWALT, *Conflicts of Law and Morality*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1989, Chap. 5 ; H. HURD, « Challenging Authority », *Yale Law Journal*, 100, 1991, p. 1611-1677, spéc. p. 1657 s. ; J. RAZ, « Authority and Consent », *Virginia Law Review*, 67, 1981, p. 103-131, spéc. p. 118 s., (réimpr. in : *Id.*, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 80 s.) ; *Id.*, *Ethics in the Public Domain*, revised edition, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 355 s.

considérer que le terme « légitimité » ne désigne pas une qualité particulière du pouvoir, mais des qualités qui varient en fonction de la façon dont le pouvoir est exercé, voire en fonction du titre ou de la finalité de son exercice⁵⁹⁴. Or, la possibilité même d'envisager différentes conditions de légitimité présuppose l'unité du concept de cette dernière⁵⁹⁵, c'est-à-dire un consensus minimal sur ce en quoi consiste la qualité elle-même qui dépend de ces conditions⁵⁹⁶.

En deuxième lieu, l'approche traditionnelle ne distingue pas clairement entre le « droit de commander » et le « droit de gouverner ». On comprend pourtant intuitivement que « gouverner » implique plus que « commander » et, inversement, qu'il est possible de « commander » sans « gouverner ». On pourrait affirmer, par exemple, que le gouvernement « gouverne » dans la mesure où il dirige la politique économique ou extérieure du pays, et que cela implique beaucoup plus que le pouvoir de « commander » dont les membres du gouvernement disposent sous la forme du pouvoir réglementaire et hiérarchique. Symétriquement, on pourrait affirmer que le parlement « commande » dans la mesure où il légifère, mais il ne « gouverne » pas dans la mesure, par exemple, où il ne dirige pas l'appareil administratif de l'État.

En troisième lieu, l'obligation d'obéir ne peut pas être réductible à l'obéissance qui est motivée par une raison autre que la force. En effet, l'obéissance ainsi conçue correspond à la conformité volontaire à une prescription. Or, je peux me conformer

⁵⁹⁴ Il est coutume de citer la distinction tripartite établie par Weber entre trois « types de domination légitime » : M. WEBER, *Économie et société*, t. 1 : *Les catégories de la sociologie*, trad. J. Freund et al., Pocket, coll. Agora, 1995, Chap. III, § 2, p. 289. Cette distinction pourrait laisser croire qu'il y a trois « types de légitimité ». Toutefois, la distinction vise les raisons qui expliquent pourquoi les agents croient en la légitimité de la domination à laquelle ils sont soumis. Ce qui change entre les trois types, c'est la raison pour laquelle les agents croient que la domination est légitime, et non pas ce en quoi ils croient lorsqu'ils croient – pour une raison ou une autre – que la domination est légitime. Cette distinction entre la légitimité elle-même et les conditions dont elle dépend ressort par ailleurs clairement de l'analyse de Weber : il présente les trois « fondements de la validité de l'ordre légitime », qui sont la tradition, la croyance et la légalité, après avoir expliqué le « concept de l'ordre légitime » : *Ibid.*, Chap. 1^{er}, § 7, p. 72 s., et § 5, p. 64 s., respectivement.

après avoir expliqué le « Concept de l'ordre légitime », l'auteur présente les trois « Fondements

⁵⁹⁵ Cf. O. BEAUD, « Propos sceptiques sur la légitimité d'un référendum européen ou plaidoyer pour plus de réalisme constitutionnel », in : A. Auer & J.-F. Flauss (éd.), *Le référendum européen*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 125-180, spéc. p. 137 : « Si la légitimité politique est une, ses formes d'existence sont diverses ».

⁵⁹⁶ L'absence d'un critère « objectif » de légitimité s'avère donc moins décisive pour l'analyse du concept de légitimité que ne le pensent certains auteurs, comme : D. DE BÉCHILLON, « Comment légitimer l'office du juge ? », in : G. Dracy et al. (dir.), *L'office du juge*, Paris, Les colloques du Sénat, 2006, p. 470 ; B. DEFOORT, *La décision administrative*, thèse, préf. B. Seiller, LGDJ, 2015, n° 794-795.

volontairement à une prescription pour des raisons autres que la légitimité de celui dont la prescription émane. Tel est le cas lorsque je considère que la conduite prescrite doit être adoptée en vertu de ses propres mérites, en non pas en vertu des qualités, dont la légitimité, de celui qui l'a prescrite.

Quoi qu'il en soit, les auteurs qui partagent l'approche traditionnelle affirment ou suggèrent que la légitimité est une qualité qui s'attache aussi – ou surtout – aux organes qui édictent les lois et, corrélativement, aux lois elles-mêmes. Ceci étant, et comme nous ne pouvons nous pencher ici ni sur les problèmes évoqués plus haut ni sur la légitimité du « pouvoir » en général⁵⁹⁷, nous nous bornerons à employer le terme « légitimité » pour se référer à la justification du caractère obligatoire des lois.

Autorité et légitimité – Le caractère obligatoire des lois est justifié quand les organes qui les édictent sont des autorités légitimes. Une autorité est légitime quand j'ai une obligation d'obéir à ses prescriptions⁵⁹⁸. On peut distinguer l'obéissance à une prescription de la conformité de ma conduite à cette dernière : je peux adopter la conduite prescrite par une autorité pour plusieurs raisons, mais j'obéis à une prescription quand j'adopte la conduite prescrite non pas pour n'importe quelle raison, mais pour me conformer à mon obligation d'obéir à l'autorité⁵⁹⁹. Avoir une obligation d'obéir à une autorité – ou, ce qui revient au même, reconnaître le caractère légitime d'une autorité – revient donc à avoir une raison pour restreindre mon autonomie au profit de cette dernière⁶⁰⁰, substituant mes propres raisons pour

⁵⁹⁷ Cela impliquerait une réflexion sur la légitimité de l'action de l'État en général, voire une réflexion tant sur le pouvoir de « gouverner » que sur le pouvoir de « commander ». V. sur ce point : J. RAZ, « Liberty and Trust », in : R. George (ed.), *Natural Law, Liberalism, and Morality*, Clarendon Press, 1996, p. 113-129. *Rappr.* O. BEAUD, « L'État », in : P. Gonod, F. Melleray, Ph. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, t.1, Dalloz, 2011, p. 208-209, qui distingue entre deux « modalités d'action de l'État (c'est-à-dire de l'administration) [qui sont] la police et le service public ». L'auteur remarque que « si l'État ne s'occupe plus directement de la “chose publique”, il perd alors l'essentiel de sa légitimité à agir ».

⁵⁹⁸ Certains auteurs ont pu affirmer que la légitimité d'une autorité n'implique pas nécessairement une obligation de lui obéir : W. EDMUNDSON, « Legitimate Authority without Political Obligation », *Law and Philosophy*, vol.17, n°1, 1998, p. 43-60 ; K. GREENAWALT, *Conflicts of Law and Morality*, Clarendon Press, 1989, p. 48 s. Pour une vue d'ensemble sur les arguments pour ou contre cette idée, qui ne peut pas être étudiée ici, v. S. SHAPIRO, « Authority », in : J. Coleman & S. Shapiro (ed.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, 2002, p. 382-439, spéc. p. 394 s.

⁵⁹⁹ Sur cette distinction, v. : S. HERSHOVITZ, « The Authority of Law », in : A. Marmor (ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, Routledge, 2012, p. 65-75, spéc. p. 66-70 ; F. SCHAUER, « Is Legality Political ? », *William and Mary Law Review*, vol. 53, 2011-2012, p. 481-506, spéc. p. 484-486 ; J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, op. cit., p. 179-180.

⁶⁰⁰ Cf. R. FLATHMAN, « Legitimacy », in : R. Goodin et al. (ed.), *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, 2nd ed., vol. 2, Blackwell, 2007, p. 678 : « To concede the legitimacy of

agir par les raisons qui me sont fournies par l'autorité⁶⁰¹ : le fait pour une prescription d'être issue d'une autorité constitue pour moi une raison en soi suffisante pour adopter la conduite prescrite, indépendamment de ce qui pourrait me paraître plus juste ou opportun de faire en l'espèce⁶⁰².

Légitimité et procédure d'édiction des lois – Le caractère obligatoire d'une loi est donc justifié non pas quand je considère que je dois adopter la conduite que la loi prescrit, mais quand je considère que je dois adopter cette conduite parce que c'est une loi qui la prescrit : la source législative d'une prescription – le fait d'être formulée par un texte qui constitue une loi – doit constituer pour moi une raison en soi suffisante pour adopter la conduite prescrite, indépendamment des autres raisons qui peuvent éventuellement peser pour ou contre l'adoption de ladite conduite⁶⁰³. Or, le seul critère qui détermine si un texte constitue ou non une loi, c'est le mode de son édicition. Par conséquent, la justification du caractère obligatoire d'une loi ne peut être appréciée que par rapport à la façon dont elle a été édictée : il ne s'agit pas de savoir si je dois adopter la conduite prescrite par la loi tout court ; il s'agit de savoir si je dois l'adopter parce que, précisément, c'est une loi qui la prescrit, c'est-à-dire un

government is to accord to some number of persons a right that we otherwise reserve to ourselves, the right to conduct our own lives and affairs as each of us deems appropriate ».

⁶⁰¹ J. RAZ, *The Authority of Law*, op. cit., p. 17-19, et p. 21 s., spéc. p. 27 : « For it is only by acknowledging that such instructions are also valid exclusionary reasons that one accepts the legitimacy of the issuing authority. Only such an acknowledgment amounts to submission to authority for only it contains the necessary element of the denial of one's right to act on one's own judgment on the merits ». V. aussi : J. RAZ, *The Morality of Freedom*, op. cit., p. 38 et s. ; *Id.*, *Ethics in the public Domain*, p. 212-213, où l'auteur précise que la légitimité d'une autorité n'implique pas nécessairement l'adoption de notre part d'une attitude pratique qui consiste à « céder » à cette dernière notre propre jugement pratique. Ce que les commandements de l'autorité rendent péremptoire, c'est l'action sur la base de nos propres raisons, et non pas la réflexion et l'évaluation critique concernant ces commandements. Plus analytiquement sur cette distinction, v. J. GARDNER & T. MACKLEM, « Reasons », in : J. Coleman & S. Shapiro (ed.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, 2002, p. 440-475, spéc. p. 461-462.

⁶⁰² Autrement dit, agir sur la base des prescriptions d'une autorité sans contester celles-ci constitue la « position par défaut » [default position] que l'on adopte lorsqu'on reconnaît la légitimité de l'autorité en question : A. HATZISTAVROU « The deliberative and epistemic dimension of legitimate authoritative directives », in : G. Pavlakos, V. Rodriguez-Blanco (ed.), *Reasons and Intentions in Law and Practical Agency*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 140-158, spéc. p. 153.

⁶⁰³ Ce qui explique par ailleurs l'excuse absolutoire prévue par l'art. 122-4 du Code pénal : « N'est pas pénalement responsable la personne qui a accompli un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal ». Cette dernière condition montre que l'État se réserve le pouvoir de déterminer lui-même les exceptions à la force péremptoire de ses prescriptions. V. dans le même sens l'art. 213-4 du Code pénal sur les « crimes contre l'humanité » : L'auteur [...] ne peut être exonérée de sa responsabilité du seul fait qu'il a accompli un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaire ou un acte commandé par l'autorité légitime. Toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le montant ».

texte dont les prescriptions ont été formulées et approuvées par tel ou tel organe, suivant telle ou telle procédure⁶⁰⁴.

Les prétentions concernant la légitimité des lois – Les organes d'un système juridique doivent nécessairement prétendre que le caractère obligatoire des lois est justifié⁶⁰⁵ : affirmer le contraire revient à affirmer que la source législative d'une prescription ne constitue pas une raison en soi suffisante pour adopter la conduite prescrite. Or, affirmer cela revient à avouer que les lois sont inaptes à avoir l'apport normatif qu'elles sont censées avoir, c'est-à-dire qu'elles sont inaptes à poser des règles qui rendent une conduite obligatoire. Il s'agirait d'avouer que les destinataires d'une prescription législative n'ont d'autre raison pour adopter la conduite prescrite que si, et dans la mesure où, ils apprécient ses mérites ou redoutent les conséquences qui peuvent se produire s'ils ne l'adoptent pas⁶⁰⁶. Il y a alors, pour ce qui concerne les lois, une priorité conceptuelle de la légitimité par rapport à la normativité⁶⁰⁷. Il se peut que le caractère obligatoire des lois ne soit pas justifié, mais les organes juridiques doivent au moins prétendre qu'il l'est, quitte à avouer que les textes en

⁶⁰⁴ Sur le lien entre le mode d'édition et légitimité des lois v. J. WALDRON, *Law and Disagreement*, p. 83 s. et 89 s., qui s'intéresse à la légitimité que peut accorder aux lois leur édition au moyen d'une délibération parlementaire.

⁶⁰⁵ Plus analytiquement sur la façon dont on peut affirmer que les organes juridiques formulent des « prétentions » concernant la légitimité du droit, v. : N. ROUGHAN, « The Official Point of View and the Official Claim to Authority », *OJLS*, vol. 38, n° 2, 2018, p. 191-216. Il importe pourtant de remarquer que cette idée est controversée. En faveur de cette idée, v. : S. BERTEA, *The Normative Claim of Law*, Hart Publishing, 2009, p. 29 s. ; J. GARDNER, « How Law Claims What Law Claims », in : M. Klatt (ed.), *Institutionalized Reason : The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford University Press, 2012, p. 1-26, spéc. p. 2-8 (réimpr. in J. GARDNER, *Law as a Leap of Faith*, Oxford University Press, 2012, Chap. 5). *Contra* : R. DWÖRKIN, « Thirty Years On », *Harvard Law Review*, vol. 115, p. 1655-1687, spéc. p. 1666-1667 ; C. HEIDEMANN, « Law's Claim to Correctness », in : S. Coyle & G. Pavlakos (ed.), *Jurisprudence or Legal Science ? A Debate about the Nature of Legal Theory*, Hart Publishing, 2005, p. 127-145 ; K. E. HIMMA, « Law's Claim to Legitimate Authority », *op. cit.*, p. 277 s. ; V. RODRIGUEZ-BLANCO, « Claims of Legal Authorities and "Expressions of Intention": The Limits of Philosophy of Language », in : M. Freeman & F. Smith, *Law and Language*, Current Legal Issues, vol. 15, Oxford University Press, 2011, p. 79-99, spéc. p. 81-88.

⁶⁰⁶ Cf. J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, *op. cit.*, p. 83 : « By giving a threatening warning one offers one's opponent a choice with the intention that he will choose in a certain way, but one cannot complain if the threatened person chooses otherwise. The situation is completely different in the case of an order or any other prescription. The prescriber intends his orders to be taken as an exclusionary reason » ; *Ibid.* p. 84 : « If the order is accompanied with a threat one is not offering the addressee a choice. Rather, one is reinforcing the reason which is the order itself with a further reason ».

⁶⁰⁷ *Rappr.* S. HARLEY, « Objectivity and Disagreement », in : T. Honderich (ed.), *Morality and Objectivity : A Tribute to J. L. Mackie*, London, Routledge & Kegan Paul, 1985, p. 54-97, spéc. p. 55 : « In general, to say that one concept or set of concepts is logically prior to another is to say that the latter is properly accounted for and understood in terms of the former and not *vice versa* ; someone could grasp the prior concept without grasping the concept understood in terms of it, but not *vice versa*. To deny a claim of logical priority is to deny that someone could correctly understand one without understanding the other ».

question sont édictés non pas afin de poser des règles, mais afin de nous adresser des conseils ou des menaces.

Il s'ensuit que la prétention concernant la légitimité des lois n'a même pas besoin d'être explicite : elle ressort implicitement du langage que les organes juridiques emploient à propos des lois dans le cadre de l'exercice de leurs compétences⁶⁰⁸. Ainsi, une assertion de la part de ces organes concernant la conduite prescrite par une loi implique une assertion concernant la raison pour laquelle cette conduite doit être adoptée : elle doit être adoptée parce que – et cette raison doit être tenue pour suffisante – c'est une loi qui la prescrit. Or, nous l'avons noté, c'est le mode d'édition d'un texte qui détermine si ce texte constitue une loi. En plus, le choix des constituants en faveur d'un mode d'édition plutôt que d'un autre reflète un choix en faveur d'une certaine conception de la légitimité des lois. Il s'agit de croire ou de prétendre qu'une certaine façon, plutôt qu'une autre, d'élaborer ou d'approuver des textes qui prescrivent une conduite justifie que les destinataires de ces textes obéissent à ceux-ci, c'est-à-dire qu'ils adoptent la conduite prescrite au lieu de la conduite qui pourrait leur paraître plus juste ou opportune. Par conséquent, et du point de vue des organes du système juridique toujours, une assertion relative au mode d'édition des lois implique nécessairement une assertion relative à leur légitimité⁶⁰⁹ : affirmer qu'un texte constitue une loi en vertu de son mode d'édition revient à affirmer – ou, au moins, à suggérer – que c'est pour cette même raison que les prescriptions de ce texte sont obligatoires pour leurs destinataires⁶¹⁰.

Édition, signes et légitimité – Cela explique, pour revenir aux « signes » de l'identité des lois, pourquoi dans tout système juridique, qu'il consacre ou non la promulgation, les lois sont accompagnées de formules qui se réfèrent au mode de leur

⁶⁰⁸ Cf. J. RAZ, *Ethics in the Public Domain*, *op. cit.*, p. 215 : « The claims the law makes for itself are evident from the language it adopts and from the opinions expressed by its spokesmen, i.e. by the institutions of the law ».

⁶⁰⁹ Sur l'idée, qui ne peut pas être étudiée ici, selon laquelle une assertion peut être impliquée par une autre, v. A. MARMOR, « The Pragmatics of Legal Language », *Ratio Juris*, vol. 21, n° 4, 2008, p. 423-452, spéc. p. 430 s.

⁶¹⁰ Quitte à commettre une contradiction performative qui consisterait à affirmer : « Le texte qui suit est une loi, mais il revient à ses destinataires de décider s'ils doivent ou non adopter la conduite que ce même texte prescrit ». *Rappr.* A. ROTOLO & C. ROVERSI, « Norm Enactment and Performative Contradictions », *Ratio Juris*, vol. 22, n° 4, 2009, p. 455-482, spéc. p. 467 s., qui envisagent quelques exemples hypothétiques, comme celui d'une assemblée qui déclare : « L'Assemblée, suivant une procédure irrégulière, a décidé ce qui suit ».

édiction : les informations fournies par ces formules – voire, le contenu et le style de celles-ci – reflètent non seulement les données du droit positif relatives à l’édiction des lois, mais aussi les idées relatives à la légitimité des lois qui sous-tendent ces données⁶¹¹. En d’autres termes, ces formules présentent les données du droit positif relatives à l’édiction des lois auxquelles se rapportent les arguments relatifs à la légitimité de celles-ci⁶¹². Du point de vue des organes du système juridique, ce qui justifie le caractère obligatoire des lois, c’est le mode de leur édiction, *tel qu’il est présenté* dans les formules en question⁶¹³.

Quelques exemples historiques – Une présentation de toutes les formules de promulgation étant impossible, quelques exemples caractéristiques suffisent⁶¹⁴.

Le premier exemple est fourni par les débats constitutionnels qui ont donné lieu à la consécration même, pour la première fois, de la promulgation en droit positif français. Lors de ces débats, plusieurs constituants – Robespierre en tête – ont

⁶¹¹ *Rappr.* A. DUPIN, *Lois sur les lois*, Guillaume et Cie Librairies, 1817, p. xiv-xv : « L’autorité souveraine elle-même doit s’annoncer comme telle, pour obtenir des citoyens l’obéissance qu’elle est en droit d’exiger d’eux. Voilà pourquoi on ne voit point de loi sans apercevoir en même temps le législateur. Parcourez les lois des peuples anciens et modernes, les codes des barbares et ceux des peuples civilisés ; partout vous verrez l’auteur de la loi attacher son nom à son ouvrage. Tellement que, dans l’intitulé seul des lois, se trouvent l’histoire du pouvoir et la succession des Gouvernements ». Le même auteur remarque que : « Les lois sont ordinairement précédées d’un préambule qui explique à quelles causes elles ont été portées. Cette précaution était négligée dans les Républiques où le peuple concourant à la formation de la loi, n’avait pas besoin de s’évertuer à trouver des tournures pour justifier à ses yeux son propre ouvrage » (*Ibid.* p.xvij-xviii).

⁶¹² Il a pu être soutenu que cette prétention concernant la légitimité des lois est exprimée non pas par la promulgation, qui « touche à la confection des lois dans son rapport entre autorités publiques », mais par la publication, qui est, elle, « la signification *au public* de l’obligation d’exécuter le texte » : J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit : recherche sur la formation d’une culture juridique*, thèse, préf. G. Tusseau, Mare & Martin, 2015, n° 121, p. 123. Selon cet auteur : « La publicité renvoie à l’État l’image de sa propre puissance : elle se présente comme le miroir de l’autorité politique [...] Elle imprime dans les consciences l’idée d’une autorité intrinsèque de l’État et éduque le citoyen, le convainquant d’accepter le pouvoir » (*ibid.*, n° 119-120, p. 121-122). Or, il est difficile de comprendre comment la publication pourrait remplir un tel rôle : la publication elle-même ne peut rien signifier, puisque seul le texte publié peut avoir une signification. *Rappr.* G. POSTEMA, « Implicit Law », *Law and Philosophy*, vol. 13, n° 3, 1994, p. 361-387, spéc. p. 363 : « No formulation is authoritative in virtue of its public articulation alone ».

⁶¹³ Pour une analyse en ce sens des préambules des lois de la république romaine, v. C. WILLIAMSON, *The Laws of the Roman People. Public Law in the Expansion and Decline of the Roman Republic*, University of Michigan Press, 2005, Chap. 3, spéc. p. 199-122, où l’auteur remarque que la procédure d’édiction des lois, telle qu’elle était présentée dans leurs préambules, était une « confirmation de leur légitimité » [confirmation of legitimacy]. Pour les lois de la période impériale, v. M. BENNER, *The Emperor Says : Studies in the Rhetorical Style on Edicts of the Early Empire*, Göteborg, Acta universitatis Gothoburgensis, 1975, p. 1 s., qui voit dans les préambules des arguments de « persuasion » qui, étant distincts des prescriptions et de la prévision de sanctions, et selon une idée que l’auteur attribue à Platon, s’adressaient aux citoyens libres, par opposition aux esclaves.

⁶¹⁴ Pour un autre exemple, qui est fourni par le changement de la formule de promulgation lors de l’établissement du Premier Empire, v. *Infra*, Seconde Partie, Titre I, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 2, B), 1).

condamné sans appel les « expressions » et « les formes anciennes du despotisme »⁶¹⁵, se référant ainsi aux préambules et aux formules exécutoires qui s'apposaient sur les ordonnances royales de l'ancien régime. Parmi ces formules, la cible privilégiée des critiques était la célèbre formule « car tel est notre plaisir », qualifiée encore en 1793 de « formule musulmane »⁶¹⁶. Quant à la formule de promulgation dont il s'agissait d'établir la teneur, elle devait être le reflet de la nouvelle légitimité dont se réclamaient les révolutionnaires parce que, comme le soulignait Robespierre, « la liberté doit exister dans les mots »⁶¹⁷.

Un autre exemple est fourni par les décrets que l'Assemblée adopta le 10 août 1792 pour marquer la « chute de la monarchie »⁶¹⁸, dont les plus importants étaient le décret « relatif à la suspension du pouvoir exécutif », et le décret « relatif à la suspension du Roi »⁶¹⁹. Le même jour, l'Assemblée adopta deux décrets encore qui étaient, eux, relatifs « au mode d'impression et de publication des décrets »⁶²⁰. Selon le premier de ces décrets, l'absence de sanction des lois, suite à l'abolition de la monarchie, ne devait affecter ni la validité ni la formule de promulgation de celles-ci : les « décrets à rendre [...] porteront néanmoins le mot et auront dans toute l'étendue du royaume la force de la loi, et la formule ordinaire continuera d'y être employé ». De façon significative, l'Assemblée s'est rendue immédiatement compte de l'erreur qu'elle venait de commettre avec ce texte : l'abolition de la monarchie ne peut pas aller de pair avec le maintien de la formule de promulgation employée sous cette dernière. Ainsi, l'adoption du texte en question sera immédiatement suivie de l'adoption d'un autre décret qui « rapporte le décret de ce jour, en ce qu'il ordonne que les décrets seront publiés suivant l'ancienne forme ». Par ce dernier décret, l'Assemblée avait décidé qu'« à compter de ce jour, tous ses décrets seront imprimés

⁶¹⁵ Selon les termes de Robespierre : *Archives Parlementaires*, t. 9, séance du 5 octobre 1789, p. 343, et séance du 8 octobre, p. 383.

⁶¹⁶ L'expression a été employée lors de la discussion sur la sanction populaire des lois prévue par la Constitution de l'an I (1793) : *Archives Parlementaires*, t. 67, séance du 24 juillet 1793, p. 181. Cette expression faisait allusion à l'empire Ottoman, présenté de façon récurrente par les constituants comme l'exemple type du despotisme.

⁶¹⁷ *Archives Parlementaires*, t. 9, p. 383.

⁶¹⁸ Selon l'expression de M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, 9^e éd., Montchrestien, 2006, p. 77.

⁶¹⁹ *Duvergier* t. 4, p. 342-343.

⁶²⁰ *Duvergier* t.4, p. 345.

et publiés sans préambule, et suivis du mandement accoutumé, signé par le ministre de la justice au nom de la nation ».

La promulgation comme acte de langage : la fonction d'identification – De ce qui précède, on peut concevoir la formule de promulgation comme une formule qui comporte deux assertions, dont l'une est explicite et l'autre est implicite et impliquée par la première. La première assertion porte sur la validité du texte promulgué : celui-ci constitue désormais une « Loi de l'État », après avoir édicté par tel ou tel organe, suivant telle ou telle procédure. Selon la deuxième assertion, ce sont les mêmes raisons, relatives à son édicition et présentées dans sa formule de promulgation, qui justifient le caractère obligatoire de la loi ainsi édictée.

Ces assertions sont des « signes » de l'identité de la loi. En lisant la formule de promulgation, on comprend que l'on est en face d'une loi, mais on est aussi censé comprendre *pourquoi* le texte promulgué *mérite* d'être traité comme une loi, c'est-à-dire comme un texte dont on doit suivre les prescriptions non pas parce que nous approuvons leurs mérites, ni parce que nous redoutons les sanctions, mais parce que nous avons une *obligation* de le faire.

En ce sens, on peut affirmer que la promulgation remplit une fonction que l'on pourrait appeler « fonction d'identification » : elle nous permet d'identifier ce qui compte comme « Loi » en nous indiquant les *raisons* qui justifient cette qualité, c'est-à-dire le mode de l'édicition dont dépend à la fois la validité et la légitimité de la loi ainsi édictée.

Identification et modalités de la promulgation – Ceci étant, la fonction d'identification nous permet d'expliquer deux données relatives aux modalités de la promulgation : la règle, qui consiste à attribuer de cette compétence au chef de l'exécutif, et l'exception, généralement ignorée ou sous-estimée par la doctrine⁶²¹, qui

⁶²¹ Pour une exception, v. Y. GAUDEMET & B. PLESSIX, « Promulgation et publication des lois », *Jurisclasseur Civil*, Art. 1^{er}, Fasc. 10, 2011, n° 10-13, où il est précisé que le droit positif peut accorder la promulgation au président de l'Assemblée.

consiste à attribuer de cette compétence au président de l'Assemblée, à titre subsidiaire ou même exclusif⁶²².

Il importe ici de rappeler l'approche organocentrique qui est dominante en la matière. La promulgation est avant tout conçue comme un acte du chef de l'exécutif, de sorte que tous les arguments relatifs à ses fonctions sont ultimement ancrés sur des arguments relatifs au statut du chef de l'exécutif et à ses relations avec les organes législatifs et les autres organes exécutifs. Les auteurs cherchent alors à comprendre ce que le chef de l'exécutif peut faire de plus, avec la promulgation, par rapport à ce que les organes législatifs ont déjà fait, avec l'adoption de la loi, et par rapport à ce que les autres organes exécutifs feront ultérieurement, avec l'application de celle-ci.

Cette approche méconnaît deux choses : le chef de l'exécutif est aussi le chef de l'État ; par conséquent, l'acte de promulgation peut être imputé non pas à l'organe qui l'accomplit, mais à l'État lui-même, voire à l'ensemble du système juridique dont l'unité est représentée, précisément, par l'organe promulgant⁶²³.

De ce point de vue, la formule de promulgation peut être comprise comme quelque chose qu'un système juridique affirme à propos de lui-même, voire comme quelque chose qu'un État affirme à propos de ses propres lois⁶²⁴. Portant la signature d'un organe qui représente non pas l'un des trois pouvoirs de l'État, mais l'État lui-même, la formule de promulgation présente la loi telle qu'elle doit être comprise par ceux dont elle est censée guider la conduite, c'est-à-dire comme un texte qui est désormais une loi valide, après avoir été édicté par telle ou telle organe, suivant telle ou telle

⁶²² V. sur ce point l'exemple fourni par la période de transition constitutionnelle entre décembre 1848 et mai 1849 : *supra*, Titre I, Chapitre 2, Section 1, B), 1).

⁶²³ Comme il a été à juste titre remarqué, la possibilité d'attribuer une prétention au droit présuppose la possibilité de concevoir celui-ci comme un tout, c'est-à-dire comme un système juridique : S. BERTEA, *The Normative Claim of Law*, *op. cit.*, p. 39.

⁶²⁴ On pourrait ainsi affirmer que la promulgation fait partie des prétentions [claims] par lesquels se désigne « l'image de soi de l'État » [the self-image of the state], selon l'expression de L. GREEN, *The Authority of the State*, *op. cit.*, p. 63 s. Dans le même sens, v. aussi N. BARBER, *The Constitutional State*, Oxford University Press, 2010, p. 19-25, qui parle à ce propos de « prétentions de l'État » [the claims of the State]. L'idée que le langage des autorités juridiques véhicule des prétentions concernant leur propre « image » n'est pas propre à la théorie raziennne, dont s'inspirent les deux auteurs précités. V. par exemple l'analyse de M. LASSER, « Judicial (Self-)Portraits : Judicial Discourse in the French Legal System », *Yale Law Journal*, vol. 104, 1995, p. 1325.

procédure, et dont le caractère obligatoire est justifié par ces mêmes raisons⁶²⁵. Cette conception de la formule de promulgation, en tant qu'assertion imputable à l'État⁶²⁶, nous permet d'expliquer aussi ces cas exceptionnels, qui ne rentrent pas dans le cadre des explications traditionnelles, où la promulgation est accomplie par le Président de l'Assemblée. Cet organe intervient dans un deuxième temps, après l'exercice effectif et définitif du pouvoir législatif, agissant non pas au nom de l'organe qui a adopté la loi, mais au nom de l'État lui-même, au système juridique duquel appartient désormais la loi promulguée⁶²⁷.

⁶²⁵ De ce point de vue, ce n'est pas par hasard que la seule constitution française à ne pas consacrer la promulgation fut celle de 1793, élaborée et adoptée par une assemblée dont a pu résumer le projet politique ainsi : « Ni chef de l'État, ni ministres : telle est la doctrine devenue officielle de la Convention », M. MORABITO, *Le chef de l'État en France*, 2^e éd., Montchrestien, 1996, p. 42.

⁶²⁶ *Rappr.* B. MONTAY, *Doctrine des fonctions de l'« Exécutif »*, thèse, Paris 2 Panthéon-Assas, 2017, p. 659, qui remarque que « l'autorité reconnue à l'Exécutif, en tant que représentant de l'État, permet d'assurer la reconnaissance des objets qui sont marqués de son sceau [comme c'est le cas pour les] lois, qui eussent pu valoir comme telles sans qu'intervienne une quelconque procédure de promulgation [...] ».

⁶²⁷ Nous ne pouvons pas creuser ici la question qui consiste à savoir s'il est en premier lieu possible d'imputer un acte de langage, comme l'assertion, à une entité collective, comme l'État, par opposition à un individu. Sur cette question, dont nous postulons ici la réponse positive, v. A. MEIJERS, « Collective Speech Acts », in : S. Tsohatzidis (ed.), *Intentional Acts and Institutional Facts – Essays on John Searle's Social Ontology*, Dordrecht, Springer, 2007, p. 93-110.

Conclusion : Fonctions et concept de promulgation

Le concept de promulgation – Les deux fonctions susmentionnées – de détermination et d'identification – nous permettent d'expliquer les traits qui sont communs aux différents actes de promulgation : si les modalités et les formules de ces actes présentent certains traits communs, c'est que tous ces actes remplissent les fonctions de détermination et d'identification. Si un acte qui ne présente pas l'un de ces traits peut encore être qualifié de « promulgation », c'est que les autres traits qu'il partage avec les autres actes de promulgation lui permettent encore de remplir les fonctions de détermination et de légitimation. Par exemple, la promulgation des lois constitutionnelles, contrairement à celle des lois ordinaires, n'a pas nécessairement de fondement textuel⁶²⁸. Or, la promulgation des lois constitutionnelles partage avec la promulgation des lois ordinaires tous les autres traits qui lui permettent de remplir les fonctions de détermination et de légitimation. Les deux fonctions sont remplies par tout acte de promulgation, mais, plus encore, elles sont des fonctions que tout acte doit remplir afin d'être un acte de promulgation. En ce sens, les fonctions en question – et donc les traits qui permettent à un acte de remplir ces fonctions – sont des traits essentiels de la promulgation qui déterminent notre concept de celle-ci.

Corrélativement, on peut distinguer la promulgation par rapport à d'autres institutions qui présentent certaines similitudes, comme les préambules qui accompagnaient les ordonnances royales de l'ancien régime. En effet, ces formules exposaient les qualités de la personne du roi ainsi que les considérations que celui-ci avait pris en compte afin d'édicter une ordonnance. En ce sens, ces préambules remplissaient le même rôle d'identification que la formule de promulgation⁶²⁹. Ce qui distingue les deux, c'est la fonction de détermination : sous l'ancien régime, et comme nous le verrons plus loin, il n'y avait pas de critère formel et communément admis qui permettait aux acteurs

⁶²⁸ La question de savoir si, en l'absence de règle écrite, les lois constitutionnelles doivent ou non être publiées avait attiré l'attention des auteurs sous la Troisième République : R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, préf. É. Maulin, Dalloz, [1920 et 1922], 2004, t. 1, n° 140, p. 420, et t. 2, n° 478, p. 601 s. ;

⁶²⁹ Plus analytiquement sur ce point : *Infra*, Seconde Partie, Titre II, Chapitre 2, Section 2, § 2, A).

juridiques déterminer de façon précise le moment où était achevée la procédure d'édition de chaque nouvelle ordonnance.

Concept et conceptions – Ainsi compris, le concept de promulgation transcende nos conceptions particulières de celle-ci⁶³⁰ : c'est grâce aux deux fonctions en question – et aux traits respectifs qui expliquent ces fonctions – que les auteurs peuvent qualifier de « promulgation » des actes qui ne correspondent pas à leur conception de promulgation. Il s'agit des actes « exceptionnels » de promulgation, c'est-à-dire des actes qui ne présentent pas les traits qui figurent dans les définitions et les explications doctrinales de la promulgation. De même, et de façon plus générale, c'est grâce aux deux fonctions en question – et aux traits qui les expliquent – que les auteurs peuvent être en désaccord sur les fonctions ou sur la définition même de la promulgation, tout en étant d'accord, fût-ce implicitement, sur ce qui compte en premier lieu comme « promulgation ». Symétriquement, un acte qui ne remplit pas les deux fonctions en question ne pourrait même pas être qualifié de « promulgation » : l'emploi de ce terme serait erroné, sinon inintelligible, étant donné que l'acte en question ne présenterait pas les traits qui nous permettent d'identifier l'objet dont on parle quand on se réfère à la « promulgation » des lois.

Concept et pratique – Cela ne veut pas dire que le terme « promulgation » désigne un objet dont les deux fonctions en question – la fonction de détermination et d'identification – seraient l'« essence » ou les seules « vraies » qualités. Notre concept de promulgation n'est pas le produit d'une correspondance entre notre pensée et les qualités d'un objet qui existe indépendamment de nous. Ce concept est le produit de nos pratiques institutionnelles correspondantes, c'est-à-dire le produit de ces pratiques dans le cadre desquelles le terme « promulgation » est employé de façon

⁶³⁰ Entre le concept et la conception il y a une différence de degré d'abstraction, le concept étant l'appréhension la plus basique d'une chose, et la conception étant une élaboration plus détaillée du concept, et donc des traits de la chose que le concept désigne. V. en ce sens S. BERTEA, *The Normative Claim of Law*, *op. cit.*, p. 19, qui se réfère au concept et aux conceptions de la normativité, et renvoie à J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Revised edition, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, p. 6-10, spéc. p. 9, pour la distinction entre le concept et la conception de la justice ; R. DWORKIN, *Law's Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1986, p.70-72, pour la distinction entre le concept et la conception du droit.

intelligible afin de désigner certaines règles et certaines actes accomplis en fonction de ces règles⁶³¹.

Les deux fonctions alors, en tant que traits essentiels de la promulgation, sont constitutives non pas de la signification du terme « promulgation », mais de la chose dont on parle quand on emploie ce terme. Ainsi, ces deux fonctions ne figurent pas dans les définitions du terme « promulgation » que retient la doctrine ou la jurisprudence. Or, l'emploi de ce même terme serait erroné, voire contraire à notre concept de promulgation, s'il était utilisé pour désigner un acte qui ne remplit pas les deux fonctions en question, voire un acte dont la formule ne présenterait pas les étapes et les organes de l'édiction, ou même un acte dont l'accomplissement ne mettrait pas fin à la procédure d'édiction.

Fonctions essentielles et fonctions propres à la promulgation – Il n'en reste pas moins que l'une des deux fonctions seulement est propre à la promulgation. Même avant la consécration de la promulgation, comme nous l'avons vu, les lois écrites étaient accompagnées de formules qui présentaient leur mode d'édiction et le titre correspondant de légitimité dont se réclamaient les organes qui les avaient édictées. En revanche, et sauf erreur de notre part, il n'y a jamais eu en droit positif français, avant la consécration de la promulgation, de critère formel et communément partagé qui permettait aux agents du système juridique de déterminer avec précision le moment où s'achevait l'édiction de chaque nouvelle loi.

Cela ne vaut pas dire que la promulgation est le seul moyen qui peut assurer la fonction de détermination, voire le seul critère qui rend possible la détermination précise du moment de l'édiction des lois. Cela veut simplement dire que la promulgation est le seul critère retenu à cet effet par le droit positif français, et qu'aucun critère correspondant n'existait avant sa consécration. À quoi sert alors un tel critère ? Selon la thèse défendue à la seconde partie de notre thèse, ce critère est

⁶³¹ Pour une vue d'ensemble sur le lien entre la pratique et les concepts juridiques, v. B. BIX, « Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy ? », *Ratio Juris*, vol. 16, n° 3, 2003, p. 281-295.

une condition nécessaire pour l'existence au sein d'un système juridique de cette institution que l'on appelle communément « entrée en vigueur de la loi ».

SECONDE PARTIE : LA PUBLICATION ET LES CONDITIONS D'ENTRÉE EN VIGUEUR DE LA LOI

Il est communément admis que la publication est une condition nécessaire de l'entrée en vigueur des lois. Toutefois, l'entrée en vigueur présuppose tout d'abord que la loi soit édictée. De ce fait, plusieurs auteurs affirment que la promulgation fait partie, avec la publication, des conditions dont dépend invariablement l'entrée en vigueur des lois. En plus, on pourrait affirmer que l'institution même de l'entrée en vigueur des lois, en tant qu'ensemble de règles et de pratiques correspondantes, présuppose la réunion de certaines conditions. Il s'avère alors que le concept de « condition d'entrée en vigueur » peut avoir des acceptions différentes qu'il importe d'explicitier (Titre II). Avant toutefois de se pencher sur cette question, il faut tenter de préciser le lien que le droit positif établit entre la publication des lois et leur entrée en vigueur (Titre I).

TITRE I : LE LIEN ENTRE LA PUBLICATION ET L'ENTRÉE EN VIGUEUR

« [L]es auteurs s'hypnotisent presque tous et toujours sur la publication »⁶³².

En règle générale, le droit positif français érige la publication en critère par défaut pour la détermination de la date d'entrée en vigueur : à défaut de prévision contraire, la date d'entrée en vigueur des lois est déterminée en fonction de celle de leur publication (Chapitre 1^{er}). Il se pose pour autant la question de savoir si la publication constitue également une condition nécessaire de l'entrée en vigueur, c'est-à-dire une condition dont dépend toujours l'entrée en vigueur des lois, quel que soit le critère retenu par le législateur pour la détermination de la date d'entrée en vigueur (Chapitre 2).

⁶³² CH. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. 2, LGDJ, [1983] 2014, p. 726.

Chapitre 1 : La publication et la date d'entrée en vigueur

« A Frenchman says a man cannot know the law until he has heard or seen it ; it is unjust to hold a man bound by a statute which he could not know ; [...] An Englishman would be likely to say : Who reads the *Bulletin des Lois* ? »⁶³³

Lorsqu'on se réfère, de manière générale, à l'« entrée en vigueur » des lois, on ne vise pas un agrégat de règles dont chacune serait relative à l'entrée en vigueur d'une loi particulière. On présuppose que le système juridique consacre au moins une règle de droit commun, c'est-à-dire une règle qui permet aux acteurs juridiques de déterminer, à défaut de règle contraire, la date d'entrée en vigueur de toute nouvelle loi.

À l'exception de la version initiale de l'article 1^{er} du Code civil, les règles de droit commun consacrées par le droit positif français déterminent la date d'entrée en vigueur des lois en fonction de celle de leur publication. Le critère retenu à cet effet par la version initiale de l'article 1^{er} du Code civil était la date de la promulgation, l'objectif de cette règle étant, précisément, de dissocier l'entrée en vigueur des lois de leur publication. Il n'en reste pas moins que, contrairement à ce qu'affirme ou suggère la doctrine, la « publication », au sens des autres règles de droit commun, constitue un concept formel et ne correspond pas nécessairement à une mesure de publication effective.

L'objectif du présent chapitre est de tenter de clarifier la portée de ces règles de droit commun. Nous tâcherons dans un premier temps de retracer leur évolution (Section 1), avant d'examiner quelques problèmes que soulèvent les règles de droit commun qui régissent actuellement l'entrée en vigueur des lois (Section 2).

⁶³³ J. GRAY, *The Nature and Sources of the Law*, 2nd ed. New York, MacMillan, 1948, p. 165-166.

Section 1 : La détermination par défaut de la date d'entrée en vigueur : les règles de droit commun

Avant l'étude des règles de droit commun qui déterminent la date d'entrée en vigueur des lois (§ 2), quelques précisions préliminaires s'imposent (§ 1).

§ 1 – Définitions et distinctions préliminaires

La date d'entrée en vigueur est celle à compter de laquelle les lois deviennent obligatoires. Ainsi formulée, cette thèse s'avère vague, mais elle reste opératoire pour les besoins de la présente analyse⁶³⁴.

L'auteur des règles d'entrée en vigueur – De règle générale, la détermination des conditions et de la date d'entrée en vigueur d'un acte juridique relève de la compétence de son auteur. Toutefois, et pour ce qui concerne les lois, il peut y avoir des règles constitutionnelles qui restreignent la compétence du législateur en la matière. Ainsi, certaines constitutions étrangères disposent que les lois ne sauraient entrer en vigueur avant d'être publiées, érigeant ainsi la publication en une condition constitutionnellement nécessaire de l'entrée en vigueur⁶³⁵.

Conditions et date d'entrée en vigueur – Cet exemple montre qu'il peut y avoir deux types de règles relatives à l'entrée en vigueur : celles qui déterminent les conditions dont dépend l'entrée en vigueur ; celles qui déterminent la date de l'entrée en vigueur. Les deux catégories ne se recoupent pas nécessairement. Soit par exemple un système juridique qui consacre les deux règles suivantes : (α) les lois ne sauraient entrer en vigueur avant d'être publiées ; (β) les lois, à défaut de prévision contraire,

⁶³⁴ V. : *supra*, Première partie, Titre II, Chapitre 2, Section 2, §2 ; *infra*, Titre II, Chapitre 2, Section 1, § 1.

⁶³⁵ Comme c'est le cas, par exemple, en Belgique, aux Pays-Bas, ou en Italie : (i) Constitution Belge, article 190 : « Aucune loi, aucun arrêté ou règlement d'administration générale [...] n'est obligatoire qu'après avoir été publié dans la forme déterminée par la loi » ; (ii) Constitution du Royaume des Pays-Bas, article 88 : « La loi règle la publication et l'entrée en vigueur des lois. Les lois n'entrent pas en vigueur avant leur publication » ; (iii) Constitution de la République italienne, article 73, al. 3 : « Les lois sont publiées immédiatement après leur promulgation et entrent en vigueur le quinzième jour qui suit leur publication, hormis les cas où les lois elles-mêmes fixent un autre délai » : comme la constitution accorde au législateur la possibilité de fixer un « autre *délai* » [“un termine diverso”], et non pas une autre date d'entrée en vigueur, il s'ensuit, selon une opinion de la doctrine qui a été confirmée par la Cour constitutionnelle italienne, que la publication des lois constitue une condition nécessaire de leur entrée en vigueur.

entrent en vigueur le lendemain de leur publication. Cette seconde règle, dont le fondement peut être aussi bien constitutionnel que législatif, s'adresse aux mêmes acteurs que les lois dont elle détermine la date d'entrée en vigueur : ce sont les acteurs qui appliquent les lois qui doivent au préalable vérifier si, et à partir de quand, celles-ci sont en vigueur. La première règle en revanche doit être dotée d'un fondement constitutionnel dans la mesure où elle s'adresse au législateur lui-même dont elle restreint la compétence en la matière⁶³⁶.

Cette distinction, qui n'a pas attiré l'attention de la doctrine⁶³⁷, sera analytiquement étudiée plus loin⁶³⁸. Ceci étant, seule la seconde catégorie de règles sera ici envisagée, à savoir les règles qui déterminent la date d'entrée en vigueur.

Date et moment d'entrée en vigueur – Le plus souvent, les règles en la matière déterminent la date sans préciser l'heure de l'entrée en vigueur. Dans ce cas, il est admis que la loi entre en vigueur à la date déterminée à zéro heure⁶³⁹.

⁶³⁶ À vrai dire, la proposition « Les lois ne sauraient entrer en vigueur avant d'être publiées » peut décrire deux règles. La première s'adresse au législateur : elle interdit à ce dernier de dissocier l'entrée en vigueur d'une loi de sa publication. La seconde s'adresse aux destinataires de la loi : elle érige l'accomplissement de la publication en une condition que ces derniers doivent prendre en compte lorsqu'ils cherchent à déterminer si une loi donnée est ou non en vigueur.

⁶³⁷ Pour deux exceptions, v : J. HÉRON, « Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil) », *RTD civ.* 1985, p. 277-333, spéc. n° 22, p. 292, qui précise, à propos de l'article 2 du décret du 5 novembre 1870, que son objet n'est pas d'ériger la publication au *Journal officiel*, prévue par l'article 1^{er} du même décret, en condition nécessaire de l'entrée en vigueur, mais en critère par défaut pour la détermination de la date d'entrée en vigueur ; J. PETIT, « L'entrée en vigueur des actes administratifs dans le code des relations entre le public et l'administration », *AJDA*, 2015, p. 2433, spéc. § I.A, qui remarque que les articles L. 221-2 et L. 221-3 du Code des relations entre le public et l'administration « portent sur deux points : les conditions de l'entrée en vigueur et la date de cette dernière ». Toutefois, l'auteur s'intéresse à l'entrée en vigueur des actes administratifs et, de ce fait, il n'envisage pas, comme le reste de la doctrine par ailleurs, la question constitutionnelle que la distinction en question soulève lorsqu'elle s'applique aux lois : il s'agit de savoir si le droit positif français consacre ou non une règle de valeur constitutionnelle qui interdirait au législateur de dissocier l'entrée en vigueur des lois de leur publication.

⁶³⁸ *Infra*, Chapitre 2.

⁶³⁹ Cette façon d'interpréter les règles d'entrée en vigueur (ou les textes dont ces règles sont déduites) constitue une règle que l'on pourrait qualifier d'interprétative. Cette règle interprétative était déjà considérée comme évidente au moment de la rédaction du Code civil. Cela explique peut-être pourquoi elle reste non écrite en France, alors qu'elle est explicitement consacrée dans d'autres pays. Pour les travaux préparatoires du Code civil, v. P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Videcoq, 1836, t. 6, séance du 12 frimaire an X (3 décembre 1801), p. 134, où, lors de la discussion devant le Tribunal du projet de l'article 1^{er}, on a pu affirmer que « qui dit le jour, dit les vingt-quatre heures [...] ». C'est ce que veut une jurisprudence invariable » (dans le même sens : *Ibid.*, p. 173-174). Pour une formulation explicite de cette règle, v. CC décision n° 89-268 DC du 29 décembre 1989, cons. 3 : « conformément au décret du 5 novembre 1870, les décrets n'entrent en vigueur à Paris, qu'un jour franc après leur publication, c'est-à-dire en l'occurrence [s'agissant d'un décret inséré au Journal officiel du 15 décembre 1989] le 16 décembre 1989 à 0 heure ». Pour la consécration explicite de cette règle, v. : au Canada, *Loi d'interprétation* L.R.C. 1985, Ch. I-21, art. 6(1) : « Un texte prend effet à zéro heure à la date fixée pour son entrée en

La loi peut entrer en vigueur au cours d'une journée – et non pas à zéro heure – dans deux cas de figure : lorsqu'une règle dispose que la loi entrera en vigueur à une heure déterminée ; lorsqu'une règle dispose que la loi entrera en vigueur dès le moment où sera réalisée une condition déterminée⁶⁴⁰.

On pourrait alors distinguer entre la *date* et le *moment* de l'entrée en vigueur. Par souci de simplicité pourtant, et lorsque cette distinction ne sera pas décisive pour notre analyse, on parlera de façon générale de la « date » ou du « jour » de l'entrée en vigueur⁶⁴¹.

vigueur » ; art. 6(2) : « En l'absence d'indication de date d'entrée en vigueur, un texte prend effet : a) s'il s'agit d'une loi, à zéro heure à la date de sa sanction au nom de Sa Majesté » ; au Royaume-Uni, *Interpretation Act 1978*, Chap. 30, art. 4 : « An Act or provision of an Act comes into force : (a) where provision is made for it to come into force on particular day, at the beginning of that day ; (b) where no provision is made for its coming into force, at the beginning of the day on which the Act receives the Royal Assent ». On trouve des dispositions similaires, consacrant une règle contre le découpage de la journée ("fractions of the day"), dans d'autres pays de la Common law. Sur ce point, et aussi sur l'origine de cette règle, dont la consécration fut d'abord jurisprudentielle, v. M. GOBBI, « When to Begin : A Study of New Zealand Commencement Clauses with Regard to those Used in the United Kingdom, Australia, and the United States », *Statute Law Review*, vol. 31, n° 3, p. 153-216, spéc. p. 157-159, 172-173, et 185.

⁶⁴⁰ Il faut distinguer ces deux cas de figure de la décision du juge de découper lui-même la date de l'entrée en vigueur. Cette hypothèse peut se réaliser lors de la succession de deux personnes dans un même poste : si le texte qui met fin aux fonctions du titulaire d'un poste entre en vigueur à la même date que le texte qui porte nomination de son successeur, et si ce dernier n'a remplacé son prédécesseur qu'au cours et non pas dès le début de cette date, il peut s'avérer nécessaire de découper cette date afin de savoir laquelle des deux personnes était (encore ou déjà) habilitée à exercer ses fonctions à un moment donné de la journée. Ce cas de figure s'est produit le 17 juillet 1984, jour de l'édition de deux décrets (qui furent ensuite publiés dans le même numéro du Journal officiel), par lesquels François Mitterrand a mis fin aux fonctions du gouvernement de Pierre Mauroy, et a nommé Laurent Fabius Premier Ministre. Sur cette affaire, v. les conclusions de J. MASSOT sur CE, 20 janvier 1988, *Commune Pomerol et autres*, RDP 1988, n° 4, p. 1137, spéc. p. 1139-1141, et la note de M. BÉLANGER, D. 1989, p. 466, spéc. p. 469-470. Il paraît que ce cas de figure se produit souvent lors de la succession de deux titulaires d'une même compétence au sein de l'administration. V. sur ce point A. CALOGEROPOULOS, *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, thèse, préf. G. Vedel, LGDJ, 1983, p. 262-263, et la jurisprudence citée. La décision du juge de découper la date de l'entrée en vigueur peut être motivée par d'autres considérations, comme l'équité, par exemple. V. en ce sens la décision de la Cour suprême des États-Unis *Louisville v. Savings Bank*, 104 US 469 (1881), spéc. p. 474-475 : « It is true that for many purposes the law knows no division of a day, but whenever it becomes important to the ends of justice, or in order to decide upon conflicting interests, the law will look into fractions of a day, as readily as into the fractions of any other unit of time. The rule is purely one of convenience, which must give way whenever the rights of parties require it. There is no indivisible unity about a day which forbids us, in legal proceedings, to consider its component hours, any more than about a month, which restrains us from regarding its constituent days. The law is not made of such unreasonable and arbitrary rules » ; *Ibid.*, p. 479 : « We look to the final act of approval by the executive to find when the statute took effect, and, when necessary, inquire as to the hour of the day when that approval was, in fact, given ». Sur cette jurisprudence, v. M. GOBBI, « When to Begin : A Study of New Zealand Commencement Clauses with Regard to those Used in the United Kingdom, Australia, and the United States », *Statute Law Review*, vol. 31, n° 3, 2010, p. 153-216, spec. p. 172-173.

⁶⁴¹ *Contra* CH. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. 2, LGDJ, [1983] 2014, p. 706, qui considère que le terme « moment » est préférable à celui de « date » parce qu'il « oriente l'attention à

Règles relatives à la date d'entrée en vigueur – La date d'entrée en vigueur peut être déterminée par deux types de règles que l'on pourrait qualifier, de façon stipulative, d'individuelles et de générales. Une règle est individuelle, au sens ici retenu, lorsqu'elle détermine la date d'entrée en vigueur d'une loi particulière (ou d'un ensemble déterminé de lois particulières). En revanche, une règle est générale lorsqu'elle est apte à s'appliquer à toute nouvelle loi afin d'en déterminer la date d'entrée en vigueur⁶⁴².

Une règle individuelle peut déterminer la date d'entrée en vigueur soit d'une façon directe, soit d'une façon indirecte. Dans le premier cas, la règle détermine la date exacte de l'entrée en vigueur d'une loi particulière. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'une loi comporte la disposition suivante : « la présente loi entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2019 ». Dans le second cas, la date d'entrée en vigueur est déterminée en fonction de la date de réalisation d'une condition particulière. Dans ce cas, la condition en question (ou, plus précisément, la date de sa réalisation) constitue le critère retenu par le droit positif pour la détermination de la date d'entrée en vigueur. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'une loi comporte la disposition suivante : « la présente loi entrera en vigueur dix jours après sa publication ». Dans ce cas de figure, la publication – ou, plus précisément, la date de réalisation de celle-ci – est érigée en critère pour la détermination de la date d'entrée en vigueur. Contrairement aux règles individuelles, les règles générales peuvent déterminer la date d'entrée en vigueur d'une façon indirecte seulement, et en fonction d'un critère qui peut s'appliquer à toute nouvelle loi. De règle générale, et pour ce qui concerne la France et les autres pays de tradition civiliste, ce critère est la publication. Ainsi, la règle qui régit actuellement la matière en France, et sur laquelle on reviendra, peut être décrite ainsi

la fois vers l'idée de condition et vers l'idée de date ». L'auteur remarque, à juste titre, que l'entrée en vigueur peut être subordonnée à des conditions autres que le simple écoulement du temps et l'arrivée d'une certaine date. Son choix terminologique est d'autant plus pertinent que, comme nous l'avons vu, la « date » de l'entrée en vigueur renvoie toujours à un moment donné de la journée. Toutefois, la distinction entre « date » et « moment » nous permet de distinguer facilement entre, respectivement, l'entrée en vigueur qui commence à zéro heure, et celle qui commence au cours d'une journée.

⁶⁴² Ou de toute nouvelle loi qui présente certains traits déterminés de façon abstraite.

: « les lois, à défaut de prévision contraire [à savoir, à défaut de règle individuelle contraire] entrent en vigueur le lendemain de leur publication au *Journal officiel* ».

Ceci étant, seule la détermination indirecte sera ici envisagée, c'est-à-dire la détermination assurée par des règles générales.

Édiction et date d'entrée en vigueur – Dans certains pays de la Common Law, et contrairement aux pays de tradition civiliste, les lois, à défaut de prévision contraire, entrent en vigueur dès le jour ou le moment où leur édiction est achevée⁶⁴³. On peut alors distinguer entre deux catégories de règles générales. D'une part, il y a des règles qui disposent que les lois, à défaut de prévision contraire, entrent en vigueur dès le jour ou le moment où leur édiction est achevée. D'autre part, il y a des règles qui disposent que les lois, à défaut de prévision contraire, entrent en vigueur après ou à compter de la réalisation d'une condition qui est postérieure par rapport à l'achèvement de leur édiction (cette condition étant, de règle générale, la publication).

Ici encore, il s'agit d'une distinction méconnue par la doctrine⁶⁴⁴. Il en est ainsi parce que le droit positif français, contrairement à d'autres systèmes juridiques, ne connaît que le deuxième type de règles. De ce fait, et pour ce qui concerne les besoins de la présente analyse, seul le deuxième type de règles sera envisagé.

Ainsi, et d'après ce qui précède, le terme « règles d'entrée en vigueur » sera ici employé afin de désigner les règles qui : (α) peuvent en principe s'appliquer à toute nouvelle loi afin d'en déterminer la date d'entrée en vigueur ; (β) déterminent la date

⁶⁴³ V. l'analyse détaillée de M. GOBBI, « When to Begin : A Study of New Zealand Commencement Clauses with Regard to those Used in the United Kingdom, Australia, and the United States », article précité.

⁶⁴⁴ Pour une exception notable, v. E. CARTIER, « Publication et libre diffusion de la règle de droit : enjeux et problématiques comparés en France et au Royaume-Uni », in : *Liber amicorum Jean-Claude Escarras*, Bruxelles, Bruylant, 2005 (disponible sur : www.servicedoc.info/IMG/pdf/E.Cartier_Publication.pdf). L'exemple britannique, où les lois, à défaut de prévision contraire, entrent en vigueur dès leur édiction, est également évoqué par : É. BONNET, *De la promulgation. Étude de droit public*, thèse, A. Rousseau, 1908, p. 82-83 ; M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1^{er}, 11^e éd., LGDJ, 1928, n° 167, p. 74 ; L. BLATIÈRE, *L'applicabilité temporelle du droit de l'Union européenne*, thèse, préf. L. Coutron, Montpellier, Éditions du CRÉAM, 2018, n° 88, p. 86, note 213, qui critique, à juste titre, l'« assimilation » faite par la doctrine française entre la publication et l'entrée en vigueur, et renvoie à L. NEVILLE BROWN, « La promulgation, la signature et la publication des textes législatifs en Grande-Bretagne », in : J.-B. Herzog & G. Vlachos (dir.), *La promulgation, la signature et la publication des textes législatifs en droit comparé*, Les éditions de l'épargne, 1961, p. 97-106.

d'entrée en vigueur en fonction d'un critère dont la réalisation est postérieure par rapport à l'édiction des lois.

Détermination par défaut de la date d'entrée en vigueur – Les règles en question ont vocation à s'appliquer à toute nouvelle loi dont l'entrée en vigueur n'est pas déterminée par une règle contraire.

Concernant la source de ces règles contraires, on peut distinguer deux cas de figure. Premièrement, il se peut qu'une loi donnée détermine elle-même sa date d'entrée en vigueur. Deuxièmement, il se peut que la date d'entrée en vigueur d'une loi donnée soit déterminée, soit par une autre loi⁶⁴⁵, soit par un autre type d'acte juridique dont l'auteur est habilité à déterminer la date d'entrée en vigueur de la loi en question⁶⁴⁶.

⁶⁴⁵ Un exemple caractéristique est fourni par l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal. Les dispositions de ce dernier figuraient en annexe dans quatre lois différentes (lois n° 92-683, 92-684, 92-685, et 92-686, du 22 juillet 1992). Chacune de ces quatre lois comportait un article unique aux termes duquel « ces dispositions [qui figurent en annexe] entrèrent en vigueur à la date qui sera fixée par la loi relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendu nécessaire par cette entrée en vigueur ». Cette loi relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal fut publiée le 23 décembre 1993 (loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992). Son article 373 fixait au 1^{er} septembre 1993 sa propre entrée en vigueur, ainsi que l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal. Or, l'entrée en vigueur de ce dernier fut ensuite reportée au 1^{er} mars 1994 par l'article unique de la loi n° 93-913 du 19 juillet 1993.

⁶⁴⁶ Ainsi, une loi peut habiliter le gouvernement à déterminer par décret la date de son entrée en vigueur (ou la date d'entrée en vigueur de certaines de ses dispositions). Dans ce cas pourtant, la disposition législative habilitante peut être censurée par le Conseil constitutionnel si le pouvoir qu'elle accorde au gouvernement « n'est assorti d'aucune limite ». V. en ce sens : CC décision n° 86-223 DC, du 29 décembre 1986, *Loi de finances rectificative pour 1986*, cons. 14 : censure d'une disposition qui prévoyait l'abrogation d'une obligation pesant sur les contribuables, mais habilitait le Gouvernement, sans autre précision, à fixer par décret la date d'entrée en vigueur de cette abrogation. Même solution : CC décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, cons. 40 ; CC décision n° 90-277 DC, 25 juillet 1990, *Loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles retenus pour la détermination des bases des impôts directs locaux*, cons. 26. V. sur ce point B. GENEVOIS, « Les contraintes d'ordre constitutionnel pesant sur l'entrée en vigueur des lois », in : *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Montchrestien, 2001, p. 243-264, spéc. p. 248, qui remarque que cette jurisprudence « a fait obligation au législateur de ne pas abandonner purement et simplement ses prérogatives au gouvernement ». Il convient de remarquer que cette obligation n'a rien d'universel et d'*a priori* nécessaire. *Rappr.* les règles consacrées au Canada, où la *Loi d'interprétation* L. R. C. 1985, ch. I-21 prévoit, dans son article 6 (3), que « la date d'entrée en vigueur d'un texte fixée par règlement publié dans la Gazette du Canada est admise d'office ». Il paraît que cette habilitation législative ne soulève pas de problèmes d'ordre constitutionnel relatifs à la répartition de compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire. On peut ainsi lire, dans une source officielle : « la disposition d'entrée en vigueur d'une loi peut autoriser qu'une loi en entier ou certaines de ses dispositions prennent effet à une ou plusieurs dates fixées par décret. L'entrée en vigueur différée donne au gouvernement de la latitude à ce sujet et plus de temps pour obtenir le consensus ou l'appui à l'égard de la loi avant que celle-ci ne soit exécutoire », BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT, *L'entrée en vigueur des lois fédérales*, Publication n° 2009-03-F, 2009 (revue le 25 août 2015), § 5, p. 3 (disponible sur : <http://www.res.parl.gc.ca/Content/LOP/ResearchPublications/2009-03-f.pdf>)

Dans la pratique, le premier cas de figure est de loin le plus fréquent⁶⁴⁷. On peut ainsi affirmer, par souci de simplicité, que les règles dont il est ici question – celles qui peuvent s’appliquer à toute nouvelle loi afin d’en déterminer la date d’entrée en vigueur – sont celles qui s’appliquent à toute loi qui ne détermine pas elle-même sa date d’entrée en vigueur. En ce sens, et suivant la terminologie la plus courante en la matière, on pourrait affirmer que les règles en question s’appliquent à défaut de prévision (ou de disposition) contraire.

Cette clause – l’absence de prévision contraire – n’est pas nécessairement formulée en termes explicites dans la disposition qui consacre une règle générale relative à l’entrée vigueur⁶⁴⁸. Toutefois, elle fait nécessairement partie de la signification attribuée à cette disposition lorsque celle-ci est de valeur législative, sauf à considérer qu’il peut y avoir des règles de valeur législative qui s’imposent au législateur.

Comme les règles en question s’appliquent à défaut de prévision contraire, on pourrait les qualifier de règles de droit commun⁶⁴⁹.

En revanche, et s’agissant toujours des règles de valeur législative, il est inexact de les qualifier de « supplétives » et d’affirmer que le législateur peut y « déroger », comme le fait majoritairement la doctrine⁶⁵⁰, sauf à considérer qu’il peut y avoir des règles de valeur législative auxquelles le législateur ne peut pas déroger⁶⁵¹.

⁶⁴⁷ V. pourtant, outre l’exemple du Code pénal évoqué plus haut, l’exemple cité par P. DEUMIER, *introduction générale au droit*, 3^e éd., LGDJ, 2015, p. 210, et F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 10^e éd., Dalloz, 2015, n° 372 : une loi du 4 mars 2002 fixait son entrée en vigueur au 1^{er} septembre 2003. Or, trois mois avant cette date, une nouvelle loi du 18 juin 2003 a à la fois modifié la teneur de la loi de 2002 et reporté de nouveau son entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2005.

⁶⁴⁸ Tel était le cas, par exemple, de la version initiale de l’article 1^{er} du Code civil, ainsi que de l’article 2 du décret du 5 novembre 1870 (sur ces textes, v. *infra*, § 2, B) et D). Pour une formulation explicite, v. le Code civil espagnol dont l’article 1^{er} disposait, dès 1889, que les lois entrent en vigueur vingt jour après leur publication officielle « si elles ne disposent pas autrement » [si en ellas no se dispusiere otra cosa].

⁶⁴⁹ Plus analytiquement sur ce point, v. *infra*, Titre II, Chapitre 2, Section 1, § 1.

⁶⁵⁰ V. *infra*, Chapitre 2, Section 1, § 1, et les références citées.

⁶⁵¹ V. pourtant J. HÉRON, « Étude structurale de l’application de la loi dans le temps (à partir du droit civil) », *op. cit.*, n° 22, p. 293, et la note 40 : si l’article 2 du décret du 5 novembre 1870 fixait la date d’entrée en vigueur un jour franc après la publication, il n’en reste pas moins que le législateur « peut modifier cette date dans les deux sens », c’est-à-dire qu’il peut non seulement reporter mais aussi avancer la date d’entrée en vigueur par rapport à celle de la publication. Si alors l’auteur emploie le terme de « disposition supplétive » à propos de cet article, c’est « moins pour mettre en lumière les pouvoirs de l’autorité que pour montrer le rôle du texte ». Il s’agit de montrer, en particulier, que le rôle de cette disposition n’est pas d’ériger la publication en condition nécessaire de l’entrée en vigueur, mais en critère par défaut pour la détermination de sa date. Il n’en reste pas moins que, selon

De prime abord, il paraît que toute règle de droit commun, en tant que règle qui s'applique à défaut de prévision contraire, constitue une règle qui s'applique par défaut. Toutefois, le droit positif peut accorder aux acteurs juridiques le choix entre l'application de deux règles de droit commun, dont l'une s'applique après décision expresse de la part des acteurs ainsi habilités, et l'autre s'applique à défaut d'une telle décision expresse. On peut alors distinguer entre deux catégories de règles de droit commun : celles qui s'appliquent à défaut de prévision contraire mais après décision expresse des acteurs habilités ; celles qui s'appliquent par défaut *stricto sensu*⁶⁵².

Pour faciliter notre exposé, on pourrait retenir les termes « règles alternatives » et « règles principales » pour désigner, respectivement, ces deux catégories de règles de droit commun.

En droit positif français, et depuis le début du 19^e siècle, cette distinction s'applique aux règles relatives à l'entrée en vigueur des lois. En effet, on peut distinguer entre deux types de règles de droit commun en la matière : une règle principale qui s'applique par défaut (*stricto sensu*)⁶⁵³ ; une règle alternative qui peut s'appliquer après décision expresse d'un organe habilité du pouvoir exécutif (du président de la République et/ou du gouvernement). Dans ce second cas, la loi entre en vigueur à une date ou à un moment qui précède la date à laquelle elle aurait dû entrer en vigueur en application de la règle principale. En ce sens, les règles alternatives de droit commun déterminent ce que l'on appelle communément « entrée en vigueur immédiate »⁶⁵⁴.

le même auteur, la publication constitue une « condition impérative [...] à défaut de laquelle une loi ou un décret ne peuvent pas entrer en vigueur : c'est une formalité substantielle, une condition de perfection de la norme » (*ibid.*)

⁶⁵² Il peut y avoir un troisième cas de figure, dont nous faisons ici abstraction : à défaut de prévision contraire, il revient au pouvoir exécutif de déterminer la date d'entrée en vigueur d'une loi. Tel est le cas en Suisse. V. sur ce point : A. GRISEL, *Traité de droit administratif*, vol. I, éd. Ides et calendes, Neuchâtel, 1984, pp. 143-144 ; M. PIREK, *L'application du droit public dans le temps : la question du changement de loi*, thèse, Université de Fribourg, Genève, Schulthess, 2018, p. 130-131.

⁶⁵³ À proprement parler, et comme on le verra plus loin, entre 1804 et 2004, le droit positif consacrait deux règles principales : la première déterminait l'entrée en vigueur à Paris ; la deuxième déterminait l'entrée en vigueur aux autres départements. Par souci de simplicité, on fait ici abstraction de cette distinction.

⁶⁵⁴ L'expression « entrée en vigueur immédiate » peut désigner deux cas de figure : (a) l'application de la loi aux situations qui sont en cours au moment de son entrée en vigueur ; (b) l'entrée en vigueur prévue par une règle de droit commun alternative (au sens qui vient d'être précisé) qui est antérieure par rapport à l'entrée en vigueur prévue par une règle de droit commun *stricto sensu*. Sur la distinction entre les deux acceptions du terme « entrée en vigueur immédiate », v. G. ÉVEILLARD, *Les*

Les règles relatives à l'entrée en vigueur dite « immédiate » peuvent laisser la décision correspondante à la libre appréciation de l'organe habilité du pouvoir exécutif, mais elles peuvent aussi exiger que cette décision soit prise « en cas d'urgence ». Quoiqu'il en soit, les règles en question demeurent des règles de droit commun : elles peuvent s'appliquer à toute nouvelle loi qui ne détermine pas elle-même sa date d'entrée en vigueur⁶⁵⁵ ; le pouvoir exécutif est habilité à faire un choix entre l'application de la règle principale et l'application de la règle alternative, mais il n'est guère habilité à déterminer lui-même la date de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

Ceci étant, l'aptitude d'une règle à déterminer la date d'entrée en vigueur de toute nouvelle loi présuppose l'emploi d'un critère qui peut s'appliquer également à toute nouvelle loi. Ce critère doit être un fait dont la réalisation peut être circonscrite dans le temps : la date de réalisation du fait constitue le critère que les acteurs juridiques doivent retenir afin de déterminer la date de l'entrée en vigueur d'une loi donnée. En droit positif français, et à une seule exception, ce critère a toujours été la publication. En ce sens, on pourrait affirmer que la publication constitue le critère par défaut pour la détermination de la date d'entrée en vigueur.

La publication – Le terme « publication » peut recevoir plusieurs acceptions dont il importe de faire ici la distinction. Deux séries de distinctions sont importantes pour les besoins des développements suivants⁶⁵⁶.

Publication et publicité – En premier lieu, le terme « publication » peut désigner soit un fait, soit un état de choses⁶⁵⁷. Dans le premier cas, le terme désigne ce que l'on

dispositions transitoires en droit public français, thèse, préf. J. Petit, Dalloz, 2007, n° 270, p. 200, et n° 276, p. 205.

⁶⁵⁵ Ou à toute nouvelle loi dont la date d'entrée en vigueur n'est pas déterminée par une autre loi.

⁶⁵⁶ On fait ici abstraction de certaines acceptions très larges du terme qui visent même les opérations matérielles au moyen desquelles s'accomplit ce qu'on entend communément par « publication ». Pour une telle acception très large, v. par exemple M. WALINE, « Introduction », in : J.-B. Herzog, G. Vlachos (dir.), *La promulgation, la signature et la publication des textes législatifs en droit comparé*, Les éditions de l'épargne, 1961, p. 3 : « la publication est un fait juridique [...] et non un acte juridique. Aussi bien, c'est en une suite d'opérations matérielles que s'analyse la publication : transmission du texte à l'imprimerie du Journal officiel, composition typographique et correction du texte ».

appelle communément « acte de publication ». Dans le deuxième cas, le terme désigne un certain état de choses, appelé communément « publicité » ou « accessibilité », qui peut se produire après et grâce à l’accomplissement d’un acte de publication. Dans les développements qui suivent, le terme « publication » sera employé dans sa première acception seulement, c’est-à-dire pour désigner tout fait dont la réalisation constitue un acte de publication.

La publication comme acte : acception formelle et substantielle – En deuxième lieu, le terme « publication » – au sens qui vient d’être précisé – peut désigner deux types d’actes (ou, ce qui revient au même, deux types de fait dont la réalisation constitue un acte de publication). En fonction de l’acte désigné, on peut distinguer entre une acception formelle et une acception substantielle du terme « publication ». Dans un sens substantiel, le terme désigne tout acte que l’on peut qualifier de « mesure de publicité » en fonction de son aptitude à créer cet état de choses que l’on appelle communément « publicité » ou « accessibilité ». Dans un sens formel, en revanche, le terme « publication » désigne, tout simplement, tout acte de publication que le droit positif qualifie comme tel, à savoir tout fait dont l’accomplissement constitue, d’après les données du droit positif, un acte de publication. Par souci de simplicité, le terme « acte de publication » sera réservé à la publication au sens formel. Respectivement, le terme « mesure de publicité » sera réservé à la publication au sens substantiel.

Publication légale et publication effective – La publication au sens formel correspond à ce que l’on appelle communément « publication légale ». La publication, au sens substantiel, correspond à ce que l’on pourrait appeler, de façon stipulative, « publication effective ». Comme on le verra par la suite, ces deux acceptions ne sont pas coextensives : ce qui constitue une publication légale ne

⁶⁵⁷ Le terme « publication » désigne un fait matériel (ou un ensemble de faits matériels) accompli de façon intentionnelle par les acteurs du système juridique. En ce sens, on pourrait affirmer que le terme « publication » désigne un acte matériel ou, en termes plus simples, un acte tout court. On fait ici abstraction de la définition jurisprudentielle, étudiée plus haut, qui comprend l’écoulement du délai de publication, puisque cette définition présuppose l’accomplissement de l’acte matériel qui constitue le point de départ du délai. Sur cette définition jurisprudentielle de la publication, v. *supra*, Première partie, Titre I, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 2, B), 2).

constitue pas nécessairement une publication effective, et vice versa. En d'autres termes, il peut y avoir des actes de publication qui ne constituent pas de mesures de publicité, et vice-versa.

Du point de vue des règles d'entrée en vigueur, c'est la publication légale qui constitue le critère par défaut pour la détermination de la date d'entrée en vigueur. Le droit positif peut consacrer deux formes de publication légale : la publication officielle et la publication matérielle. La publication officielle consiste en l'insertion de la loi dans un numéro daté d'un recueil officiel, comme le *Journal officiel* ou son prédécesseur, le *Bulletin des lois*⁶⁵⁸. La publication matérielle consiste, quant à elle, en la divulgation de la loi à un lieu donné, soit par l'envoi d'un exemplaire du recueil officiel au lieu concerné, soit par l'envoi d'une copie du texte législatif et sa publication par voie d'affiches au lieu concerné⁶⁵⁹.

Publication légale et publicité – La publication légale (officielle ou matérielle) n'implique pas nécessairement la publication effective. Cette dernière comprend tout acte qui constitue une mesure de publicité, à savoir tout acte qui assure (ou est apte à assurer) la publicité de la loi. La publicité consiste en la mise à la disposition du public du texte législatif⁶⁶⁰. La publicité est assurée lorsque ses modalités spécifiques – les modalités selon lesquelles le texte est mis à la disposition du public – rendent plus ou moins facile la consultation du texte législatif par toute personne intéressée (non seulement par l'administration ou par une catégorie privilégiée de personnes

⁶⁵⁸ Il importe de distinguer les recueils officiels qui assurent la publication de ceux qui assurent la conservation des lois : ceux-ci ne sont pas destinés à être rendus publics, contrairement à ceux-là dont la finalité est de rendre la loi accessible à ses destinataires. L'Ancien régime connaissait la deuxième catégorie de recueils mais pas la première. Il en va de même pour la période révolutionnaire et jusqu'à la fin de 1793, lorsque fut créée le *Bulletin des lois* qui sera remplacé par le *Journal officiel* en 1870.

⁶⁵⁹ On fait abstraction de formes orales de divulgation du texte, comme la « publication au son de trompe ou de tambour » prévue par l'article 9 de la Section I du Décret du 14 frimaire an II (4 décembre 1793 ; *AP*, t. 80, p. 629, *Duvergier*, t. 6, p. 391).

⁶⁶⁰ Ce n'est pas alors la possibilité de prendre effectivement connaissance d'un texte, mais l'accessibilité publique de ce dernier, qui caractérise la publication effective et distingue cette dernière de la notification. Cette distinction est souvent méconnue par la doctrine qui affirme que la publication vise à « porter » la loi à la « connaissance » de ses destinataires. Pour une exception, v. Ch. EISENMANN, « Sur l'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales », in : *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, p. 201-216, spéc. p. 201

intéressées)⁶⁶¹. En ce sens, on pourrait affirmer que la publication effective comprend toute mesure de publicité qui rend la loi (publiquement) accessible⁶⁶².

Contrairement à la publication légale, qui est un concept formel, la publication effective est un concept évaluatif⁶⁶³, ce qui explique pourquoi la première n'implique pas nécessairement la deuxième⁶⁶⁴ : c'est une question de savoir s'il y a accomplissement ou non d'un acte spécifique que le droit positif qualifie de « publication » ; c'est une autre question de savoir si cet acte assure ou non, et à quel degré, l'accessibilité de la loi⁶⁶⁵. Symétriquement, une mesure de publicité qui rend effectivement accessible la loi ne constitue pas, pour cette seule raison, un acte de publication légale⁶⁶⁶.

⁶⁶¹ *Rappr.* la formule retenue par le Conseil d'État concernant ce qui constitue une publication effective pour que le délai de recours commence à courir : « [...] en l'absence d'une telle obligation [de publication de la décision au JO], cet effet [le commencement du délai de recours] n'est attaché à la publication que si le recueil peut, eu égard à l'ampleur et aux modalités de sa diffusion, être regardé comme aisément consultable par toutes les personnes susceptibles d'avoir un intérêt leur donnant qualité pour contester la décision », CE, 27 juillet 2005, *Million*, n° 259004, *Rec.* 336 ; *AJDA* 2005 2462, note L. JANICOT ; *LPA* 3 juillet 2006, p. 12, note O. GABARDA. Dans le même sens : CE, 4 août 2006, *Bernard*, n° 278515, *AJDA* 2006. 2139.

⁶⁶² L'« accessibilité » dont il est ici question n'est pas sémantique mais matérielle : elle ne concerne pas l'« intelligibilité » du contenu de la loi, mais la possibilité de consulter ce contenu en premier lieu. En ce sens, une loi est accessible lorsqu'il est matériellement possible de consulter son texte (quelles que soient les qualités sémantiques et donc l'intelligibilité de celui-ci).

⁶⁶³ *Rappr.* G. REVEL, *La publication des lois*, p. 25 qui remarque, sans distinguer clairement entre la publication légale et la publication effective, que « la publication est susceptible de plus ou de moins ; elle peut être plus ou moins effective, réelle, opérante. Son efficacité dépendra surtout de la forme et du procédé employés ».

⁶⁶⁴ Les concepts évaluatifs sont des concepts normatifs. Plus précisément, les concepts normatifs peuvent être regroupés en deux catégories : les concepts évaluatifs, comme bon, mauvais, équitable ; les concepts déontiques, qui se résument pour l'essentiel aux concepts de permis, obligatoire, et interdit. Plus analytiquement sur les concepts évaluatifs et leur distinction des concepts déontiques, v. CH. TAPPOLET, « La normativité des concepts évaluatifs », *Philosophiques*, vol. 38, n° 1, 2001, p. 157-176, dont nous empruntons les exemples. Cette distinction, entre concepts déontiques et évaluatifs, ne va pas sans problèmes, mais on ne peut s'y attarder ici. Sur ces problèmes, v. R. OGIEN, « Normes et valeurs », in : M. Canto-Spencer (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, vol. 2, 4^e éd., PUF, 2004, p. 1354-1368, qui préfère le terme de « prescriptif » à celui de « déontique » et, du même auteur ; « Le normatif et l'évaluatif », in : Id., *Le rasoir de Kant et autres essais de philosophie pratique*, L'Éclat, 2003, p. 95-123.

⁶⁶⁵ Déterminer en quoi consiste une publication effective revient à évaluer certains faits – un certain mode publicité – par rapport à une finalité – celle de rendre la loi accessible – dont la réalisation admet de variations (un certain mode de publicité rend plus ou moins accessible une loi).

⁶⁶⁶ Pour une illustration caractéristique de la distinction, v. CJCE, *Skoma-Lux sro*, aff. C-161/06, 11 décembre 2007, point 1 : la connaissance effective du règlement par l'intéressé ainsi que la publication effective assurée par internet son indifférentes dès lors qu'elles ne sont pas prévues par le droit positif qui reconnaît une seule forme de publication, à savoir l'insertion au Journal officiel de l'Union Européenne. V. dans le même sens : GRÉVISSSE, conclusions sur CE, Ass., 20 mars 1974, *Bourges*, *Rec.* p. 272, *AJDA* p. 384 : « lorsqu'un texte n'a pas imposé un mode de publicité déterminé, il appartient au juge de rechercher si l'acte réglementaire a fait l'objet d'une publicité de nature à assurer son entrée en vigueur et à faire courir le défaut de recours. Si le mode de publicité est déterminé par un texte, le juge applique ce texte. Il s'agit dans le premier cas de savoir si la publicité a été suffisante, dans le second de dire si elle a été régulière ». Pour quelques exemples, v. : CE, Ass.,

Si la date d'entrée en vigueur était déterminée en fonction de la publication effective donnée à chaque loi, il serait difficile, sinon impossible, pour les acteurs juridiques de partager un critère commun pour déterminer la date d'entrée en vigueur : la publication effective étant un concept évaluatif, l'appréciation de ce qui constitue une publication effective pourrait varier considérablement de l'un cas d'espèce à l'autre et de l'un acteur juridique à l'autre⁶⁶⁷. Les règles d'entrée en vigueur se caractérisent alors par un souci de précision dans la mesure où elles fournissent aux acteurs un critère dont le caractère formel garantit – ou est apte à garantir – le caractère précis : la date d'entrée en vigueur est déterminée en fonction de la publication légale parce que la réalisation de celle-ci, contrairement à celle de la publication effective, peut être circonscrite dans le temps d'une façon qui est d'autant plus facile qu'elle se rapporte à la réalisation d'un fait (l'accomplissement d'un acte) et n'implique pas de jugements évaluatifs de la part des acteurs juridiques.

La date de publication – Ainsi, la date de la publication officielle correspond, tout simplement, à la date du numéro du recueil officiel dans lequel la loi est insérée⁶⁶⁸. La

23 juillet 1943, *Bovy, Rec.* p. 203 : « la circonstance que la requérante avait pu avoir pris connaissance du décret [attaqué] n'était pas de nature à suppléer à sa publication [au Journal officiel, conformément au décret du 5 novembre 1870] » ; CE, 18 novembre 1966, *Laborde, Rec.* p. 610, *RA* 1967, p. 140, conclusions G. BRAIBANT : le requérant « ne saurait se prévaloir d'un décret non publié dont il a pu prendre connaissance » ; CE, Sect., 25 janvier 1974, *Jean et autres, Rec.* p. 60 : arrêté réglementaire relatif aux personnels de l'École nationale de la santé publique qui disposait qu'il doit faire l'objet d'une publication au *Journal officiel*, et dont « ni la notification [...] aux seuls membres du personnel [intéressé] ni son insertion dans une brochure relative à l'École nationale de la santé publique, n'ont, dans les circonstances de l'espèce, constitué une publication suffisante pour rendre obligatoires les dispositions de l'arrêté litigieux [pris sur le fondement de l'arrêté réglementaire] ». V. aussi J. CARBAJO, *L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires*, préf. J.-F. Lachaume, LGDJ, 1980, p. 20-24, et la jurisprudence citée.

⁶⁶⁷ Cela ne vaut pas dire qu'il ne peut pas y avoir un consensus sur la portée d'un concept évaluatif. Cela veut simplement dire que les concepts évaluatifs sont inaptes à fournir un critère précis même lorsqu'il y a un consensus en la matière. Soit, par exemple, une loi qui dispose qu'elle entrera en vigueur à l'échéance d'un « délai raisonnable » après sa publication. On pourrait présumer que, dans la majorité de cas, un délai d'un jour serait jugé raisonnable et qu'un délai d'un an ne pourrait pas être qualifié de raisonnable. Or, dans ce cas, il n'y aurait toujours pas consensus pour les cas situés au milieu de ces deux extrémités, d'où l'absence d'un critère qui serait communément partagé concernant la détermination de la date *exacte* de l'entrée en vigueur.

⁶⁶⁸ De façon significative, la Commission de réforme du Code civil a envisagé deux acceptions possibles du terme « publication », dont toutes les deux correspondent à la publication légale, pour en retenir ensuite l'acception la plus restrictive : *Travaux de la commission de réforme du Code civil*, 1948-1949, Sirey, séance du 22 avril 1948, p. 117 : « [I]a Sous-commission [chargée de la réforme du Titre préliminaire] remarque que le terme “publication” peut être conçu comme visant l'ensemble des conditions rendant obligatoire la loi ou le décret, c'est-à-dire à la fois l'insertion au *Journal officiel* et l'expiration d'un certain délai à la suite de l'arrivée de ce journal dans tel ou tel lieu, ou bien comme qualifiant la seule insertion. Le projet de la Société d'Études législatives semble se référer à la seconde acception et la Sous-Commission décide finalement de s'y rallier ».

date de la publication matérielle correspond, quant à elle, à la date de réalisation du fait qui compte, d'après les données correspondantes du droit positif, comme une publication matérielle (arrivée du recueil officiel ou publication par voie d'affiches en un lieu donné).

En cas de doute ou de controverse, la date de la publication matérielle peut être vérifiée par des moyens de preuve adéquats puisqu'il s'agit de vérifier la date de réalisation d'un fait matériel⁶⁶⁹. Il est ainsi possible de déterminer non seulement la date, mais aussi le moment de l'accomplissement de la publication matérielle⁶⁷⁰. En revanche, et comme on le verra plus loin, les choses sont moins claires pour ce qui concerne la publication officielle : il paraît impossible, de prime abord au moins, de contester la date de la publication officielle puisque cette dernière consiste, précisément, en l'insertion de la loi dans un numéro *daté* d'un recueil officiel⁶⁷¹.

§ 2 – Évolution des règles de droit commun

Date de publication et date d'entrée en vigueur – À une seule exception, les règles consacrées en droit positif français ont toujours déterminé la date d'entrée en vigueur en fonction des deux modalités suivantes : (α) les lois entrent en vigueur à l'échéance d'un délai – appelé « délai de publication » – dont le point de départ est la date de leur publication légale (officielle ou matérielle) ; (β) les lois entrent en vigueur dès le jour ou le moment de leur publication légale (officielle ou matérielle).

⁶⁶⁹ V. en ce sens, et à propos de la publication matérielle prévue par le décret de 1870, v. FRATACCI, conclusions sur CE, Sect., 10 juin 1996, *Élections cantonales de Toulon*, n° 162481 : « la preuve de l'arrivée du JO contenant la loi et par suite la date de son entrée en vigueur localement peut être établie par tout moyen (on songe au timbre d'enregistrement du JO par exemple) ». Comme il s'agit d'une question de fait, la date de l'arrivée du *Journal officiel* dans un département donné « soulève une question de fait qui ne peut être proposée pour la première fois devant la Cour de cassation », Cass. com., 1^{er} février 1960, *Bull.* n° 44, p. 38. Sur l'obligation, tombée en désuétude, de tenir des registres auprès de chaque préfecture pour enregistrer la date d'arrivée du *Journal officiel*, v. R. LIBCHABER, « Connaissance de la loi, connaissance du droit », note sous Cass. civ., 2^e, 28 juin 2001, *RTD Civ.* 2002, p. 173.

⁶⁷⁰ Cass. req. 2 février 1932, *D.H.* 1932, p. 129, *Gaz. Pal.* 1932, I, p. 554 : la Cour valide l'arrêté attaqué, selon lequel « en cas de publication d'urgence, cette publication est un fait précis et momentané, l'affichage, condition *sine qua non* de la publication dite urgente ». Cela permet de déterminer le moment de la publication matérielle à la minute presque : en l'espèce, il a été admis que la publication de la loi par voie d'affiches a eu lieu à 9h30 et que, de ce fait, cette dernière ne devait pas s'appliquer à un contrat conclu à 9h. Dans le même sens : Cass. civ., 4 mars 1931, *D.H.* 1931 p. 201 : une loi qui pose de nouveaux droits fiscaux et dont l'affichage a eu lieu à 12h45 n'affecte pas les droits de mutation par décès nés d'une succession ouverte après un décès survenu à 6h.

⁶⁷¹ En pratique il n'y a aucun critère sur lequel les acteurs juridiques pourraient s'appuyer afin de contester la date qui figure dans le numéro du recueil officiel auquel une loi est insérée.

Critères de périodisation – Les premières lois en la matière, adoptées entre 1789 et 1795, consacraient la seconde modalité seulement. L'article premier du Code civil, qui faisait partie du titre préliminaire adopté en 1803, ne consacra aucune des deux modalités : la date d'entrée en vigueur était déterminée non pas en fonction de la date de la publication (officielle ou matérielle), mais en fonction de la date de la promulgation. Une ordonnance royale adoptée en 1816 modifia l'article 1^{er} et consacra les deux modalités susmentionnées. Depuis lors, et à l'exception des périodes de guerre ou d'occupation, le droit positif français a toujours consacré ces deux modalités : la première – entrée en vigueur après l'écoulement d'un délai de publication – s'applique par défaut (*stricto sensu*) ; la seconde – entrée en vigueur dès (le jour ou le moment de) la publication – s'applique après décision expresse du pouvoir exécutif.

Si l'on combine les deux modalités susmentionnées – entrée en vigueur dès la publication ou après l'écoulement d'un délai de publication – avec la distinction précitée entre publication officielle et publication matérielle, on peut proposer une périodisation concise de l'évolution des règles en la matière⁶⁷².

⁶⁷² Il ne s'agit pas ici de présenter toutes les lois relatives à la publication et à l'entrée en vigueur des lois qui ont précédé l'ordonnance de 1870. On dispose à cet effet de plusieurs exposés dont les plus détaillés sont fournis par les encyclopédies juridiques du 19^e siècle (citées ici par ordre chronologique) : PH-A. MERLIN (dir.), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e éd., t. 18, Bruxelles, H. Tarlier, V^o « Loi », § V, p. 392 s. (qui emploie pourtant assez souvent le terme « promulgation » pour désigner la publication) ; D. DALLOZ et al. (dir.), *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. 30, 1853, V^o « Lois », Chap. 3, p. 73 s., n^o 131 s., et *Supplément au répertoire méthodique [...]*, t. 10, 1892, V^o « Lois », Chap. 3, p. 13, où l'on trouve un tableau chronologique de la législation en la matière, et aussi p. 16 s., n^o 80 s. ; A. CARPENTIER et al., *Répertoire général alphabétique du droit français*, t. 26, Sirey, 1898, V^o « Lois et décrets », p. 613 s., n^o 158 s. Pour une présentation plus concise, v. (par ordre chronologique) : J.-G. LOCRÉ, *Esprit du Code Napoléon*, t.1, Imprimerie impériale, 1805, p. 120 s. ; C. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. 1, 1824, § 64 s., p. 60 s. ; J. BERRIAT-SAINT-PRIX, « Recherches sur les divers modes publication des lois, depuis les Romains jusqu'à nos jours », *Revue étrangère et française de législation et d'économie politique*, vol. 5, 1838, p. 279-304, spéc. p. 292 s. ; A. MAILHER DE CHASSAT, *Traité de la rétroactivité des lois ou commentaire approfondi du Code civil*, t. 1, Librairie Durand, 1845, p. 24 s. ; C. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, t. I : *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, 3^e éd. A. Duran, L. Hachette et C^{ie}, 1865, p. 22 s. ; A.-M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, 2^e éd., t. 1, Plon, 1881, p. 36 s. ; CH. AUBRY, CH.-F. RAU, *Cours de droit civil français*, t. 1, 5^e éd., Marchal et Billard, 1897, § 26, p. 84 s. ; E. PIERRE, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, 5^e éd., Librairies-imprimeries réunies, 1924, n^o 509-510, p. 566 s. ; P. LABAND, *Le droit public de l'Empire Allemand*, t. 2, préf. F. Larnaude, trad. C. Gandilhon, Th. Lacuire, Giard & Brière, 1901, qui s'intéresse aussi à la façon dont le droit positif français et son évolution ont pu influencer sur le droit allemand ; G. REVEL, *La publication des lois, des décrets et des autres actes de l'autorité publique*, *op. cit.*, p. 22 s.

A) Les lois révolutionnaires : 1789-1803

Les premières règles en la matière furent établies par trois décrets de l'Assemblée constituante : les décrets du 9 novembre 1789⁶⁷³, des 2-5 novembre 1790⁶⁷⁴ et des 13-17 juin 1791⁶⁷⁵. En 1793, le célèbre décret de la Convention sur le mode de gouvernement provisoire et révolutionnaire créa le *Bulletin des lois*⁶⁷⁶. Ce recueil,

⁶⁷³ Décret du 9 novembre 1789, *Articles de Constitution sur la présentation et sanction des lois, et la forme de leur promulgation* (Baudouin, t. 1, p. 160, Duvergier, t. 1, p. 57). Ce décret, dont les articles n'étaient pas numérotés, disposait, entre autres : « Les Décrets sanctionnés par le Roi porteront le nom & l'intitulé de Lois ; elles seront scellées & expédiées aussitôt après que le consentement du Roi aura été apposé au Décret. Elles seront adressées à tous les Tribunaux. Corps administratifs & Municipalités. La transcription sur les registres, lecture, publication & affiches seront faites sans délai, aussitôt que les Lois seront parvenues aux Tribunaux. Corps administratifs & Municipalités. & elles seront mises à exécution dans le ressort de chaque Tribunal, à compter du jour où ces formalités y auront été remplies » (nous soulignons). Il importe de remarquer que le titre et la date de ce décret, qui réunit une série de décrets adoptés au cours des mois d'octobre et de novembre 1789, peuvent varier en fonction de la source consultée. Il est souvent cité sous le titre de « décrets constitutionnels des 8, 10 et 12 octobre 1789 ». On trouve pourtant dans la doctrine des titres comme « décret des 8, 10, 11 octobre et 5 novembre 1789 » ou « loi constitutionnelle des 8 octobre-6 novembre 1789 ». Pour notre part, nous suivons le titre et la date indiqués dans la collection Baudouin et reprise par la collection Duvergier. Sur ce décret, et sur la confusion quant à sa date, v. M. VERPEAUX, *La naissance du pouvoir réglementaire : 1789-1799*, PUF, 1991, p. 59 et la note 5.

⁶⁷⁴ Décret des 2-5 novembre 1790 sur la nouvelle forme des Loix, sur leur envoi aux Tribunaux & Corps administratifs, & sur la réforme de l'intitulé des promulgations usité jusqu'à ce jour, (Baudouin, t. 8, p. 3 ; AP, t. 20, p. 194, qui donne comme titre : *Décret sur les formes de la sanction, de la promulgation, de l'envoi et de la publication des lois* ; Duvergier, t. 2, p. 1, qui donne comme titre : *Décret qui règle le mode de promulgation des lois*). Le dispositif de ce décret était précédé d'une déclaration, où l'Assemblée affirmait, entre autres « 4° Que ces Loix [promulguées et publiées jusqu'alors] sont obligatoires du moment où la publication en a été faite, soit par le corps administratif, soit par le tribunal de l'arrondissement, sans qu'il soit nécessaire qu'elle ait été faite par tous les deux ». Quant aux futures lois, le décret des 2-5 novembre 1790 réglait de façon minutieuse les opérations qui devraient être suivies pour l'établissement d'exemplaires authentiques et l'envoi de copies certifiées « aux corps administratifs de département et de district », ainsi qu'« aux tribunaux de district ». Il réglait de façon tout aussi détaillée les modalités et les délais de publication que ces autorités devaient respecter. Plus encore, ces autorités étaient tenues d'informer le garde des sceaux de la publication effectuée pour chaque loi. Or, et de façon surprenante, ce décret ne déterminait pas expressément le moment à compter duquel les lois ainsi publiées devaient être tenues pour obligatoires. Il paraît, d'après la déclaration précitée, que ce moment était déterminé d'après la règle posée par le décret du 9 novembre 1789, à savoir en fonction de la publication faite dans le ressort des autorités administratives et judiciaires.

⁶⁷⁵ Décret des 13-17 juin 1791, relatif à l'organisation du Corps législatif, à ses fonctions et à ses rapports avec le Roi (Baudouin, t.15, p. 147 ; AP, t. 27, p.151 ; Duvergier, t. 3, p. 15). Les règles en la matière étaient fixées par les articles 86 et 87 du décret : « Les lois seront envoyées à tous les corps administratifs, tribunaux et municipalités » ; « La transcription sur les registres, la lecture, la publication et affiche seront faites sans délai, aussitôt que les Lois seront parvenues aux tribunaux, corps administratifs et municipalités ; et elles seront mises à exécution dans chaque district, à compter du jour où ces formalités y auront été remplies » (nous soulignons).

⁶⁷⁶ Décret du 14 frimaire an II (4 décembre 1793 ; AP, t. 80, p. 629 ; Duvergier, t. 6, p. 391). La section I de ce décret, intitulée « Envoi et promulgation des lois », réglait de façon précise l'envoi des lois aux autorités locales, ainsi que la publication, appelée « promulgation », que ces dernières devaient effectuer. L'article 1^{er} de cette section créa le *Bulletin des lois* : « Les lois qui concernent l'intérêt public, ou qui sont d'une exécution générale, seront imprimées séparément dans un Bulletin numéroté, qui servira désormais à leur notification aux autorités constituées. Ce bulletin sera intitulé *Bulletin des lois de la République* ». L'article 9 de la même section disposait : « Dans chaque lieu, la promulgation des lois sera faite, dans les vingt-quatre heures de la réception, par une publication à son de trompe ou de tambour ; et la loi deviendra obligatoire à compter du jour de la promulgation » (nous soulignons).

destiné d'abord à la conservation des lois⁶⁷⁷, fut le premier recueil utilisé en France pour la publication officielle des lois, avant d'être remplacé par le *Journal officiel* en 1870⁶⁷⁸. Tout au long de cette période révolutionnaire, et jusqu'à l'adoption du titre préliminaire du Code civil en 1803⁶⁷⁹, la date d'entrée en vigueur des lois était déterminée en fonction de leur publication matérielle. Avant la création du *Bulletin*, les lois entraient en vigueur dans le ressort de chaque tribunal ou de chaque commune dès le jour de la publication qui y était faite par voie d'affiches⁶⁸⁰. Une solution similaire fut maintenue après la création du *Bulletin* et jusqu'à l'an IV (1795) : le *Bulletin* était envoyé à chaque commune, mais la loi qui y était contenue n'entrait en vigueur qu'à compter de sa « proclamation » faite « par son de trompe ou de tambour »⁶⁸¹. L'an IV (1795), un décret de la Convention dissocia l'entrée en vigueur de la publication faite par voie d'affiches (ou de sa « proclamation » faite par « son de trompe ou de tambour »)⁶⁸² : les lois entraient désormais en vigueur dans chaque département à compter du jour où le *Bulletin* y était parvenu⁶⁸³.

⁶⁷⁷ M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, 11^e éd., LGDJ, 1928, n° 169, p. 74 : lors de sa création, en juin 1794, le *Bulletin des lois* « n'avait d'abord d'autre utilité que de conserver le textes des lois comme document ». Selon ces auteurs, qui emploient le terme « promulgation » pour désigner la publication, c'est avec la loi du 12 vendémiaire an IV (4 octobre 1795) qu'« on eut l'idée d'en faire un organe de promulgation ».

⁶⁷⁸ *Infra*, D).

⁶⁷⁹ Chaque titre du Code civil fut adopté par une loi distincte. Le titre préliminaire fut adopté par la loi du 14 ventôse an XI (5 mars 1803), intitulée « Loi sur la promulgation, les effets et l'application des lois » (*Duvergier*, t. 14 p. 129 ; *BL* 3^e série, 254, n° 2375). La codification dans un seul texte fut réalisée par une loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804, *Duvergier* t. 14, p. 526 ; *BL* 3^e série, N° 354, n° 3677). Selon l'article 6 de cette loi, chaque loi particulière était entrée en vigueur séparément, et donc avant leur réunion dans un seul Code. Sur les raisons de ce choix v. LOCRÉ, *Esprit du Code Napoléon*, p. 82 s.

⁶⁸⁰ Le décret des 2-5 novembre 1790 n'a pas modifié sur ce point les règles établies par le Décret du 9 novembre 1789 : les lois devaient être tenues pour obligatoires en fonction de la publication faite dans le ressort des autorités administratives et judiciaires. Il semble pourtant que, d'après la jurisprudence, seule la publication faite par les tribunaux devait être prise en compte à cette fin. V. sur ce point la note qui accompagne le décret des 2-5 novembre 1790 dans la collection *Duvergier* (t. 2, p. 1) et, plus analytiquement : PH.-A. MERLIN (dir.), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, *op. cit.*, p. 395-396.

⁶⁸¹ Article 9 de la loi du 14 frimaire an II (4 décembre 1793), précité.

⁶⁸² Décret du 12 vendémiaire an IV (4 octobre 1795) qui détermine un mode pour l'envoi et la publication des lois, (*AP*, t. 80, p. 629 ; *Duvergier*, t. 8, p. 307, où le texte publié porte le terme « promulgation » là où le texte publié aux *Archives Parlementaires* parle de « proclamation »). Ce décret fut adopté le même jour que le fameux décret sur les moyens pour terminer la Révolution (*Duvergier* t. 8 p. 242), à savoir deux mois après l'adoption définitive de la Constitution de l'an IV par la Convention et juste quelques jours avant la dissolution de cette dernière.

⁶⁸³ Après avoir supprimé, par son article 11, la « publication » faite par « affiche », le décret du 12 vendémiaire de l'an IV (4 octobre 1795) disposait, dans son article 12 que : « Néanmoins les lois et actes du Corps Législatif obligeront, dans l'étendue de chaque département, du jour auquel le bulletin officiel où ils seront contenus sera distribué au chef-lieu du département. Ce jour sera constaté par un registre où les administrateurs de chaque département certifieront l'arrivée de chaque numéro ». Il a été jugé que ce décret avait également supprimé la « publication à son de trompe ou de tambour »

B) L'article 1^{er} du Code civil : 1803-1816

1) Présentation

L'article 1^{er} du Code civil opéra une rupture en dissociant l'entrée en vigueur de la publication matérielle (qu'il s'agisse de l'envoi du *Bulletin* dans chaque département, prévu par le décret de l'an IV (1795) de la Convention, ou de la publication faite par voie d'affiches, prévue par les textes antérieurs)⁶⁸⁴. Le nouveau critère qui remplaça la date de l'arrivée du *Bulletin* dans les départements était la date de la promulgation : la date d'entrée en vigueur était désormais déterminée en fonction d'un système de délais dont le point de départ était la date de la promulgation, et dont l'échéance variait en fonction de la distance qui séparait chaque département de Paris⁶⁸⁵.

L'article 1^{er} du Code civil s'avère sur ce point unique, étant le seul texte en la matière, dans l'histoire du droit positif français, à déterminer la date d'entrée en vigueur en fonction d'un critère autre que la publication (officielle ou matérielle). En plus, l'article 1^{er} fut le premier texte à distinguer entre l'entrée en vigueur à Paris et l'entrée en vigueur dans les autres départements, distinction qui ne sera abrogée que deux siècles plus tard, avec la création en 2004 de la version électronique du *Journal officiel*.

Pour mieux apprécier le caractère à la fois unique et novateur de cet article, il convient de le citer *in extenso*.

« Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français, en vertu de la promulgation qui en faite par le Premier Consul. »

« Elles seront exécutées dans chaque partie de la République, du moment où la promulgation en pourra être connue. »

prévue par le décret précité du 14 frimaire an II (4 décembre 1793) : Cass., 23 frimaire an VIII (14 décembre 1799), *Mager-Henris*, *Bulletin des jugements du Tribunal de cassation*, 1799, t. 4, N° 9, p. 393, n° 161.

⁶⁸⁴ Toutefois, la loi devait toujours faire l'objet d'une publication matérielle par l'envoi du *Bulletin* dans tous les départements.

⁶⁸⁵ Sur le calcul des délais, qui ne retiendra pas notre attention ici, v. la législation, la jurisprudence et la doctrine citées par : CH. AUBRY, CH.-F. RAU, *Cours de droit civil français*, t. 1, 5^e éd., Marchal et Billard, 1897, § 26, p. 85, note 5 ; CH. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. 1 : *Introduction-Explication du titre préliminaire du Code civil*, Paris, éd. A. Rousseau, 1896, p. 92-93, n° 90.

« La promulgation faite par le Premier Consul sera réputée connue dans le département où siègera le Gouvernement un jour après celui de la promulgation ; et dans chacun des autres départements, après l'expiration du même délai, augmenté d'autant de jours qu'il y aura de fois dix myriamètres [environ vingt lieux anciennes] entre la ville où la promulgation en aura été faite, et le chef-lieu de chaque département ».

Pour saisir la portée de ces dispositions, telle qu'elle était comprise par leurs rédacteurs⁶⁸⁶, il importe de les situer dans leur contexte constitutionnel et politique⁶⁸⁷.

Le contexte – Le titre préliminaire du Code civil fut adopté sous l'empire de la Constitution de l'an VIII (1799), qui fonda le régime du Consulat, mais dans l'entretemps de l'édition de deux textes qui, complétant et modifiant le texte constitutionnel, marquent la personnalisation du pouvoir au profit de Napoléon, alors Premier Consul et futur Empereur⁶⁸⁸. Le premier texte, dont l'adoption précède le titre préliminaire, est le sénatus-consulte du 14 thermidor an X (2 août 1802)⁶⁸⁹, qui proclame Napoléon consul à vie⁶⁹⁰. Le deuxième texte, adopté juste un an après le titre préliminaire, est le sénatus-consulte du 28 floréal an XII (18 mai 1804), texte

⁶⁸⁶ Les explications fournies sur ce point par la doctrine de l'époque ne s'avèrent pas toujours fiables, faute d'une prise de distance critique vis-à-vis du pouvoir politique. V. par ex. : C. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, op. cit., p. 75 : « Bénissons le ciel de vivre sous un Gouvernement qui, sur les représentations qu'on lui fait, se hâte de réparer les erreurs qui se sont, contre son intention, glissés dans ses ordonnances ».

⁶⁸⁷ Sur l'idée de contexte en général : R. EKINS, *The Nature of Legislative Intent*, Oxford University Press, 2012, p. 256-257 : « [T]he context of legislation consists in what is known and of concern to legislature and community, for it is this that bears on what the legislature is likely to intend to convey in uttering the text. The legislature partly responds to context when selecting the semantic content it is to utter, intending thereby to make plain to citizens and officials some meaning-content, and hence its choice about how the law is to change ».

⁶⁸⁸ La Constitution de l'an VIII confiait la fonction gouvernementale à trois consuls (Art. 39), dont le Premier s'était attribué « des fonctions et des attributions particulières » (Art. 40). Le pouvoir législatif était partagé entre deux chambres : le Tribunal, qui discutait les projets de lois sans pouvoir les modifier ; le Corps législatif, qui adoptait ou rejetait définitivement, mais sans discussion préalable, les projets dont l'adoption avait été proposée par le Tribunal (Titre 3 de la Constitution de l'an VIII). Toutefois, l'initiative législative était réservée au gouvernement (Art. 44) qui était par ailleurs le seul organe habilité à modifier un projet de loi lors de la discussion devant le Tribunal.

⁶⁸⁹ Disponible sur le site du Conseil constitutionnel, sous la rubrique « Les constitutions de la France ».

⁶⁹⁰ Ce texte sera suivi du Sénatus-consulte organique de la Constitution du 16 thermidor an X (4 août 1802) qui modifia la Constitution de l'an VIII et fonda le régime que l'on appelle « Consulat à vie » ou « viager » (texte également disponible sur le site du Conseil constitutionnel). Le texte du 14 thermidor an X qui proclame Napoléon consul à vie prend acte de la proclamation des résultats du plébiscite qui portait sur la même question. Ce plébiscite avait été annoncé par un arrêté du 20 floréal an X (10 mai 1802). Toutefois, juste deux jours plus tôt, Napoléon avait assuré sa réélection par anticipation : en vertu de l'art. 39 de la Constitution de l'an VIII, il était déjà nommé Premier consul pour une période de dix ans ; or, le 18 floréal de l'an X (8 mai 1802) fut édicté un Sénatus-consulte qui réélit Napoléon Bonaparte premier Consul pour les dix années qui suivront immédiatement les dix ans pour lesquels il a été nommé (Duvergier t. 13, p. 424 ; ce texte n'a pas été publié au *Bulletin*).

fondateur de l'Empire⁶⁹¹. Le titre préliminaire du Code civil fut donc élaboré et adopté au cours de la transition du Consulat à l'Empire, lorsque Napoléon, en tant que Premier Consul encore, se réclamait déjà d'une légitimité personnelle⁶⁹².

Cette prétention ne trouvait pas son expression dans la formule de promulgation qui était encore employée au moment de l'adoption du titre préliminaire, et dont la teneur avait été établie avant que Napoléon ne soit proclamé Consul à vie⁶⁹³ : exerçant sa compétence « Au nom du peuple français », le Premier Consul, en tant qu'organe promulguant, se bornait à « proclamer loi de la République » le texte qui lui était transmis, sans même évoquer explicitement sa future « exécution » et, à plus forte raison, sans employer un langage de commandement, comme l'expression « Mandons et ordonnons », qui est le trait distinctif, comme nous l'avons vu⁶⁹⁴, des formules de promulgation dont se servent les régimes fondés sur la légitimité personnelle de l'organe promulguant. C'est avec la proclamation de l'Empire que la formule de promulgation change⁶⁹⁵ : « Empereur des Français » en vertu des « constitutions » mais, tout d'abord, « par la grâce de Dieu »⁶⁹⁶, Napoléon promulgue la loi que la chambre législative a adopté « conformément à la proposition faite au nom de l'Empereur » et, de même que les rois de l'Ancien régime, il s'adresse « à tous présents [sic] et à venir » par la formule classique « Mandons et ordonnons »⁶⁹⁷.

⁶⁹¹ *Duvergier*, t. 15, p. 1 (BL 4^e série, t.1, N°1, n°1), disponible aussi sur le site du Conseil constitutionnel, sous la rubrique « Les constitutions de la France ».

⁶⁹² Sur cette transition, v. L. DUGUIT, H. MONNIER, R. BONNARD, *Les Constitutions et les principales lois politiques de la France*, 5^e éd., LGDJ, 1932, p. LXXXII et s. ; M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France*, 14^e éd., 2016, n° 179 s., pp. 165 s., et plus analytiquement : M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France*, t. 1, [1932], 1977, p. 250 s.

⁶⁹³ Le texte qui fixe cette formule ne correspond pas, sauf erreur de notre part, à une catégorie déterminée d'acte juridique : d'après la publication officielle faite au *Bulletin des lois*, il s'agit d'un *Projet de formule pour la promulgation des lois*, proposé par le Conseil d'État et approuvé par les trois consuls le 29 nivôse an VIII (19 janvier 1800) : BL 3 série, t. 1, N° 44, n° 306 ; *Duvergier*, t. 12, p. 73. Toutefois, R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1, n° 144, p. 434, le qualifie d'« arrêté du premier consul ».

⁶⁹⁴ *Supra*, Première partie, Titre I, Chapitre 2, Section 1, § 1, B). Plus analytiquement sur le lien entre la formule de promulgation et la légitimité, v. *supra*, Première partie, Titre II, Chapitre 2, Section 2, § 2.

⁶⁹⁵ La formule était fixée par le texte précité qui fonda l'Empire, à savoir par l'article 140 du sénatus-consulte du 28 floréal an 12 (18 mai 1804).

⁶⁹⁶ Formule qui, de façon caractéristique, était reprise par les préambules des ordonnances royales de l'Ancien régime. V. sur ce point A. BABEAU, « Les préambules des ordonnances royales et l'opinion publique », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, t.146, 1896, p. 797-858, spéc. p. 810 s., où l'auteur remarque sa reprise la formule impériale de promulgation (*ibid.*, p. 818).

⁶⁹⁷ De façon tout aussi significative, la formule effectivement employée différait de celle formellement consacrée sur le point suivant : dans la formule formellement fixée, Napoléon faisait

Le premier alinéa – Ces données pourraient expliquer le premier alinéa de l'article 1^{er} du Code civil, aux termes duquel « Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français, *en vertu* de la promulgation qui en est faite par le Premier Consul » : avant de déterminer le moment à compter duquel les lois seraient obligatoires, les rédacteurs du Code civil, prenant acte du contexte constitutionnel, ont voulu présenter la participation du Premier Consul à la procédure d'édition, fût-ce par l'acte de la promulgation⁶⁹⁸, comme la *raison* pour laquelle les lois doivent être tenues pour obligatoires⁶⁹⁹. Cette stratégie n'avait pas échappé par ailleurs à l'attention de certains membres du Tribunat, lors de la présentation du titre préliminaire, qui ont remarqué que « c'est après la promulgation, ce n'est pas en vertu de la promulgation, que la loi doit être exécutée »⁷⁰⁰.

En ce sens, le premier alinéa de l'article 1^{er} du Code civil, adopté lors de la transition du Consulat à l'Empire, préfigure la formule impériale de promulgation et le principe de légitimité que celle-ci reflète, et dont le Sénatus-consulte de l'an XII faisait le résumé, en disposant que tous les actes législatifs « sont rendus au nom de l'Empereur »⁷⁰¹.

appel aux « constitutions de la République », tandis que, dans la formule effectivement utilisée, il fait appel aux « constitutions » tout court.

⁶⁹⁸ Le Premier Consul, en tant que chef du gouvernement qui comprenait deux consuls encore, participait aussi à la procédure d'édition grâce à l'initiative des lois, compétence que la Constitution de l'an VIII réservait exclusivement au gouvernement (Art. 44). Toutefois, cette compétence était censée s'exercer de façon collégiale, et non à titre personnel par le Premier Consul, comme l'atteste par ailleurs la formule de promulgation, selon laquelle le texte promulgué a été adopté par les organes législatifs « sur la proposition faite par le Gouvernement ».

⁶⁹⁹ *Rappr.* G. GUGLIELMI, « Distinguer la promulgation de la publication » *in* : G. Fauré, G. Koubi (dir.), *Le titre préliminaire du Code civil*, Economica, 2003, p. 59-79, spéc. p. 62, qui parle d'une « volonté stratégique et symbolique de faire apparaître le chef de l'État comme source de toute norme dès le premier article du Code civil [...] ». Une idée similaire était développée par P. LABAND, *Le droit public de l'Empire Allemand*, t. 2, préf. F. Larnaude, trad. C. Gandilhon, Th. Lacuire, Giard & Brière, 1901, p. 286-287, à l'analyse duquel se réfère R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, préf. É. Maulin, Dalloz, [t. 1, 1920], 2004, n° 144, p. 434-435.

⁷⁰⁰ Selon le propos d'Andrieux, lors de la séance du 23 frimaire an X (14 décembre 180 ; P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, libraire Videcoq, 1836, t. 6, p. 230 s., spéc. p. 232. Pour repousser cette critique, Portalis emploie une argumentation qui confond délibérément la promulgation et la publication (*ibid.*, Pp. 255 s.)

⁷⁰¹ Art. 38. V. la façon délibérément confuse, paraît-il, dont Portalis justifie la rédaction de l'article 1^{er} : sous prétexte que la loi ne saurait être obligatoire avant d'être publiée et accessible à ses destinataires, il affirme que la loi doit être tenue pour obligatoire *en vertu* de sa promulgation : la publication est présentée comme un mal nécessaire, du fait que la « promulgation » – et non pas la loi elle-même – ne peut pas être autrement connue à tous. De même, il affirme : « Avant la promulgation, la loi est parfaite relativement à l'autorité dont elle est l'ouvrage ; mais elle n'est point encore

Le deuxième alinéa – Si la loi est obligatoire « en vertu » de sa promulgation, il faut, selon le deuxième alinéa de l'article 1^{er}, qu'elle soit tenue pour obligatoire dans chaque département « du moment où la promulgation en pourra être connue ». Comme la publication est le moyen par lequel la promulgation est « connue », le deuxième alinéa pourrait être compris comme une affirmation du principe, sur lequel on reviendra, qui veut que l'entrée en vigueur soit subordonnée à la publication préalable. Or, ce principe n'est affirmé que pour être immédiatement écarté au profit de la présomption énoncée au troisième alinéa.

Le troisième alinéa – En effet, quoiqu'elle s'avère nécessaire pour rendre la promulgation « connue », la publication ne saurait constituer une condition dont dépend le caractère obligatoire des lois, quitte à admettre que tout retard éventuel – et potentiellement volontaire – dans l'accomplissement de la publication puisse paralyser le caractère obligatoire des lois. D'où la présomption énoncée au troisième alinéa : la promulgation « sera réputée connue » – et donc la loi entrera en vigueur – à l'échéance d'un délai dont le point de départ est la promulgation, assurée par le Premier Consul lui-même.

Les nouvelles règles – Plus précisément, le troisième alinéa pose deux règles en la matière. La première s'applique au département où siège le gouvernement, les rédacteurs du Code civil considérant, non sans un certain optimisme⁷⁰², que le gouvernement siègera toujours à Paris⁷⁰³. Selon cette première règle, les lois entrent en vigueur à Paris un jour franc après leur promulgation. Dans les autres départements, et selon la seconde règle, les lois entrent en vigueur à l'échéance d'un

obligatoire pour le peuple en faveur de qui le législateur dispose. La promulgation ne fait pas la loi ; mais l'exécution de la loi ne peut commencer qu'après la promulgation de la loi : *Non obligat lex, nisi promulgata* » : Portalis fait ici semblant de ne pas comprendre que le terme « lex promulgata » désignait la loi effectivement publiée, et non pas la loi promulguée, puisque la promulgation consacrée par les constitutions modernes, à laquelle il se réfère lui-même dans ce passage, n'existait pas, tout simplement, avant, précisément, la consécration des premières constitutions modernes : P.-A. FENET, t. 6, p. 349-350

⁷⁰² V. décrets des 1^{er} octobre 1870 et 11 novembre 1870 concernant la publication et l'entrée en vigueur des lois de la délégation du gouvernement de la défense nationale.

⁷⁰³ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, op. cit., t. 6 p. 298 : « On part du lieu où siège le gouvernement (c'est le ressort du tribunal d'appel de Paris, et ce sera probablement toujours dans ce ressort, et particulièrement à Paris qu'il siègera) [...] ». Tout au long des travaux préparatoires, les rédacteurs de l'article 1^{er} raisonnent sur la base de cette hypothèse (*ibid.* p. 27 s., p. 31 s., et p. 59 s.).

délai dont le point de départ est toujours la date de la promulgation, mais dont la durée est prolongée en fonction de la distance qui sépare chaque département de Paris⁷⁰⁴.

Ces règles auraient pu être formulées dans des termes beaucoup plus simples : on pourrait supprimer entièrement les deux premiers alinéas, ainsi que la présomption formulée au troisième alinéa⁷⁰⁵, et affirmer, tout simplement, que les lois seront obligatoires à Paris un jour après leur promulgation (et partout ailleurs, à l'échéance des délais susmentionnés).

Il paraît alors que le choix des rédacteurs de l'article 1^{er} n'était pas dicté par le seul souci de formuler des règles nouvelles concernant l'entrée en vigueur : outre la prétention susmentionnée, concernant la contribution du Premier Consul au caractère obligatoire des lois, ils ont aussi voulu prétendre qu'il y avait un certain lien entre les nouvelles règles d'entrée en vigueur et le souci de la « connaissance » préalable des lois⁷⁰⁶. Certes, ce souci n'était pas absent lors de l'élaboration de l'article 1^{er}, d'où la décision de prolonger les délais en fonction de la distance qui sépare chaque département de Paris, contrairement au projet initial qui prévoyait un délai uniforme pour l'ensemble du territoire⁷⁰⁷. Or, cette modification du projet initial n'a guère invalidé l'objectif premier des rédacteurs de l'article 1^{er}, qui était de dissocier, tout simplement, la date de l'entrée en vigueur de celle de la publication⁷⁰⁸.

⁷⁰⁴ Un tableau de distances et de délais correspondants sera établi par un arrêté du 25 thermidor an XI (13 août 1803 ; *BL* 3^e série, 312, n° 3149, *Duvergier*, t. 14, p. 368).

⁷⁰⁵ Il a pu être soutenu que cette présomption équivaut à la consécration d'une règle qui exclut du droit positif l'erreur de droit : G. DEREUX, « Étude critique de l'adage "Nul n'est censé ignorer la loi" », *RTD Civ.* 1907, p. 513-554, spéc. p. 522 et 527. Quoi qu'il en soit, notre remarque reste valable pour les autres dispositions de l'article 1^{er}.

⁷⁰⁶ V. les arguments en ce sens de Portalis : P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, Séance du 23 frimaire an X (14 décembre 1801), p. 256-258.

⁷⁰⁷ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, *op. cit.*, t. 6, p. 260 s.

⁷⁰⁸ Il est en ce sens inexact d'affirmer que « selon [l'article 1^{er} du Code civil] la force exécutoire des lois ne dépendait point d'une connaissance effective, mais d'une présomption de connaissance », J. CARBONNIER, « Le maxime "Nul n'est censé ignorer la loi" en droit français », in : *Id.*, *Écrits*, textes rassemblés par R. Verdier, PUF, [1983], 2010, p. 1216. En effet, la règle établie par l'article 1^{er} subordonnait l'entrée en vigueur, tout simplement, à l'adoption et la subséquente promulgation de la loi. La « présomption » énoncée par le deuxième alinéa n'avait d'apport normatif que dans un seul cas : lorsqu'il était impossible, pour des raisons nées de circonstances exceptionnelles, d'assurer l'envoi à un lieu donné du *Bulletin des lois*. *Comp.* GRÉVISSE, conclusions sur CE, Ass., 12 avril 1972, *Brier*, *Rec.* p. 272, spéc. p. 274 : « L'article 1^{er} du Code civil ne faisait pas dépendre l'opposabilité des lois aux citoyens d'une publicité effective ».

La finalité des nouvelles règles – En effet, l’objectif avoué des rédacteurs de l’article 1^{er} était de rendre l’entrée en vigueur automatique, pour ainsi dire⁷⁰⁹ : ils voulaient déterminer la date d’entrée en vigueur en fonction d’un critère dont la réalisation serait certaine et indépendante de tout retard ou omission de la part des autorités administratives et judiciaires dont l’intervention était à l’époque nécessaire afin d’assurer la publication des lois⁷¹⁰. De ce point de vue, les rédacteurs de l’article 1^{er} mettent les règles d’entrée en vigueur *au service du même projet politique* que leurs prédécesseurs : ils cherchent à consolider le projet révolutionnaire – doter la France d’une législation uniforme et issue d’une source unique⁷¹¹ – en éradiquant du droit positif tout élément d’incertitude concernant l’entrée en vigueur qui pourrait fournir aux autorités administratives et judiciaires une raison légale – et, surtout, un prétexte – pour ne pas appliquer les nouvelles lois dans le ressort de leur compétence⁷¹². La solution retenue à cet effet par les lois révolutionnaires, outre les

⁷⁰⁹ Le Conseil d’État, dans son rapport consacré à l’entrée en vigueur et à la publication, résume la finalité des rédacteurs de l’article 1^{er} dans les termes suivants : dans l’élaboration de cet article « a notamment pesé la volonté du Premier consul d’éviter à la fois tout risque de retour à une situation dans laquelle le caractère exécutoire des lois aurait été, en droit, subordonné au constat par les tribunaux de l’arrivée du bulletin officiel dans leur ressort et tout risque de faire dépendre l’entrée en vigueur de la loi ailleurs qu’à Paris de l’élément de fait non totalement maîtrisable par le pouvoir central que prévoyait la loi de Vendémiaire an IV [octobre 1795], à savoir le jour de distribution au chef-lieu du département du bulletin officiel contenant la loi », CONSEIL D’ÉTAT – SECTION DU RAPPORT ET DES ÉTUDES, *Publication et entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs*, Rapport annuel, La documentation française, 2001, p. 14-15.

⁷¹⁰ « L’envoi d’un *Bulletin officiel* aux administrations et aux tribunaux, est encore aujourd’hui le mode l’on suit pour la promulgation et la publication des lois », remarquait Portalis. Ainsi, lors de la dernière séance de discussion devant le Tribunat, juste avant l’adoption définitive du Titre préliminaire, le rapporteur du projet affirmait que « le but du projet actuel est que l’instant où l’exécution de la loi doit commencer dans chacun des départements de la République, soit fixé d’une manière invariable, et que cette fixation soit l’ouvrage de la loi seule » (P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, op. cit., t. 6, p. 381 ; v. dans le même sens *ibid.*, p. 89). *Comp.* la longue chaîne de diffusion et de transmission des textes législatifs prévue par l’article 4 de la loi du 12 vendémiaire de l’an 4 (4 octobre 1794) : « Immédiatement après l’impression, le Bulletin et le Feuilleton [ce dernier document était réservé à l’administration] seront adressés, par le ministre de la justice, aux présidents des administrations départementales et municipales, au président du bureau central dans les municipalités au-dessus de cent mille âmes, au président du tribunal de cassation, aux présidents des tribunaux civils, correctionnels et de commerce [...] »

⁷¹¹ *Rappr.* I. MOULLIER, « Introduction – Les enjeux de l’exécution de la loi : pour une théorie communicationnelle de l’administration », in : A. Guermazi et al. (dir.), *Exécuter la loi (1789-1804)*, Éditions de la Sorbonne, 2018, p. 43-50, spéc. p. 47 : « Le Consulat peut être vu comme la période où sont tirées les leçons concernant ces difficultés [rencontrées sous les régimes révolutionnaires antérieurs] d’exécution de la loi. L’uniformité de l’exécution resta alors une préoccupation essentielle de l’Exécutif [...] ».

⁷¹² CONSEIL D’ÉTAT – SECTION DU RAPPORT ET DES ÉTUDES, *Publication et entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs*, op. cit., p. 14-15 : « A notamment pesé [dans la rédaction de l’article 1^{er}] la volonté du Premier Consul d’éviter à la fois tout risque de retour à une situation dans laquelle le caractère exécutoire des lois aurait été, en droit, subordonnée au constat par les tribunaux de l’arrivée du bulletin officiel dans leur ressort et tout risque de faire dépendre l’entrée en vigueur de la loi ailleurs qu’à Paris de l’élément de fait non totalement maîtrisable par le pouvoir central que prévoyait la loi de Vendémiaire an IV, à savoir le jour de distribution au chef-lieu du département du

mesures d'ordre pénal⁷¹³, était de régler aussi minutieusement que possible les modalités de la publication⁷¹⁴. Cette solution était la seule envisageable dès lors qu'il était admis que la date d'entrée en vigueur devait être déterminée en fonction de celle de la publication matérielle (publication par voie d'affiches, et, ultérieurement, envoi du *Bulletin* dans chaque département)⁷¹⁵. Les rédacteurs de l'article 1^{er} du Code civil ont adopté une solution alternative, et plus radicale, en brisant ce lien entre la publication et l'entrée en vigueur : désormais, la date d'entrée en vigueur serait déterminée en fonction d'un système de délais, dont le point de départ serait la promulgation, assurée par le Premier Consul lui-même.

La justification des nouvelles règles – À en croire les rédacteurs de l'article 1^{er} et la doctrine, ce système unique – le seul, comme nous l'avons déjà signalé, à déterminer la date d'entrée en vigueur en fonction d'un critère autre que la publication – s'appuyait sur l'article 37 de la Constitution de l'an VIII (1799), aux termes duquel :

« Tout décret du Corps législatif, le dixième jour après son émission, est promulgué par le Premier consul [...] »⁷¹⁶.

Cet article était tout aussi unique que l'article 1^{er} du Code civil : la Constitution de l'an VIII n'est pas la première, ni la seule, à fixer un délai pour l'accomplissement de la promulgation ; elle est pourtant la seule à fixer un délai invariable, exigeant que la

bulletin officiel contenant la loi ». Il semble que la jurisprudence avait pris acte de cette finalité. V. en ce sens Cass. crim. 15 avril 1831, *Perruque*, *Bull. crim.* t. 36, vol. 4, n° 82, p. 160, S. 1831, I, p. 380, où, après avoir cité l'article 1^{er} du Code civil et l'ordonnance royale du 27 novembre 1816, la Cour de cassation affirme « qu'il ne peut dépendre des cours ou tribunaux de hâter ou retarder cette exécution [de la loi] ; que ce principe est d'ordre public, et que sa violation introduirait dans l'administration de la justice une confusion et un arbitraire qui doivent en être exclus ».

⁷¹³ V. en ce sens le décret des 16-24 août 1790 *sur l'organisation judiciaire*, Titre II, article 10 : « Les Tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps-Législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture » ; article 11 : « Ils seront tenus de faire transcrire purement et simplement dans un registre particulier, et de publier dans la huitaine, les lois qui leur seront envoyées ».

⁷¹⁴ V. en ce sens le décret précité des 2-5 novembre 1790, dont les articles 3 s., réglaient minutieusement l'établissement des « originaux authentiques » de la loi et la façon dont le pouvoir exécutif devait procéder à la publication.

⁷¹⁵ La volonté des révolutionnaires de maintenir ce lien entre la date de la publication matérielle et celle de l'entrée en vigueur était motivée par deux idées. La première est le principe – sur lequel on reviendra – selon lequel les lois ne sauraient être obligatoires avant d'être publiées. La deuxième idée est que la publication matérielle était un moyen pour rallier les citoyens à la cause révolutionnaire, en leur donnant l'opportunité de connaître les lois.

⁷¹⁶ Cf. C. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, *op. cit.*, § 71, p. 65 et 69, où l'auteur remarque, à propos de cet article, « qu'il ne fait pas [le] perdre de vue pour bien comprendre l'art. 1 du Code [...] », et qu'il est « nécessaire pour l'intelligence du Code ».

promulgation soit accomplie *au terme* et non *au cours* du délai fixé⁷¹⁷. Ainsi, sous l'empire de cette constitution, il suffisait de connaître la date de l'« émission » d'une loi, c'est-à-dire la date de son adoption, pour connaître également la date de sa promulgation. En s'appuyant sur cette donnée, les rédacteurs de l'article 1^{er} ont consacré un système dont la date de référence était ultimement celle de l'adoption : celle-ci déterminait la date de la promulgation qui, à son tour, déterminait celle de l'entrée en vigueur.

La date de l'adoption des lois était indiquée dans la formule de leur promulgation et faisait ainsi partie du texte qui était inséré, avec le dispositif législatif, dans le *Bulletin des lois*⁷¹⁸. Toutefois, et comme nous l'avons déjà remarqué, la finalité du nouveau système était de dissocier la date de l'entrée en vigueur de celle de l'arrivée du *Bulletin* dans les départements. Pour justifier alors le nouveau système, les rédacteurs de l'article 1^{er} ont dû prétendre que l'adoption de toute nouvelle loi était un fait notoire ou, au moins, un fait que toute personne intéressée pouvait connaître avant même de consulter le *Bulletin*⁷¹⁹. À cet effet, ils ont mis en exergue les différences qui séparaient le régime alors en vigueur, tant par rapport à l'Ancien régime que par rapport aux régimes constitutionnels antérieurs. En premier lieu, et contrairement à l'Ancien régime, la loi n'est plus « secrètement rédigée » ; bien au

⁷¹⁷ En d'autres termes, la promulgation devait être accomplie non pas *dans* les dix jours mais *le* dixième jour après son adoption. Ainsi, un arrêté du 28 nivôse an VIII (18 janvier 1800) *relatif au mode de la promulgation des lois*, disposait, dans son article 2, que : « Le secrétaire d'État recevra les décrets du Corps-Législatif ; il les déposera dans le coffre établi à cet effet. *Le dixième jour* après l'émission des décrets du Corps-Législatif, le secrétaire d'État les représentera au Premier Consul, qui ordonnera l'apposition du sceau de l'État, et la promulgation de la loi » (*BL* 3^e série, t. 1, N^o 1, n^o 7, p. 9, *Duvergier* t. 12, p. 72 ; nous soulignons). À en croire Toullier, le respect de cette obligation – de procéder à la promulgation le dixième jour après l'adoption – était « certain » puisque « le Gouvernement n'y manquait jamais » : C. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, *op. cit.*, p. 65-67.

⁷¹⁸ Par exemple, la formule de promulgation de la loi du 19 nivôse an XIII *relative à la translation du Tribunal de première instance d'Argelès à Lourdes*, précisait que « Le Corps législatif a rendu, le 19 nivôse an XIII, le décret suivant [...] » (*BL* 4^e série, t.2, N^o 26, n^o 454, p. 199). Il en était de même pour les Sénatus-consultes. V. par exemple le Sénatus-Consulte du 15 Brumaire an XIII *relatifs à l'hérédité de la Dignité impériale* : dans sa formule de promulgation, l'énoncé « Le Sénat ayant déclaré ce qui suit : » était suivie de la mention « Extrait des registres du Sénat conservateur, du mardi 15 Brumaire an XIII », après laquelle on trouve la teneur du texte adopté à cette date.

⁷¹⁹ V. en ce sens : CH. AUBRY, CH.-F. RAU, *Cours de droit civil français*, *op. cit.*, § 26, p. 86, qui remarquent que l'article 37 de la Constitution de l'an VIII était invoqué « pour défendre l'article 1^{er} » et que, les raisons ainsi avancées, « pouvaient paraître plausibles » sous cette Constitution. Sur la même justification, mais sans prise de distance critique, v. C. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, *op. cit.*, pp. 65-67, qui fait l'éloge du système établi.

contraire⁷²⁰, la loi adoptée « a déjà acquis le plus haut de degré de publicité » grâce au caractère public des débats parlementaires⁷²¹. Plus encore, et en deuxième lieu, l'adoption est désormais suivie d'un délai de promulgation de dix jours pendant lequel « la connaissance de la loi continue à circuler dans toute la République ». Par conséquent, les personnes intéressées peuvent s'informer de la date de l'adoption d'une nouvelle loi⁷²² ; corrélativement, et contrairement à ce qui se produisait sous les régimes constitutionnels antérieurs, les personnes intéressées peuvent déterminer la date de la promulgation aussi, puisque celle-ci s'effectue toujours au terme d'un délai invariable, à savoir le dixième jour après l'adoption⁷²³.

2) Questions ouvertes

Pour conclure, il importe de signaler un problème qui, à notre connaissance, n'a pas attiré l'attention de la doctrine, et dont on n'a pu trouver la réponse ni dans les

⁷²⁰ Ainsi, Portalis affirmait que « la loi était autrefois un mystère jusqu'à sa formation » puisqu'elle « était préparée dans les conseils secrets du prince » (P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.*, t. 6, p. 350-351). Le caractère secret de l'édition des lois sous l'Ancien régime était un sujet récurrent lors de l'élaboration de l'article 1^{er} (*ibid.*, p. 5 et p. 381).

⁷²¹ Le caractère public des séances parlementaires était expressément consacré dans l'article 35 de la Constitution de l'an VIII. On retrouve des dispositions similaires dans toutes les constitutions françaises. Plus analytiquement sur l'histoire de la publicité des débats parlementaires, v. J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit. Recherche sur la formation d'une culture juridique*, préf. G. Tusseau, Mare & Martin, 2015, n° 127, p. 129 s., et les références citées. En faisant appel au caractère public des débats parlementaires, les rédacteurs de l'article 1^{er} expriment une idée résolument moderne et libérale : la loi doit être dotée d'une double publicité. Il ne suffit pas de la rendre publique après son édition, ce qui était déjà le cas sous l'Ancien régime. Il faut en plus qu'elle soit publique lors de son élaboration ou, plus précisément, il faut que la procédure elle-même de son édition soit publique. Sur cette double condition de publicité, en amont et en aval de l'édition, v. B. CELANO, « Publicity and the Rule of Law », in : L. Green, B. Leiter (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol.2, Oxford University Press, 2013, p. 122-147, spéc. p. 137 et 143-144. Il n'en reste pas moins que cette idée n'était pas étrangère à l'époque pré-moderne : elle est intimement liée à la conception volontariste du droit, c'est-à-dire à l'idée que le droit est élaboré par des êtres humains perfectibles ; il n'est pas révélé ou découvert par des hommes qui ont un accès cognitif privilégié à des vérités normatives préexistantes. V. sur ce point les remarques concernant le caractère public de l'élaboration des lois romaines par J. BERRIAT-SAINT-PRIX, « Recherches sur les divers modes publication des lois, depuis les Romains jusqu'à nos jours », *Revue étrangère et française de législation et d'économie politique*, vol. 5, 1838, p. 279-304 ; C. WILLIAMSON, *The Laws of the Roman People: Public Law in the Expansion and Decline of the Roman Republic*, Michigan, The University of Michigan Press, 2005, p. 118 s.

⁷²² Il paraît que les acteurs juridiques avaient décidé, afin de faciliter cette prise de connaissance, d'adopter une pratique qui consistait à publier, avant même la promulgation de la loi, « le décret rendu par le Corps législatif, annonçant l'adoption de la loi » : PH. VALETTE & B. SAINT-MARCY, *Traité de la confection des lois*, 2^e tirage, Joubert, 1839, p. 206, qui précisent qu'« à partir de ce moment, on était instruit de l'existence de la loi, et l'on savait qu'après l'expiration d'un délai de dix jours, intervenait la promulgation qui la rendait exécutoire ».

⁷²³ V. par exemple P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.*, t. 6, séance du 12 frimaire an X (3 décembre 1801), p. 173, où, dans le cadre de la discussion devant le Tribunat, on a pu affirmer, après avoir rappelé l'article 37 de la Constitution de l'an X : « Vous voyez que la promulgation du Premier Consul est fixée constitutionnellement au dixième jour. Donc cette promulgation vous présente dans le dixième jour un point de départ [pour les délais prévus pour l'entrée en vigueur] certain et incontestable ».

travaux préparatoires de l'article 1^{er}, ni dans la jurisprudence. Plus précisément, les délais prévus par l'article 1^{er} étaient censés être suffisamment longs pour que leur expiration ne précède pas l'arrivée du *Bulletin*, contenant la nouvelle loi, dans les différents départements ; d'où, précisément, la modulation de leur durée en fonction de la distance séparant chaque département de Paris. Toutefois, l'application de ces délais, et donc la détermination de la date d'entrée en vigueur, devait être indépendante de l'arrivée effective du *Bulletin*⁷²⁴, quitte à revenir au système antérieur, que l'article 1^{er} avait comme objet de remplacer, dans le cadre duquel la date d'entrée en vigueur était déterminée en fonction de celle de l'arrivée du *Bulletin* dans les départements. Mais supposons qu'un *Bulletin* contenant une nouvelle loi arrive dans un département après l'échéance du délai prévu par l'article 1^{er} : comment pourrait-on appliquer, dans ce département, une loi dont on ignore le contenu, faute de pouvoir consulter le *Bulletin* ? Les rédacteurs de l'article 1^{er}, raisonnant sur la base des moyens de communication de l'époque, ont envisagé le cas où l'envoi du *Bulletin* serait impossible pour des raisons nées de circonstances exceptionnelles, comme la guerre ou une catastrophe naturelle. Il était admis que, dans ces cas, la présomption du troisième alinéa – « La promulgation sera réputée connue [...] – « doit céder à la certitude des faits »⁷²⁵ : si l'envoi du *Bulletin* est matériellement impossible, pour des raisons de force majeure, la loi doit être tenue pour obligatoire, dans le département concerné, à partir du moment où elle y sera finalement parvenue.

Toutefois, cette solution ne saurait être admise en dehors du cadre de circonstances exceptionnelles, quitte à revenir, précisément, au système antérieur que l'article 1^{er} avait pour objet de remplacer⁷²⁶. La question susmentionnée persiste alors. Il paraît, et

⁷²⁴ Pour une affirmation catégorique en ce sens, v. CH. AUBRY, CH.-F. RAU, *Cours de droit civil français*, t. 1, 5^e éd., Marchal et Billard, 1897, § 26, pp. 85-86.

⁷²⁵ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, op. cit., t. 6, séances du CE du 14 thermidor an 9 et du 24 brumaire an X.

⁷²⁶ En ce sens : CH. AUBRY, CH.-F. RAU, *Cours de droit civil français*, t.1, op. cit., n° 26, pp. 85-86 : d'après les règles posées par l'article 1^{er}, « la loi devenait obligatoire par cela seul qu'un certain délai s'était écoulé depuis le moment où le chef du gouvernement avait apposé sa signature à la formule de promulgation, et sans qu'aucun acte de publication eût révélé l'existence de l'ordre qu'il avait donné. En effet, quoique la loi revêtue de la promulgation dût être insérée au *Bulletin des lois* et envoyée aux départements, l'omission de ces moyens de publication n'était cependant d'aucune influence sur sa force obligatoire, qui résultait de la seule expiration des délais ci-dessus déterminés, sans qu'il fût nécessaire de justifier d'aucun fait de publication, et sans que la preuve contraire fût, à moins de circonstances extraordinaires, admissible de la part de celui qui aurait voulu se soustraire de l'autorité de la loi, en établissant qu'elle n'avait point été publié dans tel ou tel département ». Dans le même sens, CONSEIL D'ÉTAT – SECTION DU RAPPORT ET DES ÉTUDES, *Publication et entrée en*

sauf erreur de notre part, que la seule solution envisageable serait d'appliquer la loi d'une façon qui pourrait être qualifiée de rétroactive : une fois le *Bulletin* arrivé dans le département concerné, les autorités locales devraient appliquer la loi nouvelle aux faits qui s'étaient éventuellement produits avant l'arrivée du *Bulletin*, mais après l'échéance du délai prévu par l'article 1^{er} du Code civil. Il paraît, en d'autres termes, que les autorités locales devraient appliquer la loi à tout fait produit après son entrée en vigueur mais avant sa publication au département concerné.

Quoiqu'il en soit, il s'avère que le délai invariable de promulgation prévu par l'article 37 de la Constitution de l'an VIII était moins décisif pour l'application des nouvelles règles que ne le prétendaient les rédacteurs de l'article 1^{er} (ou la doctrine, qui reprend à son compte le discours des rédacteurs). Certes, ce délai invariable, combiné avec les délais prévus par l'article 1^{er}, permettait de déterminer dès le moment de l'adoption d'une loi la date de sa promulgation et, corrélativement, celle de son entrée en vigueur. Or, il fallait en tout cas attendre l'arrivée du *Bulletin* pour appliquer la loi, sauf à considérer qu'il y avait à l'époque d'autre moyen pour consulter cette dernière. Par ailleurs, une fois le *Bulletin* consulté, il n'était plus nécessaire de remonter jusqu'à l'adoption de la loi pour déterminer la date de sa promulgation, puisque celle-ci était mentionnée dans le *Bulletin*. Il s'avère alors que – contrairement à ce que pensaient ses rédacteurs et affirmaient les auteurs – le système de délais prévu par l'article 1^{er} pouvait s'appliquer même dans le cadre d'une constitution qui n'imposait pas l'obligation de promulguer les lois *au terme* d'un délai invariable.

C) La publication officielle au Bulletin des lois : 1816-1870

Tel était le cas, semble-t-il, au début de la première Restauration, suite à l'abrogation de la Constitution de l'an VIII par la Charte constitutionnelle du 4 juin 1814.

vigueur des lois et de certains actes administratifs, op. cit., p. 15, qui parle de « présomption légale irréfragable ».

En effet, une ordonnance royale du 27 novembre 1816 affirmait, dans l'exposé de ses motifs, que le terme « promulgation », tel qu'il était employé dans l'article 1^{er} du Code civil, était jusqu'alors interprété de deux façons différentes : le calcul des délais prévus par cet article s'effectuait tantôt en fonction de la date de la sanction royale, introduite de nouveau en droit positif par la Charte, tantôt en fonction de date de l'insertion de la loi dans le *Bulletin*.

Afin de pallier cette imprécision, l'ordonnance susmentionnée adopta explicitement la deuxième interprétation, consacrant ainsi pour la première fois le concept de publication officielle : la date de chaque numéro du *Bulletin* acquiert pour la première fois valeur juridique ; elle est érigée en critère, voire en date de référence pour la détermination de la date d'entrée en vigueur. Ainsi, le point de départ des délais prévus par l'article 1^{er} du Code civil sera désormais la date que porte le numéro du *Bulletin* contenant la nouvelle loi⁷²⁷. En ce sens, l'ordonnance de 1816 a modifié la portée de l'article 1^{er} sans en modifier la teneur⁷²⁸ : le terme « promulgation » ne désigne plus l'acte de promulgation, comme c'était l'intention des rédacteurs de l'article 1^{er}, mais la publication officielle, à savoir l'insertion de la loi dans un numéro daté du *Bulletin* des lois.

En plus, l'ordonnance de 1816 consacre pour la première fois une règle alternative destinée à recevoir application après décision expresse du gouvernement⁷²⁹. À cet

⁷²⁷ Sur la datation du *Bulletin des lois*, v. CH. AUBRY, CH.-F. RAU, *Cours de droit civil français*, t.1, *op. cit.*, § 26, p. 87 ; A.-M., CAURROY *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. I, Libraires Thorel et Joubert, 1848, p. 9-10.

⁷²⁸ *Rappr.* C. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, *op. cit.*, § 71, p. 69 et p. 72 qui parle de « dénaturation » de la signification initiale du terme « promulgation » et d'« abrogation » de l'article 1^{er} par l'ordonnance de 1816.

⁷²⁹ Les rédacteurs du Code civil avaient jugé superflue l'adoption d'une telle règle alternative parce que, et selon les termes de Portalis : « dans les cas rares où il serait essentiel qu'une loi nouvelle fût exécutée sans délai à Paris et dans les départements environnants, cette loi pourrait le déclarer. Nous y avons pourvu par une disposition particulière » (P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, *op. cit.* t. 6, p. 6). Cette « disposition particulière » était comprise dans le projet initial de l'article 1^{er}, rédigé dans les termes suivants : « Les lois seront exécutoires dans toute la République, quinze jours après la promulgation faite par le Premier Consul. Ce délai pourra, selon l'exigence des cas, être modifié par la loi qui sera l'objet de la publication » (*ibid.*, p. 4 et p. 8). Napoléon avait proposé d'introduire une règle alternative (*Ibid.* p. 12 et 13), mais le caractère superflu de celle-ci fut à nouveau signalé lors de la discussion du projet (*Ibid.*, p. 64). Toutefois, la doctrine a pu soutenir que « la disposition de l'article 1^{er} n'est pas exclusive. Elle n'empêche pas le gouvernement d'anticiper par l'envoi de courriers extraordinaires, l'époque où la Loi est de plein droit réputée connue », LOCRÉ, *Esprit du Code Napoléon*, *op. cit.*, p. 139. *Contra* : CH. BEUDANT, *Cours de droit civil français, t. 1 : Introduction-Explication du titre préliminaire du Code civil*, *op. cit.*, n° 91, p. 94, qui soulève la question de la constitutionnalité des ordonnances, considérant que « le doute est possible, car une ordonnance ne peut déroger à la loi ». Il remarque pourtant que ces

effet, l'ordonnance de 1816 réintroduit la publication matérielle et, plus précisément, la publication faite par voie d'affiches, dont les modalités seront davantage précisées par une ordonnance édictée en 1817. De la lecture combinée des deux textes se déduisaient trois règles en la matière : le gouvernement était habilité à « ordonner » l'entrée en vigueur immédiate d'une loi en transmettant une copie de celle-ci aux préfets⁷³⁰ ; ces derniers avaient l'obligation de procéder immédiatement à une publication par voie d'affiches ; la loi entrait en vigueur au lieu concerné dès le moment de sa publication faite par voie d'affiches, et donc avant l'échéance du délai prévu par l'article 1^{er} du Code civil.

Pour conclure, il importe d'apporter quelques précisions concernant la publication officielle consacrée par l'ordonnance de 1816 en tant que critère pour la détermination de la date d'entrée en vigueur.

Plus précisément, ce texte identifie, à deux reprises, la date de l'insertion de la loi au *Bulletin* avec la date où la chancellerie recevait l'exemplaire du *Bulletin* que lui envoyait l'Imprimerie nationale. Il paraît que le terme « insertion au *Bulletin* » désigne ici, tout simplement, l'impression par l'Imprimerie nationale du numéro du *Bulletin* qui contient la nouvelle loi⁷³¹. En ce sens, l'ordonnance se réfère à deux opérations matériellement distinctes. La première consiste en l'impression du *Bulletin* par l'Imprimerie nationale. La seconde consiste en la réception d'un exemplaire du *Bulletin* par la chancellerie. Mais il paraît aussi que ces deux opérations se réalisaient toujours au cours d'une même journée (et, très probablement, avec un décalage étroit dans le temps). Toutefois, aucune des deux opérations n'était

ordonnances « ont toujours été appliquée [et] on les a regardées comme n'ayant fait que déterminer d'une manière plus précise ce qui avait lieu auparavant ». V. aussi A.-M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, 2^e éd., t.1, Plon, 1881, p. 39-40, qui considère que l'habilitation accordée au roi concernant l'entrée en vigueur immédiate s'appuie sur l'article 13 de la Charte de 1813 qui habilitait également le roi à «[fai]re] les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois et la sûreté de l'Etat ».

⁷³⁰ Tant les ordonnances que la jurisprudence qui en fait application parlent de façon générale de l'envoi de la « loi », sans préciser s'il s'agit d'un envoi accéléré d'un exemplaire du *Bulletin* ou d'une copie du texte législatif. Il paraît pourtant que c'est la deuxième pratique qui était suivie.

⁷³¹ Pour une confirmation, v. Cass. crim., 16 avril 1831, *Retelle*, *Bull. crim.* n° 84, p. 163, S.1831, I, p. 209 : « [S]uivant l'art. 1^{er} du Code civil et les articles 2 et 3 de l'ordonnance précitée [de 1816], les lois ne sont exécutoires, à Paris, qu'un jour après que le bulletin des lois a été reçu de l'imprimerie royale par le ministère de la justice [...] ».

publique : il s'agit des opérations matérielles accomplies « dans le mystère des bureaux », voire au sein de deux services appartenant au noyau dur de l'appareil étatique⁷³². Comment déterminer alors la date de ces opérations ? La seule solution est de se référer, tout simplement, à la date indiquée sur le *Bulletin*.

À l'époque où fut rendue l'ordonnance de 1816, chaque numéro du *Bulletin* portait à sa dernière page le sceau de l'État et une formule apposée par le Garde des Sceaux ou, en cas d'intérim, par le Chancelier : « Certifié conforme par nous Garde des sceaux [ou Chancelier de France] ». Cette formule n'était pas datée. En revanche, au bout de la dernière page, séparée du reste du document par une ligne horizontale, se trouvait l'indication : « À Paris, de l'Imprimerie royale, [date] ». Il s'agissait, semble-t-il, de la date où le *Bulletin* était effectivement imprimé par l'Imprimerie nationale⁷³³. Toutefois, et à l'exception de cette indication, le *Bulletin* ne comportait à l'époque aucune autre coordonnée chronologique. En effet, et contrairement au *Journal officiel*, la division du *Bulletin* en différents numéros ne s'appuyait pas sur un système de datation, mais sur un système de numérotation structuré autour de deux coordonnées : on ne disait pas, à propos d'une loi, qu'elle est publiée au *Bulletin* de telle date, mais qu'elle est publiée au *Bulletin* qui fait partie de telle série et porte tel numéro.

L'ordonnance de 1816, sanctionnée par le roi le 17 novembre, fut insérée au *Bulletin* n° 124 de la 7^e série. D'après l'indication figurant à la fin de sa dernière page, ce numéro fut imprimé le 30 novembre 1816. Or, pour la première fois, cette date était mentionnée une deuxième fois, toujours à la dernière page, mais d'une façon plus solennelle : elle était aussi intégrée dans la formule apposée en l'espèce par le Chancelier : « Certifié conforme par nous, Chancelier de France, chargé par intérim du portefeuille du Ministre de la justice. À Paris, le 30 novembre 1817 ». Depuis lors, et jusqu'à la suppression du *Bulletin*, cette nouvelle pratique, qui consiste à dater la formule apposée par le Garde de sceaux, fut constante.

⁷³² PH. VALETTE & B. SAINT-MARCY, *Traité de la confection des lois*, 2^e tirage, Joubert, 1839, p. 213 : « [C]e registre [tenu par le ministre de la justice pour la réception du Bulletin] n'est point public ; personne ne le connaît ; personne ne serait admis à vérifier chaque jour le moment précis où le Bulletin est envoyé. Cette opération si essentielle s'accomplit dans l'obscurité, dans le mystère des bureaux, et nul ne peut connaître l'instant où la loi deviendra obligatoire dans le lieu qu'il habite ».

⁷³³ Appelée « royale », « impériale », « de la République », etc., en fonction des régimes.

À partir du 16 avril 1818 (*BL* 7^e série, n° 205), la date intégrée dans cette formule sera accompagnée de la précision : « Cette date est celle de la réception du *Bulletin* au ministère de la justice ». La date ainsi indiquée est toujours la même que celle indiquée à la fin de la dernière page par les termes : « À Paris, de l’Imprimerie royale [date] ». Toutefois, la datation de la formule apposée par le Garde des Sceaux n’était pas une répétition inutile : elle marque, précisément, la naissance du concept de publication officielle, à savoir la décision d’apposer sur le *Bulletin* une date au seul effet de l’ériger en critère pour la détermination de la date d’entrée en vigueur⁷³⁴.

D) La publication officielle au Journal officiel : 1870-2004

Un décret-loi du gouvernement de la Défense nationale, édicté le 5 novembre 1870⁷³⁵, remplaça le *Bulletin des lois*⁷³⁶ par le *Journal officiel*⁷³⁷. En plus, il érigea à nouveau la publication matérielle – l’arrivée du *Journal officiel* au chef-lieu des arrondissements⁷³⁸ – en critère par défaut pour la détermination de la date d’entrée en vigueur en province⁷³⁹.

Plus précisément, le décret posait deux règles qui s’appliquaient par défaut. À Paris, et selon la première règle, les lois entraient en vigueur un jour franc après leur

⁷³⁴ À notre connaissance, l’émergence de cette nouvelle pratique n’a pas attiré l’attention des auteurs. Pour deux exceptions notables, v. : A.-M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, 2^e éd., t.1, *op. cit.*, p. 39 ; CH. AUBRY, CH.-F. RAU, *Cours de droit civil français*, t.1, *op. cit.*, § 26, p. 87, note 12. Ce dernier auteur se réfère uniquement au changement opéré en avril 1818, avec le numéro 205 du *Bulletin des lois* (sans tenir compte alors du n° 124 susmentionné), mais il affirme, en se référant probablement à la période intermédiaire l’ordonnance de 1816 et la datation du *Bulletin des lois*, que « la date de la réception [du *Bulletin* par la chancellerie] est constatée sur un registre spécial tenu au ministère de la justice » (*ibid.*).

⁷³⁵ Décret du 5 novembre 1870 relatif à la promulgation des lois et décrets (*Duvergier*, t. 70, p. 357).

⁷³⁶ Qui sera entièrement supprimé par la loi du 19 avril 1930 pour la suppression définitive du *Bulletin des lois* et le décret du 31 mars 1931 fixant la date de cessation de publication du *Bulletin*. Pendant la coexistence de deux recueils, seule la publication faite au *Journal officiel* était prise en compte pour la détermination de la date d’entrée en vigueur et de la teneur authentique de la loi. V. sur ce point : CH. AUBRY, CH.-F. RAU, *Cours de droit civil français*, t.1, *op. cit.*, § 26, p. 89-90 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t.1, 1938, n° 69, p. 53, et plus analytiquement G. RIPERT, « Lois et décrets », *Répertoire de droit civil*, t. 3, Dalloz, 1953, p. 86-87, n° 68 et la jurisprudence citée.

⁷³⁷ Plus analytiquement sur la création et l’organisation du *Journal officiel*, v. J.-É., REYMOND, « Le Journal Officiel de la République Française », *RA* 1951, p. 589-597.

⁷³⁸ L’unité territoriale retenue par l’article 1^{er} du Code civil et l’ordonnance de 1816 était le département (qui comprend plusieurs arrondissements). Avec le décret de 1870, c’est à l’échelon de l’arrondissement qu’il faut se placer pour déterminer la date d’entrée en vigueur des lois en province.

⁷³⁹ Pour une présentation détaillée de la détermination de la date d’entrée en vigueur en fonction de l’arrivée du *Journal officiel* aux départements, v. M. FAUVEL, « De la promulgation des lois et décrets », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1872-1873, p. 723-741 et 1873-1874, p. 32-45

publication officielle, faite désormais par insertion au *Journal officiel*. En d'autres termes, les lois entraient en vigueur à Paris un jour franc (donc, le lendemain) après la date dont était daté le numéro du *Journal officiel* dans lequel elles étaient insérées. Dans les autres arrondissements, et selon la deuxième règle, les lois entraient en vigueur un jour franc après l'arrivée du *Journal officiel* au chef-lieu de chaque arrondissement⁷⁴⁰. Pour le reste, le décret maintient les trois règles antérieures concernant l'entrée en vigueur dite immédiate⁷⁴¹ : habilitation du gouvernement à « ordonner » l'entrée en vigueur immédiate d'une loi en transmettant une copie de celle-ci aux préfets⁷⁴² ; obligation pour ces derniers de procéder immédiatement à une publication de la loi par voie d'affiches ; entrée en vigueur de la loi aux lieux concernés à compter de la publication faite par voie d'affiches⁷⁴³.

Il importe de remarquer que le décret de 1870 ne faisait aucune allusion aux textes antérieurs, à l'exception de son exposé de motifs, où il était affirmé que la finalité de ce nouveau texte est de « prévenir les difficultés que peut faire naître le mode actuel de promulgation [il faut lire “publication”] des lois »⁷⁴⁴. Il ne fait pas de doute que les

⁷⁴⁰ Ainsi, une loi insérée dans un numéro du *Journal officiel* qui n'est pas parvenu au chef-lieu d'un arrondissement est jugée comme étant inapplicable : Cass., Ass. plén., 1^{er} mars 1950, *D.* 1950 II p. 363, *Gaz. Pal* 1950 I p. 293. Sur la preuve de « la mise à la disposition du public du *Journal officiel* », v. Y. GAUDEMET, B. PLESSIX, « Promulgation et publication des lois », *Jurisclasseur Civil*, Fasc. 10., Art. 1^{er}, 2011, n° 135 et la jurisprudence citée. Sur le même sujet, v. aussi P. DEUMIER, « La publication de la loi et le mythe de sa connaissance », pp. 31-32, et la jurisprudence citée.

⁷⁴¹ Le décret de 1870 disposait, dans son article 2, que « le gouvernement, par une disposition spéciale, pourra ordonner l'exécution immédiate d'un décret ». Comme cette disposition ne faisait aucune allusion aux lois, il a pu être soutenu que le décret de 1870 avait abrogé les dispositions des ordonnances de 1816 et de 1817 relatives à l'entrée en vigueur immédiate des lois, et que la compétence accordée au gouvernement d'« ordonner » l'entrée en vigueur immédiate n'était valable que pour les décrets. Toutefois, la Cour de cassation a pu juger que le décret de 1870 n'avait pas abrogé les dispositions des deux ordonnances royales relatives à l'entrée en vigueur immédiate : Cass. crim., 8 novembre 1918, *S.* 1920 I p. 377, note J. DELPECH ; Cass., 23 mars 1928, *D.* 1929 I p. 5, 2^e espèce, note R. BEUDANT.

⁷⁴² Comme l'article 2 du décret de 1870, relatif à l'entrée en vigueur immédiate, ne visait que les décrets, il se posait la question si cette procédure ne concernait que les décrets. Il a pu être jugé pourtant que : « sur le fondement du second alinéa de l'article 2 de ce décret, le Gouvernement peut, par une disposition spéciale, ordonner l'exécution immédiate d'un décret et plus généralement de tout texte réglementaire publié au *Journal officiel* », CC n° 88-1035 ELEC, du 13 juillet 1988, cons. 1, *RFDA* 1988, p. 702, note B. GENEVOIS, qui confirme cette solution par des exemples tirés de la jurisprudence administrative. Plus analytiquement sur cette question, v. G. RIPERT., « Lois et décrets », *Répertoire de droit civil*, t. 3, Dalloz, 1953, p. 87, n° 68. Cette question n'est pas déterminante pour notre analyse puisque, en pratique, la règle était la même, indépendamment du texte invoqué pour sa justification.

⁷⁴³ Il y a deux interprétations différentes sur ce point : la loi entre en vigueur dès le moment de cette publication, ou le lendemain de cette publication. Sur ces variations, v. la jurisprudence citée par : L. BACH, « Lois et décrets », *Répertoire de droit civil Dalloz*, n° 207 ; G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français, op. cit.*, n° 275, p. 204, note 32.

⁷⁴⁴ « Le gouvernement, etc., considérant qu'il importe de prévenir les difficultés que peut faire naître le mode actuel de promulgation [lire « publication »] des lois et des décrets, et d'établir d'une

textes antérieurs réglait certaines questions sur lesquelles le décret de 1870 ne se prononçait pas. Mais il ne fait pas de doute non plus que d'autres dispositions de ces textes fussent incompatibles avec celles du décret de 1870. Il faut donc considérer, sans entrer ici dans les détails, que ce dernier avait modifié ou abrogé implicitement toutes les dispositions antérieures qui lui étaient incompatibles.

La jurisprudence et la doctrine ont pu traiter, fût-ce brièvement, le rapport du décret de 1870 avec la loi de l'an IV (1795) et les deux ordonnances royales⁷⁴⁵. En revanche, la jurisprudence et la doctrine se sont montrées beaucoup plus réticentes à se prononcer sur le rapport du décret de 1870 avec l'article 1^{er} du Code civil.

La Cour de cassation a pu remarquer, sans fournir d'autres précisions, que le décret de 1870 avait « modifié » l'article 1^{er} du Code civil⁷⁴⁶. Quant au Conseil d'État, il statuait en application du décret du 5 novembre 1870 lorsqu'il s'agissait de déterminer la date d'entrée en vigueur d'un texte qui devait faire l'objet d'une publication au *Journal officiel*⁷⁴⁷, mais les visas de certains arrêts invoquaient également l'article 1^{er} du Code civil lorsque l'affaire portait sur l'entrée en vigueur d'une loi⁷⁴⁸. Quoiqu'il en soit, et malgré cette confusion quant au statut de l'article 1^{er} du Code civil⁷⁴⁹, les règles de droit commun relatives à l'entrée en vigueur des lois

manière certaine l'époque où les actes législatifs sont obligatoires, décrète : [...] ». Nous reproduisons ici le texte qui figure dans la collection *Duvergier*, faute de publication du décret du 5 novembre dans le *Bulletin des lois*. Cela s'explique sans doute, comme nous l'avons déjà signalé, par la situation politique et militaire de l'époque. On présume alors que le décret a été publié au *Bulletin des lois de la délégation du gouvernement de la défense nationale hors de Paris*, créée par le décret du 12 octobre 1870 (*Duvergier*, t. 70, p. 395). Or, nous n'avons pas pu consulter ce recueil.

⁷⁴⁵ V. les références citées dans les notes précédentes.

⁷⁴⁶ Cass. civ., 12 mai 1931, *Adm. des douanes c. Catelan*, *Gaz. Pal.* II 1931, p. 163, S.1931.I, p. 294 : « [...] selon la disposition de l'art. 2 du décret du 5 novembre 1870, modifiant l'art. 1^{er} C. civ. [...] ». Quant au Conseil d'État, il a pu remarquer, dans un rapport consacré à la matière, que le décret de 1870 « conserva le principe du jour franc mais abandonnera le système du délai de distance du Code civil [...] », CONSEIL D'ÉTAT, *Publication et entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs*, *op. cit.*, p. 16.

⁷⁴⁷ V. à titre indicatif les visas des arrêts : CE, sect., 27 mars 1936, *Bonny*, *Rec.* p. 387, S. 1937 III p. 89, conclusions RENAUDIN, D. 1938 III p. 34, conclusion RENAUDIN, note M. WALINE ; CE, sect., 12 juillet 1944, *Époux Jacquet*, *Rec.* p. 204.

⁷⁴⁸ V. les visas des arrêts : CE, 9 novembre 1917, *Grimm*, *Rec.* p. 712 ; CE, 9 mars 1927, *Rocheray*, *Rec.* 305, D. 1928 III p. 71, note R. MAYER. Il y a pourtant d'autres arrêts relatifs à l'entrée en vigueur de lois dont les visas ne mentionnent que le décret du 5 novembre 1870 : CE, Ass., 16 avril 1943, *Lanquetot*, *Rec.* p. 101, S. 1943, III, p. 41, conclusions LÉONARD, note R. MALÉZIEUX.

⁷⁴⁹ Cf. G. BRAIBANT, conclusions sur CE, 1^{er} juillet 1960, *FNOSS*, D. 1960, p. 692 : « À supposer même que cette disposition [l'art. 1^{er} du Code civil] n'ait pas été abrogée implicitement [...] ».

étaient fondées sur le décret du 5 novembre 1870⁷⁵⁰, dont les dispositions étaient parfois combinées, pour l'entrée en vigueur immédiate décidée par le gouvernement, avec celles des ordonnances de 1816 et de 1817.

E) La dématérialisation de la publication officielle : la réforme de 2004

Une ordonnance édictée et ratifiée en 2004⁷⁵¹, et entrée en vigueur le 1^{er} juin de la même année, a établi une double rupture en la matière⁷⁵². Premièrement, elle a

⁷⁵⁰ Cela n'empêchait pas la jurisprudence de se référer « au principe général posé dans l'art. 1^{er} C. civ., aux termes duquel les lois doivent être exécutées du moment où la promulgation en peut être connue » : Cass. req., 8 décembre 1874, *D.*1874 I p. 144, *S.*1874 I p. 55. Or, cette formule n'implique guère une application des règles d'entrée en vigueur prévues par l'article 1^{er} du Code civil. En l'espèce, il ne s'agissait pas de déterminer la date exacte de l'entrée en vigueur. Il s'agissait de savoir si le défaut d'adoption des actes réglementaires auxquels la loi renvoie empêche ou non l'application de cette dernière. Ainsi, la formule en question était en l'espèce employée pour indiquer que l'entrée en vigueur des lois ne dépend pas en principe de l'adoption des actes réglementaires auxquels ces dernières renvoient, sauf si cette subordination est explicite ou si l'application de la loi s'avère impossible. Cette interprétation apparaît de façon plus claire dans la jurisprudence ultérieure : Cass. civ., 1^{er} décembre 1931, *Gaz. Pal.* 1932 I p.186, *S.*1932 I p. 6 : par cet arrêt, qui vise explicitement l'article 1^{er} du Code civil, la Cour de cassation a jugé que « les lois régulièrement promulguées deviennent exécutoires du moment où la promulgation peut en être connue lorsqu'elles ne contiennent pas de disposition formelle reportant leur exécution à une autre époque ou ne la subordonnant pas, expressément ou nécessairement, à une condition déterminée » ; Cass. crim., 25 juillet 1936, *Gaz. Pal.* II p. 664 : « [...] toute loi est exécutoire dès sa promulgation, alors même qu'elle a prévu un règlement d'administration publique, si elle n'a pas subordonné expressément la mise à exécution à la publication de ce règlement, et si elle est applicable sans avoir besoin d'être complétée ». L'expression « à partir du moment où la promulgation peut en être connue » ne sera pas entièrement abandonnée par la suite, mais son emploi reste toujours cantonné au contentieux relatif à l'aptitude des lois à recevoir application en l'absence de textes réglementaires. V. en ce sens : Cass. civ., 17 avril 1945, *Gaz. Pal.* 1945 I p. 195 ; Cass. civ., 18 mars 1952, *D.* 1952 p. 417.

⁷⁵¹ Ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004 *relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs*, ratifiée par l'art. 78 de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 *de simplification du droit*. L'ordonnance a été édictée en vertu de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 *habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*. L'article 4 de cette loi habilitait le gouvernement à « simplifier et harmoniser par ordonnances les règles relatives aux conditions d'entrée en vigueur des lois, ordonnances, décrets et autres actes administratifs, ainsi que les modalités selon lesquelles ces textes ont publiés et portés à la connaissance du public, en prenant en compte les possibilités offertes par les techniques de l'information et de la communication ». Comme il est généralement admis, les rédacteurs de l'ordonnance furent largement inspirés par les propositions faites par le Conseil d'État dans son rapport précité : CONSEIL D'ÉTAT – SECTION DU RAPPORT ET DES ÉTUDES, *Publication et entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs*, Rapport annuel, La documentation française, 2001. Par exemple, l'article 2 de l'ordonnance est formulé dans des termes presque identiques à une proposition que le Conseil d'État a formulé ainsi : « Le *Journal officiel* doit être publié le même jour sous forme imprimé et sous forme électronique dans des conditions de nature à assurer l'authenticité [...] ».

⁷⁵² Sur cette ordonnance, v. : C. BLÉRY, « Les nouvelles règles d'entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs », *Lamy Droit civil*, n° 5, 1^{er} mai 2004 ; P. DEUMIER, « Des myriamètres à l'internet : les nouvelles règles d'entrée en vigueur de la loi », *RTD Civ.* 2004, p. 585 ; J. HUET, « Le nouvel article 1^{er} du Code civil : une réforme confuse et timorée », in : *Libre droit : mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 439-447 ; A.-M. DE MATOS, « Article 1^{er} (Ord. n° 2004-164, 20 février 2004) », *Revue Lamy Droit civil*, n° 7, 1^{er} juillet 2004 ; J. MASSOT, « L'entrée en vigueur et les conditions d'application des textes normatifs : la révision de l'article 1^{er} du Code civil par l'ordonnance du 20 février 2004 », in : *Le Conseil d'État et le Code civil*, Les éditions des Journaux officiels, 2005, p. 229-235 ; M. VERPEAUX, « La fin d'un monde », *AJDA* 2004, p. 737 ; B. TABAKA, « La dématérialisation du *Journal officiel* : vers un droit saisi par la technique ? », *RDP*, n° 6, 2003, p. 1521-1524.

consacré la version électronique du *Journal officiel* dont chaque numéro est désormais mis en ligne⁷⁵³. Deuxièmement, et grâce à cette publication dématérialisée, l'ordonnance a établi pour la première fois un système d'entrée en vigueur qui est uniforme pour l'ensemble du territoire⁷⁵⁴.

Plus précisément, l'article 1^{er} de l'ordonnance modifie explicitement l'article 1^{er} du Code civil et consacre trois nouvelles règles en la matière, dont l'une porte sur les dispositions législatives « dont l'exécution nécessite des mesures d'application ». Cette règle sera analytiquement étudiée ailleurs. Les deux autres règles, qui nous intéressent ici, sont formulées dans le premier et le deuxième alinéa du nouvel article 1^{er} du Code civil :

Article 1^{er}, al.1 : « Les lois et, lorsqu'ils sont publiés au *Journal officiel de la République française*, les actes administratifs entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut le lendemain de leur publication ».

Article 1^{er}, al.2 : « En cas d'urgence, entrent en vigueur dès leur publication les lois dont le décret de promulgation le prescrit et les actes administratifs pour lesquels le Gouvernement l'ordonne par une disposition spéciale ».

Ces règles s'appliquent par défaut à tout acte qui est publié au *Journal officiel*, ce qui comprend notamment, outre les lois, les ordonnances et les décrets⁷⁵⁵. D'après l'ordonnance de 2004, la publication dans la version électronique du *Journal officiel* avait la même valeur légale que celle faite dans la version papier. Les deux versions

⁷⁵³ La création d'une version électronique du *Journal officiel* était envisagée dès les années quarante, comme l'indique l'adoption des arrêtés des 13 mars 1985 et 13 janvier 1986, relatives à la création et la commercialisation du « Journal officiel électronique ».

⁷⁵⁴ L'idée d'une entrée en vigueur uniforme était déjà envisagée et longuement discutée lors de l'élaboration de l'article 1^{er} du Code civil. Elle a pourtant été abandonnée pour des raisons à la fois pratiques et de principe. D'un point de vue pratique, il était impossible, avec les moyens de l'époque, d'assurer l'envoi rapide de la loi dans tous les départements. Cela laissait deux choix pour l'application d'une entrée en vigueur uniforme : décréter que les lois entreraient en vigueur avant même d'être envoyées à l'ensemble du territoire ; décréter que les lois entreraient en vigueur après l'écoulement d'un délai de publication qui serait très long afin de permettre leur envoi à chaque département. Tous les deux choix ont été rejetés pour des raisons de principe. Le premier choix avait été rejeté comme étant contraire au principe selon lequel les lois ne doivent pas être obligatoires avant d'être publiées. Le deuxième choix a été rejeté parce qu'il risquait de miner la légitimité des lois : il était objecté, par Napoléon surtout, qu'il serait contraire à l'autorité dont les lois se réclament si elles devenaient obligatoires plusieurs semaines après leur édicition. V. plus analytiquement : P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1 et 6, Paris, Librairie Videcoq, 1836, Séance du 23 frimaire an X (14 décembre 1801), p. 246-248 et p. 260 s.

⁷⁵⁵ Selon le deuxième article de l'ordonnance de 2004 : « Sont publiés au *Journal officiel de la République française* les lois, les ordonnances, les décrets et, lorsqu'une loi ou un décret le prévoit, les autres actes administratifs ».

du *Journal officiel* ont coexisté jusqu'à la suppression de la version papier le 1^{er} janvier 2016. Pour le reste, les règles d'entrée en vigueur introduites en 2004 n'ont pas été modifiées.

Pour mesurer la portée de ces règles, il convient d'identifier les changements qu'elles apportent par rapport aux règles antérieures. Quatre différences méritent d'être signalées. Premièrement, et comme nous l'avons déjà noté, la date d'entrée en vigueur est pour la première fois uniforme pour l'ensemble du territoire, grâce à la dématérialisation du *Journal officiel*. Deuxièmement, le délai de publication est abrégé : les lois entrent désormais en vigueur « le lendemain » et non pas « un jour franc » après leur publication. En pratique, la différence entre les deux délais se traduit ainsi : avec l'ancien système, une loi insérée au *Journal officiel* du 1^{er} janvier entrait en vigueur (à Paris) le 3 janvier (à zéro heures)⁷⁵⁶ ; avec le système actuel, la même loi entre en vigueur (partout) le 2 janvier (à zéro heures). En troisième lieu, et grâce toujours à la version électronique du *Journal officiel*, la publication matérielle, en tant que critère de détermination de la date d'entrée en vigueur, est supprimée non seulement pour ce qui concerne l'envoi de chaque numéro du *Journal officiel* en province, mais pour ce qui concerne aussi la publication faite par voie d'affiches en cas d'urgence. En quatrième lieu, et pour ce qui concerne les cas d'urgence, l'entrée en vigueur dite « immédiate » – voire, l'entrée en vigueur « dès la publication » – n'est plus « ordonnée » par le gouvernement, mais elle est « prescrite » par le « décret de promulgation » de la loi concernée.

Section 2 : Questions ouvertes concernant le régime actuel d'entrée en vigueur des lois

La première concerne le rôle que joue le Président de la République dans la prise de la décision concernant l'entrée en vigueur « dès la publication », au sens de l'alinéa 2 de l'article 1^{er} (§1). La deuxième question est relative à la condition d' « urgence » prévue par la même disposition (§2). La troisième question qui se pose est celle de la

⁷⁵⁶ Pour une illustration pratique, v. CE, sect., 27 mars 1936, *Bonny*, Rec. 387, S. 1937 III p. 89, concl. RENAUDIN, D. 1938 III p. 34, conclusions RENAUDIN, note M. WALINE : le terme « un jour franc après la publication », au sens du décret du 5 novembre 1870, signifie qu'un règlement inséré au *JO* du 19 décembre entre en vigueur à Paris le 21 décembre à 00h.

portée du terme « publication » au sens de l'article 1^{er} du Code civil. Il s'agit de savoir si ce terme se réfère uniquement à la date du Journal officiel, où s'il vise également la mise en ligne de ce dernier (§3). La quatrième question est liée à la troisième. Il s'agit de savoir s'il est possible de déterminer le moment où le Journal officiel est mis en ligne, et ce afin de préciser la portée du terme « dès la publication », au sens de l'alinéa 2 de l'article 1^{er} du Code civil (§4). Comme on le verra, l'application que le gouvernement et le Conseil d'État ont fait de cette disposition montre que l'entrée en vigueur « dès la publication » peut être antérieure par rapport à la publication au sens commun du terme : en cas d'urgence, les textes publiés au Journal officiel entrent en vigueur dès le début, à zéro heure, du jour dont est daté le numéro du Journal officiel où ils sont insérés, et non pas dès le moment où ce dernier est mis en ligne. Les problèmes que cette solution soulève, et la réticence du Conseil d'État de la formuler explicitement, sont illustrés par le contentieux auquel ont donné lieu les décrets par lesquels le gouvernement avait déclaré l'état d'urgence en 2005 (§ 5).

§ 1 – Le rôle du Président de la République

Rappelons le deuxième alinéa de l'article 1^{er} du Code civil :

Article 1^{er}, al. 2 : « En cas d'urgence, entrent en vigueur dès leur publication les lois dont le décret de promulgation le prescrit et les actes administratifs pour lesquels le Gouvernement l'ordonne par une disposition spéciale »

Cette disposition a reçu une application récente, en 2015 et en 2016, à propos des deux lois qui prorogeaient l'état d'urgence déclaré le 14 novembre 2015⁷⁵⁷. La formule de promulgation de ces lois se terminait ainsi : « La présente loi entrera en vigueur *immédiatement* et sera exécutée comme loi de l'État »⁷⁵⁸. Il paraît alors que le « décret de promulgation », qui « prescrit » l'entrée en vigueur immédiate aux termes

⁷⁵⁷ Par le décret n° 2015-1475 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955. L'entrée en vigueur de ce décret soulève un problème étudié plus loin : *Infra* [...].

⁷⁵⁸ Loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015, *JO* du 21 novembre 2015 ; Loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016, *JO* du 22 juillet 2016 (nos italiques). À ces deux lois se sont succédées encore quatre (la dernière étant la Loi n° 2017-1154 du 11 juillet 2017), qui ont prorogé l'état d'urgence déclaré le 14 novembre 2015 jusqu'au 1^{er} novembre 2017. La formule de promulgation des quatre autres lois ne « prescrivait » par leur entrée en vigueur « immédiate ».

de l'article 1^{er} du Code civil, n'est rien d'autre que la formule de promulgation qui s'appose sur la nouvelle loi. Cette formule, comme nous l'avons vu, est signée par le Président de la République, et contresignée par le Premier ministre et les ministres responsables. Comme nous l'avons aussi vu, les textes soumis au Président de la République pour promulgation sont préparés par le Secrétariat général du Gouvernement⁷⁵⁹. On présume alors que la « prescription » concernant l'entrée en vigueur immédiate figure déjà dans la formule de promulgation qui est apposée au texte reçu par Président de la République. On présume, en plus, que c'est à ce stade de la préparation du texte par le Secrétariat général du gouvernement que sont recueillis les contreseings du Premier ministre et des ministres responsables⁷⁶⁰. Il paraît en revanche que, sous le régime du décret du 5 novembre 1870, la faculté du gouvernement d'« ordonner l'exécution immédiate » de la loi s'exerçait après la promulgation de celle-ci⁷⁶¹.

Il reste à savoir si le changement ainsi opéré – le fait de passer d'un « ordre » du gouvernement à une « prescription » formulée dans le « décret de promulgation » –

⁷⁵⁹ *Supra*, Première partie, Titre I, Chapitre 2, Section préliminaire, § 1.

⁷⁶⁰ C'est en tout cas ce qui résulte du *Guide de légistique* établi par le Secrétariat général du Gouvernement lui-même : « Le Secrétariat général du Gouvernement établit le texte dans les formes prescrites par le décret n° 59-635 du 19 mai relatif aux formes de promulgation des lois par le Président de la République et le soumet au contreseing des ministres responsables et du Premier ministre puis à la signature du Président de la République », *Guide de légistique*, 3^e éd., La Documentation française, 2017, §2.2.7, p. 208 (disponible sur : www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique2). V. aussi G. CARCASSONNE, « Ce que fait Matignon », *Pouvoirs*, n° 68, 1994, p. 31-44, spéc. p. 33 : une fois une loi adoptée ou un décret rédigé, le Secrétariat général du Gouvernement « se chargera de recueillir tous les contreseings nécessaires, en suivant traditionnellement, pour les obtenir, l'inverse de l'ordre hiérarchique, de sorte que les signatures les plus élevées ne soit sollicitées qu'une fois garanties celles des auteurs moins éminents » ; J. GUISELIN, *Le Secrétariat général du Gouvernement*, thèse, Paris 2, 2015, n° 310, p. 244 : « Une fois obtenu le contreseing des ministres concernés, le décret de promulgation est signé par le Président de la République ». Il paraît que la même pratique était suivie avant la création du Secrétariat général du Gouvernement. En ce sens, et à propos de la III^e République : H. CANNAC, *Éléments de procédure législative en droit parlementaire français*, Sirey, 1939, p. 94, qui affirme que les signatures recueillies étaient d'abord celles des ministres et à la fin celle du Président de la République.

⁷⁶¹ Nous n'avons pas pu trouver des informations sur les modalités pratiques de cette procédure. V. pourtant les remarques de B. GENEVOIS, « L'étendue de la compétence du juge de l'élection », note sous CC n° 88-6 ELEC, 13 juillet 1988, *Minvielle de Guilhem de Lataillade, RFDA* 1988, p. 702, spéc. p. 708, note 7 : « On peut se demander si le Président de la République, lorsqu'il prend un décret dans l'exercice de ses compétences, ne pourrait pas, sans aucune intervention du gouvernement, décider que ce décret entrera immédiatement en vigueur. Tel a été le cas pour le décret du 12 juin 1968 portant dissolution de groupements sur le fondement de la loi du 10 janvier 1936 ». Il importe ici de rappeler que le décret du 5 novembre 1870 disposait expressément que c'est « le Gouvernement » qui peut décider de l'entrée en vigueur immédiate d'un décret. On peut donc se demander s'il y avait ou non une intervention ou une participation du Président de la République dans la prise de décision qui concernait l'entrée en vigueur immédiate des lois.

correspond à un transfert ou à un partage de compétence entre le gouvernement et le président de la République.

D'une part, le ministre de la justice affirmait, dans un rapport remis au Président de la République, que l'un des changements apportés en la matière par l'ordonnance de 2004 « consiste à *conférer le pouvoir de décider* l'entrée en vigueur immédiate d'une loi au Président de la République, en le reliant au pouvoir de promulgation des lois que lui confère l'article 10 de la Constitution »⁷⁶². D'autre part, pourtant, le « décret » de promulgation, et donc la décision concernant l'entrée en vigueur immédiate, doit être contresigné par le Premier ministre et les ministres responsables. Plus encore, une conseillère d'État et ancien membre du Secrétariat général du gouvernement a pu affirmer, à propos de l'entrée en vigueur immédiate, que « [l]e secrétariat général du Gouvernement veille à ce que l'usage de cette procédure soit réservé au cas de nécessité absolue »⁷⁶³. Or, le Secrétariat général du gouvernement est un organe qui répond au gouvernement⁷⁶⁴. La question qui se pose alors est la suivante : qui décide de l'entrée en vigueur immédiate ?

Cette question peut être reformulée ainsi : sous l'ordre de qui le Secrétariat général du gouvernement prépare-t-il la formule de promulgation qui est apposée sur chaque loi ? Il importe de préciser, dès maintenant, que nous n'avons pas pu trouver une réponse directe à cette question. Celle-ci mérite pourtant de retenir notre attention.

En effet, comme il vient d'être rappelé, c'est le Secrétariat général du Gouvernement – et non les services de la présidence de la République – qui prépare les textes qui sont transmis au Président de la République. Pourrait-on considérer que ce dernier dispose d'un pouvoir hiérarchique sur les services du Secrétariat général du Gouvernement ? Peut-il exiger de recevoir un texte dont la formule de promulgation comporte la « prescription » concernant l'entrée en vigueur immédiate ? Et, s'il formule une telle demande, les services du Secrétariat général du Gouvernement ont-elles une obligation de s'y conformer ? Si le Président de la République ne peut pas

⁷⁶² *Rapport au Président de la République de l'ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004 [...]*, JO du 21 février 2004, p. 3513 (nous soulignons).

⁷⁶³ C. BERGEAL, *Manuel de légistique*, 8^e éd., Berger-Levrault, 2018, n° 210, p. 232.

⁷⁶⁴ Sur ce service, v. *supra*, Première partie, Titre I, Chapitre 2, Section préliminaire, § 1.

adresser une telle demande directement au Secrétariat général du Gouvernement, peut-il l'adresser au Premier ministre ? Dans une telle hypothèse, ce dernier est-il tenu de se conformer à la volonté du Président de la République ? Seule une réponse positive à l'une de ces questions permet d'affirmer, comme le faisait le Ministre de la justice dans le rapport précité, que le Président de la République dispose du « pouvoir de décider l'entrée en vigueur immédiate ». Or, peut-on affirmer, comme le faisait toujours le Ministre de la Justice, qu'un tel pouvoir puisse être « conféré » par un texte de valeur législative ? Car, si la Constitution confère bien au Président de la République la compétence de promulguer les lois, elle subordonne l'exercice de cette compétence au contreseing du Premier ministre et des ministres responsables. Plus encore, l'ordonnance de 2004 attribue à la promulgation une fonction jusqu'alors inédite – celle de « prescrire » l'entrée en vigueur immédiate – qui, à notre connaissance, n'avait pas été envisagée au moment de sa consécration constitutionnelle⁷⁶⁵ ; en revanche, il pourrait être soutenu que cette même fonction relève plutôt d'un pouvoir que la Constitution attribue déjà, et de façon expresse, au Premier ministre, à qui revient le pouvoir d'« assure[r] l'exécution des lois »⁷⁶⁶.

En l'état actuel du droit positif, la doctrine peut éclairer les termes dans lesquels se posent ces questions, mais elle ne peut pas y fournir la réponse, sauf si elle veut se prononcer *de lege ferenda*⁷⁶⁷. Il n'en reste pas moins que, faute de pouvoir répondre par l'affirmative aux questions susmentionnées, on ne saurait affirmer que le « pouvoir de décider l'entrée en vigueur » a été « conféré » au Président de la République : on peut tout au plus affirmer que la décision en question relève d'un pouvoir *partagé* entre le Président de la République et le Gouvernement.

⁷⁶⁵ Rappr. J. MASSOT, « Article 10 », in : F. Luchaire et al. (dir.), *La Constitution de la République française : analyses et commentaires*, 3^e éd., Economica, 2008, p. 388 : « l'article 10 de la Constitution de 1958 [qui consacre la promulgation] n'a soulevé aucune discussion lors de son adoption ».

⁷⁶⁶ Art. 21, al. 1 : « Le Premier ministre [...] assure l'exécution des lois ».

⁷⁶⁷ Pour le moment, et sauf erreur de notre part, la doctrine ne soulève pas ces questions puisqu'elle reprend à son compte, semble-il, le discours officiel des acteurs juridiques, comme le rapport susmentionné du Ministre de Justice. V. par exemple : V. LASSERRE, « Loi et règlement », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2015 (actualisation : janvier 2016), n° 124 : citant le rapport en question, l'auteur affirme, à propos de l'ordonnance de 2004, qu'« elle entend donc conférer au Président de la République le pouvoir de décider de l'entrée en vigueur immédiate de la loi [...] ».

§ 2 – L’urgence

La condition d’urgence – Si tel est le cas, la question suivante se pose : que pourrait-il se produire en cas de désaccord ? De prime abord, la question paraît dénouée d’intérêt pratique : on peut présumer que, face à un « cas d’urgence », comme l’exige l’article 1^{er} du Code civil pour l’entrée en vigueur immédiate, il y aura toujours une entente entre le Gouvernement et le Président de la République. Or, la probabilité qu’une telle question se pose en pratique ne détermine pas nécessairement son intérêt théorique. Par ailleurs, et contrairement aux deux décisions évoquées ci-dessus concernant l’entrée en vigueur immédiate des lois qui prorogent l’état d’urgence, l’expérience a montré que l’entrée en vigueur immédiate peut être décidée pour des raisons plus prosaïques, comme le recouvrement immédiat d’un nouvel impôt, par exemple⁷⁶⁸. Certes, les textes qui régissaient la matière avant la réforme de 2004 – les ordonnances de 1816 et de 1817, et le décret de 1870 – ne subordonnaient à aucune condition particulière la décision du Gouvernement d’« ordonner » l’entrée en vigueur immédiate⁷⁶⁹. Ainsi, le Conseil d’État a pu affirmer, dans son rapport

⁷⁶⁸ J. BARTHÉLEMY, P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Éd. Panthéon-Assas, [1933] 2004, p. 746 : « On imagine volontiers que cette procédure rapide [de l’article 2 du décret du 5 novembre 1870] est employée pour des mesures de sécurité, de salut public ou de défense du régime. En pratique, elle est surtout utilisée pour hâter l’application des lois fiscales et douanières ». Il paraît par ailleurs que le recours à ce procédé était si fréquent en matière fiscale qu’il était devenu banal, et que la question de savoir s’il devait ou non être réservé aux cas d’urgence ne se posait pas. En ce sens : P. TIRLEMONT, note sous Cass. civ., 5 juin 1950, *S.* 1953 I p. 10 : « L’administration, dans son légitime souci de ne rien laisser échapper de la matière imposable, a toujours cherché à donner, aux lois qui ont créé des impôts nouveaux ou majoré le taux des impôts existants, non un effet rétroactif, mais un effet immédiat » ; BOURGEON, rapport sur Cass. crim., 8 novembre 1918, *Adm. des contrib. indir. c. Sarrazin*, *S.* 1920 I p. 377, spéc. p. 381, col. 3 *in fine*, qui affirme que le recours du Gouvernement à l’entrée en vigueur immédiate se faisait « sans provoquer jamais de protestations ni de contradictions, soit de la part du pouvoir législatif, soit de la part des contribuables intéressés, soit de la part de la haute juridiction financière du pays chargée de contrôler la régularité et la légitimité de toutes les recettes et de toutes les dépenses de l’État, soit enfin du pouvoir judiciaire lui-même ». Pour des constatations qui vont dans le même sens, v. : CONSEIL D’ÉTAT – SECTION DU RAPPORT ET DES ÉTUDES, *Publication et entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs*, Rapport annuel, La documentation française, 2001, p. 27 ; J. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 1, Sirey, 1938, n° 70, p. 53 ; V. LASSERRE, « Loi et règlement », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2015 (actualisation : janvier 2016), n° 124 ; E. PIERRE, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire – Supplément*, 4^e éd., 1919, Librairies-imprimeries réunies, 1914, n° 509, pp. 638-639, citant l’exemple de la loi des finances de 1908 qui a été adoptée par la Chambre des députés le 31 décembre 1907 à minuit, elle a été insérée dans un numéro du *Journal officiel* qui était daté, lui aussi, du 31 décembre, et elle est entrée en vigueur dès le 1^{er} janvier 1908, « en vertu des dépêches du ministre des Finances ».

⁷⁶⁹ En revanche, il fallait qu’il s’agisse bien d’une décision qui était à la fois expresse et émanant du gouvernement, et non pas d’un seul ministre, même pour les actes dont ce dernier est le seul auteur. Pour l’exigence d’une décision expresse, v. Cass. com., 5 juin 1950, *S.* 1953 I p. 9, note P. TIRLEMONT : face à une loi qui se déclarait applicable aux faits produits « lors de [sa] publication au *Journal officiel* », la Cour de cassation décide que « de l’expression “publication au *J.O.*”, il n’est pas permis d’inférer que le législateur a entendu donner à cette expression la même signification qu’aux termes “insertion au *J.O.*”, en vue de rendre, par le seul accomplissement de cette dernière formalité,

consacré à la publication et à l'entrée en vigueur avant la réforme de 2004, que « le recours à la solution de l'urgence [...] peut être utilisé par le Gouvernement en toute opportunité »⁷⁷⁰.

En revanche, l'habilitation accordée au pouvoir exécutif par le nouvel article 1^{er} du Code civil – l'habilitation à « prescrire » l'entrée en vigueur immédiate – est censée s'exercer « en cas d'urgence », d'après les termes même de cette disposition⁷⁷¹. La question qui se pose est alors la suivante : peut-on envisager un contrôle portant, précisément, sur le respect de cette condition d'urgence de la part du pouvoir exécutif ?

Le contrôle juridictionnel de l'urgence – Il importe ici de distinguer entre les lois et les décrets.

À notre connaissance, la question ici posée n'a donné lieu à un contentieux que pour ce qui concerne l'entrée en vigueur des décrets. Les solutions retenues dans les cas d'espèce diffèrent selon que le juge statue en application du décret de 1870 ou du nouvel article 1^{er} du Code civil.

Le décret de 1870 ne comportait aucune précision quant aux conditions qui pourraient justifier l'entrée en vigueur immédiate⁷⁷². Ainsi, le Conseil d'État a rejeté comme inopérant le moyen tiré du défaut d'urgence : après avoir rappelé le deuxième alinéa de l'article 2 du décret de 1870, aux termes duquel « le Gouvernement, par une

la loi exécutoire, sans que soit observé le délai de publicité prescrit par le décret [du 5 novembre 1870] ; que dès lors, en l'absence d'une intention suffisamment caractérisée, de sa part, la formule ci-dessus énoncée, employée dans un texte d'ordre fiscal, doit être interprétée littéralement ». Sur l'exigence d'une décision qui émane du gouvernement, et non d'un seul de ses membres, v. CE, 19 juin 1959, *Cazes*, D. 1959 p. 370, conclusions G. BRAIBANT.

⁷⁷⁰ CONSEIL D'ÉTAT – SECTION DU RAPPORT ET DES ÉTUDES, *Publication et entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs*, *op. cit.*, p. 27.

⁷⁷¹ Le Ministre de la justice, dans son rapport précité, précise que « cette faculté de décider l'entrée en vigueur immédiate [...] correspond à une dérogation commandée par l'urgence », *JO* du 21 février 2004, p. 3513. Le Secrétariat général du Gouvernement affirme également que « [l]'usage de cette procédure doit être réservé au cas de nécessité absolue », *Guide de légistique*, *op. cit.*, n° 2.1.8, p. 166.

⁷⁷² En revanche, on a pu soutenir que l'habilitation accordée au roi par l'ordonnance de 1816 à commander l'entrée en vigueur immédiate était censée s'exercer en cas d'urgence car elle se rattachait à l'habilitation constitutionnelle de l'article 13 de la Charte de 1813 qui habilitait le roi à « fai[re] les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution et la sûreté de l'Etat » : A.-M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, 2^e éd., t. 1, Plon, 1881, pp. 39-40.

disposition spéciale, pourra ordonner l'exécution immédiate d'un décret », le juge conclut que « le Gouvernement pouvait légalement prescrire, ainsi qu'il l'a fait par une disposition spéciale [du] décret attaqué, l'exécution immédiate dudit décret et que la circonstance qu'il y ait eu ou non urgence à le faire est sans influence sur la validité de ladite disposition »⁷⁷³.

En revanche, et comme nous l'avons vu, la condition d'urgence est explicitement prévue par le nouvel article 1^{er} du Code civil : « En cas d'urgence, entrent en vigueur dès leur publication les lois dont le décret de promulgation le prescrit et les actes administratifs pour lesquels le Gouvernement l'ordonne par une disposition spéciale ». Saisi alors d'un recours exercé contre un décret qui comportait une telle « disposition spéciale », le Conseil d'État a affirmé que :

« [L]e juge de l'excès de pouvoir exerce un contrôle normal sur l'appréciation conduisant le Gouvernement à prendre, comme le permet l'article 1^{er} du code civil en cas d'urgence, une disposition spéciale permettant l'entrée en vigueur immédiate d'une disposition »⁷⁷⁴.

Citant cet arrêt, un auteur a pu affirmer, à juste titre, que « l'urgence ne peut être une justification arbitraire »⁷⁷⁵. La question qui se pose alors est la suivante : une telle solution est-elle transposable au « décret de promulgation » qui « prescrit », aux termes de l'article 1^{er} du Code civil toujours, l'entrée en vigueur immédiate d'une loi ?

De prime abord, on serait tentés d'affirmer que cette exigence de valeur législative s'impose au pouvoir exécutif non seulement lorsqu'il décide de l'entrée en vigueur immédiate d'un décret, mais aussi lorsqu'il décide de l'entrée en vigueur immédiate

⁷⁷³ CE, 13 janvier 1971, *Geismar*, *Rec.* p. 31. Un arrêt rendu quelques années avant la réforme de 2004 pourrait laisser penser qu'il y a eu un revirement en la matière : saisi de la même question, le Conseil d'État fait remarquer, sans autres précisions, que le décret attaqué prévoit son entrée en vigueur immédiate « vu l'urgence » : CE, 29 juillet 1998, *Meyet*, req. n° 77355. Toutefois, dans son rapport sur la publication et l'entrée en vigueur, le Conseil d'État affirmait, citant en ce sens les deux arrêts en question, que « le recours à la solution de l'urgence, qui supprime tout délai en permettant une application immédiate des textes nouveaux, peut être utilisé par le Gouvernement en toute opportunité », *Publication et entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs*, *op. cit.*, p. 27.

⁷⁷⁴ CE, 15 mai 2012, *Fédération Interco CFDT*, req. n° 339833, 339835. Nous ne reproduisons pas ici un extrait de l'arrêt mais le sommaire de celui-ci dans le *Recueil Lebon*. Les détails de cet arrêt sont sans intérêt pour la question ici étudiée.

⁷⁷⁵ P. DELVOLVÉ, « L'entrée en vigueur des actes administratifs », *RFDA* 2016, p. 50, spéc. n° 19.

d'une loi : c'est en vertu de l'habilitation législative de l'article 1^{er}, et donc dans les limites de celles-ci, que les organes exécutifs chargés de la promulgation sont autorisés à y insérer une « prescription » concernant l'entrée en vigueur immédiate de la loi promulguée. Toutefois, un contrôle de l'exercice de cette compétence se heurterait très probablement à une jurisprudence déjà établie, et étudiée plus haut, qui relègue la promulgation au rang d'actes de gouvernement.

En théorie, cette jurisprudence pourrait évoluer afin de rendre compte des nouvelles données du droit positif. En effet, dans les deux arrêts rendus en la matière, déjà étudiés, le Conseil d'État se déclare incompétent pour apprécier la légalité de la promulgation en retenant deux définitions différentes de celle-ci. Selon la première, « les décrets de promulgation des lois [...] sont des actes relatifs aux rapports du pouvoir exécutif avec le Parlement »⁷⁷⁶. Selon la deuxième définition, la promulgation est un « acte [qui] n'est pas détachable de la procédure législative »⁷⁷⁷. Comme nous l'avons vu, ces définitions s'inscrivent dans un discours pratique, et non théorique : le Conseil d'État ne veut pas nous informer des traits distinctifs et pérennes de l'objet que le terme « promulgation » désigne ; il choisit, dans chaque d'espèce, en fonction des données pertinentes du droit positif, les traits qui lui permettent de trancher la question litigieuse dont il est saisi. Or, les données du droit positif ne sont plus les mêmes depuis la réforme de 2004 et le nouvel article 1^{er} du Code civil. Deux arguments pourraient être avancés en ce sens. D'une part, il pourrait être soutenu que la promulgation, lorsqu'elle comporte une « prescription » concernant l'entrée en vigueur immédiate, cesse d'être un acte qui relève uniquement des « rapports du pouvoir exécutif avec le Parlement »⁷⁷⁸ : la « prescription » qu'elle comporte s'adresse aux mêmes acteurs que la loi elle-même, c'est-à-dire à tous ceux qui, avant d'appliquer la loi nouvelle, doivent déterminer la date de son entrée en

⁷⁷⁶ CE, 3 novembre 1933, *Desreumeaux*, *Rec.* p. 933, *D.*1934.III, p. 36, note A. GROS, *S.* 1934 III, p. 9, note R. ALIBERT, *RDP*, 1934, p. 453 et 649, chronique G. JÈZE.

⁷⁷⁷ CE, 27 octobre 2015, *Fédération démocratique alsacienne*, req. n° 388807, *AJDA*, 2015, p. 2374, com. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODENT, « De l'art de contester une loi par des voies détournées ».

⁷⁷⁸ D'autant plus que le même argument avait été avancé pour critiquer la jurisprudence *Desreumeaux*, c'est-à-dire à une époque où la formule de promulgation ne pouvait pas comporter de disposition relative à la date d'entrée en vigueur de la loi. En ce sens : R. ALIBERT, note sous CE, 3 novembre 1933, *Desreumeaux*, *S.* 1934 III, p. 9 : « La promulgation intéresse les tiers beaucoup plus que les Chambres, et l'on ne voit guère la différence qui la sépare [pour ce qui concerne le contrôle de légalité] des règlements ou des décrets-lois pris en vertu d'une délégation spéciale du Parlement ».

vigueur. Ceci étant, et d'autre part, la promulgation pourrait être comprise, lorsqu'elle comporte la « prescription » en cause, comme un acte qui est effectivement « détachable de la procédure législative » : l'habilitation accordée au pouvoir exécutif – l'habilitation à « prescrire » l'entrée en vigueur immédiate – présuppose que la loi, déjà adoptée par le Parlement, ne détermine pas elle-même son entrée en vigueur.

Pour saisir l'importance de cette condition, imaginons que l'hypothèse suivante se réalise : une loi dispose expressément qu'elle entrera en vigueur dix jours après sa publication ; au moment de sa promulgation, le pouvoir exécutif ignore cette disposition et décide de « prescrire » son entrée en vigueur immédiate⁷⁷⁹.

On peut raisonnablement présumer que, face à un tel problème, le juge décidera d'ignorer la formule de promulgation et d'appliquer la règle formulée en termes explicites par la loi elle-même. Or, décider ainsi reviendrait à vérifier, précisément, que le pouvoir exécutif a respecté une condition dont dépend l'exercice de l'habilitation que lui accorde l'article 1^{er} du Code civil : celle de l'absence d'une disposition expresse et contraire concernant l'entrée en vigueur de la loi. Pourquoi devrait-on admettre que la condition posée en termes explicites par ce même article – l'existence d'un « cas d'urgence » – se soustrait, elle, au contrôle juridictionnel ? Certes, il pourrait être objecté que la première condition peut être vérifiée de façon objective – il suffit de vérifier si la loi comporte ou non une disposition concernant son entrée en vigueur –, tandis que le contrôle de la deuxième condition aboutirait à un contrôle d'opportunité, voire à un contrôle de l'appréciation portée par le pouvoir exécutif sur l'existence ou non d'un « cas d'urgence » qui serait apte à justifier l'entrée en vigueur immédiate. Toutefois, et comme nous l'avons vu, le Conseil d'État s'est déjà reconnu compétent pour exercer un contrôle normal sur cette appréciation lorsque celle-ci porte sur l'entrée en vigueur immédiate d'un décret. On pourrait alors considérer que ce contrôle s'impose aussi, et à plus forte raison, à l'appréciation concernant l'entrée en vigueur immédiate des lois : c'est pour faire

⁷⁷⁹ *Rappr.* l'affirmation du Garde des Sceaux, dans son rapport précité sur l'ordonnance de 2004, selon laquelle l'entrée en vigueur immédiate prévue par cette dernière « ne saurait évidemment permettre de modifier une date d'entrée en vigueur fixée par une disposition expresse de la loi dont il s'agit ».

face à un cas d'urgence, et pour cette raison seulement, que l'article 1^{er} du Code civil habilite le pouvoir exécutif à prendre une décision que le législateur aurait pu prendre lui-même s'il l'avait pressenti son opportunité au moment de l'adoption de la loi.

Il pourrait être soutenu que la majorité parlementaire décide de ne pas déterminer la date de l'entrée en vigueur de la loi qu'elle adopte parce que le pouvoir exécutif l'a au préalable assurée de son intention de « prescrire » l'entrée en vigueur immédiate lors de la promulgation. On présume, mais nous n'avons pas pu le confirmer par une étude exhaustive des débats parlementaires, que ce procédé fut suivi lors de l'adoption des lois n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 et n° 2016-987 du 21 juillet 2016 qui ont prorogé l'état d'urgence déclaré le 14 novembre 2015, et dont l'entrée en vigueur immédiate était prescrite, précisément, dans leur formule de promulgation. D'après ce point de vue alors, la décision de l'entrée en vigueur immédiate n'est qu'un prolongement d'une décision politique prise par le Parlement et, de ce fait, elle ne saurait faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Il pourrait également être soutenu que l'énoncé prescrivant l'entrée en vigueur immédiate a toujours la même valeur normative, qu'il fasse partie du dispositif de la loi ou de sa formule de promulgation : il exprime une règle de valeur législative et, de ce fait, il échappe du contrôle du juge ordinaire.

Ces objections se heurtent à un argument constitutionnel : reconnaître aux énoncés de la formule de promulgation la même valeur qu'aux énoncés du dispositif législatif revient à admettre qu'une disposition de valeur législative – l'article 1^{er} du Code civil – peut modifier la répartition constitutionnelle de compétences entre le Parlement, qui légifère, et les organes du pouvoir exécutif, qui sont chargés, quant à eux, de la promulgation. Il faut alors que la portée reconnue à l'article 1^{er} du Code civil soit conforme à sa valeur législative. Ceci étant, une façon de rendre compte de l'intervention du pouvoir exécutif serait la suivante : lorsqu'il exerce l'habilitation que lui accorde l'article 1^{er}, le pouvoir exécutif ne se met pas sur un pied d'égalité avec le législateur, mais agit dans le cadre des choix que celui-ci lui a laissés disponibles. Ce cadre est déterminé en deux temps. D'une part, le législateur a fait le choix d'adopter une nouvelle loi qui ne détermine pas elle-même son entrée en vigueur. D'autre part, le législateur a fait le choix préalable de consacrer deux règles

de droit commun qui s'appliquent, précisément, lorsqu'une nouvelle loi ne détermine pas elle-même sa date d'entrée en vigueur. La première règle, formulée par le premier alinéa de l'article 1^{er}, s'applique par défaut *stricto sensu*, au sens évoqué plus haut⁷⁸⁰ : elle s'applique à défaut de disposition contraire et, en plus, à défaut de décision de la part du pouvoir exécutif d'appliquer la seconde règle de droit commun. Cette seconde règle, formulée par le deuxième alinéa de l'article 1^{er}, s'applique, elle aussi, à défaut de disposition contraire mais, en plus, après décision expresse du pouvoir exécutif. Or, les conditions qui justifient cette décision sont déterminées par la même disposition qui accorde au pouvoir exécutif cette compétence en premier lieu : il faut qu'il y ait un « cas d'urgence » qui justifie que la loi entre en vigueur non pas le lendemain de sa publication, comme le prévoit la première règle de droit commun, mais « dès sa publication », comme le prévoit la seconde règle.

Il pourrait sans doute y avoir d'autres façons de rendre compte de la compétence que le pouvoir exécutif exerce lorsqu'il insère dans la formule de promulgation une « prescription » concernant l'entrée en vigueur immédiate de la loi. Quelle que soit pourtant l'analyse retenue, elle ne doit pas méconnaître le caractère législatif de la disposition qui accorde cette compétence au pouvoir exécutif, c'est-à-dire du deuxième alinéa de l'article 1^{er} du Code civil : cette disposition ne peut pas accorder au pouvoir exécutif une compétence que la Constitution réserve au pouvoir législatif ; corrélativement, la détermination de l'entrée en vigueur des lois appartient à la compétence exclusive du législateur qui, exerçant cette compétence, consacre deux règles de droit commun en la matière et habilite le pouvoir exécutif à faire un choix entre les deux.

Pour conclure alors avec la présente analyse, nous nous bornerons à remarquer que les conditions auxquelles est soumise l'exercice d'une compétence demeurent contraignantes pour l'organe habilité même lorsqu'elles accordent à ce dernier un pouvoir d'appréciation plus ou moins discrétionnaire, quitte à considérer, pour ce qui nous concerne ici, que l'article 1^{er} du Code civil accorde au pouvoir exécutif la possibilité de « prescrire » l'entrée en vigueur immédiate non pas « en cas

⁷⁸⁰ *Supra*, Section 1, § 1.

d'urgence », mais quand bon lui semble. De ce point de vue, le juge pourrait accepter tout au plus d'exercer un contrôle d'erreur manifeste d'appréciation, décidant, le cas échéant, d'écarter la prescription contenue dans la formule de promulgation et de déterminer la date d'entrée en vigueur de la loi litigieuse en fonction de la règle posée par le premier alinéa de l'article 1^{er} du Code civil.

Il n'en reste pas moins que l'analyse présentée ci-dessus – ainsi que tout autre argument qui pourrait éventuellement être avancé en faveur du contrôle ici envisagé – n'a qu'un intérêt théorique. D'un point de plus pragmatique, nous sommes tentés de penser que, confronté dans le cadre d'un contentieux à la question de la légalité de la décision de l'entrée en vigueur immédiate d'une loi, le juge préférera s'attacher à la théorie de l'acte de gouvernement, qui rend péremptoire tout grief relatif à la promulgation⁷⁸¹.

Le contrôle politique de l'urgence – Reste alors la question du contrôle *politique* : si l'un des deux organes – le Gouvernement ou le Président de la République – s'oppose à l'entrée en vigueur immédiate, considérant que la condition d'urgence prévue par l'article 1^{er} du Code civil n'est pas satisfaite, pourrait-il refuser de signer ou de contresigner la formule de promulgation ? Ici encore, il s'agit d'une question dont la réponse, à notre avis, ne peut pas être fournie par la doctrine. Mais il faut préciser, et pour ce qui concerne l'ensemble de questions susmentionnées, que nous tenons ici compte de l'état actuel de la littérature en la matière. Car en effet, ce que la doctrine pourrait faire – et, à notre connaissance, elle ne l'a pas encore fait – c'est d'étudier la pratique en la matière et la façon dont celle-ci est comprise par les acteurs qui y participent. Une telle étude devrait être à la fois descriptive et conceptuelle. D'une part, il faudrait étudier et présenter tous les aspects de la pratique suivie en la matière, à savoir toutes les différentes opérations accomplies par les

⁷⁸¹ J. MASSOT, « Article 10 », in : F. Luchaire et al. (dir.), *La Constitution de la République française : analyses et commentaires*, 3^e éd., Economica, 2008, pp. 388-401, spéc. p. 394, où l'auteur, membre du Conseil d'État, rappelle la jurisprudence *Desreumeaux* et affirme qu'« il n'y a pas de raison de penser que le juge administratif adopterait aujourd'hui un point de vue différent ». V. dans le même sens la discussion qui a eu lieu devant la Commission de réforme du Code civil. À la question de savoir s'il serait possible de vérifier « si le mode de publication accélérée est légale dans la circonstance », le professeur Niboyet faisait remarquer qu'il s'agit d'un « pouvoir discrétionnaire », et le conseiller d'État Latournerie précisait que « la tendance du Conseil d'État est de restreindre de plus en plus les pouvoirs arbitraires du Gouvernement », *Travaux de la commission de réforme du Code civil*, 1948-1949, Sirey, séance du 20 janvier 1949, p. 170.

acteurs juridiques concernés. D'autre part, il faudrait tenter d'expliquer les raisons qui sous-tendent cette pratique : il s'agirait de savoir si la pratique en la matière est effectivement régie par des règles non écrites ou si elle correspond, au contraire, à une pratique conventionnelle suivie par habitude ou par commodité, sans être soutenue par des considérations normatives, relatives à ce que chaque acteur est autorisé ou obligé à faire, qui pourraient éventuellement fournir une réponse aux questions envisagées ci-dessus.

Quoi qu'il en soit, il s'avère que la réforme de 2004 peut soulever des questions qui n'apparaissent pas à la première lecture du nouvel article 1^{er} du Code civil.

§ 3 – La publicité de la publication officielle

Il en est ainsi même pour le terme clé de l'article 1^{er} du Code civil : celui de « publication ». Comme nous l'avons vu, ce terme désigne le critère retenu par l'article 1^{er} pour déterminer la date de l'entrée en vigueur. Rappelons les deux règles posées par les deux premiers alinéas cet article, et la façon dont le terme « publication » est employé :

Al. 1^{er} : À défaut de prévision contraire, les lois entrent en vigueur « le lendemain de leur publication ».

Al. 2 : « En cas d'urgence, entrent en vigueur dès leur publication les lois dont le décret de promulgation le prescrit ».

Le deuxième et le troisième article de l'ordonnance de 2004, qui n'ont pas été intégrés dans l'article 1^{er} du Code civil, apportent quelques précisions concernant la portée du terme de « publication » :

Article 2 : « Sont publiés au Journal officiel de la République française les lois [...] ».

Article 3 : « La publication des actes mentionnées à l'article 2 est assurée, le même jour, dans des conditions de nature à garantir leur authenticité, sur papier et sous forme électronique. Le Journal officiel de la République française est mis à la dispositions du public sous forme électronique de manière permanente et gratuite ».

De ce qui précède, et compte tenu de la suppression, le 1^{er} janvier 2016, de la version papier du *Journal officiel*, il est permis de penser, de prime abord du moins, que le

terme « publication », au sens de l'article 1^{er} du Code civil, se réfère à l'insertion de la loi dans le *Journal officiel*, et que cette insertion, d'un point de vue matériel, prend la forme, de la mise en ligne du numéro du *Journal* contenant la nouvelle loi. Or, les numéros du *Journal* qui sont mis en lignes sont *datés*.

En théorie, cette date correspond à celle où le *Journal officiel* est effectivement mis en ligne. Mais il n'en reste pas moins que l'on a affaire à deux faits matériellement distincts. En pratique, il est tout à fait possible de mettre en ligne le 1^{er} janvier, par exemple, un numéro du *Journal officiel* qui porte la date du 31 décembre ou du 2 janvier.

Il importe de remarquer que ce cas de figure ne représente pas une hypothèse d'école. Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne a pu juger que « dans l'éventualité où la preuve serait rapportée de ce que la date à laquelle le numéro [du Journal officiel de l'Union européenne] était effectivement disponible ne correspond pas à la date qui figure sur le numéro, il doit [...] être tenu compte de la date de la publication effective »⁷⁸². La Cour constitutionnelle italienne a pu statuer sur le même problème mais elle a retenu la solution inverse : la « date légale » de la publication est celle dont est daté le numéro du Journal officiel [*Gazzetta ufficiale*], et non pas celle de la distribution de ce dernier⁷⁸³.

En plus, et surtout, il semble que la pratique qui consiste à antidater le *Journal officiel* n'a pas été inconnue en France : les membres de la *Commission de réforme du Code civil* y font expressément allusion⁷⁸⁴, et Eugène Pierre reporte les conditions dans lesquelles la loi de finances pour 1908, votée par la Chambre des députés le 31 décembre 1907 à minuit, avait été insérée dans un numéro du *Journal officiel* qui portait la même date⁷⁸⁵.

⁷⁸² CJCE, 25 janvier 1979, *Racke c/ Hauptzollamt Mainz*, aff. 98/78, *Rec.* 69

⁷⁸³ Corte costituzionale, sentenza n° 132/1976, citée par R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione, Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 129.

⁷⁸⁴ *Travaux de la commission de réforme du code civil*, t. 7, année 1948-1949, séance du 20 janvier 1949, p. 165, où le Professeur Houin faisait remarquer que « certains numéros du *Journal officiel* sont postdatés et d'autres sont antidatés. Un *Journal officiel* daté du 1^{er} peut paraître le 4 ou 5 du mois. Quelle date doit-on prendre en considération ? ».

⁷⁸⁵ É. PIERRE, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire – Supplément*, 4^e éd., 1919, Librairies-imprimeries réunies, 1914, n° 509, p. 638-639. En raison du principe de l'annualité de

Il n'en reste pas moins que, avant la consécration de la version électronique du *Journal officiel*, la divergence entre les deux dates – celle dont est daté le *Journal officiel* et celle de la mise à la disposition du public de ce dernier – restait sans intérêt en pratique : la seule coordonnée chronologique à laquelle les acteurs juridiques pouvaient se référer était, tout simplement, la date dont était daté chaque numéro du *Journal officiel*. C'est pour cette raison par ailleurs, nous l'avons vu, que fut consacré la pratique qui consistait à dater le précurseur du *Journal officiel*, à savoir le *Bulletin des lois*⁷⁸⁶. Cette datation visait à fournir aux acteurs juridiques un critère formel et certain pour la détermination de la date d'entrée en vigueur. Or, ce qui rend ce critère formel et certain, c'est la difficulté de le contester faute, précisément, de pouvoir comparer la date indiquée sur le recueil officiel (le *Bulletin* ou le *Journal*) avec celle où ce dernier était imprimé (et, moins encore, avec celle où le recueil avait été mis à la disposition du public)⁷⁸⁷.

De ce point de vue, on pourrait affirmer que le nouvel article 1^{er} du Code civil s'inscrit dans la même logique que les règles antérieures, relatives au *Journal officiel* et au *Bulletin des lois*, et qu'il emploie le terme « publication » pour désigner la publication officielle seulement : à proprement parler, la loi entre en vigueur non pas le lendemain de son insertion au *Journal officiel*, mais le lendemain du jour dont est daté le *Journal officiel* dans lequel elle est insérée. Si cette distinction n'a pas attirée l'attention des auteurs, qui se réfèrent indistinctement à la « date de la publication » ou à la « publication au *Journal officiel* » de la loi, c'est parce que, comme il vient d'être noté, elle ne pouvait pas soulever de problèmes tant que le *Journal officiel* était disponible en version papier seulement, étant donné la difficulté de vérifier la date son impression.

l'impôt, il était impératif que la loi entre en vigueur dès le 1^{er} janvier 1908. Selon l'auteur, cette entrée en vigueur a été assurée « en vertu des dépêches du ministre des Finances ». Il semble alors que le Gouvernement a eu recours soit à l'entrée en vigueur immédiate prévue par les ordonnances royales de 1816 et de 1817, soit à la règle similaire prévue par l'article 2 du décret du 5 novembre 1870.

⁷⁸⁶ *Supra*, Section 1, § 2, C).

⁷⁸⁷ *Rappr. Travaux de la commission de réforme du code civil, op. cit.*, p. 166, où il était remarqué que « le Journal officiel n'a pas d'existence légale. C'est à la préfecture de la Seine qu'on le consulte officiellement [et] pour les autres départements, à la préfecture ou à la sous-préfecture ».

Or, avec la dématérialisation du *Journal officiel*, l'insertion de la loi dans ce recueil devient pour la première fois une opération qui s'accomplit publiquement : l'insertion de la loi dans la version électronique du *Journal officiel* consiste, tout simplement, en la mise en ligne de ce dernier. En d'autres termes, l'insertion de la loi dans le *Journal officiel* constitue désormais, *eo ipso*, une mesure de publicité : pour la première fois⁷⁸⁸, la loi devient accessible à tous dès le moment et par le seul fait de son insertion dans le *Journal*⁷⁸⁹. Faut-il voir dans cette évolution⁷⁹⁰ – l'accessibilité instantanée de la loi – un changement de paradigme, voire une substitution de la publication effective à la publication officielle ? Se poser cette question revient à s'interroger sur le critère retenu par l'article 1^{er} du Code civil pour la détermination de la date d'entrée en vigueur. Faut-il se référer uniquement à la date dont est daté le *Journal officiel* ou à celle où ce *Journal* est effectivement mis en ligne ? Cette question n'est dépourvue ni d'intérêt pratique ni d'intérêt théorique.

Comme on le verra par la suite, cette question est au cœur du problème que soulève l'interprétation du terme « dès la publication », au sens de l'alinéa 2 de l'article 1^{er} du Code civil.

Il suffit de noter ici que la question peut se poser également au cas où la mise en ligne du *Journal officiel* serait techniquement impossible, pour une période plus ou moins longue. Ici encore, il ne s'agit pas d'une hypothèse d'école. Ainsi, le droit de l'Union européenne prévoit expressément que, dans un tel cas, « seule l'édition imprimée du

⁷⁸⁸ *Comp.*, la remarque que faisait Portalis, lors de l'élaboration de l'article 1^{er} du Code civil : « Dans une vaste République, la connaissance d'une loi ne peut se manifester dans le même instant » (P-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1 et 6, Libraire Videcoq, 1836, Séance du 23 frimaire an X (14 décembre 1801), p. 261)

⁷⁸⁹ Il est en ce sens inexact d'affirmer que la réforme de 2004 « reconcili[e], deux siècles plus tard, le système législatif avec les vues de Portalis » en ce qu'elle « estime totalement fictive l'hypothèse d'une connaissance acquise par la lecture du *JO*, et ces délais sont inutiles », P. DEUMIER, *Introduction au droit*, 3^e éd., LGDJ, 2015, n° 259, p. 217. En effet, le système établi par l'ordonnance de 2004, qui était sans doute inimaginable pour les hommes de l'époque de Portalis, rend beaucoup moins « fictive » la « connaissance acquise » ou, plus précisément, la possibilité d'avoir une « connaissance acquise » : il suffit une connexion internet pour que n'importe quelle personne intéressée, qu'elle réside ou non en France, puisse prendre connaissance de toute nouvelle loi, dès le premier instant de sa publication.

⁷⁹⁰ Qui n'a pas attiré par ailleurs l'attention de la doctrine. V. par ex. G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, *op. cit.*, n° 276, p. 205 : « [L]a règle posée par l'article 1^{er}, alinéa 2 de l'ordonnance de 2004 n'a pour but de reporter l'entrée en vigueur de la loi nouvelle mais à l'inverse de l'appliquer dans les plus brefs délais possibles. Le délai est simplement lié aux contraintes de diffusion de la loi nouvelle, et il serait parfaitement concevable de s'en dispenser dans un système de diffusion instantanée de l'information ». Or, c'est précisément cette « diffusion instantanée » qui est désormais possible grâce à la version électronique du *Journal officiel*.

Journal officiel fait foi et produit des effets juridique »⁷⁹¹. À notre connaissance, le droit positif français ne consacre pas une règle similaire. On pourrait pourtant présumer que, malgré la suppression de la version papier du *Journal officiel*, ce dernier est encore imprimé, en petit nombre d'exemplaires, pour les besoins de la conservation des lois⁷⁹².

Dans ces cas, il pourrait être admis que l'éventuelle indisponibilité de la version électronique, et donc le défaut d'accessibilité immédiate de la loi, serait sans conséquence pour l'entrée en vigueur : celle-ci serait toujours déterminée en fonction de la date indiquée sur le *Journal officiel*, dont seule la version papier serait disponible⁷⁹³. Or, admettre cette solution revient à admettre que le critère retenu par l'article 1^{er} est la publication légale, et non la publication effective : les deux critères coïncident lorsque le *Journal officiel* est mis en ligne, mais leur distinction réapparaît lorsque cette publication électronique devient indisponible.

Ici encore, on a affaire à une question dont la réponse, à notre avis, ne peut pas être fournie par la doctrine. Ce qu'il faut retenir pourtant de cette question, c'est le besoin de distinguer entre la publication officielle et la publication effective. Plus précisément, il faut rendre compte des implications de cette distinction : si l'on considère que le seul critère pertinent pour déterminer la date d'entrée en vigueur est la date dont est daté le *Journal officiel*, il faut également admettre que la finalité des règles d'entrée en vigueur n'est pas de rendre la loi accessible, mais de fixer un critère purement formel, et donc certain, pour la détermination de leur date d'entrée en vigueur. Il faudrait admettre, en d'autres termes, que la publication effective de la loi n'est prise en compte par le législateur que dans la mesure où elle ne compromet pas le rôle assignée à la publication officielle, c'est-à-dire la possibilité de déterminer la date d'entrée en vigueur en fonction d'un critère qui, grâce à son caractère

⁷⁹¹ Règlement n° 216/2013 du Conseil, 7 mars 2013, art. 3, §2 : « Lorsqu'il est nécessaire de publier le *Journal officiel* quand le système informatique de l'Office des publications n'est pas opérationnel en raison d'une interruption [imprévue et exceptionnelle] telle que visée au paragraphe 1, seule l'édition imprimée du *Journal officiel* fait foi et produit des effets juridiques ».

⁷⁹² Il semble que cette pratique est suivie actuellement en Espagne, afin de faire face à une éventuelle indisponibilité de la version électronique du Journal officiel : P. SABLIERE, « Nul n'est-il censé ignorer internet ? », *AJDA* 2010, p. 127.

⁷⁹³ Il convient de rappeler que l'article 3 de l'ordonnance de 2004 attribuait la même valeur légale à la version papier et à la version électronique du *Journal officiel*.

purement formel, n'implique aucun jugement évaluatif, relatif à la publication effective de la loi, de la part des acteurs juridiques.

Certes, on pourrait admettre, comme le suggère la doctrine qui reprend pour l'essentiel à son compte le discours officiel des acteurs juridiques, que l'objectif principal de l'article 1^{er} du Code civil est d'assurer l'accessibilité de la loi. Dans ce cas, il faudrait également admettre que la date d'entrée en vigueur des lois doit être déterminée en fonction de celle où le *Journal officiel* qui les contient est effectivement mis en ligne. Or, dans ce cas, une autre série de problèmes se pose : comment peut-on vérifier la date de cette mise en ligne ?

§ 4 – Date et heure de la publication officielle

La date et l'heure de la mise en ligne – En effet, la consécration de la version électronique du *Journal officiel* laisse deux questions en suspens : comment peut-on vérifier la date et/ou l'heure de la publication faite désormais par voie électronique ? ; si l'on ne peut pas vérifier l'heure de cette publication, comment peut-on appliquer l'alinéa 2 de l'article 1^{er} du Code civil qui dispose que les lois, en cas d'urgence, peuvent entrer en vigueur « dès leur publication » ?

À notre connaissance, ces questions n'ont pas attiré l'attention de la doctrine et n'ont pas encore donné lieu à un contentieux⁷⁹⁴. Plus encore, et sauf erreur de notre part, il s'agit de questions dont on ne peut pas trouver une réponse directe dans les textes qui régissent la matière⁷⁹⁵. Notre objectif, ici encore, sera moins de fournir une réponse

⁷⁹⁴ Comme on le verra (*infra*, § 5), le Conseil d'État aurait pu se prononcer sur la deuxième question mais il ne l'a pas fait. Quant à la doctrine, la seule étude, à notre connaissance, à avoir identifié le problème que les deux questions soulèvent est celle de H. MOYSAN, « Entrée en vigueur de la loi : le jour même ou le lendemain de la publication ? », *JCP*, éd. Administrations et collectivités territoriales, 22 avril 2013, 2116, spéc. n° 6 et note 16.

⁷⁹⁵ Nous avons consulté les textes suivants (cités par ordre chronologique) : arrêté du 13 mars 1985 modifié *portant dispositions relatives à la création du Journal officiel électronique "J.O.E.L." (édition Lois et décrets) et à sa commercialisation par la direction de l'information légale et administrative* ; arrêté du 13 janvier 1986 qui définit le service « J.O.E.L. Associations et sa commercialisation par la Direction des Journaux officiels (pas trouvé) » ; décret n° 2002-1064 du 7 août 2002 modifié *relatif au service public de la diffusion du droit par internet* ; loi organique n° 2015-1712 et la loi n° 2015-1713 du 22 décembre *portant dématérialisation du Journal officiel de la République française* ; décret n° 2015-1717 du 22 décembre *relatif à la dématérialisation du Journal officiel de la République française* ; arrêté du 22 décembre 2015 *modifiant l'arrêté du 9 octobre 2002 relatif au site internet de Legifrance*.

que de préciser les questions elles-mêmes, voire les problèmes, à la fois pratiques et théoriques, que ces questions soulèvent.

À commencer par la date de la mise en ligne du *Journal officiel*, il importe de rappeler deux choses. En premier lieu, chaque numéro du *Journal officiel* est daté. En deuxième lieu, cette date est censée correspondre à celle où le numéro respectif du *Journal officiel* est effectivement mis en ligne. En théorie alors, les deux dates – celle indiquée sur le *Journal officiel* et celle où ce dernier est mis en ligne – sont toujours les mêmes. En pratique pourtant, et sauf erreur de notre part, il n’y a pas de moyen qui permette de vérifier cette correspondance une fois le *Journal officiel* mis en ligne. En d’autres termes, il n’y a pas de moyen pour savoir si chaque loi était effectivement accessible, grâce à sa publication électronique, dès le jour dont est daté le *Journal* qui la contient.

Certes, le *Journal officiel* propose un abonnement gratuit qui permet à toute personne intéressée de recevoir par courriel électronique le sommaire de chaque nouveau numéro. Ce courriel comprend un lien électronique au site *Legifrance* où les internautes peuvent consulter le numéro correspondant du *Journal officiel*. Notre expérience en tant qu’abonné montre que les nouveaux numéros sont effectivement mis en ligne au cours de la journée dont ils sont datés. En plus, et d’après notre expérience personnelle toujours, on pourrait comparer ces courriels à une notification à temps réel : les courriels arrivent toujours au début de la journée – le plus souvent, mais pas toujours, entre une et trois heures du matin –, ce qui laisse penser que la mise en ligne du *Journal* s’effectue au même moment. Toutefois, et sauf erreur de notre part, les textes réglementaires relatifs au *Journal officiel* ne font aucune mention à ces courriels et, à plus forte raison, ne leur accordent aucune valeur légale.

Il pourrait être objecté que ce problème de preuve est scolastique et qu’il suffit de faire confiance à la diligence des services du *Journal officiel*. Comme nous l’avons vu pourtant, la pratique qui consiste à antidater le *Journal officiel* n’était pas inconnue avant la création de la version électronique de ce dernier. Admettons pourtant que cette pratique n’existe plus. Dans ce cas, le problème persiste toujours si l’on cherche à déterminer non pas la date mais l’heure de la mise en ligne.

Plus précisément, et en deuxième lieu, l'heure exacte de la mise en ligne est indifférente lorsque les lois entrent en vigueur « le lendemain de leur publication », conformément au premier alinéa du nouvel article 1^{er} du Code civil⁷⁹⁶. Dans ce cas, il est admis que la loi entre en vigueur non pas vingt-quatre après sa publication, mais dès le début, à zéro heure, du jour qui suit celui de sa publication⁷⁹⁷. En revanche, et comme nous l'avons vu, le deuxième alinéa de l'article 1^{er} dispose que : « En cas d'urgence, entrent en vigueur *dès leur publication* les lois dont le décret de promulgation le prescrit ». Or, l'expression « dès leur publication » peut être interprétée de deux façons : (α) les lois entrent en vigueur à compter du *jour* de leur publication ou, en d'autres termes, dès le jour de leur mise en ligne ; (β) les lois entrent en vigueur à compter du *moment* de leur publication ou, en d'autres termes, dès le moment de leur mise en ligne.

La formule de promulgation qui « prescrit » l'entrée en vigueur immédiate, conformément à la disposition susmentionnée, ne permet pas de trancher entre les deux interprétations : d'après la pratique suivie jusqu'alors, cette « prescription » est réductible à l'énoncé : « La présente loi entrera en vigueur immédiatement ». Ceci étant, et pour mieux saisir les différences entre les deux interprétations, il importe de rappeler deux choses. Premièrement, et sauf erreur de notre part, le seul indice concernant l'heure exacte de la mise en ligne du *Journal* ne dispose pas de valeur légale : il s'agit, tout simplement, du courriel électronique que le *Journal officiel* envoie à ses abonnés. Si l'on s'appuie pourtant sur cet indice, et en deuxième lieu, on pourrait présumer que les différents numéros du *Journal* sont mis en ligne au cours de la journée dont ils sont datés – fut-ce très tôt – en non pas à zéro heure.

Ceci étant, et d'après la première interprétation, la loi entre en vigueur dès le début, à zéro heure, du jour au cours duquel elle est publiée. Si l'on retient alors cette interprétation – et si l'on présume que le *Journal* est mis en ligne au cours de la journée, fut-ce très tôt, en non pas à zéro heure – il faut admettre que la loi rétroagit ou, plus précisément, qu'elle entre en vigueur avant d'être publiée. Au contraire, et

⁷⁹⁶ On suppose ici, conformément à l'objection évoquée ci-dessus, que chaque numéro du *Journal officiel* est effectivement mis en ligne au cours de la journée dont il est daté.

⁷⁹⁷ Ainsi, une loi publiée le 1^{er} janvier, à n'importe quelle heure, entre en vigueur le 2 janvier à zéro heure.

d'après la seconde interprétation, la loi entre en vigueur *à compter* du moment où elle est publiée, c'est-à-dire à compter du moment où le *Journal officiel* qui la contient est effectivement mis en ligne. Toutefois, et comme il vient d'être signalé, il n'y a pas de moyen de preuve concernant l'heure exacte de cette mise en ligne, si ce n'est pour le courriel que le *Journal officiel* envoie à ses abonnés.

De ce fait, il y a une asymétrie entre les arguments qui pèsent pour ou contre chaque interprétation. De prime abord, la première interprétation paraît facile à appliquer mais difficile à justifier : pour l'appliquer, il suffit de considérer que la loi entre en vigueur dès le début, à zéro heure, du jour dont est daté le numéro du *Journal* qui la contient ; cette interprétation est difficile à justifier si l'on considère que les lois ne sauraient entrer en vigueur avant d'être publiées. Au contraire, la seconde interprétation est conforme à cette exigence mais s'avère impossible à appliquer faute de moyen de preuve adéquat. De ce fait, c'est la première interprétation qui s'avère facile à justifier puisqu'elle s'impose par la force des choses, faute d'autre solution : il suffit de montrer qu'il n'y a pas de moyen qui permet de déterminer l'heure de la publication, c'est-à-dire l'heure où le *Journal officiel* est effectivement mis en ligne.

Il pourrait être objecté que, en pratique, c'est la seconde interprétation seulement qui peut recevoir application : comme il est pratiquement impossible d'appliquer une loi dont on ignore le contenu, il faut en tout cas attendre sa publication pour commencer à l'appliquer « immédiatement »⁷⁹⁸. Par ailleurs, c'est la formule de promulgation elle-même, contenant la « prescription » de l'entrée en vigueur immédiate, qui ne peut pas être connue avant publication. Selon cette objection alors, l'impossibilité de vérifier l'heure de la publication est contrebalancée par l'impossibilité d'appliquer la loi avant sa publication, c'est-à-dire avant la mise en ligne du *Journal officiel*.

⁷⁹⁸ G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français, op. cit.*, n° 275, p. 203-204 : « Le rendre applicable [un texte] à la date de son édicton consiste à poser une fiction selon laquelle ses destinataires ont été en mesure de l'appliquer avant même d'avoir été informés de son existence : [...] c'est seulement grâce à sa publication que la loi nouvelle devient obligatoire, et qu'elle a d'ailleurs la possibilité matérielle de le devenir. En effet, les destinataires de la loi ne peuvent se conformer à un texte dont ils n'auraient pas connaissance. Il est en revanche concevable de faire abstraction du temps nécessaire à la diffusion de la loi pour la rendre observable à l'instant même de sa publication. Voilà même, pourrait-on penser, l'observabilité immédiate sous sa forme la plus pure ».

Cette objection méconnaît deux données. Premièrement, et de manière générale, c'est d'une façon rétrospective que les acteurs juridiques, et notamment les juges, sont appelés à déterminer la date ou le moment de l'entrée en vigueur des lois qu'ils appliquent. Par exemple, un juge pourrait être saisi de la question suivante : une loi qui, d'après sa formule de promulgation, est entrée en vigueur « immédiatement », ou « dès sa publication », doit-elle s'appliquer à un fait qui s'est produit au cours du jour de sa publication mais à une heure très matinale ? Deuxièmement, et compte tenu des moyens actuels de communication, le défaut de publication d'un acte juridique n'empêche pas nécessairement sa diffusion auprès des autorités publiques : l'auteur de l'acte peut communiquer celui-ci aux services qui sont chargés de son application avant qu'il ne soit mis en ligne.

Tel est notamment le cas pour les décrets, dont la procédure d'édiction est beaucoup plus simple et rapide que celle suivie pour les lois, et dont l'entrée en vigueur est également régie par l'article 1^{er} du Code civil. Soit par exemple un décret pris en conseil des ministres. En cas d'urgence, et d'après le deuxième alinéa de l'article 1^{er} du Code civil, un tel décret peut entrer en vigueur « dès sa publication » si « le Gouvernement l'ordonne par une disposition spéciale ». Or, rien n'empêche que le Gouvernement, qui est aussi l'auteur du décret, envoie celui-ci aux services qui sont chargés de son application avant que ce même texte ne soit publié, voire avant que le *Journal officiel* ne soit mis en ligne. Il n'y a pas alors d'obstacle pratique à ce que l'administration commence à appliquer un décret qui n'a pas encore fait l'objet d'une publication. La question qui se pose donc est celle de la légalité d'une telle application. À notre connaissance, le droit positif ne comporte aucun élément de réponse : faute de moyen de preuve en la matière, on ne peut pas savoir si un texte donné était effectivement publié lorsqu'il a commencé à recevoir application par l'administration. Par conséquent, et pour ce qui concerne l'entrée en vigueur en cas d'urgence toujours, seule la seconde interprétation susmentionnée peut être retenue : on ne peut pas affirmer que les lois et les décrets entrent en vigueur dès le moment de leur publication parce qu'on ne peut pas déterminer ce moment ; faute d'autre solution, il faut nécessairement admettre que les lois et les décrets entrent en vigueur

dès le début, à zéro heure, de la journée au cours de laquelle ils sont publiés ou, ce qui revient au même, de la journée dont est daté le *Journal officiel* où ils sont insérés.

Cette conclusion brise une certitude professée à l'unanimité par la doctrine : l'idée que le droit positif français érige la publication préalable en une condition nécessaire de l'entrée en vigueur. Cette idée, sur laquelle on reviendra⁷⁹⁹, est aussi présente dans le discours officiel des acteurs juridiques, dont le Conseil d'État⁸⁰⁰. Cela explique peut-être le refus de la Haute juridiction administrative de se prononcer en termes précis et explicites sur l'interprétation du deuxième alinéa de l'article 1^{er} du Code civil.

§ 5 – L'entrée en vigueur immédiate : l'exemple des décrets qui déclarent l'état d'urgence

Rappelons les termes de cette disposition et le problème interprétatif qu'ils soulèvent :

Article 1^{er}, al. 2 : « En cas d'urgence, entrent en vigueur *dès leur publication* les lois dont le décret de promulgation le prescrit et les actes administratifs pour lesquels le Gouvernement l'ordonne par une disposition spéciale ».

L'expression « dès la publication » peut être interprétée de deux façons. Selon la première interprétation, les lois et les décrets entrent en vigueur dès le *moment* de leur publication ou, ce qui revient au même, à compter de la mise en ligne du *Journal officiel* qui les contient. Selon la seconde interprétation, les lois et les décrets entrent en vigueur dès le *jour* de leur publication ou, ce qui revient au même, dès le début, à zéro heure, du jour dont est daté le *Journal officiel* qui les contient. La première interprétation présuppose la possibilité de déterminer l'heure de la publication, à

⁷⁹⁹ *Infra*, Chapitre 2.

⁸⁰⁰ CONSEIL D'ÉTAT – SECTION DU RAPPORT ET DES ÉTUDES, *Publication et entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs*, *op. cit.*, p. 11 : « Le régime de publicité des lois et actes administratifs conditionne toujours leur entrée en vigueur mais ne détermine pas nécessairement la date de cette entrée en vigueur » ; p. 18 : « Reste incontestablement pertinente l'idée qu'une loi ne peut entrer en vigueur avant d'avoir fait l'objet d'une publication officielle que le Gouvernement a l'obligation d'assurer dans des conditions telles que chacun soit mis à même de lire le texte authentique de la loi dès qu'il devient obligatoire pour tous ».

savoir l'heure où le *Journal officiel* est mis en ligne. À défaut d'un tel moyen de preuve, la seconde interprétation s'impose par la force de choses.

Cette seconde interprétation entraîne deux conséquences. D'une part, l'entrée en vigueur immédiate, prévue par l'article 1^{er} du Code civil, ne dépend pas de la publication préalable (sauf à considérer, sans pouvoir le prouver, que le *Journal officiel* est effectivement mis en ligne à zéro heure). D'autre part, et corrélativement, l'administration peut procéder à l'application d'un texte, législatif ou réglementaire, sans avoir à attendre sa publication, c'est-à-dire la mise en ligne du *Journal officiel*. En d'autres termes, l'administration peut appliquer un texte avant que celui-ci ne devienne accessible aux citoyens.

Malgré ces conséquences, l'adoption de la seconde interprétation est facile à justifier : il suffit de montrer qu'il n'y a pas de moyen pour déterminer l'heure de la publication. Toutefois, le Conseil d'État a adopté cette même interprétation sans la formuler explicitement et, moins encore, sans offrir une motivation adéquate : quitte à avouer, pour ainsi dire, que l'entrée en vigueur immédiate ne dépend pas de la publication préalable, il s'est contenté d'affirmer, par un raisonnement circulaire, que le terme « dès la publication », au sens de l'article 1^{er} du Code civil, veut dire « immédiatement », et vice versa.

Plus précisément, le Conseil d'État aurait pu se prononcer sur le problème interprétatif susmentionné dans le cadre du contentieux provoqué par deux décrets, adoptés en novembre 2005, dont le premier déclarait l'état d'urgence et le deuxième précisait les mesures dérogatoires au droit commun que les autorités publiques étaient autorisées à prendre pendant la durée de l'état d'urgence qui venait d'être déclaré⁸⁰¹. Les deux décrets, signés le 8 novembre, ont été insérés dans le *Journal officiel* du 9 novembre. Tous les deux invoquaient, dans leurs visas, l'article 1^{er} du Code civil et « l'urgence ». Le premier décret déclarait l'état d'urgence « à compter du 9 novembre 2005, à zéro heure ». Il disposait aussi qu'il « sera publié au Journal officiel de la

⁸⁰¹ La portée exacte du deuxième décret et son lien avec le premier décret relève d'une complexité qui ne peut pas être exposée ici. Pour une explication détaillée, v. O. BEAUD, C. GUÉRIN-BARGUES, *L'État d'urgence : une étude constitutionnelle, historique et critique, Jus Politicum*, Février-Mars, 2016, p. 24 s.

République française et entrera *immédiatement* en vigueur ». Le second décret disposait, quant à lui, qu'il « entrera en vigueur à compter du 9 novembre 2005, à zéro heure ».

La rédaction des décrets ne laisse pas de doute quant à l'interprétation adoptée par le Gouvernement : l'expression « dès la publication », au sens du deuxième alinéa de l'article 1^{er} du code civil, ne signifie pas « dès le moment » mais « dès le jour de la publication ». En cas d'urgence alors, et d'après cette interprétation, les lois et les décrets entrent en vigueur dès le début, à zéro heure, du jour dont est daté le numéro du *Journal officiel* où ils sont insérés. Le Conseil d'État valida cette interprétation sans pour autant offrir une motivation adéquate.

Plus précisément, les deux décrets ont fait l'objet d'une demande de suspension et d'un recours pour excès de pouvoir⁸⁰². La demande de suspension s'appuyait, entre autres, sur le moyen suivant : « les décrets sont entachés de rétroactivité illégale car ils prévoient une entrée en vigueur le 9 novembre à zéro heure, alors qu'ils ont été publiés au Journal officiel du même jour à une heure qui n'est pas aussi matinale »⁸⁰³. Le Conseil d'État reformule ce moyen aux termes suivants : le requérant « demande la suspension des décrets en tant qu'ils prennent effet le 9 novembre à zéro heure et non à compter de la diffusion du Journal officiel daté du 9 novembre où ils ont été publiés ». En s'exprimant ainsi, le Conseil d'État reconnaît, fût-ce implicitement, que la « publication » au sens de l'article 1^{er} du Code civil correspond, tout simplement, à la date dont est daté le numéro du *Journal officiel*, et non pas à la « diffusion » de ce dernier, c'est-à-dire à sa mise en ligne. Faute pourtant de confirmer explicitement cette interprétation, le Conseil d'État contourne plutôt qu'il ne tranche la question litigieuse.

Plus précisément, le requérant soutient que la « publication au *Journal officiel* » a eu lieu à une heure qui, comparée à celle de l'entrée en vigueur, à zéro heure, « n'est pas

⁸⁰² Ayant donné lieu, respectivement, aux arrêts JRCE 14 novembre 2005, *Rolin*, n° 286835, *AJDA* 2005, p. 2148, et CE Ass. 24 mars 2006, *Rolin*, n° 286834, *AJDA* 2006, p. 1033, chronique C. LANDAIS, F. LENICA, *JCP G* 2006 I, 150, chronique B. PLESSIX

⁸⁰³ Dans son mémoire en défense, le ministre d'État a soutenu que « les dispositions régissant l'entrée en vigueur immédiate des actes administratifs ont toujours été interprétées comme signifiant que l'acte qui en fait l'objet entre en vigueur le jour de sa publication au *Journal officiel* ».

aussi matinale ». Selon le requérant alors, l'expression « publication au *Journal officiel* », au sens de l'article 1^{er} du Code civil, se réfère à la mise en ligne du *Journal officiel* du 9 novembre 2005 : les décrets font grief en ce que leur entrée en vigueur, à zéro heure, précède l'heure où le *Journal officiel* a été effectivement mis en ligne. Nous ne pouvons pas savoir si le requérant avait invoqué des éléments de preuve concrets pour étayer ce grief. Il n'en reste pas moins que ce grief, ainsi compris, aurait permis au Conseil d'État de se prononcer explicitement non seulement sur la portée des termes « publication » et « dès la publication », au sens de l'article 1^{er} du Code civil, mais aussi les question suivante : est-il possible, en l'état actuel du droit positif, de déterminer l'heure de la publication, à savoir l'heure de la mise en ligne du *Journal officiel* ?

Le Conseil d'État rejette le moyen tiré de la rétroactivité des décrets dans les termes suivants : « compte tenu des dispositions de l'article 1^{er} du code civil, le moyen invoqué ne paraît pas propre à créer un doute sérieux quant à la légalité des décrets sur ce point ». Le juge contourne alors les deux questions que soulevait le moyen tiré de la rétroactivité des décrets attaqués : d'une part, il ne détermine pas si la publication des décrets attaqués a eu lieu après zéro heure, comme le soutenait le requérant ; d'autre part, et à plus forte raison, il ne précise pas s'il est en premier lieu possible de déterminer l'heure de la publication des décrets, c'est-à-dire l'heure où le *Journal officiel* est effectivement mis en ligne.

Le Conseil d'État contournera de nouveau ces questions lors de l'examen du recours pour excès de pouvoir dont les deux décrets ont aussi fait l'objet. Après avoir jugé que la légalité du premier décret ne pouvait plus être contestée après la prorogation de l'état d'urgence par une loi, le Conseil d'État écarte le moyen tiré de la rétroactivité du second décret. Il importe de citer *in extenso* les considérants pertinents de l'arrêt :

« Considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article premier du code civil : “ En cas d'urgence, entrent en vigueur dès leur publication [...] les actes administratifs pour lesquels le Gouvernement l'ordonne par une disposition spéciale ».

« Considérant que le décret n° 2005-1386 du 8 novembre 2005 [qui déclare l'état d'urgence], après avoir visé la disposition précitée du Code civil, a déclaré l'état d'urgence "à compter du 9 novembre 2005, à zéro heure" ; que l'article 3 de ce même décret prévoit en outre qu'il "sera publié au Journal officiel et entrera en vigueur immédiatement" ; que le décret n° 2005-1387 du même jour [le deuxième décret] énonce qu'il entrera en vigueur dans les mêmes conditions »

« Considérant qu'en égard à sa formulation, le décret attaqué [le décret n° 2005-1387] est entré en vigueur dès sa publication, conformément aux dispositions précitées de l'article premier du Code civil, et ne comporte aucune disposition autorisant son entrée en vigueur de façon rétroactive ».

Ainsi motivé, l'arrêt soulève trois problèmes.

En premier lieu, l'arrêt conclut que le décret attaqué « ne comporte aucune disposition autorisant son entrée en vigueur de façon rétroactive ». Toutefois, les dispositions citées par l'arrêt, dans les considérants reproduits ci-dessus, ne sont pas celles du décret « attaqué », qui est le second décret (n° 2005-1387), mais celles du premier décret (n° 2005-1386) dont la légalité ne peut plus être contestée. Certes, les deux décrets sont entrés en vigueur « dans les mêmes conditions », comme l'affirme l'arrêt : ils ont été insérés au *Journal officiel* du 9 novembre 2005, et ils sont entrés en vigueur le même jour à zéro heure. Toutefois, leurs dispositions respectives étaient formulées dans des termes différents : le second décret, par opposition au premier, ne disposait pas qu'il entrera en vigueur « immédiatement » ; il disposait de façon expresse qu'il « entrera en vigueur à compter du 9 novembre 2005, à zéro heure ». Faute de citer alors cette disposition, la motivation de l'arrêt laisse penser que ce second décret disposait, lui aussi, qu'il entrera en vigueur « immédiatement ».

Ceci étant, et en deuxième lieu, l'arrêt affirme que le décret attaqué n'est pas entré en vigueur « de façon rétroactive » parce qu'il est entré en vigueur conformément au deuxième alinéa de l'article 1^{er} du Code civil. Or, et comme nous l'avons vu, la question que cette disposition soulève est de savoir, précisément, si elle implique ou non une entrée en vigueur rétroactive, c'est-à-dire une entrée en vigueur qui précède la publication.

Faute de creuser cette question, et en troisième lieu, la motivation de l'arrêt devient circulaire : le décret attaqué est dépourvu d'effet rétroactif parce qu'il est entré en vigueur conformément au deuxième alinéa de l'article 1^{er} du Code civil, c'est-à-dire « dès sa publication » ; il est entrée en vigueur conformément à cette disposition parce qu'il est entré en vigueur « immédiatement ». En d'autres termes, « immédiatement » veut dire « dès la publication », et vice versa. Pour sortir de cette circularité, il faut préciser en quoi consiste la « publication », au sens de l'article 1^{er} du Code civil et, corrélativement, il faut situer la réalisation de celle-ci dans le temps.

Telle est précisément la question que le Conseil d'État contourne de nouveau dans ce cas d'espèce, ce qui explique peut-être pourquoi il s'abstient de citer la disposition dont il est censé apprécier la légalité, à savoir la disposition relative à l'entrée en vigueur du décret attaqué. Rappelons la conclusion de l'arrêt : « le décret attaqué est entré en vigueur dès sa publication, conformément aux dispositions précitées [du deuxième alinéa] de l'article premier du Code civil, et ne comporte aucune disposition autorisant son entrée en vigueur de façon rétroactive ». Or, l'arrêt omet de citer la disposition pertinente du décret attaqué : « Ce décret entrera en vigueur à compter du 9 novembre 2005, à zéro heure ». Peut-on affirmer, après avoir pris en compte cette disposition, que le décret attaqué « ne comporte aucune disposition autorisant son entrée en vigueur de façon rétroactive » ? Le seul argument qui pourrait justifier cette conclusion est le suivant : il faut prouver que la publication du décret a effectivement eu lieu le 9 novembre à zéro heure. Cela présuppose pourtant qu'il soit en premier lieu possible, en l'état actuel du droit positif, de déterminer l'heure de la publication d'un décret, à savoir l'heure où le *Journal officiel* est effectivement mis en ligne. Il s'avère alors que le Conseil d'État contourne de nouveau les deux questions qu'il n'avait pas examinées lors de l'examen du référé-suspension : celle qui consiste à déterminer l'heure de la publication du décret attaqué ; celle qui consiste à préciser s'il est en premier lieu possible de déterminer l'heure de la publication d'un décret.

En contournant ces questions, le juge tente de résoudre la quadrature du cercle : il affirme que le décret attaqué n'est pas entré en vigueur de « façon rétroactive » mais, en même temps, il ne creuse pas la seule question qui pourrait justifier cette

conclusion, c'est-à-dire qu'il ne précise pas si la publication du décret a effectivement eu lieu au moment de son entrée en vigueur, à zéro heure. L'arrêt rendu en l'espèce s'avère alors arbitraire puisque sa motivation ne comporte aucun élément qui serait vérifiable ou réfutable : il est jugé que le décret attaqué n'est pas entré en vigueur « de façon rétroactive » parce qu'il est entré en vigueur « dès sa publication » ; or, il s'avère impossible d'apprécier la pertinence de cette conclusion parce que, tout simplement, il s'avère impossible de déterminer l'heure où s'est réalisée cette « publication ».

Il y a deux solutions seulement pour remédier à ce problème de motivation.

La première, déjà évoquée, serait de montrer que le moyen tiré de la rétroactivité du décret manque en fait. Il s'agirait de montrer que la publication du décret n'a pas eu lieu après son entrée en vigueur, ce qui revient à montrer que le *Journal officiel* du 9 novembre 2005 était effectivement mis en ligne à zéro heure.

La seconde solution serait d'affirmer que le moyen tiré de la rétroactivité est inopérant dès lors que l'entrée en vigueur est conforme au deuxième alinéa de l'article 1^{er} du Code civil. Il s'agirait de formuler en termes explicites l'interprétation que le Conseil d'État adopte de façon implicite : l'expression « dès la publication », au sens de la disposition susmentionnée, ne signifie pas « dès le moment de la publication », mais « dès le jour de la publication », c'est-à-dire dès le début, à zéro heure, du jour dont est daté le *Journal officiel* qui contient le décret. Corrélativement, il faudrait admettre que le terme « publication », au sens de l'article 1^{er} du Code civil, se réfère uniquement à la date dont est daté le *Journal officiel*, et non pas à la mise en ligne de ce dernier.

D'après cette solution, le moyen tiré de la rétroactivité est inopérant – à savoir, inapte à fonder l'annulation de l'acte attaqué même s'il s'avère fondé en fait – parce que l'heure de la publication est indifférente : en cas d'urgence, les décrets – mais la solution vaut également pour les lois – entrent en vigueur dès le début, à zéro heure, du jour dont est daté le *Journal officiel* qui les contient, quelle que soit l'heure de leur

« publication » au sens courant du terme, c'est-à-dire quelle que soit l'heure où le *Journal officiel* est effectivement mis en ligne.

Cette solution peut être justifiée de deux façons. La première serait de faire appel à la finalité de la règle consacrée par le deuxième alinéa de l'article 1^{er} : il s'agirait de montrer que l'objet de cette règle est d'assurer l'entrée en vigueur la plus rapide possible ; à cet effet, et selon cet argument, il faut considérer que l'expression « dès la publication » ne signifie pas « dès le moment de la publication », mais « dès le jour de la publication », au sens précisé plus haut. La deuxième justification, déjà évoquée, serait de montrer que cette interprétation est la seule concevable parce que, tout simplement, il n'y a pas de moyen qui permettrait de déterminer l'heure de la publication.

Quelle que soit la justification retenue, il ne fait pas de doute, pour ce qui concerne le cas d'espèce, que le Conseil d'État adopte l'interprétation susmentionnée : le terme « dès la publication », au sens de l'alinéa 2 de l'article 1^{er} du Code civil, signifie dès le début, à zéro heure, du jour dont est daté le *Journal officiel*. Il ne fait pas de doute non plus que le Conseil d'État refuse de formuler cette interprétation en termes explicites, d'où les défauts, évoqués plus haut, que présente la motivation de l'arrêt rendu en l'espèce. Corrélativement, la motivation de l'arrêt dissimule les deux conséquences que l'interprétation retenue implique.

En premier lieu, et contrairement à ce que laisse penser l'expression ambiguë « dès la publication », la publication préalable n'est pas une condition nécessaire de l'entrée en vigueur immédiate : cette expression ne désigne pas le moment de la publication mais, tout simplement, le début, à zéro heure, du jour de la publication, c'est-à-dire du jour dont est daté le *Journal officiel* qui contient la loi ou le décret dont le pouvoir exécutif a « prescrit » l'entrée en vigueur immédiate. De même, et contrairement à ce que prétend l'arrêt en question, il s'avère impossible d'affirmer que le décret attaqué « ne comporte aucune disposition autorisant son entrée en vigueur de façon rétroactive » : cette affirmation reste arbitraire tant que le Conseil d'État ne précise pas s'il est en premier lieu possible de déterminer l'heure de la publication du décret ; toutefois, cette détermination est inutile – pour ce qui concerne l'appréciation de la

légalité du décret – dès lors qu’il est admis que l’expression « dès la publication », au sens du deuxième alinéa de l’article 1^{er} du Code civil, signifie « dès le jour de la publication », au sens précisé ci-dessus. Il n’en reste pas moins que la rétroactivité du décret attaqué représente l’hypothèse la plus probable : on ne peut pas prouver l’heure exacte de sa publication mais on peut raisonnablement présumer qu’il y a eu un décalage – plus ou moins long – entre son entrée en vigueur – le 9 novembre, à zéro heure – et l’heure, au cours de la même journée, où le *Journal officiel* a été effectivement mis en ligne.

Ceci étant, et en deuxième lieu, l’interprétation retenue signifie que l’administration peut légalement appliquer un texte sans avoir à attendre sa publication, c’est-à-dire la mise en ligne du *Journal officiel* : dans le cas d’espèce, l’administration pouvait exercer les pouvoirs que lui confère la déclaration de l’état d’urgence sans avoir à attendre la publication des décrets qui déclarent l’état d’urgence, c’est-à-dire la mise en ligne du *Journal officiel* où ces décrets ont été insérés.

Cette façon d’interpréter le deuxième alinéa de l’article 1^{er} du Code civil sera confirmée par l’entrée en vigueur immédiate des textes qui ont déclaré l’état d’urgence le 14 novembre 2015⁸⁰⁴.

L’état d’urgence déclaré en 2015 – Il s’agit de trois décrets, datés du 14 novembre 2015, dont les deux premiers ont été insérés au *Journal officiel* du même jour, et le troisième au *Journal officiel* du 15 novembre 2015.

Ce troisième décret est entré en vigueur dans les mêmes termes que les deux décrets, étudiés ci-dessus, relatifs à l’état d’urgence déclaré en 2005 : inséré au *Journal officiel* le lendemain de son édicition, il disposait qu’il entrera en vigueur ce même jour, à zéro heure. Ils se posent alors les mêmes problèmes qu’en 2005 : d’une part, et sauf erreur de notre part, on ne peut pas savoir l’heure exacte de la publication du décret ; d’autre part pourtant, on peut raisonnablement présumer que le décret est

⁸⁰⁴ V. aussi le décret n° 2016-3 du 5 janvier 2016, cité par P. DELVOLVÉ, « L’entrée en vigueur des actes administratifs », *RFDA* 2016, p. 50, spéc. n° 19.

entré en vigueur avant d'être publié, sauf à considérer – ce qui paraît peut probable – que le *Journal officiel* du 15 novembre 2015 était déjà mis en ligne à zéro heure.

Si l'hypothèse d'un décalage entre l'entrée en vigueur et la publication paraît très probable pour ce qui concerne le troisième décret, elle s'avère presque certaine pour ce qui concerne les deux premiers décrets qui ont été insérés, pour leur part, au *Journal officiel* du 14 novembre. Le premier décret déclare l'urgence « à compter du 14 novembre 2015, à zéro heure ». Le deuxième précise les mesures dérogatoires au droit commun que les autorités compétentes sont autorisées à prendre pendant l'état d'urgence ainsi déclaré⁸⁰⁵. Ces deux décrets invoquent, dans leurs visas, l'article 1^{er} du Code civil et « l'urgence », et comportent deux dispositions relatives à leur entrée en vigueur : selon la première, ils devaient entrer en vigueur « à compter du 14 novembre 2015, à zéro heure » ; selon la seconde, ils devaient entrer en vigueur « immédiatement »⁸⁰⁶.

Comme on le sait, ces décrets ont été édictés au cours, ou peu de temps après, les attentats terroristes qui ont frappé Paris dans la nuit du 13 au 14 novembre 2015. Les attentats ont commencé le 13 novembre après vingt et une heures et ont pris fin, après une série d'interventions policières, le 14 novembre vers une heure du matin. Au cours des attentats, le Gouvernement s'est réuni en conseil des ministres, mais nous ne pouvons pas savoir l'heure exacte du début et de la fin cette réunion. Toutefois, la presse diffusait, peu avant minuit, le message suivant du Président Hollande : « Deux décisions seront prises au cours d'un conseil des ministres extraordinaire. D'abord,

⁸⁰⁵ O. BEAUD, C. GUÉRIN-BARGUES, *L'État d'urgence : une étude constitutionnelle, historique et critique*, p. 14 : « le premier [décret] dans l'ordre chronologique déclare – c'est-à-dire instaure – l'état d'urgence, alors que le second l'applique et le concrétise par des mesures complémentaires ». Ici encore, le lien qu'entretiennent les deux décrets entre eux, d'une part, et avec la loi de 1955 relative à l'état d'urgence, d'autre part, présente des problèmes que nous ne pouvons pas creuser dans la présente étude. V. plus analytiquement : *Ibid.* p. 13s. pour une critique de la « mauvaise rédaction » des décrets, qui affecte leur intelligibilité, et p. [xxx] s. pour la façon dont ils s'articulent entre eux et avec la loi de 1955.

⁸⁰⁶ On a pu affirmer que cette rédaction constitue une « insistance qui n'était pas juridiquement nécessaire », P. DELVOLVÉ, « L'entrée en vigueur des actes administratifs », *RFDA* 2016, p. 50, spéc. n° 19. Dans le même sens, citant l'article de P. Delvolvé, v. : B. BARANGER, « L'état d'urgence dans la durée », *RFDA* 2016, p. 447, spéc. le paragraphe intitulé « La mise en œuvre ». Il n'en reste pas moins que la rédaction retenue en l'espèce clarifie, voire confirme l'interprétation que les acteurs juridiques font de l'entrée en vigueur immédiate prévue par le deuxième alinéa de l'article 1^{er} du Code civil : le terme « immédiatement » et l'expression « dès la publication » désignent, tous les deux, non pas le moment de la publication, mais le début, à zéro heure, du jour dont est daté le *Journal officiel* qui contient la loi ou le décret en question.

l'état d'urgence sera décrété [...] »⁸⁰⁷. Compte tenu alors de la chronologie de faits, il est presque certain que, loin d'être déjà publiés, les deux premiers décrets du 14 novembre 2015 n'étaient même pas édictés à zéro heure⁸⁰⁸.

Ceci étant, on peut raisonnablement présumer que le Gouvernement avait informé les autorités compétentes, et surtout la police, de son intention de déclarer l'état d'urgence avant même d'achever l'édition des deux décrets. De même, et compte tenu du contexte, on peut raisonnablement présumer que les autorités compétentes ont pris immédiatement acte de l'intention du Gouvernement de déclarer l'état d'urgence alors même que ce dernier préparait les décrets en question. En tout cas, il paraît difficile à croire que les autorités concernées attendaient la mise en ligne du *Journal officiel* du 14 novembre 2015 pour commencer à exercer effectivement les pouvoirs que leur confère la déclaration de l'état d'urgence.

Nous ne sommes pas en mesure de prouver cette hypothèse par des exemples concrets, c'est-à-dire par des mesures concrètes qui auraient été prises le 14 novembre 2015 peu après zéro heure. En effet, nous n'avons pas pu trouver des affaires litigieuses mettant en cause l'entrée en vigueur des décrets du 14 novembre 2015 ou l'heure à laquelle avait été prise une mesure dont la légalité présuppose l'entrée en vigueur de ces décrets. À notre connaissance, l'entrée en vigueur des textes relatifs à l'état d'urgence déclaré le 14 novembre 2015 a retenu l'attention de la jurisprudence dans un seul cas dont la solution n'était pas d'ailleurs commandée par une réponse précise à cette question.

Il s'agit d'un arrêt rendu par le Conseil d'État après la prorogation de l'état d'urgence par la loi du n° 2015-1501 du 20 novembre 2015. Comme nous l'avons vu, l'entrée en vigueur de cette loi était déterminée par sa formule de promulgation, conformément au deuxième alinéa de l'article 1^{er} du Code civil : la loi a été insérée au *Journal*

⁸⁰⁷ La deuxième mesure était la fermeture des frontières. Nous nous appuyons ici sur la chronique détaillée établie par le journal *Le Parisien* qui donne comme heure du message le 13 novembre à 23h55 : <http://www.leparisien.fr/faits-divers/attentats-paris-fusillades-explosions-etat-d-urgence-13-11-2015-5273837.php>.

⁸⁰⁸ *Comp.* O. BEAUD, C. GUÉRIN-BARGUES, *L'État d'urgence*, *op. cit.* p. 13 : « Dès le 13 novembre au soir, un Conseil des ministres était improvisé dans l'urgence et le Président de la République signait alors un décret [déclarant l'état d'urgence] ». Le fait que les décrets sont datés du 14 novembre indique pourtant que leur édition n'a pas été achevée avant minuit.

officiel du 21 novembre et sa formule de promulgation comportait l'énoncé : « La présente loi entrera en vigueur immédiatement ». Outre la prorogation de l'état d'urgence, cette loi a modifié certaines dispositions de la loi du 3 avril 1955 relatives aux mesures que les pouvoirs publics sont autorisés à prendre pendant l'état d'urgence. Selon le Conseil d'État « les modifications résultant de cette loi [du 20 novembre 2015] sont applicables aux mesures prises après son entrée en vigueur, qui est intervenue, en vertu des dispositions particulières de son décret de promulgation immédiatement à compter de sa publication le 21 novembre 2015 ».

Dans ce cas d'espèce, la détermination précise de l'entrée en vigueur n'était pas déterminante pour l'issue du litige : la décision attaquée, dont la légalité présupposait l'entrée en vigueur de la loi en question, avait été prise le 23 novembre, c'est-à-dire deux jours après l'insertion de la loi au *Journal officiel* du 21 novembre. Toutefois, l'arrêt en question confirme la réticence, sinon le refus du Conseil d'État de se prononcer en termes explicites et précis sur l'entrée en vigueur immédiate prévue par l'article 1^{er} du Code civil : il affirme que la loi est entrée en vigueur le 21 novembre « à compter de sa publication » sans pour autant préciser la portée de cette expression, voire sans préciser le moment que cette expression désigne.

Rien ne laisse penser que le Conseil d'État adopte ici implicitement une position qui diffère de celle adoptée en 2005 : le terme « immédiatement » et l'expression « dès la publication » signifient « dès le jour de la publication », c'est-à-dire dès le début, à zéro heure, du jour dont est daté le *Journal officiel* qui contient la loi ou le décret dont le pouvoir exécutif a « prescrit » l'entrée en vigueur immédiate en application du deuxième alinéa de l'article 1^{er} du Code civil.

L'insistance du Conseil d'État à employer l'expression « dès la publication » sans en préciser la portée – ce qui revient à s'exprimer en termes approximatifs sur une question précise qui est celle de l'entrée en vigueur – pourrait s'expliquer par les conséquences que l'interprétation retenue entraîne. Au risque de se répéter, il convient de rappeler ces conséquences.

Commençons par la façon dont le pouvoir exécutif et le Conseil d'État interprètent le deuxième alinéa de l'article 1^{er} du code civil qui consacre l'entrée en vigueur immédiate des lois et des décrets : en cas d'urgence, et contrairement à ce que laisse penser l'expression ambiguë « dès la publication », les lois et les décrets n'entrent pas en vigueur à compter du moment mais à compter du jour de leur publication ; en d'autres termes, ils entrent en vigueur dès le début, à zéro heure, du jour dont est daté le *Journal officiel* où ils sont insérés. Deux conséquences s'ensuivent.

Premièrement, la publication préalable n'est pas une condition nécessaire de l'entrée en vigueur immédiate : sauf à admettre – ce qui paraît peu probable mais reste en tout cas impossible à prouver – que le *Journal officiel* est effectivement mis en ligne à zéro heure, il faut nécessairement admettre que, en cas d'urgence, les lois et les décrets entrent en vigueur avant même d'être publiés. Par conséquent, et deuxièmement, les pouvoirs publics peuvent légalement agir en application d'un acte législatif ou réglementaire avant même que celui-ci ne devienne accessible aux citoyens par la mise en ligne du *Journal officiel*.

Il s'avère alors, et comme nous l'avons déjà remarqué, que l'entrée en vigueur immédiate, telle qu'elle est consacrée par l'article 1^{er} du Code civil et appliquée par les acteurs juridiques, brise une certitude professée à l'unanimité presque par la doctrine : l'idée que le droit positif français érige la publication préalable en une condition nécessaire de l'entrée en vigueur.

Chapitre 2 – La publication comme condition d’entrée en vigueur

« C’est une maxime fondée sur la droite raison, & autorisée par l’usage de tous les temps, & de toutes les nations, que les Loix ne lient & n’engagent les Peuples qu’après qu’elles ont été publiées »⁸⁰⁹.

« In general, the laws and decisions were not publicly promulgated ; they were circulated in manuscript for the use of officials only. “Not to be seen by any but the officials concerned”, is the rubric at the end of the Code of A.D. 1790 [...] And so the written laws were commands addressed to the officials, and not addressed to the people ; therefore not needing to be generally circulated »⁸¹⁰.

Deux types de lien entre la publication et l’entrée en vigueur – Il importe de rappeler qu’il peut y avoir deux types de règles relatives à l’entrée en vigueur des lois : celles qui déterminent la date et celles qui déterminent les conditions de l’entrée en vigueur⁸¹¹. Corrélativement, le droit positif peut établir deux types de lien entre la publication et l’entrée en vigueur des lois. D’une part, il peut y avoir des règles qui déterminent la date d’entrée en vigueur en fonction de celle de la publication, ce qui revient à ériger la publication en critère (par défaut ou *ad hoc*) pour la détermination de la date d’entrée en vigueur. D’autre part, il peut y avoir des règles qui exigent que la date d’entrée en vigueur ne soit pas antérieure à celle de la publication, ce qui revient à ériger la publication en condition nécessaire de l’entrée en vigueur⁸¹².

Les règles de la première catégorie, qui peuvent être de valeur constitutionnelle ou législative, s’adressent aux mêmes acteurs que les lois dont elles déterminent la date

⁸⁰⁹ N. DE LA MARE, *Traité de la police*, t.1, 2^e éd., 1722, Livre I, Titre XV, Chapitre II, p. 259.

⁸¹⁰ J. H. WIGMORE, *A Panorama of the World’s Legal Systems*, vol. 2, Saint Paul, West Publishing Company, 1928, p. 483-484, à propos du système juridique japonais sous la dynastie de Tokugawa (1603-1868).

⁸¹¹ *Supra*, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 1.

⁸¹² On pourrait envisager une règle qui autoriserait l’entrée en vigueur avant la publication tout en fixant un écart maximal entre les deux dates.

d'entrée en vigueur. En effet, ce sont ceux qui doivent appliquer une loi qui doivent déterminer aussi, au préalable, si, et à partir de quand, cette dernière est en vigueur. Les règles de la seconde catégorie, en revanche, doivent être dotées d'un fondement constitutionnel dans la mesure où elles s'adressent au législateur dont elles restreignent la compétence en la matière, c'est-à-dire la compétence dont ce dernier dispose pour déterminer les conditions et la date d'entrée en vigueur des lois.

Règles de droit commun et règles constitutionnelles – Nous avons déjà présenté, au chapitre précédent, les règles de la première catégorie, c'est-à-dire les règles de droit commun, et de valeur législative, qui érigent la publication légale en critère par défaut pour la détermination de la date d'entrée en vigueur des lois⁸¹³.

Il semble alors qu'il reste une seule question à examiner ici. Celle de savoir si le droit positif français consacre ou non une règle (ou un principe) de valeur constitutionnelle qui érige la publication en condition nécessaire de l'entrée en vigueur des lois.

L'analyse inexacte des règles de droit commun – Il importe pourtant de rappeler que la doctrine ne rend pas compte de la distinction susmentionnée entre les règles qui érigent la publication en critère pour la détermination de la date d'entrée en vigueur et celles qui peuvent l'ériger en condition nécessaire de l'entrée en vigueur. En effet, les auteurs affirment ou suggèrent que le droit positif français érige effectivement la publication en condition nécessaire de l'entrée en vigueur des lois. Or, les arguments invoqués en ce sens ne sont pas fondés sur des considérations de nature constitutionnelle mais, tout simplement, sur les règles de droit commun et sur de l'application qu'en fait la jurisprudence. En d'autres termes, la doctrine raisonne comme si le droit positif consacrait une règle de valeur constitutionnelle qui érigeait la publication en condition nécessaire de l'entrée en vigueur des lois, alors que ce raisonnement s'appuie pour l'essentiel sur des données législatives et jurisprudentielles relatives au rôle de la publication en tant que critère par défaut pour la détermination de la date d'entrée en vigueur.

⁸¹³ *Supra*, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 2.

Objet et plan du chapitre – Cette façon de rendre compte de ces données du droit positif, qui constitue un lieu commun en la matière, conduit à des analyses bien souvent inexactes ou même erronées. Il importe alors de clarifier les données du droit positif relatives au lien entre la publication des lois et leur entrée en vigueur (Section 2). À cet effet, il convient de présenter au préalable, en termes plus détaillés, les thèses en présence (Section 1).

Section 1 – Les thèses en présence.

L'idée d'un lien nécessaire entre la publication et l'entrée en vigueur des lois est admise par la doctrine de manière plus ou moins unanime (§1). Toutefois, plusieurs thèses relatives au lien entre la publication et l'entrée en vigueur peuvent être subsumées sous cette idée (§ 2).

§ 1 – La thèse dominante

L'idée d'un lien nécessaire entre la publication et l'entrée en vigueur – D'après la doctrine⁸¹⁴, la publication est non seulement une condition nécessaire de l'entrée en vigueur, mais aussi une condition dont le caractère nécessaire relève de l'évidence⁸¹⁵. Ainsi, lorsqu'il s'agit de présenter les différentes façons dont le législateur peut déterminer les conditions et la date de l'entrée en vigueur des lois, les travaux en la matière n'envisagent que deux cas de figure : l'entrée en vigueur *après* la publication, et l'entrée en vigueur *dès* la publication. En revanche, l'entrée en vigueur *avant* la

⁸¹⁴ Dans les développements qui suivent, nous tenterons de reconstruire une analyse à partir de fragments d'analyse dispersés dans différentes études. En effet, le lien entre la publication et l'entrée en vigueur des lois paraît si évident que la doctrine, à de rares exceptions près, ne s'y attarde pas longuement. Ainsi, plusieurs idées ou arguments sont exprimés en termes laconiques ou même implicites, et il faut prendre en compte l'économie générale des analyses proposées pour les identifier. Nous tenterons donc, dans la mesure du possible, de ne pas alourdir les développements suivants avec des longs extraits tirés d'une multitude d'études.

⁸¹⁵ G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, préf. J. Petit, Dalloz, 2007, n° 74, p. 57 : « [I]l va de soi que l'édition [sans la publication] est totalement insuffisante pour permettre l'entrée en vigueur de la règle nouvelle » ; G. GUGLIELMI., « Distinguer la promulgation de la publication », in : G. Fauré, G. Koubi (dir.), *Le titre préliminaire du Code civil*, Economica, 2003, p. 59-79, spéc. p. 62 : l'art.1^{er} du Code civil, dans sa version initiale, reflète une « tendance lourde d'évidence et de constance à appliquer le principe selon lequel une norme n'est opposable qu'une fois portée à la connaissance du public ».

publication (ou *sans* publication) est un cas de figure qui n'est même pas mentionné⁸¹⁶, si ce n'est pour être qualifié d'« inimaginable »⁸¹⁷, ou encore d'« impossible »⁸¹⁸.

Les auteurs présument alors, implicitement ou explicitement, que les lois ne peuvent pas entrer en vigueur *avant* d'être publiées. Leur entrée en vigueur ne serait que *postérieure* ou, au moins, *simultanée*, par rapport à leur publication⁸¹⁹. En d'autres termes, les auteurs présument qu'il y a un *lien nécessaire* entre la publication et l'entrée en vigueur en ce sens que celle-ci ne peut pas être antérieure à celle-là⁸²⁰.

L'idée d'un lien nécessaire même en cas de rétroactivité – Toutefois, certaines études affirment que l'entrée en vigueur des lois rétroactives est « anticipée », en ce sens qu'elle est antérieure à leur publication⁸²¹. Deux précisions s'avèrent ici

⁸¹⁶ Certains auteurs considèrent pourtant que la rétroactivité consiste en une entrée en vigueur « anticipée », c'est-à-dire antérieure à la publication. Sur cette idée, v. *infra*.

⁸¹⁷ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 3^e éd., LGDJ, 2015, n° 257, p. 215, : « L'entrée en vigueur d'un texte dépend de plusieurs conditions. Il doit avoir été publié : il est *inimaginable* qu'un texte non publié soit appliqué à des citoyens qui, par hypothèse, n'auraient pas été en mesure de connaître la règle nouvelle » (nos italiques).

⁸¹⁸ FLEURY LE GROS, *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne*, thèse, préf. L. Bach et P. Mayer, postface J. Petit, Paris, Dalloz, 2005, n° 123, p. 62 : « Ce n'est pas parce que la phase de l'entrée en vigueur peut être différée par rapport à celle de la publication qu'elle peut, au contraire, être avancée par rapport à elle. S'il est possible de différer la date d'entrée en vigueur, nous pensons, au contraire, qu'il est *impossible* de l'avancer dans le temps » (nous soulignons) ; *Ibid.*, p. 59-60, n° 115-118 et, plus analytiquement, p. 61 s., n° 123 s. Dans le même sens : G. EVEILLARD., *Les dispositions transitoires en droit public français, op. cit.*, n° 275-276, p. 203-205.

⁸¹⁹ Pour une affirmation explicite en ce sens, v. : V. LASSERRE « Loi et règlement », *Répertoire de droit civil*, Encyclopédie Dalloz, 2015 (actualisation : janvier 2016), n° 123 : « Mais il existe deux exceptions à la règle (supplétive) qu'exprimait l'article 2 du décret du 5 novembre 1870 et qu'exprime aujourd'hui l'ordonnance du 20 février 2004 : le législateur peut avancer l'entrée en vigueur de la loi ou la retarder », l'auteur n'envisageant comme entrée en vigueur « avancée » que l'entrée en vigueur « immédiate » (*ibid.*, n°124). Dans le même sens, v. G. EVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français, op. cit.*, n° 275, p. 203 : « l'entrée en vigueur immédiate ne peut donc être, *au plus tôt*, que celui de l'accomplissement des formalités de publicité » (nous soulignons) ; *Ibid.*, n° 276, p. 205, où l'auteur précise, à propos de l'entrée en vigueur « dès la publication », prévue par l'alinéa 2 de l'article 1^{er} du Code civil, que « la règle posée par l'article 1^{er}, alinéa 2 n'a pas pour but de reporter l'entrée en vigueur de la loi nouvelle mais à l'inverse de l'appliquer dans *les plus brefs délais possibles* [...] L'entrée en vigueur immédiate postule donc que la loi devient observable et applicable dans les plus brefs délais possibles *après sa publication*[...] » (nous soulignons).

⁸²⁰ Pour une affirmation explicite en ce sens, v. par ex. J. PETIT, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, préf. J. Moreau, LGDJ, 2002, n° 204, p. 100 : « La publication est la condition *nécessaire* de l'entrée en vigueur de toute règle de droit » (nous soulignons) ; P. FLEURY LE GROS, *Contribution à l'analyse normative des conflits des lois dans le temps en droit privé interne, op. cit.*, n° 125, p. 62 : « En réalité, s'il est vrai que la publication d'une norme n'entraîne pas de manière systématique son entrée en vigueur, l'entrée en vigueur d'une norme – qu'elle soit immédiate ou différée – implique *nécessairement* qu'elle ait été publiée au préalable » (nous soulignons).

⁸²¹ J. HÉRON, *Principes du droit transitoire*, Dalloz, 1996, p. 28 ; J. PETIT, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, préf. J. Moreau, LGDJ, 2002, n° 187 s., p. 94 s. ; G. EVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français, op. cit.*, n° 80, p. 62.

nécessaires. Premièrement, les études en question soulignent que le moment à compter duquel les lois deviennent obligatoires – ou « observables », selon la terminologie retenue par certains auteurs⁸²² – ne peut pas être antérieur à leur publication⁸²³. Deuxièmement, ce que ces études entendent lorsqu'elles affirment que les lois rétroactives « entrent en vigueur » avant leur publication, c'est que ces lois, devenues obligatoires *après* leur publication, vont s'appliquer à des faits qui ont été produits *avant* leur publication, d'où leur caractère rétroactif. D'où aussi, selon les mêmes études, le caractère « fictif » de cette entrée en vigueur dite « anticipée »⁸²⁴. Les études en question emploient alors le terme « entrée en vigueur » pour désigner le champ d'application dans le temps des lois rétroactives, à savoir le positionnement dans le temps des faits auxquels s'applique une loi rétroactive (une fois publiée).

Compte tenu de ces précisions, il s'avère que les études en question présument, elles aussi, qu'il y a un lien nécessaire entre la publication et ce que l'on entend communément par « entrée en vigueur », en ce sens qu'elles présument que les lois ne deviennent pas obligatoires avant d'être publiées.

L'idée d'un lien conceptuellement nécessaire – Certains auteurs affirment ou suggèrent que ce lien est *conceptuellement* nécessaire, c'est-à-dire nécessaire en raison du concept même d'entrée en vigueur. L'idée se résume ainsi : une loi « en vigueur » est obligatoire, et donc apte à recevoir application ; or, il serait *impossible en pratique* d'appliquer une loi qui n'est pas (encore) publiée⁸²⁵. Si cette thèse était

⁸²² J. HÉRON, *Principes du droit transitoire*, *op. cit.*, p. 29 : « La date d'observation de la loi marque le moment à partir duquel le sujet de droit doit, pour déterminer son comportement, se conformer aux dispositions de la loi nouvelle, pour ce qui des faits que régit la loi nouvelle » ; G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, *op. cit.*, n° 76, p. 58-59 : « L'observabilité de la loi nouvelle marque le moment auquel la règle produira un effet contraignant à l'égard de ses destinataires, administrés comme administrations, bref le moment auquel elle devient obligatoire ».

⁸²³ J. HÉRON, *Principes du droit transitoire*, *op. cit.*, p. 36 ; G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, *op. cit.*, n° 76, p. 59, et n° 275-276, p. 204-205 ; J. PETIT, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, *op. cit.*, n° 192, p. 96, n° 201, p. 99, et n° 205, p. 101, qui distingue l'entrée en vigueur « anticipée » de la « date légale » de l'entrée en vigueur qui ne peut pas être, elle, antérieure à la publication.

⁸²⁴ J. HÉRON, *Principes du droit transitoire*, *op. cit.*, p. 30 ; J. PETIT, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, *op. cit.*, n° 195, p. 97 ; G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, *op. cit.*, n° 275, p. 203.

⁸²⁵ J. HÉRON, *Principes du droit transitoire*, *op. cit.*, p. 36 : « Est-il envisageable d'aller au-delà [de l'entrée en vigueur « immédiate » prévue par le décret de 1870], c'est-à-dire de faire que la loi devienne observable avant même sa publication, quelle qu'en soit la modalité ? Le concept même d'observation de la loi rend cela impossible. En effet, l'observation de la loi commence au moment où les destinataires de la norme doivent, pour apprécier les faits les concernant, prendre en compte les dispositions de la loi nouvelle, ce qui revient à dire que a période d'observation de la loi est le temps

vraie, le lien en question serait présent dans tout système juridique qui dispose des règles sur l'entrée en vigueur des lois. Tel n'est pas pourtant le cas, comme nous l'avons déjà noté. Dans certains pays de la *common-law*, les règles de droit commun disposent que les lois, à défaut de prévision contraire, entrent en vigueur dès le moment ou le jour de leur édicition, quel que soit le moment ou le jour ultérieur de leur publication⁸²⁶.

L'idée d'un lien juridiquement nécessaire – Il est en revanche unanimement admis, en termes plus ou moins explicites, que le lien en question est nécessaire *d'après les données du droit positif français*. Selon cette thèse, le droit positif français érige la publication (préalable ou simultanée) en condition nécessaire de l'entrée en vigueur des lois⁸²⁷. Malgré son statut de lieu commun, cette thèse présente deux défauts.

Les données du droit positif qui démentent l'idée – En premier lieu, elle est démentie par certaines données du droit positif français. Pour s'en tenir à un exemple déjà étudié, l'entrée en vigueur « dès la publication », au sens du nouvel article 1^{er}, alinéa 2 du Code civil, peut être antérieure par rapport à ce que l'on entend

réel pendant lequel les sujets du droit doivent s'y soumettre. Ce temps ne peut pas commencer tant que la loi nouvelle n'est pas édictée. L'observation de la loi est un fait du monde réel sur lequel la volonté du législateur ne peut avoir de prise : l'irréversibilité du temps s'y oppose » ; G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français, op. cit.*, n° 275, p. 203-204 : « Quoiqu'à cette date [de sa promulgation], le texte dispose d'une existence juridique, il n'est pas et ne peut pas être obligatoire avant d'avoir fait l'objet des modalités de publicité adéquates. Le rendre applicable à la date de son édicition consiste à poser une fiction selon laquelle ses destinataires ont été en mesure de l'appliquer avant même d'avoir été informés de son existence : [...] c'est seulement grâce à sa publication que la loi nouvelle devient obligatoire, et qu'elle a d'ailleurs la possibilité matérielle de le devenir. En effet, les destinataires de la loi ne peuvent se conformer à un texte dont ils n'auraient pas connaissance. Il est en revanche concevable de faire abstraction du temps nécessaire à la diffusion de la loi pour la rendre observable à l'instant même de sa publication. Voilà même, pourrait-on-penser, l'observabilité immédiate sous sa forme la plus pure ». V. aussi D. CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, préf. D. de Béchillon, Dalloz, 2012, n° 866, p. 298, qui suit l'analyse de G. Éveillard. On pourrait subsumer sous cette même catégorie les analyses qui invoquent le « sens commun ». V. en ce sens G. GUGLIELMI., « Distinguer la promulgation de la publication », in : G. Fauré, G. Koubi (dir.), *Le titre préliminaire du Code civil*, Economica, 2003, p. 59-79, spéc. p. 62 : « il serait contraire au sens commun d'exiger des citoyens qu'ils se conformément aux lois sans les pouvoir légalement connaître ».

⁸²⁶ V. *supra*, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 1, et l'étude de M. GOBBI, « When to : A Study of New Zealand Commencement Clauses with Regard to those Used in the United Kingdom, Australia, and the United States », *Statute Law Review*, vol. 31, n° 3, 2010, p. 153-216

⁸²⁷ Il suffit de citer ici un exemple récent qui résume l'état de la doctrine en la matière : C. BERGEAL, *Manuel de légistique*, 8^e éd., Berger-Levrault, 2018, p. 230, n° 205-206 : la section intitulée « Maîtriser l'entrée en vigueur », sous le sous-titre « Les règles d'entrée en vigueur », débute avec l'assertion suivante : « La publication d'un texte détermine sa date d'entrée en vigueur », qui est suivie de la précision que « [s]eule la publication détermine l'entrée en vigueur ».

communément par « publication » : la loi entre en vigueur dès le début, à zéro heure, du jour dont est daté le numéro du *Journal officiel* où elle insérée, quelle que soit l'heure où ce numéro est effectivement « publié », c'est-à-dire mis en ligne.

Il pourrait être objecté que cette entrée en vigueur n'est pas antérieure à la « publication » parce que cette dernière correspond, tout simplement, à la date dont est daté le *Journal officiel*. Toutefois, et comme on le verra, les auteurs présument, explicitement ou implicitement, que la « publication » dont dépend nécessairement l'entrée en vigueur constitue une forme de publication effective, c'est-à-dire une forme de publication qui est tout au moins apte à rendre la loi publiquement accessible.

Il pourrait encore être objecté que le cas de figure susmentionné représente une exception, mais cela présupposerait l'identification d'une règle. Or, une telle règle doit être de valeur constitutionnelle.

Les données constitutionnelles qui seraient nécessaires pour confirmer l'idée –

En effet, et en second lieu, la détermination des conditions et de la date d'entrée en vigueur d'un acte juridique relève de la compétence de son auteur. Corrélativement, le caractère juridiquement nécessaire d'une condition particulière présuppose la consécration d'une règle qui restreint la compétence de l'auteur de l'acte. Pour défendre alors la thèse que partage la doctrine, il faut nécessairement creuser une question constitutionnelle : peut-on affirmer que le droit positif français consacre une règle (ou un principe) de valeur constitutionnelle qui restreint la compétence du législateur en la matière en lui interdisant – *prima facie*, au moins – de dissocier l'entrée en vigueur d'une loi de sa publication (préalable ou simultanée) ?

Le défaut d'une démonstration conclusive –

Ainsi formulée, et sauf erreur de notre part, cette question n'a pas été creusée par la doctrine, y compris par les travaux qui portent sur l'objectif de valeur constitutionnelle dit « d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi »⁸²⁸. Bien au contraire, les analyses laissent souvent entendre

⁸²⁸ Nous avons consulté les études suivantes : E. CARTIER, « Publicité, diffusion et accessibilité de la règle de droit dans le contexte de la dématérialisation des données juridiques », *AJDA*, 2005, p. 1092 ; *Id.*, « Accessibilité et communicabilité du droit », *Jurisdoctoria*, 1, 2008, p. 51-76 ; P. DEUMIER,

que la publication constitue une condition nécessaire de l'entrée en vigueur en vertu des règles de droit commun, c'est-à-dire en vertu des règles, de valeur législative, qui érigent la publication légale en critère par défaut pour la détermination de la date d'entrée en vigueur⁸²⁹.

Rappelons ces règles. À défaut de prévision contraire, les lois entrent en vigueur soit à l'échéance d'un délai *après* leur publication, soit, sous certaines conditions, *dès* leur publication. Plusieurs auteurs raisonnent comme si ces règles s'imposaient au législateur : ils qualifient ces règles de « supplétives », affirmant ou suggérant que le législateur ne peut y « déroger » que pour reporter la date de l'entrée en vigueur par rapport à la publication, et non pas pour l'avancer⁸³⁰. Toutefois, et comme nous l'avons déjà noté, cette approche présente deux défauts. D'une part, les règles en

Introduction générale au droit, 3^e éd., LGDJ, 2015, n° 255, p. 212-214, qui, sous le titre « Le droit à la connaissance du droit », consacre un paragraphe aux « Exigences constitutionnelles » ; M.-A. FRISON-ROCHE & W. BARANÈS, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D.* 2000, p. 361 ; B. GENEVOIS, « Les contraintes d'ordre constitutionnel pesant sur l'entrée en vigueur des lois », in : *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Montchrestien, 2001, p. 243-264 ; H. MOYSAN, « L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi : des objectifs à l'épreuve de la pratique normative », *AJDA* 2001, p. 428 ; P. RRAPI, *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi : étude du discours sur la « qualité de la loi »*, thèse, préf. A. Roux, Dalloz, 2014, spéc. n° 69 s., p. 69 s. et n° 236 s., p. 235 s.

⁸²⁹ Cette idée est explicitement défendue par P. FLEURY LE GROS, *Contribution à l'analyse normative des conflits des lois dans le temps en droit privé interne*, thèse, préf. L. Bach et P. Mayer, postface J. Petit, Dalloz, 2005, n° 66 s., p. 33 s., et n° 123 s., p.61-63, dont nous avons déjà étudié l'analyse. Le plus souvent, les auteurs s'expriment en termes moins explicites. V. p. ex. G. BRAIBANT & B. STIRN, *Le droit administratif français*, 7^e éd., Presses de Sciences Po., 2005, p. 262 : « L'entrée en vigueur des lois, des ordonnances et des décrets est subordonnée à la publication au *Journal officiel* ; cette exigence vaut pour toutes les catégories de lois au sens large, en y comprenant la Constitution. Fixées par un décret du 5 novembre 1870, les règles de publication et d'entrée en vigueur des lois et des actes administratifs sont désormais déterminées par une ordonnance du 20 février 2004 [...] »

⁸³⁰ G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, *op. cit.*, n° 276, p. 205 : s'agissant des deux règles de droit commun consacrées par l'art. 1^{er} du Code civil, dont l'une fixe l'entrée en vigueur des lois au « lendemain de leur publication » et l'autre « dès leur publication », l'auteur affirme que cette seconde règle prévoit un « régime dérogatoire », et qu'il est impossible d'avancer davantage la date d'entrée en vigueur ; P. FLEURY LE GROS, *Contribution à l'analyse normative des conflits des lois dans le temps en droit privé interne*, *op. cit.*, n° 70-71, p. 35, où l'auteur souligne, à propos des règles de droit commun établies par le décret du 5 novembre 1870, que « [l]e mécanisme de l'entrée en vigueur instauré par ce décret est *supplétif* », et présente les « moyens » dont « le législateur dispose » pour « déroger aux délais instaurés par défaut » par ces règles ; J. HÉRON, *Principes du droit transitoire*, *op. cit.*, p. 33 : « L'article 2 du décret du 5 novembre 1870 pose une règle *supplétive* selon laquelle la loi nouvelle devient observable un jour franc après l'arrivée du *Journal officiel* au chef-lieu d'arrondissement [...]. Puisque le décret du 5 novembre 1870 ne constitue qu'une disposition *supplétive*, le législateur peut y *déroger* » ; V. LASSERRE « Loi et règlement », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2015 (actualisation : janvier 2016), n° 123, qui qualifie également de « supplétive » la règle consacrée par l'art. 2 du décret de 1870 et, après la réforme de 2004, par le nouvel art.1^{er} du Code civil, ajoutant qu'il n'y a que « deux exceptions » à cette règle : l'entrée en vigueur « dès la publication », dite aussi « immédiate », prévue également par le nouvel art.1^{er} du Code civil, et l'entrée en vigueur reportée, prévue le cas échéant par une disposition législative particulière.

question, en tant que règles de droit commun, s'appliquent lorsque le législateur n'a pas déterminé lui-même la date d'entrée en vigueur d'une loi particulière. Il s'agit alors de règles qui ne s'adressent pas au législateur mais aux mêmes acteurs que les lois dont elles déterminent la date d'entrée en vigueur, c'est-à-dire à tous ceux qui, avant d'appliquer ces lois, doivent déterminer si, à partir de quand, celles-ci sont en vigueur. Il pourrait certes être objecté que ces règles impliquent une autre règle qui érige, elle, la publication en condition nécessaire de l'entrée en vigueur⁸³¹. Toutefois, et d'autre part, ces règles de droit commun – et, corrélativement, toute autre règle que l'on pourrait déduire de ces règles – sont en tout cas inaptes à lier le législateur puisqu'elles sont consacrées par des textes de valeur législative, comme le décret du 5 novembre 1870⁸³² ou l'art.1^{er} du Code civil⁸³³. Quoiqu'il en soit, et comme le montre l'exemple susmentionné de l'alinéa 2 de l'article 1^{er} du Code civil, les règles en question pourraient toujours démentir la thèse défendue par la doctrine même si on faisait abstraction de leur valeur législative.

Il semble alors que la thèse en question – l'idée que le droit positif français érige la publication en condition nécessaire de l'entrée en vigueur des lois – est davantage postulée que démontrée : elle paraît si évidente que les auteurs n'apportent pas la preuve qui est nécessaire pour la confirmer, et ne prennent pas en compte les données qui pourraient l'infirmar.

Il n'en reste pas moins que cette idée, telle qu'elle se dégage de la littérature en la matière, se compose en réalité d'un faisceau de thèses distinctes qui correspondent aux différentes acceptions que l'on peut attribuer aux termes « publication » et « condition nécessaire ».

⁸³¹ Pour un argument explicite en ce sens, v. FLEURY LE GROS P., *Contribution à l'analyse normative des conflits des lois dans le temps en droit privé interne*, op. cit., p. 33-35.

⁸³² Cf. CE 21 octobre 1949, *Compagnie nationale des carburants et sieurs Boucherot*, Rec. p. 428, où le décret du 5 novembre 1870 est qualifié de « décret-loi » ; GUILLAUME, conclusions sur CE Ass. 20 mars *Bourges*, Rec. 192, *AJDA*, 1974, p. 382-386, spéc. 384, le décret du 5 novembre 1870 est un « texte de valeur législative » ; CONSEIL D'ÉTAT – SECTION DU RAPPORT ET DES ÉTUDES, *Publication et entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs*, Rapport annuel, La documentation française, 2001, p. 16 : « ce décret [est] de force législative ».

⁸³³ Il s'avère également inexact d'affirmer, à propos de l'ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004, dont est issue la version actuelle de l'art.1^{er} du Code civil, que « le gouvernement a fait le choix de n'imposer aucun principe strict et rigide, laissant en réalité au législateur la possibilité de prévoir lui-même l'entrée en vigueur des lois », Y. GAUDEMET & B. PLESSIX, « Promulgation et publication des lois », *Jurisclasser Civil*, Fasc.10, Art.1^{er}, 2011, n° 150.

§ 2 – *Les variations de la thèse dominante*

Il s'avère en effet nécessaire de préciser davantage ce que l'on entend par « publication » et par « condition nécessaire » lorsqu'on affirme (ou lorsqu'on nie) que la publication constitue une condition nécessaire de l'entrée en vigueur

A) La publication comme « condition nécessaire »

On peut distinguer au moins trois façons différentes dont on peut affirmer que la publication constitue une « condition nécessaire » de l'entrée en vigueur. Ces trois acceptions correspondent à trois thèses distinctes :

1 – La publication est une condition juridiquement nécessaire de l'entrée en vigueur en ce sens que le droit positif subordonne (toujours ou en principe) celle-ci à l'accomplissement (préalable ou simultané) de celle-là.

2 – La publication est une condition moralement nécessaire en ce sens qu'il serait moralement injustifiable de la part des organes juridiques de traiter une loi qui n'est pas (encore) publiée comme une loi qui est en vigueur (et donc obligatoire)⁸³⁴.

⁸³⁴ On peut subsumer sous cette thèse les analyses qui invoquent l'idée d'« arbitraire » ou d'« égalité » pour qualifier l'éventuelle application d'une loi qui n'est pas (encore) publiée, ainsi que l'idée selon laquelle une telle application serait contraire à l'« équité », la « justice », ou le « droit naturel ». V. en ce sens : P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 3^e éd., 2015, p. 204, n° 242 : « Pour être applicable, [il faut qu'un texte] soit connu des destinataires, selon une logique élémentaire qui veut qu'on ne peut vous sanctionner pour la violation d'un texte secret – sauf à basculer dans un régime arbitraire » ; G. LIET-VAUX, « Des conséquences du défaut de publicité des actes administratifs à propos des publications d'urgence », note sous CE 24 novembre 1950, *Leblanc*, RA 1951, p. 47-55, spéc. p. 49 : en cas de circonstances exceptionnelles, lorsqu'il n'est pas matériellement possible d'assurer la publication légale, le juge cherche à vérifier si « les intéressés auxquels [un] texte est déclaré opposable ont été mis à même d'en connaître la teneur » ; de ce fait, il n'y a « aucune iniquité, aucune atteinte immorale au droit de savoir » (nous soulignons) ; PH.-A. MERLIN (dir.), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 18, 5^e éd., 1827, v° « Loi », § V, n° vi, p. 412 : l'ordonnance de 1816 a eu comme finalité d'« établir davantage la publicité des lois, et rien n'entre mieux dans les vues d'un monarque juste » ; J. A. ROUX, note sous Cass. crim. 14 décembre 1923, *Zusy, Futsch et Roeslin*, S. 1924, 1, p. 137 : il y a une « raison d'équité et de justice supérieure, qui exige que la loi pénale avertisse avant de frapper » ; G. REVEL, *La publication des lois, des décrets et des autres actes de l'autorité publique*, Sirey, 1933, p. 9, qui invoque un « principe du droit naturel » ; J.-Y. VINCENT, note sous CE 4 juillet 1975, *Delfini*, JCP 1974 III 18666, spéc. par. II.B, *in fine*, où l'auteur, qui s'intéresse à l'entrée en vigueur des actes administratifs mais dont l'argument vaut pour les lois aussi, que « si l'on place l'entrée en vigueur à la signature, on soupçonne à quelles aberrations conduirait ce système s'agissant d'actes occultes sources d'obligations ! ». On retrouve l'invocation des mêmes considérations morales dans le discours officiel des acteurs juridiques : G. BRAIBANT, conclusions sur CE 30 novembre 1966, *Sieur Laborde*, RA 1967, p. 141 : se prononçant sur la publication des actes administratifs, mais dans des termes qui

3 – La publication est une condition conceptuellement nécessaire en ce sens qu’il serait pratiquement impossible pour les acteurs juridiques (organes juridiques et/ou citoyens) de traiter une loi qui n’est pas (encore) publiée comme une loi qui est en vigueur (et donc obligatoire)⁸³⁵.

Ces trois thèses ne sont pas nécessairement coextensives ou compatibles entre elles. Ainsi, la deuxième n’implique pas nécessairement la première. De même, la deuxième et la troisième thèse sont incompatibles entre elles : évaluer moralement un choix donné – en l’espèce, l’éventuel choix du législateur de dissocier l’entrée en vigueur de la publication – n’a de sens que si un autre choix était en l’espèce possible ; or, la thèse conceptuelle semble affirmer que le choix d’une telle dissociation est pratiquement impossible⁸³⁶.

Abstraction faite de ces problèmes, il s’avère que ces trois thèses ne sont pas clairement distinguées par les auteurs, dont le discours glisse souvent de l’une thèse à l’autre, mais elles sont toutes présentes dans la littérature en la matière, fût-ce d’une façon implicite. La première thèse, qui est censée rendre compte des données du droit positif français, est partagée par les auteurs de manière plus ou moins unanime⁸³⁷. Les deux autres thèses sont partagées par les auteurs qui cherchent à expliquer les données du droit positif⁸³⁸. On pourrait alors résumer l’analyse doctrinale aux termes

peuvent également s’appliquer aux lois, le commissaire gouvernement qualifie de « déplorable » la pratique qui consiste à ne pas publier certaines catégories d’actes administratifs.

⁸³⁵ V. *supra*, § 1, le paragraphe « L’idée d’un lien conceptuellement nécessaire », et les références citées

⁸³⁶ Cf. G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français, op. cit.*, n° 275, p. 204 : « c’est seulement grâce à sa publication que la loi nouvelle devient obligatoire, et qu’elle a d’ailleurs la possibilité matérielle de le devenir. En effet, les destinataires de la loi ne peuvent se conformer à un texte dont ils n’auraient pas connaissance ».

⁸³⁷ V. *supra*, § 1.

⁸³⁸ Certains auteurs partagent encore une idée : le droit positif érige la publication en condition nécessaire de l’entrée en vigueur pour des raisons de sécurité juridique et/ou d’efficacité du système juridique. Il semble pourtant que ces deux considérations – la sécurité juridique et l’efficacité du système juridique – ne sont que des variations de la deuxième et de la troisième thèse susmentionnées : à défaut d’un lien entre la publication et l’entrée en vigueur des lois, la sécurité ou l’efficacité du système seraient affectées parce qu’il serait impossible pour les acteurs juridiques d’être guidés par des lois qu’ils ne connaissent pas. Pour l’argument tiré de la sécurité juridique, v. J. PETIT, « L’entrée en vigueur des actes administratifs dans le code des relations entre le public et l’administration », *AJDA* 2015, p. 2433, spéc. par. I : « La notion même de l’entrée en vigueur en commande les conditions. Il serait évidemment contraire à la plus élémentaire sécurité juridique que des sujets se voient conférer des droits et, surtout, des obligations, à leur insu » ; « [L]e entre la publicité et l’entrée en vigueur est [...] une garantie de la sécurité juridique » (*ibid.*, par. I.A.1).

suiuants : le droit positif français érige la publication des lois en condition nécessaire de leur entrée en vigueur ; il en est ainsi parce qu'il serait injuste ou même impossible de dissocier l'entrée en vigueur de la publication, c'est-à-dire de traiter comme obligatoire une loi qui n'est pas (encore) publiée.

B) La « publication » comme condition nécessaire

La « publication » comme condition nécessaire – Toutefois, et comme nous l'avons vu, le terme « publication » peut désigner soit la publication légale, soit la publication effective. Cette dernière comprend tout acte dont l'accomplissement – qu'il soit ou non prévu par le droit positif – est apte à rendre la loi publiquement accessible⁸³⁹. La publication légale, en revanche, comprend tout acte dont l'accomplissement – qu'il rende ou non la loi publiquement accessible – est qualifié d'acte de publication par le droit positif lui-même. Si les travaux en la matière parlent indistinctement de « publication », c'est parce qu'ils présument, semble-t-il, que la publication légale, telle qu'elle est consacrée par le droit positif français, constitue une forme de publication effective⁸⁴⁰.

La publication légale comme condition nécessaire – En effet, c'est à la publication légale que les auteurs songent lorsqu'ils affirment ou suggèrent que le droit positif érige la « publication » en condition nécessaire de l'entrée en vigueur⁸⁴¹. Les auteurs invoquent en ce sens les règles de droit commun, c'est-à-dire les règles qui érigent la publication légale en critère par défaut pour la détermination de la date d'entrée en vigueur. Rappelons à nouveau ces règles : à défaut de prévision contraire, les lois entre en vigueur *après* leur publication (le lendemain ou un jour franc après leur publication) ou, sous certaines conditions, *dès* leur publication. Il s'ensuit, selon les auteurs, que les lois ne peuvent entrer en vigueur, au plus tôt, que le jour de leur

L'argument tiré de l'efficacité sous-tend les analyses qui invoquent l'adage « Nul n'est censé ignorer la loi » pour expliquer le lien entre la publication et l'entrée en vigueur : *infra*, § 2, C).

⁸³⁹ Ce qui distingue la publication de la notification.

⁸⁴⁰ Pour une exception notable, v. G. REVEL, *La publication des lois, des décrets et des autres actes de l'autorité publique*, Sirey, 1933, p. 190 : « le rôle et la publication est beaucoup moins de faire connaître l'acte lui-même, puisqu'on ne peut aboutir en cette matière qu'à une simple présomption de connaissance, que de fixer le moment à partir duquel un acte pourra être régulièrement opposé ».

⁸⁴¹ Comme nous l'avons vu, la publication légale n'implique pas nécessairement la publication effective : *supra*, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 1.

publication et, symétriquement, qu'elles ne sauraient entrer en vigueur sans faire ou avant de faire l'objet d'une publication.

La publication légale comme publication effective – Cela s'explique, selon les auteurs, par le fait que la « publication » est nécessaire en tant que moyen qui permet de « porter la loi à la connaissance » de ses destinataires⁸⁴². Certes, et comme on le verra par la suite, les auteurs soulignent qu'il est pratiquement impossible de porter effectivement la loi à la connaissance de tous ses destinataires, et que c'est en vertu d'une « fiction » ou d'une « présomption » que ces derniers sont tenus d'avoir pris effectivement connaissance de la loi publiée. Il paraît pourtant que cette « fiction » ou « présomption » ne concerne que la connaissance effective de la loi, et non pas sa connaissance possible : la façon dont les auteurs présentent la publication légale, et son lien avec l'entrée en vigueur, laisse comprendre que ce type de publication est tout au moins apte à rendre la loi publiquement accessible, de sorte que ses destinataires – sinon tous, au moins une grande partie – soient en position de la consulter.

Les auteurs présument alors, en termes plus ou moins explicites, que la publication légale, à laquelle se réfèrent les règles de droit commun, constitue une forme de publication effective : plus qu'un simple critère formel pour la détermination précise de la date d'entrée en vigueur, la publication légale serait tout au moins apte à rendre la loi *accessible* avant son entrée en vigueur (ou, au plus tard, au même moment que son entrée en vigueur). En d'autres termes, et d'après l'analyse que propose la doctrine, le droit positif français relativise la distinction entre publication légale et publication effective : si le droit positif français érige la publication légale en critère par défaut pour la détermination de la date d'entrée en vigueur, c'est pour subordonner cette dernière à une forme de publication qui s'avère effective, c'est-à-dire apte à rendre la loi publiquement accessible à ses destinataires (avant ou, au plus tard, le jour même de son entrée en vigueur).

⁸⁴² La doctrine reprend ici pour l'essentiel le discours officiel des acteurs juridiques. V. par. ex. : HELBRONNER, conclusions sur CE 18 juillet 1913, *Synd. nat. des chemins de fer de France et des colonies*, Rec. p. 875, spéc. p. 878 : « la publication a uniquement pour but de porter le décret à la connaissance de tous les citoyens, de le rendre obligatoire pour eux, de les soumettre, de les astreindre aux prescriptions de ce décret ».

La publication effective comme substitut de la publication légale – D’après les études en la matière, la distinction entre publication légale et publication effective réapparaît en cas de circonstances exceptionnelles⁸⁴³, comme la guerre ou l’occupation, lorsqu’il devient matériellement impossible d’accomplir les actes dont se compose la publication légale⁸⁴⁴. Dans ces cas⁸⁴⁵, et d’après la jurisprudence citée par la doctrine, le juge cherche à vérifier, tenant compte des circonstances de l’espèce, si le défaut de publication légale a été pallié par une publication ou par une notification effective⁸⁴⁶. Cela montre à la fois, et d’après la doctrine toujours, que le droit positif français érige la publication effective en condition nécessaire de l’entrée en vigueur, et que cette publication effective est assurée, en temps normaux, par la publication légale, c’est-à-dire par la publication que les règles de droit commun érigent en critère par défaut pour la détermination de la date d’entrée en vigueur.

C) Le rôle de la maxime « Nul n’est censé ignorer la loi. »

En plus des idées susmentionnées, certaines études affirment ou suggèrent que le lien entre la publication et l’entrée en vigueur s’explique aussi par un « adage » (ou une « maxime ») dont la formulation est la suivante : « Nul n’est censé ignorer la loi »⁸⁴⁷. Il semble que cet « adage » est une formulation elliptique d’au moins deux

⁸⁴³ C’est aussi le cas, pour les actes administratifs dont le mode de publication n’est pas explicitement prévu par le droit positif. V. en ce sens J.-M. AUBY, note sous CE ASS. 12 avril 1972, *Brier, D.* 1973 p. 684-685.

⁸⁴⁴ Qu’il s’agisse, pour ce qui concerne le régime avant la réforme de 2004, de l’impression du *Journal officiel* (ou du *Bulletin des lois*), ou de l’envoi de celui-ci aux différents départements. Quant à la version électronique du *Journal officiel*, dont la mise en ligne entraîne l’entrée en vigueur d’une loi à l’ensemble du territoire, il n’est pas clair, comme nous l’avons déjà vu, comment un éventuel problème technique pourrait être surmonté pour ce qui concerne la détermination de la date de l’entrée en vigueur : *supra*, Chapitre 1^{er}, Section 2, § 3.

⁸⁴⁵ La jurisprudence retient la même solution, qui consiste à vérifier si le texte litigieux a fait l’objet d’une publication effective, lorsqu’elle est en face d’un acte dont le droit positif ne détermine pas expressément le mode publication. V. en ce sens : BRAIBANT, conclusions sur CE 19 juin 1959, *Cazes, D.* 1959 p. 371 ; J.-M. AUBY, note sous CE Ass. 12 avril 1972, *Brier, D.* 1973 p. 684-685.

⁸⁴⁶ CE Ass. 5 avril 1946, *Sieur Rouy, Rec.* p. 107, *S.* 1947 III p. 44, note P.H : loi qu « a été portée à la connaissance de tous les personnels intéressés par voie d’affichage sur les lieux de travail » ; CE 4 février 1948, *Sieur Gauthier, Rec.* p. 56, même formule. On trouve des solutions similaires pour les actes réglementaires : CE 30 mai 1947, *Sieur Le Marhadour, Rec.* p. 224 : instruction qui « a fait l’objet d’une notification individuelle à chacun des officiers intéressés » ; CE 18 novembre 1949, *Sieur Plat, Rec.* p. 488 : décret qui « a fait l’objet d’une diffusion spéciale dans les services intéressés » ; CE 22 décembre 1950, *Rec.* p. 637, même formule.

⁸⁴⁷ Sur les origines de cet « adage », v. K. WEIDENFELD, « “Nul n’est censé ignorer la loi” devant la justice royale (XIV^e-XV^e siècles) », in : C. Boudreau et al. (dir.), *Information et société en Occident à la fin du Moyen Âge*, Publications de la Sorbonne, 2004, p. 165-183. Pour une approche historique, et pour lien établi par les juristes de l’Ancien régime entre cet adage et le besoin de subordonner le caractère obligatoire des lois à leur publication, v. : S. PETIT-RENAUD, “*Faire Loy*” au Royaume de France de Philippe VI à Charles V (1328-1380), *op. cit.*, p. 398 s.

principes⁸⁴⁸, dont la reconnaissance par les organes d'application du droit ne présuppose pas une consécration explicite⁸⁴⁹ : l'application d'une loi qui affecte les citoyens ne dépend pas de sa connaissance par ces derniers ; l'ignorance (prétendue ou avérée) d'une loi ne constitue pas – en principe, au moins – une excuse légale. Comme le second principe présuppose le premier⁸⁵⁰, on peut affirmer que l'adage en question est une formulation elliptique du principe selon lequel l'application des lois ne dépend pas de leur connaissance par les citoyens. Il s'ensuit, d'après les études qui invoquent ce principe, que « nul n'est censé appliquer une loi non encore publiée »⁸⁵¹. Le raisonnement sous-tendant cette conclusion comprend les idées suivantes :

1 - Le principe qu'exprime l' « adage » est nécessaire pour des raisons surtout pratiques : un système juridique ne serait pas viable s'il accordait à ses membres la possibilité d'invoquer leur ignorance afin de s'acquitter de leurs obligations légales et de la responsabilité qui en découle⁸⁵².

⁸⁴⁸ Sur les différents principes que l'on peut déduire de cet adage, v. M. DAN-COHEN, « Decision Rules and Conduct Rules : On Acoustic Separation in Criminal Law », *Harvard Law Review*, vol. 97, 1984, p. 625-677, spéc. p. 645 s.

⁸⁴⁹ Il a pu être soutenu pourtant que cet « adage » a connu une consécration explicite par l'art. 1^{er} du Code civil, dont la version initiale disposait que les lois « seront exécutées dans chaque partie de la République, du moment où la promulgation en pourra être connue ». En ce sens, v. G. DEREUX, « Étude critique de l'adage "Nul n'est censé ignorer la loi" », *RTD Civ.* 1907 p. 513-554, spéc. p. 522 et 527.

⁸⁵⁰ Le second principe est une application du premier en matière de responsabilité pénale. Pour la portée de ce second principe, v. BARBIER, « Erreur sur le droit », *JurisClasseur Pénal*, Art. 122-3, Fasc. 20, 2014 (mise à jour : 2018), n° 7 s.

⁸⁵¹ Y. GAUDEMET & B. PLESSIX, « Promulgation et publication des lois », *JurisClasseur Civil*, Fasc.10., l'Art.1^{er} du Code civil, 2011, n° 149 : « Nul n'est censé ignorer la loi ; mais nul n'est censé appliquer une loi non encore publiée » ; J.-É. GICQUEL, « Loi », *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 30, 2013 (mise à jour : 4 octobre 2015) n° 31 : « Si nul n'est censé ignorer la loi, encore faut-il que celle-ci soit connue. *Lex non promulgata non obligat*. L'absence de publication la rend donc inopposable aux administrés » ; G. BRAIBANT & B. STIRN, *Le droit administratif français*, 7^e éd., Presses de Sciences Po., 2005, p. 262 : sous le titre « Règles communes à toutes les catégories de droit écrit », où sont exposées les règles relatives à l'entrée en vigueur, et sous un paragraphe intitulé « La publicité », les auteurs affirment que cette dernière « est une condition commune [et] la contrepartie du principe selon lequel "nul n'est censé ignorer la loi" [...] ».

⁸⁵² J. CARBONNIER, « La maxime "Nul n'est censé ignorer la loi" en droit français », in : *Id. Écrits*, textes rassemblés par R. Verdier, PUF, 2008, p. 1216-1224, spéc. p. 1216 : « même en l'absence de texte, la maxime aurait pu se réclamer de la coutume et d'une nécessité de gouvernement » ; *Id.*, *Droit civil – Introduction*, vol.1, PUF-Quadrige, 27^e éd., [2002], 2004, n° 125, p. 224 : « [L]a maxime "Nul n'est censé ignorer la loi" repose sur une nécessité pratique : la loi étant par définition une disposition générale, son pouvoir ne peut, sous peine d'anarchie, dépendre de circonstances propres à chaque individu » ; *Ibid.* n° 128, p. 229, où l'auteur invoque « une nécessité de gouvernement » ; P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, op. cit., n° 249, p. 209 : « L'adage est indispensable au fonctionnement de tout système juridique et agit comme une fiction incontournable » ; V. LASSERRE, « Loi et règlement », *Répertoire de droit civil*, Encyclopédie Dalloz, 2015 (actualisation : janvier 2016), n° 129 : « Ce n'est pas sa vraisemblance qui fait l'autorité de cette maxime, mais sa nécessité. Il y aurait anarchie si l'obéissance à la loi pouvait être mise en échec par l'ignorance des sujets de droit » ; G. REVEL, *La publication des lois, des décrets et des autres actes de l'autorité publique*, op.

2 - Or, il est pratiquement impossible de porter chaque loi à la connaissance de tous les intéressés.

3 - Il est par conséquent admis, en vertu d'une « fiction » ou d'une « présomption », que chaque loi est effectivement connue à tous en vertu et à partir de sa publication légale.

4 - La publication légale elle-même, ainsi que son lien avec l'entrée en vigueur, s'avèrent nécessaires en raison du même principe : s'il est pratiquement impossible de porter chaque loi à la connaissance de tous les intéressés, et si, malgré cela, l'ignorance d'une loi ne saurait constituer une excuse légale, il faut que la loi soit tout au moins accessible, grâce à sa publication légale, avant ou, au plus tard, dès son entrée en vigueur⁸⁵³.

L'invocation du principe en question complique plutôt qu'elle n'éclaire les choses. Il en est ainsi pour deux raisons. D'une part, la « présomption » ou la « fiction » susmentionnée paraît superflue. Pourquoi « présumer » ou faire « comme si » la loi était effectivement connue de tous dès lors qu'il est admis, précisément, que le défaut d'une telle connaissance effective est non seulement impossible à réaliser en pratique mais aussi indifférent d'un point de vue juridique⁸⁵⁴ ? En d'autres termes, le principe en question reste intelligible, quant à sa portée et à sa justification, sans qu'il soit

cit., p. 10 : le principe en question trouve sa justification « dans des considérations tirées de la nécessité d'assurer l'ordre public et la stabilité sociale ».

⁸⁵³ V. en ce sens les études citées à l'avant-dernière note. V. aussi : A. CARPENTIER et *al.*, *Répertoire général alphabétique du droit français*, t. 26, Sirey, 1898, V° « Lois et décrets », n° 159, p. 613 : l'exposé des règles de droit commun relatives à la détermination de la date d'entrée en vigueur commence avec la remarque suivante : « l'idéal serait que la loi ne devienne obligatoire que lorsqu'elle est véritablement connue de tous, mais comme cela est tout à fait impraticable, on a dû recourir à des procédés plus ou moins satisfaisantes, pour réaliser les moyens les plus propres à la faire connaître » ; F. TERRÉ, « Le rôle actuel de la maxime "Nul n'est censé ignorer la loi" », *Études de droit contemporain*, Nouvelle série, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris, 1966, p. 91-123, spéc. p. 92 : « [S]i le délai de mise en vigueur [qui court à compter de la publication] varie, selon le critère indiqué [de distance], c'est afin de laisser aux particuliers le temps de prendre connaissance de la loi nouvelle, théoriquement sinon pratiquement » ; d'après l'auteur, c'est « dès qu'on porte le regard au-delà des frontières que « se brise » le « lien » entre l'entrée en vigueur et la possibilité de prendre connaissance de la loi grâce à sa publication légale : *Ibid*, p. 93

⁸⁵⁴ *Contra* : P. RRAPI, *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi : étude du discours sur la « qualité de la loi »*, *op. cit.*, n° 69, p. 69 : « En tant que fiction, cet adage neutralise l'inaccessibilité éventuelle de la législation : cette présomption est irréfragable. Cet adage ne peut être opposé à un justiciable que si, auparavant, une publication régulière a été faite ».

nécessaire d'invoquer une quelconque « fiction » ou « présomption »⁸⁵⁵. D'autre part, ce même principe présuppose plutôt qu'il n'explique le lien entre la publication et l'entrée en vigueur des lois. Rappelons que, d'après la doctrine, la publication est une condition nécessaire de l'entrée en vigueur parce que les lois ne sauraient être tenues pour obligatoires avant d'être connues (ou accessibles). Or, si l'on juge nécessaire de consacrer ou de reconnaître un principe qui dispose que le défaut de connaissance d'une loi ne saurait empêcher leur application, c'est parce qu'on présuppose, précisément, qu'il doit y avoir un certain lien entre la connaissance et le caractère obligatoire des lois. En d'autres termes, le principe en question ne peut pas expliquer le lien entre la publication et l'entrée en vigueur parce que, d'après l'analyse que propose la doctrine, tant le principe que le lien en question s'expliquent ultimement par une raison commune : par un lien qui unit la connaissance et le caractère obligatoire des lois.

De prime abord, ce lien paraît évident : le caractère obligatoire d'une loi dépend de son aptitude à recevoir application ; or, il est pratiquement impossible d'appliquer une loi qu'on ignore. Toutefois, le principe en question exige, précisément, qu'un agent soit tenu responsable pour ses actes même lorsque ceux-ci sont contraires à une loi que l'agent ignore. Ce paradoxe reflète une intuition : on comprend intuitivement qu'il y a, entre la connaissance et le caractère obligatoire des lois, un certain lien qui est à la fois nécessaire et relatif (ou variable). La clarification de cette intuition fait partie des problèmes qu'il faut creuser afin d'expliquer le lien entre la publication et l'entrée en vigueur. Toutefois, toute tentative d'explication doit être fidèle aux données pertinentes du droit positif : contrairement à ce qu'affirme ou suggère la doctrine, le droit positif français n'érige pas la publication légale – et, moins encore, la publication effective – en une condition nécessaire de l'entrée en vigueur des lois.

⁸⁵⁵ En ce sens, v. G. DEREUX, «Étude critique de l'adage "Nul n'est censé ignorer la loi"», *RTD Civ.*, 1907, p. 513-554, spéc. p. 528 : «On nous dit : en fait, tout le monde ne connaît pas la loi ; or il est nécessaire que la loi s'applique à tout le monde ; donc, il faut que tout le monde soit censé connaître la loi. Mais la conclusion s'impose-t-elle? Reprenons ce raisonnement, et nous dirons, avec une logie qui nous semble plus serée : tout le monde ne connaît pas la loi ; or il faut que la loi s'applique même à ceux qui ne la connaissent pas. Pourquoi greffer sur cette conclusion une fiction parasite [...] ?»

Section 2 – Les données du droit positif

Comme nous l’avons déjà noté, seule une règle de valeur constitutionnelle peut ériger la publication en condition nécessaire de l’entrée en vigueur des lois. Il n’en reste pas moins que les analyses en la matière, qui présument l’existence d’un tel lien, se concentrent presque exclusivement sur les règles de droit commun et, surtout, sur l’application qu’en fait la jurisprudence.

De façon peut-être paradoxale, la question constitutionnelle s’avère moins importante pour notre étude qu’il n’y paraît de prime abord, en ce sens que les données en la matière ne se prêtent pas à des longues analyses. En l’état actuel du droit positif, il faut se contenter d’affirmer, sauf à se prononcer *de lege ferenda*, que la publication des lois ne constitue pas une condition nécessaire de leur entrée en vigueur (§1).

Plus importante s’avère en revanche la façon dont la doctrine présente les règles de droit commun et l’application qu’en fait la jurisprudence. Ces données font systématiquement l’objet d’une analyse qui ne rend pas compte de leur portée exacte (§2).

§ 1 – Les données constitutionnelles

Il importe de rappeler les termes dans lesquels se pose la question de savoir si la publication des lois constitue ou non une condition nécessaire pour leur entrée en vigueur. Plus précisément, la détermination des conditions et de la date d’entrée en vigueur d’un acte juridique relève de la compétence de son auteur⁸⁵⁶. Corrélativement, le caractère nécessaire d’une condition particulière présuppose la consécration d’une règle qui restreint la compétence de l’auteur de l’acte. La question qui se pose alors pour les lois est la suivante : peut-on affirmer que le droit positif français consacre une règle (ou un principe) de valeur constitutionnelle qui restreint la compétence du législateur en la matière en lui interdisant – *prima facie*, au moins –

⁸⁵⁶ Cf. CONSEIL D’ÉTAT – SECTION DU RAPPORT ET DES ÉTUDES, *Publication et entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs*, Rapport annuel, La documentation française, 2001, p. 11 : « La fixation de la date d’entrée en vigueur, par une disposition explicite [...] entre par essence dans la compétence de son auteur – Parlement ou autorité administrative ».

de dissocier l'entrée en vigueur d'une loi de sa publication (préalable ou simultanée)
7⁸⁵⁷

À notre connaissance, le juge constitutionnel ne s'est jamais prononcé sur cette question⁸⁵⁸. Deux précisions s'avèrent pourtant nécessaires.

En premier lieu, le texte constitutionnel se réfère à plusieurs reprises à la « publication ». Il dispose par exemple que les ordonnances prises en conseil des ministres « entrent en vigueur dès leur publication »⁸⁵⁹, et que « [l]es traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois [...] »⁸⁶⁰. On a pu affirmer, à l'appui des dispositions du texte constitutionnel qui comportent le terme « publication »⁸⁶¹, que « la Constitution du 4 octobre 1958 emploie à plusieurs reprises le terme de publication pour signaler qu'elle constitue un préalable nécessaire à l'entrée en vigueur des textes juridiques ainsi qu'à leur opposabilité »⁸⁶². Cette affirmation s'avère exacte pour les dispositions, comme celles qui viennent d'être évoquées, qui précisent qu'un acte juridique entre en vigueur « dès sa publication ». Une précision s'impose pourtant.

⁸⁵⁷ De façon significative, la rubrique « Entrée en vigueur des lois » que comportent les tables analytiques du Conseil constitutionnel fait partie du chapitre intitulé « Étendue et limites de la compétence législative » : *Tables d'analyses du 4 octobre 1958 au 31 décembre 2017*, n° 3.2.2., p. 271 s. (accessible sur : conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2018-07/1958_2017tables.pdf)

⁸⁵⁸ Nous avons consulté toutes les décisions qui sont classées, dans les tables analytiques du Conseil constitutionnel, sous la rubrique « Entrée en vigueur des lois », susmentionnée. Nous avons également consulté toutes les décisions qui sont classées sous les trois rubriques qui sont relatives à l'objectif « d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi » (n° 1.2.20.6, p. 113 ; n° 1.7.1.6., p. 185 s. ; n° 4.1.6.2., p. 554).

⁸⁵⁹ Constitution du 4 octobre 1958, art. 38, al. 2 : « Les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation [...] ».

⁸⁶⁰ Art. 55 : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

⁸⁶¹ Outre les dispositions susmentionnées des articles 38, al. 5 et 55, le terme publication figure aussi dans les dispositions suivantes : art. 62, al. 2 : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision [...] » ; art. 74-1 : « Les ordonnances [visées par l'al. 1^{er} du même article] sont prises en conseil des ministres après avis des assemblées délibérantes intéressées et du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication. Elles deviennent caduques en l'absence de ratification par le Parlement dans le délai de dix-huit mois suivant cette publication » ; art. 77 : « [...] les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la Nouvelle-Calédonie et notamment les conditions dans lesquelles certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie pourront être soumises avant publication au contrôle du Conseil constitutionnel ».

⁸⁶² J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit. Recherche sur la formation d'une culture juridique*, thèse, préf. G. Tusseau, Mare & Martin, 2015, n° 121, p. 123, note 123.

L'objectif de l'article 38, al. 2, qui dispose que les ordonnances prises en conseil des ministres « entrent en vigueur dès leur publication », n'est pas d'interdire l'entrée en vigueur des ordonnances avant leur publication, mais de dissocier leur entrée en vigueur d'une condition postérieure, qui est leur ratification par le Parlement. Le lien nécessaire entre l'entrée en vigueur des ordonnances et leur publication résulte directement d'une autre règle, formulée actuellement par le Code des relations entre le public et l'administration, dont l'art. L. 221-2 dispose que « [l'] entrée en vigueur d'un acte réglementaire est subordonnée à l'accomplissement de formalités adéquates de publicité ». Il pourrait certes être soutenu que le lien en question résulte implicitement de la disposition constitutionnelle elle-même : le terme « dès la publication » signifie, *a contrario*, que l'entrée en vigueur ne peut pas être antérieure à la publication. Comme on le verra par la suite pourtant, à propos de la façon dont la doctrine interprète les règles de droit commun et l'application qu'en fait la jurisprudence, il s'avère nécessaire de bien distinguer les différentes règles qui peuvent régir la publication et l'entrée en vigueur d'un acte juridique : il ne suffit pas d'identifier un quelconque lien entre la publication et l'entrée en vigueur pour affirmer que la première constitue une condition nécessaire de la seconde.

§ 2 – Les données législatives et jurisprudentielles

Il convient de rappeler que, de manière générale, les études en la matière traitent indistinctement les lois et les actes administratifs réglementaires, la raison étant que les règles de droit commun, relatives à la détermination de la date d'entrée en vigueur, sont communes pour ces deux catégories d'actes. Ainsi, les auteurs proposent une analyse qui est censée rendre compte de l'entrée en vigueur des lois et des règlements, alors que leur démonstration s'appuie sur des exemples jurisprudentiels qui sont presque tous relatifs à l'entrée en vigueur des seuls règlements. Or, ces données jurisprudentielles font souvent l'objet d'analyses qui ne s'avèrent pas exactes. Il en est ainsi, tout d'abord, pour la jurisprudence que les auteurs invoquent pour étayer l'idée selon laquelle la « publication » est une condition nécessaire de l'entrée en vigueur (ou du caractère « opposable », « invocable », « applicable », etc.) de tout acte législatif ou réglementaire.

Comme cette idée constitue un lieu commun en la matière, et comme les différents arrêts cités par les auteurs constituent un *corpus* relativement homogène, il s'avère préférable, par souci de simplicité, de prendre ici comme exemple la thèse de G. Éveillard. Il s'agit, à notre connaissance, de l'étude la plus récente à avoir argumenté de façon détaillée en faveur de l'idée en question⁸⁶³.

Avant de présenter cette thèse, il faut préciser que l'auteur emploie le terme « observabilité » pour désigner ce que l'on appelle communément « entrée en vigueur », à savoir « le moment auquel la règle produira un effet contraignant à l'égard de ses destinataires, administrés comme administrations, bref le moment auquel elle devient obligatoire »⁸⁶⁴. Cette précision étant faite, il convient de citer *in extenso* les termes dans lesquels l'auteur formule la thèse en question :

« La publicité [par opposition à promulgation des lois et la signature des actes réglementaires] est une simple question d'opposabilité, ou, pour mieux dire, de caractère obligatoire, un texte non encore publié ou incorrectement publié n'étant pas observable. En effet, la publication n'est qu'une formalité matérielle, et non juridique comme la promulgation, qui marque de l'avis quasi-unanime, sinon le début, du moins une condition de l'opposabilité de l'acte vis-à-vis de ces destinataires, donc de son caractère obligatoire »⁸⁶⁵

« [I]l va de soi que l'édiction [la promulgation des lois et la signature des actes réglementaires] est totalement insuffisante pour permettre l'entrée en vigueur de la règle nouvelle. Qu'une loi ou un règlement soient édictés ne suffit pas pour autant à leur faire produire pleinement des effets juridiques. Un règlement ne peut pas davantage être exécuté par l'administration qu'invoqué par les administrés tant qu'il n'a pas fait l'objet

⁸⁶³ Il s'agit de la thèse précitée de G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, publiée en 2007. À notre connaissance, cette thèse, avec celle de J. PETIT, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, publiée en 2002, sont les deux études qui proposent l'argumentation la plus élaborée et documentée en faveur de l'idée selon laquelle la publication constitue une condition nécessaire de l'entrée en vigueur de tout acte législatif et réglementaire. Nous nous concentrons ici sur la thèse de G. Éveillard parce qu'elle est plus récente, mais aussi parce qu'elle s'inspire largement de celle de J. Petit.

⁸⁶⁴ G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, *op. cit.*, n° 76, p. 58-59.

⁸⁶⁵ *Ibid.*, n° 73, p. 56-57

d'une publication : il faut pour cela qu'il soit observable. Un texte non publié et, partant, non encore observable, n'est donc pas encore entré en vigueur »⁸⁶⁶.

« [L'observabilité de la loi nouvelle] ne peut être antérieure à la date d'édiction [et] ne peut davantage être antérieure à la publication, cette dernière étant une condition d'observabilité. Elle est actuellement régie [...] par l'article 1^{er} alinéa 1^{er} du Code civil [...] qui prévoit que "les lois et, lorsqu'ils sont publiés au *Journal officiel de la République française*, les actes administratifs *entrent* (normalement) en vigueur le lendemain de leur publication" »⁸⁶⁷.

Dans les notes qui accompagnent ces passages, l'auteur cite au total vingt-huit arrêts qui sont censés prouver le lien décrit ci-dessus entre la publication et l'entrée en vigueur⁸⁶⁸. Tous les arrêts portent sur l'entrée en vigueur des actes réglementaires, à l'exception de quatre arrêts du Conseil d'État, dont l'un porte sur l'entrée en vigueur d'un traité international, et les trois autres sur l'entrée en vigueur de lois.

La jurisprudence *Fédération nationale des associations tutélaires* – Dans la première espèce⁸⁶⁹, le Conseil d'État distingue l'entrée en vigueur d'un traité dans l'ordre international de son entrée en vigueur dans l'ordre interne : si les conditions et la date de la première peuvent être déterminées par le traité lui-même⁸⁷⁰, comme c'était le cas en l'espèce, le Conseil d'État précise que la seconde « est subordonnée, conformément aux dispositions de l'article 55 de la Constitution, à sa publication [du traité] », c'est-à-dire à l'insertion dans le *Journal officiel* du décret « qui en porte publication ». Cette espèce illustre par analogie le type de preuve qu'il faut apporter afin d'étayer la thèse selon laquelle la publication est une condition nécessaire de l'entrée en vigueur des lois. Il faut montrer que l'entrée en vigueur de ces dernières est « subordonnée » à leur publication en vertu d'une règle (ou d'un principe) de

⁸⁶⁶ *Ibid.*, n° 74, p. 57-58.

⁸⁶⁷ *Ibid.*, n° 76, p. 59.

⁸⁶⁸ Ou leur caractère « opposable », « observable » et « obligatoire », ou encore l'aptitude d'un tel acte à être « exécuté » ou « invoqué », ou à développer « pleinement des effets juridiques ». On présume ici que tous ces termes désignent la même qualité – celle d'être un acte « obligatoire » – et que cette qualité caractérise une loi qui est « en vigueur ».

⁸⁶⁹ CE 7 juillet 2000, *Fédération nationale des associations tutélaires*, n° 213461, *RFDC* 2003/2 n° 54, p. 401-424, note J.-F. MARCHI.

⁸⁷⁰ À défaut d'une telle détermination, l'entrée en vigueur des traités est régie par les règles de droit commun que pose l'art. 24, al. 2 et 3, de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

valeur constitutionnelle. À notre connaissance, aucune étude n'a apporté une telle preuve, et il en va de même pour l'étude que nous prenons ici comme exemple.

Cette étude n'invoque aucune règle ou jurisprudence constitutionnelle, si ce n'est une décision du Conseil constitutionnel, sur laquelle on reviendra, qui est pourtant sans rapport avec la question, qui nous intéresse ici, qui est de savoir si la publication constitue ou non une condition nécessaire de l'entrée en vigueur des lois⁸⁷¹. Pour le reste, comme nous l'avons noté, la thèse concernant le lien nécessaire entre la publication et l'entrée en vigueur est étayée par des exemples tirés de la jurisprudence administrative. Mais supposons, pour les besoins de notre analyse, que les solutions dégagées par cette jurisprudence étaient de nature à lier le législateur. Même dans cette hypothèse, les arrêts cités par l'étude de notre exemple seraient inadéquats pour étayer la thèse selon laquelle la publication constitue une condition nécessaire de l'entrée en vigueur des lois. En effet, l'un de ces arrêts applique une loi non publiée. Les deux autres arrêts tranchent des questions qui sont sans rapport avec la thèse susmentionnée. Il en va de même pour le seul exemple tiré de la jurisprudence constitutionnelle auquel renvoie, dans les passages rapportés ci-dessus, l'étude que nous prenons ici en exemple. Nous nous pencherons d'abord sur le premier cas de figure.

La jurisprudence *Barrot* – Il s'agit de l'arrêt d'Assemblée *Barrot et autres*, rendu en 1957⁸⁷², par lequel le Conseil d'État s'est prononcé sur deux requêtes en annulation. Nous précisons d'emblée que nous ne sommes pas sûrs d'avoir bien saisi la portée de cet arrêt. En effet, celui-ci semble être affecté d'une contradiction que nous ne parvenons pas à expliquer. On peut néanmoins estimer, avec plus ou moins de certitude, que le Conseil d'État statue sur l'une des deux requêtes en application d'une loi non publiée⁸⁷³.

⁸⁷¹ Il agit de la décision du Conseil constitutionnel n° 88-6 ELEC du 13 juillet 1988, *Minvielle de Guilhem de Lataillade*, RFDA 1988 p. 702, note B. GENEVOIS.

⁸⁷² CE Ass. 13 décembre 1957, *Sieurs Barrot et autres*, Rec. p. 675.

⁸⁷³ L'étude que nous prenons ici comme exemple cite l'arrêt *Barrot* dans le cadre de deux passages : « La publicité [par opposition à la promulgation des lois et la signature des actes réglementaires] est une simple question d'opposabilité, ou, pour mieux dire, de caractère obligatoire, un texte non encore publié ou incorrectement publié n'étant pas observable » ; « un règlement ne peut davantage être exécuté par l'administration qu'invoqué par les administrés tant qu'il n'a pas fait

La loi en question, en date du 17 juillet 1942, était relative aux économats de l'armée. Le Conseil d'État constate que « cette loi, antérieurement à la libération du territoire, n'a fait l'objet d'aucune publication [et] qu'après la cessation des circonstances exceptionnelles nées de la guerre, elle n'a pas été publiée au *Journal officiel* ». Il s'ensuit que « les prescriptions de ladite loi n'ont pas acquis force obligatoire à l'égard des agents du service et des particuliers intéressés et ne sauraient conférer une base légale aux décisions individuelles les concernant ».

Or, cette solution ne concerne que l'une des deux requêtes dont l'Assemblée du contentieux était en l'espèce saisie. Elle concerne plus précisément la seconde requête (n° 26.553) qui tendait à l'annulation pour excès de pouvoir d'une décision, prise en 1953, par laquelle le Ministre des Finances soumettait le personnel des économats de l'armée à certaines règles, prévues par un décret, relatives au cumul de rémunérations⁸⁷⁴. Il apparaît que le personnel des économats de l'armée aurait dû être exempté de ces règles de cumul si la loi du 17 juillet 1942 avait « acquis force obligatoire ». Si alors le Conseil d'État soulève le défaut de publication et de « force obligatoire » de cette loi, ce n'est pas pour annuler mais pour valider la décision attaquée.

Toutefois, le Conseil d'État s'appuie sur cette même loi pour annuler la décision attaquée dans la première requête (n° 21.660). Celle-ci tendait à l'annulation d'une instruction, édictée en 1951, par laquelle le Secrétaire d'État à la Guerre avait défini les économats de l'armée comme des établissements publics de l'État. Le Conseil d'État annule cette décision pour incompétence : la loi susmentionnée du 17 juillet 1942 habilitait le Secrétaire d'État à la Guerre à définir par instructions « la nature et le mode fonctionnement du service des économats de l'armée », mais elle « n'a pas eu pour objet et n'a ainsi pas eu pour effet d'autoriser le ministre à conférer la qualité

l'objet d'une publication : il faut pour cela qu'il soit observable », G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public, op. cit.*, n° 73, p. 56 (et note 41), et n° 74, p. 58 (et note 49), respectivement.

⁸⁷⁴ Il s'agit du décret-loi du 29 octobre 1936, relatif aux cumuls de retraites, de rémunérations et de fonctions. Il paraît que ce dernier, doté d'un « champ d'application très large », fut « très controversé », F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, 4^e éd., Economica, 2017, n° 353, p. 406.

d'établissement public à un service qui ne tenait pas ce caractère juridique de la nature même des règles de son organisation et de son fonctionnement ».

Ainsi motivée, cette annulation recèle une contradiction. Pour mieux saisir cette contradiction, deux séries de précisions peuvent s'avérer utiles.

En premier lieu, le Conseil d'État vise un seul et même article de la loi non publiée du 17 juillet 1942. Il s'agit de son article 1^{er}, sur le fondement duquel le Conseil d'État annule l'instruction attaquée dans la première requête. On peut ainsi affirmer que le Conseil d'État statue en application de cet article⁸⁷⁵. Mais le Conseil d'État vise ce même article lorsqu'il affirme, statuant sur la seconde requête, que « les prescriptions de la dite loi n'ont pas acquis force obligatoire »⁸⁷⁶. Qui plus est, et en deuxième lieu, la légalité d'un acte administratif est censée s'apprécier au regard des textes qui sont en vigueur au moment de son édicition. Par conséquent, invoquer une disposition législative afin de motiver l'annulation d'un acte administratif revient à reconnaître que ladite disposition était obligatoire pour l'auteur de l'acte au moment de l'édicition de ce dernier. Or, les actes attaqués au moyen des deux requêtes, dont celui que le Conseil d'État annule pour incompétence, avaient été édictés plusieurs années « après la cessation des circonstances exceptionnelles nées de la guerre ». Cette donnée est importante parce qu'il est généralement admis, d'après une théorie sur laquelle on reviendra, que seule la présence de circonstances exceptionnelles peut briser le lien prétendument nécessaire entre la publication des lois et leur caractère obligatoire.

De ce qui précède, il paraît que l'arrêt *Barrot* est entaché d'une contradiction : le Conseil d'État affirme dans le même temps, par un même arrêt, que les « prescriptions » d'une loi « n'ont pas acquis force obligatoire » en raison d'un

⁸⁷⁵ En effet, appliquer une loi revient à invoquer le contenu de cette dernière – la teneur de ses dispositions et la signification attribuée à celles-ci – afin de justifier une conclusion normative concrète. Corrélativement, toute décision de justice dont la motivation fait appel au contenu d'une loi constitue un acte d'application de cette dernière. Toutefois, comme les décisions de justice peuvent comporter des *obiter dicta*, il faut en plus que les dispositions invoquées dans la motivation soient présentées par le juge comme faisant partie de la prémisse dont est tirée la conclusion qui figure dans le dispositif de la décision.

⁸⁷⁶ Comme on le verra par la suite, il paraît que le Conseil d'État distingue, dans ce même article, deux dispositions différentes, mais il n'en reste pas moins que celles-ci font partie du même article de la même loi, sauf à considérer que le Conseil d'État se réfère ici indistinctement à deux lois différentes qui porteraient la même date.

défaut de publication, et qu'une décision doit être annulée au motif que son auteur a excédé le cadre de l'habilitation que lui accordait cette même loi. Il paraît, en d'autres termes, que, dans le cadre de la première requête, le Conseil d'État statue en application d'une loi dont il constate, dans le cadre de la seconde requête, le défaut de « force obligatoire »⁸⁷⁷.

À notre connaissance, ce paradoxe n'a pas attiré l'attention des auteurs qui citent l'arrêt *Barrot*⁸⁷⁸. Or, l'analyse des auteurs s'avère conforme à la façon dont l'arrêt

⁸⁷⁷ *Comp.* les deux entrées (n° 243 et 284) que les *Tables décennales* du *Recueil Lebon* consacrent à l'arrêt *Barrot* : N° 243 – « Inapplicabilité d'une loi non publiée après la cessation des circonstances exceptionnelles nées de la guerre, qui avaient empêché sa publication » ; N° 284 – « Création d'un établissement public – Article 1^{er} de la loi du 17 juillet 1942 sur les économats de l'armée n'ayant pas eu pour objet et n'ayant ainsi pas eu pour effet d'autoriser le ministre à conférer la qualité d'établissement public [...]. Illégalité de l'instruction du 1^{er} février 1951 en tant qu'elle attribue ce caractère au service des économats de l'armée », *Tables décennales 1955-1964*, t. 1^{er}, p. 66 et 74, respectivement. La première entrée (n° 243), qui résume la solution adoptée dans le cadre de seconde requête, est classée sous le mot-clé « Cessation des circonstances exceptionnelles ». En revanche, et de façon significative, la seconde entrée (n° 284), qui résume la solution adoptée dans le cadre de la première requête, figure sous le chapitre intitulé « Compétence » et sous l'article de ce dernier consacré au « Domaine de la loi ».

⁸⁷⁸ Rappelons que l'étude que nous prenons ici comme exemple cite l'arrêt *Barrot* dans le cadre de deux passages : « la publicité [par opposition à la promulgation des lois et la signature des actes réglementaires] est une simple question d'opposabilité, ou, pour mieux dire, de caractère obligatoire, un texte non encore publié ou incorrectement publié n'étant pas observable » ; « Un règlement ne peut davantage être exécuté par l'administration qu'invoqué par les administrés tant qu'il n'a pas fait l'objet d'une publication : il faut pour cela qu'il soit observable », G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public, op. cit.*, n° 73, p.56 (et note 41), et n° 74, p. 58 (et note 49), respectivement. L'arrêt *Barrot* est également cité dans le cadre des passages suivants : J.-M. AUBY & R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif* t.1^{er}, 3^e éd, LGDJ, 1984, n° 82, p. 143 : « Si la promulgation rend la loi exécutoire, c'est la publication qui la rend obligatoire [...] Le juge vérifie si la publication a bien été faite. Dans le cas contraire, la loi doit être considérée comme inapplicable » ; F. BATAILLER, *Le Conseil d'État juge constitutionnel*, thèse, préf. G. Vedel, LGDJ, 1966, p. 174, note 28 : « En ce qui concerne le contrôle de l'entrée en vigueur de la loi, la jurisprudence est constante : le juge administratif vérifie si la loi dont il doit faire application est bien entrée en vigueur ; la publication au *Journal officiel* conditionne l'applicabilité de la loi (jurisprudence constante) » ; J. CARBAJO, *L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires*, thèse, préf. J.-F. Lachaume, LGDJ, 1980, p. 24 : l'arrêt *Barrot* confirme la jurisprudence selon laquelle « en l'absence de telles circonstances [exceptionnelles] ou lorsque ces circonstances ont cessé, l'acte législatif, pour être opposable à l'administration ou l'administré, doit avoir fait l'objet d'une publication régulière » ; D. CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, thèse, préf. D. de Béchillon, Dalloz, 2012, n° 871, p. 300 : « La publicité correspond à l'étape d'observabilité dans la mesure où elle marque le moment à compter duquel l'acte est opposable, c'est-à-dire obligatoire pour ses destinataires » ; C. CONIL, *L'acte de puissance publique conditionnel : contribution à l'étude des conditions d'entrée en vigueur et de retrait des actes unilatéraux de droit public*, thèse, Paris 2, 2008, p. 28 : « La jurisprudence lie clairement en effet l'opposabilité d'un acte à sa publicité, et cela concerne aussi [...] les tiers à l'acte » ; P. DELVOLVÉ, *L'acte administratif*, Sirey, 1983, n° 506, p. 209 : « [L]a jurisprudence parle de la force obligatoire provoquée par la publicité d'un acte ou de l'absence de force obligatoire résultant de l'absence de publicité » ; J.-É. GICQUEL, « Loi », *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 30, 2013 (mise à jour : 4 octobre 2015), n° 33 : « [S]eule une loi publiée au *Journal officiel* est opposable aux administrés » ; B. SEILLER, « L'entrée en vigueur des actes unilatéraux », *AJDA*, 2004, p.1463-1468, spéc. p. [...] : « [T]ant qu'il n'a pas été publié, un acte réglementaire ne peut pas être opposé à ses destinataires » ; P. SERRAND, *Droit administratif, t. I : Les actions administratives*, 2^e éd., PUF, 2017, n° 200, p. 220 : la jurisprudence considère « que l'absence de publication d'un règlement prive les personnes régies par ce texte de se prévaloir de ses dispositions [...] et que, réciproquement, un acte réglementaire qui n'a pas été publié ne peut pas être opposé à ses destinataires » ; J.-Y. VINCENT, « Acte administratif – Application dans le temps »,

Barrot est présenté par le Conseil d'État lui-même. D'après le rapport annuel que ce dernier a consacré à la matière, l'arrêt *Barrot* montre qu'« un texte réglementaire non publié n'est pas applicable à l'administration »⁸⁷⁹. D'après un *Guide de légistique*, qui est le « [f]ruit d'un travail commun du Conseil d'État et du secrétariat général du Gouvernement »⁸⁸⁰, ce même arrêt prouve que « [t]ant que la publication n'est pas intervenue, la norme nouvelle ne peut pas être opposée aux tiers »⁸⁸¹. Ces deux sources proposent alors une interprétation officielle qui correspond à celle retenue par la doctrine : l'arrêt *Barrot* atteste que les lois non publiées ne sont obligatoires ni pour l'administration ni pour les administrés ; cela confirme le caractère nécessaire qui s'établit, en droit positif français, entre la publication des lois et leur entrée en vigueur⁸⁸².

Plus étonnante encore s'avère une autre interprétation qui est retenue tant par le *Guide de légistique* susmentionné que par les conclusions de trois rapporteurs publics : d'après ces sources, l'arrêt *Barrot* s'inscrit dans le cadre d'une jurisprudence⁸⁸³ par laquelle le Conseil d'État admet la légalité des actes qui sont pris en application d'une loi non (encore) publiée, sous condition qu'il s'agisse des actes réglementaires (et non individuels) dont l'entrée en vigueur n'est pas antérieure à celle de la loi⁸⁸⁴.

JurisClasseur Administratif, Fasc. 108-30, 2005, n° 6 : « Si un acte réglementaire n'a pas reçu la publicité requise, faute d'être entré en vigueur, il n'est pas opposable aux administrés qui, de leur côté, ne peuvent en revendiquer le bénéfice [...] ».

⁸⁷⁹ CONSEIL D'ÉTAT – SECTION DU RAPPORT ET DES ÉTUDES, *Publication et entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs*, Rapport annuel, La documentation française, 2001, p. 21 (et note 21).

⁸⁸⁰ SECRÉTARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT, *Guide de légistique*, 3^e éd., La documentation française, 2017, p. 3 (accessible sur : guide-legistique.fr/guide.pdf).

⁸⁸¹ *Ibid.*, n° 1.2.2., p. 32.

⁸⁸² *Comp.* FRANC & BOYON, *chron. AJDA* 1974, p. 192 : citant l'arrêt *Barrot*, entre autres, les deux auteurs, membres du Conseil d'État, résument l'interprétation en question dans les termes suivants : « Les lois et les règlements ne s'imposent aux administrés, comme aux autorités et aux juridictions administratives, qu'à la condition d'avoir été publiés [et] l'absence de publication [...] fait obstacle à ce qu'une loi ou un décret acquière force obligatoire ».

⁸⁸³ Plus analytiquement sur cette jurisprudence, v. G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires*, *op. cit.*, n° 741 s., p. 586 s.

⁸⁸⁴ ROUGEVIN-BAVILLE, conclusions sur CE Ass. 8 février 1974, *Commune de Montory*, *RDP* 1974, p. 1511, spéc. p. 1518 : « [U]ne loi promulguée, mais non publiée peut servir de base légale à des règlements (sous réserve que leur entrée en vigueur soit retardée au moins jusqu'à celle de la loi), mais non à des actes individuels » ; E. GLASER, conclusions sur CE Ass. 28 décembre 2009, *Commun de Béziers*, n° 304802 : « [L]'administration peut prendre un acte réglementaire sur la base d'un autre acte réglementaire [...] qui n'est lui-même pas encore devenu exécutoire [...] sous réserve bien sûr que l'entrée en vigueur de l'acte d'application soit postérieure à celle de l'acte de base. En revanche,

La première interprétation officielle est démentie par la façon dont le Conseil d'État statue sur la première requête : sans faire aucune mention du défaut de publication de la loi du 17 juillet 1942, le Conseil d'État statue en application de l'article 1^{er} de cette dernière et annule l'instruction attaquée. Quant à la seconde interprétation officielle, elle prend appui, semble-t-il, sur l'extrait suivant de l'arrêt *Barrot* : statuant sur la seconde requête, et après avoir révélé le défaut de publication de la loi du 17 juillet 1942, le Conseil d'État affirme que « les prescriptions de ladite loi n'ont pas acquis force obligatoire à l'égard des agents du service et des particuliers intéressés et ne sauraient conférer une base légale aux décisions individuelles les concernant ». Or, la décision attaquée au moyen de la seconde requête, et dont le Conseil d'État admet par ailleurs la légalité, n'était pas une décision individuelle prise en application de la loi non publiée : sa base légale était un autre texte, à savoir un décret dont les dispositions, relatives au cumul de rémunérations, auraient été inapplicables aux requérants si la loi non publiée avait acquis « force obligatoire ». Par ailleurs, la loi en question ne fut jamais publiée, alors que la jurisprudence qui fonde cette seconde interprétation concerne des lois dont la publication (et l'entrée en vigueur) est simplement postérieure par rapport à l'édition des actes qui sont pris en leur application.

Il importe de préciser que, outre la loi du 17 juillet 1942, les conclusions du commissaire du gouvernement sur cette affaire n'ont pas non plus été publiées. Il se

vous n'étendez pas cette tolérance aux décisions individuelles, lesquelles sont illégales si elles sont prise sur la base d'une décision réglementaire ou individuelle qui n'est pas encore devenue exécutoire » ; dans le même sens : F. SÉNERS, conclusions sur CE 30 juillet 2003, *Groupement des éleveurs mayennais de trotteurs (GEMTROT)*, n°237201, *Rec.* p. 346, *RFDA* 2003, p. 1134 ; SECRÉTARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT, *Guide de légistique, op. cit.*, n° 1.2.2, p. 32 : « Tant que la publication n'est pas intervenue, la norme nouvelle ne peut pas être opposée aux tiers [...] Il est cependant admis que des mesures réglementaires soient prises pour l'application d'une disposition existante mais non encore publiée, dès lors que ces mesures n'entrent pas elles-mêmes en vigueur avant que la disposition sur laquelle elles se fondent ait été régulièrement rendue opposable aux tiers ». Cette interprétation a été reprise par une partie de la doctrine : Y. GAUDEMET & B. PLESSIX, « Promulgation et publication des lois », *Jurisclasseur Civil*, Fasc.10., Art. 1^{er}, 2011, n° 153, qui affirment, citant l'arrêt *Barrot*, qu'« une loi non publiée peut servir de base légale à des règlements (mais non à des actes individuels), sous réserve toutefois que l'entrée en vigueur de ceux-ci soit différée au moins jusqu'à la publication de la loi » ; M. TRIENBACH, *Les normes non directement applicables en droit public français*, thèse, préf. P. Wachsmann, LGDJ, 2015, n° 310, p. 156 (et note 175) : « [L]es décisions d'application ne peuvent entrer en vigueur avant le texte qui en est à l'origine, et ne doivent pas prendre effet avant leur base légale. L'Assemblée du Conseil d'État [par son arrêt *Barrot*] limite la portée de cette règle aux actes non individuels : un acte réglementaire non publié ne peut pas servir immédiatement de fondement à des actes individuels ».

peut alors que ces documents contiennent des informations qui pourraient éclairer les données et la portée de cette affaire. Faute pourtant de telles informations complémentaires, nous devons admettre que l'interprétation officielle de l'arrêt *Barrot* nous laisse perplexe. Il en va de même pour la contradiction dont cet arrêt semble être affecté. On pourrait néanmoins formuler une hypothèse concernant ce dernier problème.

Il convient tout d'abord de rappeler que le Conseil d'État, statuant sur les deux requêtes dont il était en l'espèce saisi, vise un seul et même article de la loi non publiée, à savoir son article 1^{er}. Il paraît que cet article comportait deux dispositions. La première, déjà évoquée, habilitait le Secrétaire d'État à la Guerre à régler par instructions le mode de fonctionnement des économats de l'armée. C'est sur le fondement de cette disposition que le Conseil d'État annule pour incompétence l'instruction attaquée au moyen de la première requête. La seconde disposition était relative au régime juridique des économats de l'armée. Il paraît, comme nous l'avons noté, que l'acte attaqué au moyen de la seconde requête aurait été entaché d'illégalité si cette disposition avait « acquis force obligatoire ». En effet, c'est à cette disposition que se réfère le Conseil d'État lorsqu'il affirme, statuant sur la seconde requête, que « les prescriptions de ladite loi non pas acquis force obligatoire à l'égard des agents du service et des particuliers intéressés et ne sauraient conférer une base légale aux décisions individuelles les concernant ».

Compte tenu de ces données, on pourrait formuler une hypothèse concernant le traitement différencié que l'arrêt *Barrot* semble réserver aux deux dispositions susmentionnées de la loi non publiée. Cette hypothèse comprend deux volets. D'une part, on pourrait penser que le Conseil d'État distingue en l'espèce entre deux types de règles : celles qui s'adressent au gouvernement et sont relatives soit à l'exercice de son pouvoir réglementaire en général, soit, plus spécifiquement, à la légalité externe des actes réglementaires édictés par le gouvernement ; celles qui s'adressent à l'administration et sont relatives aux droits et aux obligations des « agents du service » et des « particuliers intéressés ». Si tel est le cas, et d'autre part, on pourrait aussi penser que le Conseil d'État adopte la solution suivante : les dispositions législatives comportant des règles de la première catégorie sont obligatoires dès leur

édiction, et indépendamment de leur publication (ou, au moins, indépendamment de leur publication officielle)⁸⁸⁵.

Faute de pouvoir consulter le texte de la loi et les conclusions du commissaire du gouvernement, nous ne pouvons pas apprécier la pertinence de cette hypothèse. Mais supposons qu'elle soit valable. Même dans ce cas, et contrairement à ce que laisse comprendre l'interprétation doctrinale ou même officielle de l'arrêt *Barrot*, ce dernier ne serait pas apte à montrer que la publication des lois constitue une condition nécessaire de leur entrée en vigueur. Il en est ainsi pour deux raisons. D'une part, et pour ce qui concerne la première requête, on peut conclure, avec plus ou moins de certitude, que le Conseil d'État statue en application d'une loi non publiée. À notre sens, la pertinence de ce constat n'est pas affectée par notre difficulté d'expliquer la raison qui a conduit le juge à statuer ainsi : quelle que soit l'explication éventuelle, elle n'altère pas le fait que le juge invoque une loi non publiée afin de motiver sa décision d'annuler l'instruction attaquée. D'autre part, et pour ce qui concerne la seconde requête, il paraît que le Conseil d'État statue en application du décret du 5 novembre 1870. Rappelons la règle de droit commun posée par ce texte : à défaut de prévision contraire, les lois « seront obligatoires » (à Paris) un jour franc après leur publication au *Journal officiel*. Faute d'une telle publication, et faute d'une disposition législative contraire, une loi ne pouvait pas être considérée comme étant « obligatoire ». Or, le décret du 5 novembre était de valeur législative, et les règles qui y étaient consacrées s'appliquaient à défaut de disposition législative contraire.

Par conséquent, on ne peut tirer aucune conclusion de ces règles, et de l'application qu'en fait la jurisprudence, concernant l'existence ou non, en droit positif français, d'un lien nécessaire entre la publication des lois et leur entrée en vigueur : ce lien

⁸⁸⁵ Il convient de rappeler ici les termes dans lesquels le Conseil d'État dresse son constat concernant le défaut de publication de la loi en cause : celle-ci « n'a fait l'objet d'aucune publication » pendant l'occupation, alors qu'« elle n'a pas été publiée au *Journal officiel* » après la Libération. Cette formule pourrait laisser comprendre, *a contrario*, que la loi avait bien fait l'objet d'une publication après la Libération, mais au moyen d'un instrument autre que le *Journal officiel*. Il se peut alors que la loi en question fût accessible aux membres du gouvernement, alors que, faute d'être insérée dans le *Journal officiel*, elle demeurerait inaccessible aux « agents » des économats de l'armée, ainsi qu'aux « particuliers intéressés ». Mais il se peut aussi que la formule retenue par l'arrêt fasse simplement allusion à la jurisprudence selon laquelle la publication effective peut se substituer à la publication en cas de circonstances exceptionnelles, mais non pas après la fin ou en l'absence de telles circonstances.

reste nécessaire tant que la date d'entrée en vigueur des lois est déterminée par les règles de droit commun, à défaut de disposition contraire ; or, il reste toujours à savoir s'il est interdit ou non au législateur, en vertu d'une règle de valeur constitutionnelle, d'adopter une disposition contraire qui dissocierait l'entrée en vigueur d'une loi de sa publication.

Ce dernier constat s'impose pour toute décision qui applique les règles de droit commun afin de déterminer si, et à partir de quand, une loi donnée est en vigueur (ou « obligatoire », « applicable », « opposable », etc.). Toutefois, et comme nous l'avons déjà remarqué, c'est précisément à ces données législatives et jurisprudentielles que songe principalement la doctrine lorsqu'elle affirme ou suggère que la publication des lois constitue une condition nécessaire de leur entrée en vigueur. Ce décalage entre les données du droit positif et l'analyse qu'en propose la doctrine est illustré de façon caractéristique par les deux autres arrêts, relatifs à l'entrée en vigueur de lois, auxquels renvoie l'étude que nous prenons ici comme exemple.

La jurisprudence *Rocheray* – Il s'agit de l'arrêt *Rocheray*, rendu en 1927⁸⁸⁶. En l'espèce, le juge administratif se borne à appliquer une règle de droit commun afin de déterminer la date d'entrée en vigueur d'une loi. Plus précisément, le Conseil d'État applique cette règle afin de déterminer si une nouvelle loi de procédure était ou non en vigueur dans un département donné à la date où avait été rendue la décision attaquée. Si alors le Conseil d'État se réfère en l'espèce à la date à laquelle la loi a été « publiée » par « son insertion au *Journal officiel* », c'est uniquement pour constater, « par application des dispositions de l'art.1^{er} du Code civil et du décret du 5 novembre 1870 », que la décision attaquée était à juste titre fondée sur l'ancienne loi de procédure, puisque la nouvelle loi « n'était pas devenue obligatoire lorsque le tribunal [qui avait rendu la décision attaquée] a statué à Bourg le 24 juillet 1922 »⁸⁸⁷.

⁸⁸⁶ CE 9 mars 1927, *Rocheray*, *Rec.* p. 305, *D.* 1928 III p. 70, note R. MAYER.

⁸⁸⁷ Il est en principe admis par le Conseil d'État que les lois de procédure s'appliquent aux procédures qui sont en cours au moment de leur entrée en vigueur. V. B. GENEVOIS conclusions sur CE sect. 19 décembre 1980, *Reveillod et autres*, *D.* 1981, p. 398, spéc. p. 400.

La jurisprudence *Lanquetot* – Le troisième arrêt cité par l'étude que nous prenons ici comme exemple, est l'arrêt d'Assemblée *Lanquetot*, rendu en 1943⁸⁸⁸. Pour mieux saisir la portée de cette arrêt, il importe de présenter brièvement les faits et la question litigieuse⁸⁸⁹. Le Conseil d'État était en l'espèce saisi d'un recours dirigé contre deux arrêtés dont l'un était pris en application de l'autre. Il s'agissait d'un arrêté préfectoral du 28 novembre 1940 pris en application d'un arrêté ministériel du 2 novembre 1940 mettant à son tour en application une loi. La disposition de la loi sur laquelle était fondé l'arrêté ministériel attaqué avait fait l'objet d'une abrogation par une loi du 21 octobre 1940, insérée au *Journal officiel* du 10 novembre suivant. D'après cette nouvelle loi, les décisions qui étaient jusqu'alors prises, conformément à l'ancienne loi, sous forme d'arrêté ministériel, devaient désormais être prises sous forme d'arrêté interministériel. Le requérant invoquait cette nouvelle loi à l'appui de son recours. Son argument se résumait ainsi : l'arrêté ministériel du 2 novembre 1940 avait été pris avant la publication, en date du 10 novembre, mais après l'édition de la nouvelle loi – opérée le 21 octobre ; or, une loi est obligatoire pour l'administration dès son édition, puisque la publication ne concerne que les administrés ; par conséquent, l'arrêté ministériel n'a pas été légalement pris puisque la nouvelle loi, qui s'imposait déjà l'administration avant sa publication, exigeait que l'arrêté en question soit revêtu la forme d'un arrêté interministériel.

Le Conseil d'État rejette ce moyen en s'appuyant sur le décret du 5 novembre 1870, à savoir sur les règles de droit commun qui déterminaient à l'époque la date d'entrée en vigueur. Selon ces règles, et comme nous l'avons vu, les lois entrent en vigueur à Paris un jour franc après leur insertion au *Journal officiel* (et, dans les autres

⁸⁸⁸ CE Ass. 16 avril 1943, *Lanquetot*, Rec. 101, S. 1943, III, p. 41, conclusions LÉONARD, note R. MALÉZIEUX.

⁸⁸⁹ L'auteur cite cet arrêt, avec plusieurs autres arrêts qui sont relatifs, eux, à l'entrée en vigueur des actes réglementaires, lorsqu'il affirme qu'« [u]n règlement ne peut pas davantage être exécuté par l'administration qu'invoqué par les administrés tant qu'il n'a pas fait l'objet d'une publication : il faut pour cela qu'il soit observable ». Compte tenu du contexte de cette citation et de l'économie générale de l'analyse proposée, il serait possible d'affirmer, sans trahir la pensée de l'auteur, que le passage précité vise les lois aussi : tout comme un règlement, un acte législatif « ne peut pas davantage être exécuté par l'administration qu'invoqué par les administrés tant qu'il n'a pas fait l'objet d'une publication [...] ». Il paraît, en d'autres termes, que l'auteur voit dans l'arrêt *Lanquetot* la confirmation jurisprudentielle de l'idée – que l'auteur défend explicitement par ailleurs, dans d'autres parties de sa thèse – selon laquelle les lois ne peuvent pas entrer en vigueur avant d'être publiées, ce qui revient à affirmer que la publication constitue une condition nécessaire de l'entrée en vigueur des lois. Cette interprétation est par ailleurs partagée par d'autres études en la matière : [...].

arrondissements, un jour franc après l'arrivée à leur chef-lieu du numéro correspondant du *Journal officiel*). La nouvelle loi, en date du 21 octobre 1940, avait été insérée au *Journal officiel* du 10 novembre 1940. Par conséquent, et d'après la règle de droit commun susmentionnée, elle n'était pas encore en vigueur le 2 novembre 1940, date à laquelle avait été pris l'arrêté ministériel attaqué. Corrélativement, l'ancienne loi régissant la matière était encore en vigueur à cette date, et l'arrêté attaqué avait été légalement pris sur le fondement de cette loi⁸⁹⁰. La prémisse de cette solution est formulée dans les termes suivants :

« Considérant que, d'après le décret-loi du 5 novembre 1870, les lois ne deviennent obligatoires qu'un jour franc après leur publication au *Journal officiel* ou après l'arrivée dudit *Journal officiel* au chef-lieu de l'arrondissement ; qu'en conséquence, les textes qu'elles abrogent demeurent en vigueur jusqu'à l'expiration de ce délai et que l'administration peut, jusqu'à cette date, prendre valablement les mesures utiles pour leur application ».

Ainsi motivé, cet arrêt présente deux points d'intérêt.

Premièrement, le Conseil d'État refuse de distinguer, comme l'invitait le requérant, entre le moment où la loi devient obligatoire pour l'administration, et le moment où elle devient obligatoire pour les administrés. Il faut pour autant remarquer que, à la différence des conclusions du commissaire du gouvernement, l'arrêt lui-même ne fait aucune mention à la distinction en cause, et se contente de rappeler le décret de 1870 et la règle de droit commun qui en découle. En effet, la distinction invoquée par le requérant n'a pas lieu d'être retenue si l'on s'en tient à la lettre du décret : ce texte détermine, en fonction de la date de la publication légale, le moment à compter duquel « les lois et les décrets seront obligatoires », sans distinguer entre les destinataires – administration ou administrés – pour lesquels les lois et les décrets « seront obligatoires ». Il paraît alors que, d'après le Conseil d'État, la solution du

⁸⁹⁰ Les termes exacts de l'arrêt sont les suivants : « considérant que, d'après le décret-loi du 5 novembre 1870, les lois ne deviennent obligatoires qu'un jour franc après leur publication au *Journal officiel* ou après l'arrivée dudit *Journal officiel* au chef-lieu de l'arrondissement : qu'en conséquence, les textes qu'elles abrogent demeurent en vigueur jusqu'à l'expiration de ce délai et que l'administration peut, jusqu'à cette date, prendre valablement les mesures utiles pour leur application ; considérant qu'à la date du 2 novembre 1940, la loi du 21 octobre 1940 n'avait pas encore été publiée ; que la loi du 30 juillet 1940 [il s'agit de l'ancienne loi] qu'elle a abrogée était alors en vigueur »

litige passe par la simple application de la règle de droit commun relative à la date d'entrée en vigueur des lois, telle qu'elle résulte de la lettre du décret de 1870.

Or, et deuxièmement, c'est précisément cette façon dont le juge, confronté aux faits de l'espèce, tranche la question dont il est saisi, qui détermine la portée de cet arrêt : lorsque le Conseil d'État affirme que « les lois ne deviennent obligatoires qu'un jour franc après leur publication au *Journal officiel* », il ne prétend guère formuler une règle qui régit l'entrée en vigueur des lois en général ; il se contente simplement de rappeler la règle de droit commun qui régit la matière « *d'après le décret-loi du 5 novembre* ». Cela est évident pour deux raisons. D'une part, il serait en tout état de cause impossible pour le Conseil d'État de formuler une règle qui régit l'entrée en vigueur des lois en général, sauf à considérer qu'il est compétent pour formuler des règles qui s'imposent au législateur. Mais abstraction faite de ce problème, et deuxièmement, une telle règle serait sans rapport avec la question litigieuse. En effet, si le Conseil d'État se réfère, ici encore, à la date à laquelle la loi a été « publiée », c'est uniquement pour déterminer, en application de la règle de droit commun, la date à laquelle la nouvelle loi est entrée en vigueur⁸⁹¹. Corrélativement, l'arrêt *Lanquetot*, tout comme l'arrêt *Rocheray* précité, n'ont aucun rapport avec la question constitutionnelle qui est de savoir si la publication constitue ou non une condition nécessaire de l'entrée en vigueur des lois.

Ce dernier point mérite d'être souligné car il est source de confusion. Il importe plus précisément de rappeler, au risque de se répéter, que les deux arrêts susmentionnés se bornent à appliquer les règles de droit commun, à savoir les règles *de valeur législative* qui érigent la publication en critère par défaut pour la détermination de la date d'entrée en vigueur des lois. Ces règles s'appliquent à défaut de prévision contraire, à savoir lorsqu'une loi ne détermine pas elle-même sa date d'entrée en vigueur. Par conséquent, l'application de ces règles par les tribunaux – et, à plus forte raison, leur application par des tribunaux qui n'exercent pas un contrôle de constitutionnalité de la loi – ne permet de tirer aucune conclusion quant à la

⁸⁹¹ En d'autres termes, la publication dont il est ici question correspond, tout simplement, au critère auquel les acteurs du système doivent se référer, conformément aux règles du droit commun, afin de déterminer la date d'entrée en vigueur d'une loi, pourvu qu'il s'agisse d'une loi qui ne détermine pas elle-même sa date d'entrée en vigueur.

possibilité ou non pour le législateur d'adopter une disposition contraire qui dissocierait l'entrée en vigueur d'une loi de sa publication. Or, ce constat s'impose même lorsque les règles en question sont appliquées par une juridiction constitutionnelle. Si nous n'avons pas pu trouver, dans la jurisprudence constitutionnelle, un exemple qui serait pertinent en ce sens, il convient de se pencher sur la décision du Conseil constitutionnel à laquelle renvoie l'étude que nous prenons ici comme exemple.

La décision CC n° 88-6 ELEC – Il s'agit d'une décision rendue par le Conseil constitutionnel, en 1988, en sa qualité de juge électoral⁸⁹².

L'étude que nous prenons ici comme exemple cite cette décision dans le cadre du passage suivant : « Un règlement ne peut pas davantage être exécuté par l'administration qu'invoqué par les administrés tant qu'il n'a pas fait l'objet d'une publication : il faut pour cela qu'il soit observable »⁸⁹³. Il s'agit du même passage où sont cités les arrêts *Lanquetot* et *Barrot*, étudiés plus haut. Ce, ce passage est suivi de l'affirmation suivante : « Un texte non publié et, partant, non encore observable, n'est donc pas encore entré en vigueur »⁸⁹⁴. Il n'y a donc pas de doute quant à la portée qu'attribue à cette décision l'étude que nous prenons ici comme exemple : cette décision est censée montrer, elle aussi, le lien prétendument nécessaire qui s'établit en droit positif français entre la publication des lois et leur entrée en vigueur. Il s'avère pourtant que cette décision n'a aucun rapport, elle non plus, avec cette question.

Plus précisément, le Conseil constitutionnel était en l'espèce saisi d'une requête tendant à l'annulation d'un décret qui portait convocation des collèges électoraux pour l'élection des députés⁸⁹⁵. Signé par le président de la République, ce décret était contresigné par le Premier ministre et par deux ministres. Ses visas faisaient mention

⁸⁹² Décision n° 88-6 ELEC du 13 juillet 1988, requête n° 88-1035, *Minvielle de Guilhem de Lataillade*, *RFDA* 1988, p. 702, note B. Genevois

⁸⁹³ G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, op. cit., n° 74, p. 58 (et note 49 *in fine*).

⁸⁹⁴ *Ibid.*

⁸⁹⁵ Décret n° 88-719 du 14 mai 1988 portant convocation des collèges électoraux pour l'élection des députés à l'Assemblée nationale et fixant le déroulement des opérations électorales [...], *JO* du 15 mai 1988, p. 7132.

du décret du 5 novembre 1870, et son article 6 disposait que « vu l'urgence, [le présent décret] entrera immédiatement en vigueur ». Le requérant contestait la légalité de cet article en s'appuyant sur le décret du 5 novembre 1870 : ce dernier habilitait « le gouvernement » à décider de l'entrée en vigueur immédiate, alors que le décret attaqué était contresigné par le Premier ministre et par deux ministres seulement.

Le Conseil constitutionnel a écarté ce moyen. Après avoir rappelé les règles posées par le décret du 5 novembre 1870 (cons.1), il a affirmé (cons. 2) « que ces dernières dispositions n'exigent ni n'impliquent que la décision de faire entrer en vigueur immédiatement un décret soit précédée d'une délibération du conseil des ministres [et] qu'il suffit que ledit décret soit signé par le Premier ministre et, le cas échéant, par les ministres chargé de son exécution, conformément à l'article 22 de la Constitution ».

Pour saisir la portée de cette décision, deux précisions s'avèrent nécessaires.

Premièrement, le premier considérant de la décision comporte l'affirmation suivante : « les textes législatifs et réglementaires publiés au Journal officiel sont obligatoires, à Paris, un jour franc après leur publication ». Or, le Conseil constitutionnel ne prétend guère formuler ici une règle relative à l'entrée en vigueur des lois qui s'imposerait au législateur. Il se borne à rappeler la règle de droit commun qui s'appliquait par défaut « en vertu de l'article 2, alinéa 2, du décret [du 5 novembre 1870] ». Par ailleurs, ce rappel est suivi d'un autre. Le Conseil constitutionnel précise que le décret du 5 novembre pose encore une règle de droit commun, alternative à la première. Il s'agit de la règle qui disposait que l'entrée en vigueur immédiate d'un décret peut être décidée par « le Gouvernement ». Telle était, précisément, la règle qui régissait l'entrée en vigueur du décret attaqué, et dont le Conseil constitutionnel était appelé à clarifier la portée. En effet, et deuxièmement, la question litigieuse était de préciser la portée du terme « le Gouvernement », au sens du décret du 5 novembre 1870. Il s'agissait de savoir si la décision concernant l'entrée en vigueur immédiate d'un décret devait être prise par le gouvernement dans son ensemble, réuni en conseil des

ministres, ou si, au contraire, la signature du Premier ministre et des ministres responsables de l'exécution du décret concerné étaient à cet effet suffisantes.

Il s'ensuit que la décision rendue en l'espèce n'a aucun rapport, elle non plus, avec la question de savoir si la publication des lois constitue ou non une condition nécessaire de leur entrée en vigueur. Certes, le Conseil constitutionnel est en principe compétent pour se prononcer sur cette question. Il aurait pu le faire s'il était saisi, par exemple, d'un recours d'inconstitutionnalité dirigé contre une loi qui dissociait son entrée en vigueur de sa publication. Dans un tel cas, il aurait pu trancher la question suivante : le droit constitutionnel français consacre-t-il une règle constitutionnelle qui restreint la compétence du législateur en la matière en lui interdisant de dissocier l'entrée en vigueur des lois de leur publication ?

Il convient de rappeler ici trois choses à propos de cette question. Premièrement, seule une réponse positive à cette dernière permet d'affirmer que le droit positif français érige la publication des lois en condition nécessaire de leur entrée en vigueur. Deuxièmement, et sauf erreur de notre part, aucune étude ne s'est penchée sur cette question, y compris les études qui portent sur le principe dit « d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ». Faute d'une telle démonstration, et troisièmement, la doctrine se contente d'invoquer les règles de droit commun, et l'application qu'en fait la jurisprudence, afin de montrer que la publication des lois constitue, en droit positif français, une condition nécessaire de leur entrée en vigueur.

Cette approche est entachée de deux défauts. Le premier est évident : seule une règle de valeur constitutionnelle peut ériger la publication des lois en condition nécessaire de leur entrée en vigueur. Le second défaut est illustré par les exemples jurisprudentiels que nous avons étudiés plus haut : la doctrine propose une analyse inexacte des règles de droit commun et de l'application qu'en fait la jurisprudence.

En effet, et comme les exemples jurisprudentiels étudiés le montrent, la doctrine raisonne comme si les deux affirmations suivantes étaient équivalentes :

P₁ « Les lois entrent en vigueur après leur publication ».

P₂ « Les lois entrent en vigueur après leur publication, *d'après les règles de droit commun* ».

La doctrine présume que l'affirmation P₂ implique l'affirmation P₁. Cela traduit une confusion entre deux types de règles : celles qui érigent une condition particulière en condition nécessaire de l'entrée en vigueur ; celles qui érigent une condition particulière en critère par défaut pour la détermination de la date d'entrée en vigueur. Par conséquent, la doctrine raisonne comme si les deux affirmations suivantes étaient, elles aussi, équivalentes :

R₁ « Les lois ne sauraient entrer en vigueur avant d'être publiées ».

R₂ « À défaut de prévision contraire, les lois entrent en vigueur le lendemain de leur publication ».

La doctrine présume que la règle R₂ implique la règle R₁. Cela traduit une double méconnaissance des données du droit positif. Premièrement, la règle R₁ doit être dotée d'un fondement constitutionnel dans la mesure où elle s'adresse au législateur, alors que, en droit positif français, la règle R₂ est consacrée par des textes de valeur législative. Mais abstraction faite de ce problème, et deuxièmement, la règle R₂ n'implique pas nécessairement la règle R₁ parce qu'il s'agit, tout simplement, de deux types de règles différentes : elles ne s'adressent pas aux mêmes acteurs et ne remplissent pas la même fonction.

La confusion qui persiste sur ce point dans la littérature est la raison pour laquelle nous avons insisté sur les exemples étudiés plus haut. Nous avons voulu montrer pourquoi il est inexact d'invoquer cette jurisprudence et d'affirmer, sans autre précision, que les lois n'entrent pas en vigueur avant d'être publiées. La seule conclusion que l'on peut tirer de cette jurisprudence, c'est que la publication conditionne l'entrée en vigueur des lois lorsque ces dernières ne déterminent pas elles-mêmes la date de leur entrée en vigueur, c'est-à-dire lorsque leur date d'entrée en vigueur est déterminée en fonction de celle de leur publication, conformément aux règles de droit commun. Or, ces règles, et l'application qu'en fait la jurisprudence, ne

préjugent rien quant à la possibilité ou non pour le législateur de dissocier l'entrée en vigueur d'une loi de sa publication.

Ce constat s'impose pour tout arrêt qui s'appuie sur les règles de droit commun afin de déterminer si, et à partir de quand, une loi est en vigueur (ou « obligatoire », « applicable », « opposable », etc.)⁸⁹⁶. Ce point mérite d'être souligné parce que les formules retenues par le juge prêtent souvent à confusion. Tel est le cas, notamment, lorsque le juge se réfère à la « publication » d'une loi alors qu'il ne vise que la date de son entrée en vigueur⁸⁹⁷. Cette pratique est si courante que le terme « publication » est le plus souvent utilisé, par métonymie, comme synonyme d'« entrée en vigueur ». Cela pourrait laisser croire que la jurisprudence identifie la publication à l'entrée en vigueur parce qu'elle reconnaît que celle-ci dépend nécessairement de celle-là. Toutefois, et sauf erreur de notre part, le recours de la part du juge à cette métonymie va toujours en pair avec l'application des règles de droit commun : si le juge se réfère à la « publication » d'une loi alors qu'il vise son entrée en vigueur, c'est parce qu'il se prononce sur cette dernière en application des règles de droit commun, c'est-à-dire en fonction des règles qui déterminent la date de l'entrée en vigueur en fonction de celle de la publication. Il en va de même par ailleurs pour les arrêts qui affirment que « c'est la publication de la loi qui la rend obligatoire »⁸⁹⁸ : sauf à considérer que le juge judiciaire ou administratif peut formuler de règles ou de principes de portée générale qui s'imposent au législateur, il s'avère que la formule en question ne représente qu'une formulation elliptique de l'assertion « C'est la publication de la loi qui la rend obligatoire, *d'après les règles de droit commun* ».

Ces exemples montrent que l'une des sources de confusion en la matière est la motivation sommaire et le modèle minimaliste d'individuation de règles qu'emploie le juge. En effet, et à notre connaissance, le juge ne présente jamais les règles de droit commun qu'il applique dans leur formulation complète. Par exemple, lorsqu'il applique la règle posée par l'al. 2 de l'article 1^{er} du décret du 5 novembre 1870, il n'emploie jamais une formule détaillée comme la suivante : « À défaut de prévision

⁸⁹⁶ Sur ces variations terminologiques, v. *infra*, Titre II, Chapitre 2, Section 1, § 1.

⁸⁹⁷ V. la jurisprudence citée par G. ÈVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, *op. cit.*, p. 205, n° 276, note 39

⁸⁹⁸ Sur cette jurisprudence, v. *supra*, Première partie, Titre I, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 2, B), 2).

contraire, les lois entrent en vigueur à Paris un jour franc après la date dont est daté le numéro du *Journal officiel* dans lequel elles sont insérées ». Le juge a plutôt recours à trois autres techniques. Premièrement, la règle de droit commun appliquée est souvent décrite à l'aide de formules elliptiques, dont le degré d'abstraction ou de précision peut varier en fonction de la complexité de l'affaire. Deuxièmement, il se peut que la règle de droit commun appliquée ne soit même pas décrite : le juge se contente de rappeler le texte dont la règle est déduite. Troisièmement, il peut y avoir des arrêts qui ne précisent ni la règle ni le texte appliqués : le juge se réfère uniquement à la « publication » de l'acte juridique litigieux, et ce afin de déterminer si ce dernier était ou non en vigueur (ou « opposable », « obligatoire », etc.) au moment où se sont produits les faits de l'affaire litigieuse.

TITRE II : LES CONDITIONS D'ENTRÉE EN VIGUEUR

Au titre précédent nous avons tenté de mettre en exergue la distinction entre deux types de règles : celles qui érigent une condition particulière en condition nécessaire de l'entrée en vigueur ; celles qui érigent une condition particulière en critère par défaut pour la détermination de la date d'entrée en vigueur. En fonction de cette distinction, nous avons voulu montrer que la publication constitue une condition dont l'entrée en vigueur des lois dépend par défaut, c'est-à-dire lorsque la date de leur entrée en vigueur est déterminée, à défaut de règle contraire, par les règles de droit commun. En revanche, on ne saurait affirmer que la publication constitue une condition nécessaire *tout court* tant qu'on ne peut pas identifier une règle de valeur constitutionnelle qui interdirait expressément au législateur de dissocier l'entrée en vigueur d'une loi de sa publication. Contrairement alors à l'approche suivie par la doctrine, il s'avère inexact d'affirmer, sans autre précision, que la publication est une condition nécessaire de l'entrée en vigueur des lois.

Il n'en reste pas moins que, d'après la doctrine, la publication constitue l'une des deux conditions dont dépend nécessairement l'entrée en vigueur des lois, l'autre condition étant la promulgation.

La double acception du terme « entrée en vigueur » – De prime abord, le lien entre la promulgation et l'entrée en vigueur n'appelle pas de précisions : avant d'entrer en vigueur, une loi doit tout d'abord être édictée ou, selon la terminologie dominante dans la doctrine, elle doit tout d'abord « exister ». Ce constat paraît évident si l'on considère que le terme « entrée en vigueur » désigne le *moment* à compter duquel une loi entre en vigueur⁸⁹⁹.

Or, le terme « entrée en vigueur » peut avoir une portée plus large : il peut aussi désigner une institution – un ensemble de règles et de pratiques correspondantes – qui comprend notamment la détermination du moment où les lois entrent en vigueur. Un autre élément de cette institution est la fin de l'édition ou, plus précisément, la

⁸⁹⁹ Si le terme « entrée en vigueur » désigne le moment où une loi acquiert une certaine qualité – celle d'être une loi « en vigueur » –, il s'ensuit que le prédicat « en vigueur » présuppose l'existence du sujet prédiqué, c'est-à-dire de la « loi ».

possibilité de déterminer la fin de la procédure d'édiction et, corrélativement, le moment à compter duquel la loi peut remplir les autres conditions dont dépend éventuellement son entrée en vigueur. Plus encore, cette institution implique la possibilité de déterminer ces deux moments – l'édiction et l'entrée en vigueur – d'une façon qui est précise et peut s'appliquer à toute nouvelle loi. Selon cette deuxième approche alors, le terme « entrée en vigueur » désigne une institution qui implique la possibilité de distinguer avec précision entre : a) l'édiction d'une loi ; b) les conditions ultérieures dont dépend éventuellement son entrée en vigueur ; c) le moment de son entrée en vigueur.

La double acception du terme « condition d'entrée en vigueur » – Si la date d'entrée en vigueur marque le moment à compter duquel une loi devient obligatoire, il s'ensuit que l'institution de l'entrée en vigueur implique la possibilité de distinguer avec précision, pour toute nouvelle loi, entre le moment où la procédure de son édiction est achevée, et le moment où elle devient obligatoire. Toutefois, comme nous tenterons de le montrer dans les développements suivants, la possibilité d'établir une telle distinction dépend d'une série de conditions qui ne sont pas nécessairement présentes dans tout système juridique.

Il importe alors de distinguer entre deux acceptions du terme « condition d'entrée en vigueur ». D'une part, il y a les conditions *particulières*. Il s'agit de conditions dont dépend l'entrée en vigueur des lois d'après les règles d'un système juridique donné. D'autre part, il y a les conditions conceptuellement nécessaires : il s'agit des conditions dont dépend l'existence même des conditions particulières, voire l'existence de l'institution de l'entrée en vigueur au sein d'un système juridique donné. On peut qualifier ces conditions de « *conditions générales* », puisqu'il s'agit de conditions qui sont présentes dans tout système juridique qui connaît l'institution de l'entrée en vigueur, quelles que soient les conditions particulières auxquelles chaque système subordonne l'entrée en vigueur de ses lois.

Le concept de « condition d'entrée en vigueur » – Cette distinction n'a pas attiré l'attention de la doctrine qui se concentre sur les conditions particulières. De prime abord, ce concept semble évident : les conditions que ce concept désigne

correspondent, tout simplement, aux conditions dont dépend l'entrée en vigueur des lois d'après les règles correspondantes du droit positif. Des divergences surgissent toutefois parmi les auteurs lorsqu'il s'agit d'identifier ces conditions. Il importe alors d'étudier, dans un premier temps, la façon dont la question des conditions d'entrée en vigueur est traitée dans la littérature afin d'identifier les idées qui sous-tendent et les inconvénients que présente l'approche suivie par la doctrine (Chapitre 1^{er}). Ensuite, nous proposerons un concept de « condition d'entrée en vigueur » qui nous permettra de rendre compte de la distinction entre les conditions particulières et les conditions générales (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Les conditions d'entrée en vigueur selon la doctrine

Les travaux en la matière peuvent être regroupés en deux catégories en fonction de la façon dont ils traitent la question des conditions d'entrée en vigueur. De règle générale, les auteurs dressent une liste de ce qui compte comme « condition d'entrée en vigueur » sans expliquer les critères de ce choix. Une telle explication est jugée inutile : les auteurs se bornent à rappeler certaines données du droit positif et à remarquer que, d'après celle-ci, c'est de telle ou telle condition dont dépend l'entrée en vigueur des lois. Cette approche s'appuie alors sur nos intuitions en la matière : on comprend intuitivement, en observant les données du droit positif, ce qui compte comme « condition d'entrée en vigueur ». En ce sens, on pourrait qualifier cette approche d'« intuitive » (Section 1).

Seule une partie minoritaire de la doctrine s'écarte de l'approche intuitive. Les travaux en question s'intéressent à la structure des règles relatives à l'entrée en vigueur des lois. Selon l'analyse proposée, les conditions d'entrée en vigueur sont les éléments dont se compose le présupposé de la règle qui « assure » l'entrée en vigueur d'une loi. Cette approche s'appuie donc sur une analyse de la structure des règles qui « assurent » l'entrée en vigueur des lois. En ce sens, on pourrait la qualifier d'« analyse structurelle » (Section 2).

Section 1 : L'approche intuitive

L'approche intuitive s'appuie sur les règles de droit commun, étudiées au chapitre précédent, qui érigent la publication en critère par défaut pour la détermination de la date d'entrée en vigueur. Il s'agit des règles qui déterminent la date d'entrée en vigueur des lois à défaut de prévision contraire. Comme nous l'avons vu, ces règles présentent un point commun, à l'exception de l'article 1^{er} du Code civil dans sa rédaction initiale : elles érigent la publication en critère par défaut pour la détermination de la date d'entrée en vigueur.

Il convient de rappeler que la doctrine présume, en s'appuyant sur ces règles, que la publication est une condition nécessaire de l'entrée en vigueur de toute loi. Comme nous l'avons vu, cette idée est inexacte : ces règles, de valeur législative, ne déterminent pas les conditions dont dépend toujours l'entrée en vigueur des lois, mais uniquement les conditions – en l'espèce, la publication – dont dépend l'entrée en vigueur à défaut de prévision contraire. Par souci de simplicité, nous nous ferons abstraction de ce problème dans les développements suivants.

Ce qui nous intéresse ici, c'est la distinction faite par la doctrine entre la publication et les étapes qui la précèdent. En effet, la publication présuppose l'accomplissement de certaines conditions préalables. Faut-il compter ces dernières parmi les « conditions d'entrée en vigueur » ?

Si les analyses en la matière ne creusent pas cette question de façon explicite (§ 1), il n'en reste pas moins que l'elles opèrent un choix en fonction du concept implicite de « condition d'entrée en vigueur » qu'elles partagent (§ 2).

§ 1 – L'absence d'un concept explicite

Lorsqu'il s'agit de présenter les conditions dont dépend l'entrée en vigueur des lois, certains auteurs évoquent seule la publication, alors que d'autres subsument sous la même catégorie certaines étapes qui précèdent la publication.

Plus précisément, certains auteurs se bornent à remarquer, après avoir rappelé les règles de droit commun et sans fournir d'avantage de précisions, que l'entrée en vigueur des lois dépend de leur publication. Cette idée fait l'objet d'interprétations divergentes. Si certains auteurs se réfèrent à la publication sans autre explication, d'autres précisent que celle-ci, en tant que condition d'entrée en vigueur, comprend non seulement l'insertion de la loi au *Journal officiel*, mais aussi l'écoulement du

délai de publication⁹⁰⁰, tandis que d'autres ont pu soutenir que ce délai « ne peut pas, sauf à jouer sur les mots, être qualifié de condition de l'entrée en vigueur »⁹⁰¹.

D'autres travaux s'écartent de cette approche et comptent certaines conditions antérieures à la publication parmi les conditions dont dépend l'entrée en vigueur des lois. Certains auteurs remarquent que l'entrée en vigueur d'un texte présuppose tout d'abord que ce texte « existe », ou qu'il soit « juridiquement parfait »⁹⁰². Pour cette raison, ils comptent la promulgation parmi les conditions d'entrée en vigueur⁹⁰³. D'autres élargissent plus encore la catégorie de conditions d'entrée en vigueur. Ainsi, on a pu y inclure l'adoption de la loi par le parlement. Une étude sur l'entrée en vigueur des actes administratifs, dont le raisonnement peut s'appliquer aux lois aussi, a pu aller plus loin encore : en s'appuyant sur une distinction entre la volonté et la

⁹⁰⁰ Ce qui correspond à la définition de la publication retenue par la jurisprudence dès les années 1930, comme nous l'avons vu : *supra*, Première partie, Titre I, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 2, B), 2).

⁹⁰¹ J. HÉRON, « Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil) », *RTD civ.* 1985, p. 277-333, spéc. p. 292.

⁹⁰² F. CROUZATIER-DURAND, *La fin de l'acte administratif unilatéral*, préf. J.-P. Théron, L'Harmattan, 2003, p. 260 ; B. SEILLER, « L'entrée en vigueur des actes unilatéraux », *AJDA* 2004, p. 1463, Id., « Acte administratif : régime », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2015, n° 296. D'autres affirment que la loi doit tout d'abord être édictée ou « exécutoire » avant d'être « opposable » : G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, préf. J. Petit, Dalloz, 2007, n° 68, p.51 ; P. FLEURY LE GROS, *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne*, préf. Bach L. et Mayer P., postface J. Petit, Dalloz, 2005, p. 22 et p. 31 et s. ; P. DEUMIER, « La publication de la loi et le mythe de sa connaissance », *LPA*, 6 mars 2000, n° 46, p. 6

⁹⁰³ G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, *op. cit.* et aussi n° 74, p. 57 ; B. SEILLER, « L'entrée en vigueur des actes unilatéraux » et « Acte administratif : régime », *op. cit.* Dans le même sens, et à titre indicatif : J. CARBONNIER, *Droit civil – Introduction*, vol.1, PUF-Quadrige, 27^e éd., [2002], 2004, n° 124-125, p. 222-223 : l'entrée en vigueur « résulte d'une procédure complexe, où l'on peut discerner trois étapes » qui sont, selon le même auteur : (a) la promulgation, (b) la publication « [qui] consiste normalement dans une insertion au *Journal officiel* » et (c) « le délai légal d'information » qui commence à courir à compter de la publication (contrairement à cette affirmation concernant les trois étapes dont se compose la « procédure complexe » d'entrée en vigueur, l'auteur affirme un peu plus loin que « c'est la publication au JO qui déclenche le processus de l'entrée en vigueur », *ibid.*, n° 128, p.228) ; J. GEORGEL, « Loi », *Juris Classeur Administratif*, Fasc. 30, n° 2 : « Après promulgation puis publication, le texte entre en vigueur, c'est la procédure normale, souvent consécutive à l'écoulement d'un bref délai » ; J. GHESTIN et al., *Traité de droit civil – Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1995, n° 338, p. 305 : Sous le titre « Les conditions de l'entrée en vigueur », les auteurs affirment que « La loi entre en vigueur par sa promulgation et sa publication » ; G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil, t. 1, Introduction générale à l'étude du droit*, 2^e éd., Sirey, 1972, n° 83, p. 158 : le paragraphe intitulé « La mise en vigueur de la loi » commence ainsi : « Ici interviennent promulgation et publication » ; J. MOLINIÉ, *La publication en droit public français*, thèse dactyl. Paris II, 1976, p. 26 : « Les lois définitivement votées entrent en vigueur à l'issue d'un processus qui comporte deux phases : la promulgation et la publication » ; R. ODENT, *Contentieux administratif*, rééd. Dalloz, 2007, t.1, préf. R. Denoix, S. Marc, Dalloz, 2007, p. 315-316 : « Les modalités d'entrée en vigueur et d'application d'un texte législatif ou réglementaire ne posent de problème qu'après qu'une double condition préalable a été remplie. Il faut que la loi ou le règlement dont il s'agit ait une existence officiellement attestée, autrement dit qu'il ait été promulgué. Il faut ensuite qu'il ait fait l'objet d'une publicité le portant régulièrement la connaissance des autorités administratives et juridictionnelles ainsi que des administrés ». Un peu plus loin, l'auteur raisonne comme si la seule condition d'entrée en vigueur était l'insertion de la loi au *Journal officiel* (*Ibid.*, p. 322).

compétence d'adopter un acte, l'étude en question a pu inclure dans les conditions d'entrée en vigueur non seulement l'adoption de l'acte, mais aussi sa légalité externe, à savoir le respect des règles de compétence relatives à son adoption⁹⁰⁴.

§ 2 – La présence de conceptions implicites

Malgré leurs divergences, les deux approches évoquées ci-dessus partent d'un constat commun : l'entrée en vigueur dépend de la publication d'une loi dont l'édiction est déjà achevée ou, selon la terminologie dominante, dont l'« existence » est déjà établie.

De prime abord, ce constat paraît trivial. Il est pourtant sujet à deux interprétations différentes qui correspondent aux deux approches présentées ci-dessus. D'une part, il pourrait être soutenu que seule la publication constitue une « condition d'entrée en vigueur », et ce pour deux raisons : (a) elle est le critère retenu par défaut pour la détermination de la date de l'entrée en vigueur des lois ; (b) elle est postérieure par rapport à l'édiction des lois. D'autre part pourtant, il pourrait être soutenu que les conditions dont dépend l'édiction – comme la promulgation ou même l'adoption – sont, elles aussi, des « conditions d'entrée en vigueur » : sans ces conditions, il ne peut pas y avoir de texte apte à faire l'objet d'une publication sous le titre de « Loi » et à devenir, éventuellement, une loi « en vigueur ».

Le choix entre l'une ou l'autre interprétation pourrait être compris comme un choix entre deux conceptions différentes de ce qui constitue une « condition d'entrée en vigueur » :

Conception 1 : Les « conditions d'entrée en vigueur » sont des conditions qui doivent être accomplies après la fin de l'édiction de la loi.

⁹⁰⁴ J.-P. DUBOIS, « L'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales », in : *Études en l'honneur de Georges Dupuis*, LGDJ, 1997, p. 103-114, spéc. p. 108 : « trois conditions doivent être réunies pour qu'une norme entre en vigueur : une manifestation de la volonté de la produire [...] ; la reconnaissance de la juridicité de cette volonté [...] c'est-à-dire l'habilitation régulièrement conférée à son auteur [de la norme] pour la produire ; enfin "l'atteinte" du sujet considéré par la norme, c'est-à-dire cette étape procédurale qui fait que la norme est "sortie" du sein de l'Administration pour aller à la rencontre de son sujet, lequel en eu connaissance ».

Conception 2 : La fin de l'édiction constitue elle-même une « condition d'entrée en vigueur » puisqu'elle conditionne l'accomplissement des conditions ultérieures dont dépend l'entrée en vigueur.

Il importe de remarquer que les auteurs, lorsqu'ils présentent les conditions d'entrée en vigueur, ne prétendent pas opérer un choix entre ces deux conceptions : ils prétendent tout simplement décrire les données pertinentes du droit positif. Il s'avère alors que même une approche qui se veut descriptive implique un choix conceptuel, fût-ce implicite ou même intuitif : il se peut qu'un auteur décrive les données du droit positif sans même se rendre compte du choix qu'il opère lorsqu'il affirme que c'est de telle ou telle condition dont dépend l'entrée en vigueur. Il importe d'opérer alors un choix explicite entre les deux conceptions implicites. Il s'agit de préciser ce qui constitue, d'après les données du droit positif, une « condition d'entrée en vigueur ».

Section 2 : L'analyse structurelle

Une explication possible serait la suivante : une condition d'entrée en vigueur est, tout simplement, tout ce que le droit positif érige en présumé d'une règle qui détermine la date de l'entrée en vigueur d'une loi.

Une telle explication implique un travail d'individuation qui consiste à identifier les règles pertinentes du droit positif⁹⁰⁵. En effet, au moment de l'entrée en vigueur d'une loi se trouvent réunies plusieurs conditions qui remontent jusqu'au dépôt d'un projet ou d'une proposition de loi. Or, le terme « conditions d'entrée en vigueur », tel qu'on l'emploie couramment, ne désigne pas l'ensemble de ces conditions. Notre langage ordinaire reflète alors une distinction intuitive dont il revient à la doctrine d'identifier le critère : il faut opérer un découpage du matériau juridique afin de distinguer, parmi toutes les règles qui sont relatives aux étapes qui précèdent l'entrée en vigueur, cette

⁹⁰⁵ Sur l'individuation des règles juridiques, v. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, préf. M. Troper, Dalloz, 2006, n° 90-92, p. 51-53, et les références citées, et notamment J. RAZ, *The concept of a Legal System*, 2nd ed., 1980, Clarendon Press, Chap.4.

règle spécifique dont le présupposé correspond à ce que l'on appelle communément « conditions d'entrée en vigueur ».

Le premier à avoir proposé une telle analyse était le Doyen Héron⁹⁰⁶. Toutefois, l'analyse la plus détaillée, qui s'appuie par ailleurs sur les travaux du Doyen Héron, a été proposée par P. Fleury Le Gros dans sa thèse consacrée à l'application des lois dans le temps⁹⁰⁷. C'est à cette dernière alors que nous nous concentrons dans les développements suivants. L'analyse proposée par P. Fleury Le Gros sera d'abord présentée (§ 1) et fera ensuite l'objet d'une appréciation critique (§ 2).

§ 1 – Présentation de l'analyse

L'analyse de P. Fleury Le Gros est issue d'une thèse soutenue avant l'adoption de l'ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004 qui a modifié l'art.1^{er} du Code civil et les règles qui déterminent par défaut la date d'entrée en vigueur des lois⁹⁰⁸. L'analyse de l'auteur s'appuie alors sur les règles établies en la matière par le décret du 5 novembre 1870⁹⁰⁹. Toutefois, et du point de vue de l'analyse proposée, les nouvelles règles sont identiques aux anciennes quant à leur « structure ».

En effet, l'analyse proposée se résume ainsi : le terme « entrée en vigueur » désigne un « effet juridique » qui s'attache à la réalisation d'un « présupposé », en vertu d'un « lien d'imputation » ; ce lien est établi par une règle dont la structure est « Si A, alors B », où « B » l'entrée en vigueur, et « A » les conditions de l'entrée en vigueur⁹¹⁰. Plus précisément, et selon P. Fleury Le Gros, l'entrée en vigueur est « assurée » par un « processus d'entrée en vigueur »⁹¹¹. Ce processus « implique la participation de plusieurs normes instrumentales »⁹¹². Ces « normes instrumentales »

⁹⁰⁶ J. HÉRON, « Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil) », *RTD civ.* 1985, p. 277-333, spéc. p. 280 s. ; *Id.*, *Principes du droit transitoire*, Dalloz, 1996, p. 13 s.

⁹⁰⁷ P. FLEURY LE GROS, *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne*, *op. cit.*, p. 23 et s.

⁹⁰⁸ *Supra*, Titre I, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 2, E).

⁹⁰⁹ Sur ces règles, v. *supra*, Titre I, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 2, D)

⁹¹⁰ P. FLEURY LE GROS, *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne*, *op. cit.*, p. 30 : « [Toute] règle de droit peut alors être exprimée au moyen d'une proposition scientifique articulé d'un présupposé auquel est attaché un effet juridique, le rapport qui unit l'un à l'autre étant qualifié de rapport d'imputation ».

⁹¹¹ *Ibid.*, p. 27 et 31-32.

⁹¹² *Ibid.*, p. 27.

sont des règles⁹¹³ dont l'objet est d'« assurer »⁹¹⁴ l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Toute règle « peut être exprimée au moyen d'une proposition scientifique articulée autour d'un présupposé auquel est attaché un effet juridique, le rapport qui unit l'un à l'autre étant qualifié de *rapport d'imputation* »⁹¹⁵. Il s'ensuit que :

« à l'exemple de toutes les règles [une] norme instrumentale devrait être constituée d'un présupposé et d'un effet juridique : son présupposé décrirait les conditions auxquelles le processus de l'entrée en vigueur (c'est-à-dire l'effet juridique qu'elle a pour objet d'opérer) est subordonné. Elle pourrait ainsi être exprimée de la façon suivante : “si telle condition est remplie, alors la norme nouvelle peut entrer en vigueur” »⁹¹⁶.

Selon l'analyse proposée alors, les règles qui « participent au processus d'entrée en vigueur » sont celles qui « assurent » l'entrée en vigueur, et toute règle de ce type est une règle conditionnelle qui peut être décrite ainsi :

« Si telle condition est remplie, alors la norme nouvelle peut entrer en vigueur ».

L'auteur précise qu'il y a deux catégories de règles conditionnelles qui « assurent » l'entrée en vigueur des lois : les règles de droit commun et les règles qui « dérogent » à celles-ci. Pour identifier les règles de droit commun, l'auteur se concentre sur l'article 2 du décret du 5 novembre 1870, alors en vigueur :

⁹¹³ L'auteur distingue entre deux types de normes instrumentales : les règles et les décisions (*ibid.*, p. 27 s.). Les règles sont toujours générales et hypothétiques. Les décisions sont toujours concrètes, mais elles peuvent être soit hypothétiques soit catégoriques. Parmi les normes relatives à l'entrée en vigueur, les décisions catégoriques sont celles qui permettent d'« avancer la date d'entrée en vigueur » et peuvent être décrites ainsi : « que telles normes déterminées entrent en vigueur à telle date » (*ibid.*, p. 36). Les décisions hypothétiques remplissent la même fonction mais peuvent être décrites ainsi : « que telle norme entre en vigueur lorsque, et à la condition qu'un décret d'application soit pris » (*ibid.*, p. 42). Selon l'auteur, cette seconde norme est hypothétique parce qu'elle subordonne l'entrée en vigueur « à la réalisation d'un événement incertain ». Il s'agit pourtant d'une décision, et non pas d'une règle, parce qu'elle vise une norme déterminée de façon concrète, voire individuelle. P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, préf. H. Batiffol, Dalloz, 1973, p. 35 s. Contrairement à P. Fleury Le Gros, P. Mayer considère que les décisions sont toujours catégoriques. Sur ces distinctions, qui ne sont pas déterminantes pour notre analyse, v. G. SARTOR, *Legal Reasoning*, *op. cit.*, p. 523 s. ; R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons, 1998, p. 199, qui remarque que les décisions, en tant que normes concrètes, sont catégoriques le plus souvent, mais pas nécessairement. *Contra* G. PINO, *Teoría analítica del derecho I – La norma jurídica*, ed. ETS, 2016, p. 55-56.

⁹¹⁴ P. FLEURY LE GROS, *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne*, *op. cit.*, p. 31 et p. 32.

⁹¹⁵ *Ibid.*, p. 30.

⁹¹⁶ *Ibid.*, p. 32.

« Les lois et les décrets seront obligatoires, à Paris, un jour franc après la promulgation [leur insertion au Journal officiel]⁹¹⁷, et partout ailleurs dans l'étendue de chaque arrondissement, un jour franc après que le Journal officiel qui les contient sera parvenu au chef-lieu de cet arrondissement ».

D'après P. Fleury Le Gros, cet article pose trois règles, dont les deux premières sont ainsi décrites :

R1 : « Si un délai d'un jour franc s'est écoulé depuis la publication d'une norme nouvelle au Journal officiel – présumé –, alors cette norme entre en vigueur à Paris – effet juridique »⁹¹⁸.

R2 : « Si un délai d'un jour franc s'est écoulé depuis la réception du journal officiel au chef-lieu d'un arrondissement, la loi contenu le journal officiel entre en vigueur dans cet arrondissement »⁹¹⁹.

L'auteur précise que :

« [ces deux règles] sont dotées d'un double objet : d'une part, elles assurent la mise en œuvre du processus de l'entrée en vigueur ; d'autre part, elles confèrent un caractère obligatoire à la procédure préalable de publication ».

Selon l'auteur, le législateur peut « déroger » aux règles R1 et R2 mais de façon « partielle » : il peut avancer ou différer la date de l'entrée en vigueur d'une loi donnée, mais il ne peut pas dissocier l'entrée en vigueur de la publication préalable. Pour cette raison :

R3 : « il faut admettre l'existence d'une troisième norme au sein du décret de 1870 qui, en tout état de cause, impose que les normes dont on veut différer, ou, au contraire, avancer l'entrée en vigueur, aient été publiées »⁹²⁰.

⁹¹⁷ Comme nous l'avons vu, ce décret employait le terme « promulgation » pour désigner la publication officielle, à savoir l'insertion des lois dans le Journal officiel : *supra*, Première Partie, introduction du premier titre.

⁹¹⁸ P. FLEURY LE GROS, *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne*, *op. cit.*, p. 32-33.

⁹¹⁹ *Ibid.*, p. 33.

⁹²⁰ *Ibid.*, p. 35.

L'entrée en vigueur d'une loi est différée lorsqu'elle est subordonnée, par exemple, à l'édiction d'un décret d'application. Dans ce cas, la date de l'entrée en vigueur est déterminée par la règle suivante :

R4 : « que telle norme entre en vigueur lorsque, et à la condition qu'un décret d'application soit pris »⁹²¹.

Les propositions R1 à R4 représentent un modèle d'individuation : l'objectif de l'auteur est d'identifier les différents types de règles qui peuvent « assurer » l'entrée en vigueur des lois en droit positif français. Cette individuation comporte deux volets. D'une part, l'auteur distingue entre les différentes règles qui peuvent « participer » au « processus d'entrée en vigueur ». D'autre part, il distingue entre les deux éléments – le présupposé et l'effet juridique – dont se compose chacune de ces règles. En ce sens, on pourrait affirmer que l'analyse proposée porte à la fois sur la structure du processus d'entrée en vigueur et sur la structure des règles qui participent à ce processus.

§ 2 – *Inconvénients de l'analyse*

L'analyse proposée ne rend pas compte de façon satisfaisante ni la structure du processus d'entrée en vigueur (A), ni la structure conditionnelle des règles qui « participent » à ce processus et « assurent » l'entrée en vigueur (B).

A) La structure de la procédure d'entrée en vigueur

Malgré son titre – « L'analyse du processus de l'entrée en vigueur » – l'analyse proposée ne précise pas les étapes dont se compose ce processus. On pourrait pourtant présumer, compte tenu de l'économie générale de l'analyse, que ces étapes correspondent aux conditions qui figurent au présupposé de la règle qui « assure » l'entrée en vigueur dans chaque cas d'espèce⁹²². Corrélativement, il doit y avoir autant de processus d'entrée en vigueur qu'il y a des règles qui « assurent » l'entrée

⁹²¹ *Ibid.* p. 42. Selon l'auteur, la proposition R4 ne décrit par une règle mais une décision hypothétique (*ibid.*, p. 27 s., p. 36-37, et p. 40-42). Nous faisons ici abstraction de cette distinction.

⁹²² Comme nous l'avons remarqué, l'auteur affirme que « le processus » d'entrée en vigueur implique la participation de plusieurs normes instrumentales » (*ibid.*, p. 27). Ce passage pourrait laisser penser qu'un seul processus peut impliquer la participation de plusieurs règles. Toutefois, les exemples traités par l'auteur comprennent une seule règle qui « assure » l'entrée en vigueur.

en vigueur. Or, la façon dont l'auteur distingue entre les différentes règles qui peuvent « assurer » l'entrée en vigueur ne s'avère pas satisfaisante.

Rappelons les trois règles que l'auteur déduit de l'article 2 du décret de 1870. Les deux premières sont ainsi décrites :

R1 : « Si un délai d'un jour franc s'est écoulé depuis la publication d'une norme nouvelle au Journal officiel – présumé –, alors cette norme entre en vigueur à Paris – effet juridique »⁹²³.

R2 : « Si un délai d'un jour franc s'est écoulé depuis la réception du journal officiel au chef-lieu d'un arrondissement, la loi contenue le journal officiel entre en vigueur dans cet arrondissement »⁹²⁴.

Ces deux règles : « sont dotées d'une double objet : d'une part, elles assurent la mise en œuvre du processus de l'entrée en vigueur ; d'autre part, elles confèrent un caractère obligatoire à la procédure préalable de publication ».

Il s'avère que l'auteur ne distingue pas entre la publication officielle et la publication matérielle. Si l'on veut affirmer que la « publication » est « obligatoire » en vertu des règles R1 et R2, il faut affirmer que la règle R1 rend obligatoire l'insertion de la loi au *Journal officiel*, et que la règle R2 rend obligatoire l'envoi de chaque numéro du *Journal officiel* au chef-lieu de chaque département. Comme la distinction entre Paris et les autres arrondissements fut abrogée par la réforme de 2004, nous ferons abstraction la publication matérielle et de la règle R2.

Ceci étant, la règle R1, qui est censée rendre la publication « obligatoire », s'applique à défaut de prévision contraire concernant la date de l'entrée en vigueur. Pour cette raison :

R3 : « il faut admettre l'existence d'une troisième norme au sein du décret de 1870 [et de l'article 1^{er} du Code civil] qui, en tout état de cause, impose que les normes dont on veut différer, ou, au contraire, avancer l'entrée en vigueur, aient été publiées »⁹²⁵.

⁹²³ *Ibid.*, p. 32-33.

⁹²⁴ *Ibid.*

Cette analyse, résumée ci-dessus, présente plusieurs inconvénients.

1° – Elle comporte tout d’abord une contradiction : soit la publication est obligatoire en vertu de la règle R1 ; soit elle est obligatoire « en tout état de cause », en vertu de la règle R3. Si elle est obligatoire « en tout état de cause », il s’ensuit que la règle R1 n’a pas un double objet : son objet unique est de déterminer la *date* de l’entrée en vigueur des lois à défaut de prévision contraire. Il faut alors distinguer entre deux catégories de règles : celles qui rendent la publication obligatoire ; celles qui érigent la publication en critère par défaut pour la détermination de la date de l’entrée en vigueur des lois.

2° – En deuxième lieu, il y a deux façons dont on peut affirmer que la publication est « obligatoire » : il est obligatoire de publier les lois ; il est obligatoire de subordonner l’entrée en vigueur des lois à leur publication préalable. L’analyse proposée rattache toutes les deux obligations au décret de 1870, et traite celles-ci d’une façon indistincte⁹²⁶. D’après cette approche, le décret de 1870 exige à la fois, et sans exception, que les lois soient publiées, et que leur entrée en vigueur soit subordonnée à leur publication préalable. Cette approche se heurte à un obstacle insurmontable, déjà évoqué⁹²⁷ : elle consiste à affirmer qu’un texte de valeur législative peut établir une règle de valeur supra-législative, à savoir une règle qui interdit au législateur de fixer une date d’entrée en vigueur qui serait antérieure à la publication⁹²⁸.

3° – Par ailleurs, et en troisième lieu, l’obligation de publier les lois, telle qu’elle conçoit par l’auteur, est fondée sur deux règles – les règles R1 et R3 – qui sont décrites dans des termes différents. Dans le cas de la règle R1, la publication figure

⁹²⁵ *Ibid.*, p. 35.

⁹²⁶ L’auteur se réfère tantôt au « caractère impératif de la procédure préalable de publication » (P. FLEURY LE GROS, *ibid.*), et tantôt à « son caractère de condition impérative et préalable à l’entrée en vigueur » (*ibid.* p. 34).

⁹²⁷ *Supra*, Titre I, Chapitre 2, Section 1, § 1, et Section 2, § 2.

⁹²⁸ L’auteur affirme explicitement que le décret de 1870 pose une obligation qui s’impose au législateur : « [La] phase de publication préalable a toujours un caractère *impératif*, ce qui signifie que lorsque le *législateur* décide de déroger aux délais fixés par défaut [par les règles R1 et R2], il *doit rester soumis à cette obligation* [...] Quelle est alors la norme qui *impose cette obligation au législateur* lorsque ces deux règles [R1, R2] sont évincées ? Nous pensons qu’il faut admettre l’existence d’une troisième norme au sein du décret : cette règle instrumentale supplémentaire a pour objet d’imposer l’obligation de publication lorsque les deux règles précédentes sont évincées [...] », (*ibid.* p. 35, nous soulignons). V. aussi *ibid.*, p. 62-63.

dans le présupposé d'une règle conditionnelle. En revanche, la règle R3 n'est pas décrite en termes conditionnels : l'auteur se borne à remarquer que celle-ci rend la publication « obligatoire ». Cette règle est censée se combiner avec les règles qui « dérogent partiellement » à la règle R1, comme c'est la règle R4 : « Que telle norme [législative] entre en vigueur lorsque, et à la condition qu'un décret d'application soit pris »⁹²⁹. L'auteur ne précise pas la façon dont cette règle s'articule avec la règle R3. Une façon d'intégrer la publication dans la règle conditionnelle R4 serait la suivante : « Que telle norme [législative] entre en vigueur lorsque, et à la condition qu'un décret d'application soit pris, et à la condition qu'elle soit au préalable publiée ». Ici encore, la publication figure dans le présupposé de la règle conditionnelle qui « assure » l'entrée en vigueur. Or, le présupposé d'une règle ne décrit pas une obligation mais les conditions dont dépend une obligation. S'il est alors obligatoire de publier les lois, il doit y avoir une règle conditionnelle dont l'effet juridique serait la publication⁹³⁰, et dont le présupposé décrirait les conditions dont la réalisation entraîne l'obligation d'accomplir la publication. Une telle règle pourrait être la suivante : « Si une loi est promulguée, elle doit être publiée ». Comme nous l'avons vu, le Conseil constitutionnel a rattaché cette obligation à la promulgation⁹³¹.

4° – Qui plus est, et en quatrième lieu, l'obligation de publier les lois promulguées n'implique pas nécessairement l'obligation de subordonner leur entrée en vigueur à leur publication préalable. Une telle subordination présuppose une règle qui interdit expressément au législateur de dissocier l'entrée en vigueur d'une loi de sa publication préalable. Comme nous l'avons vu, le juge constitutionnel ne s'est jamais prononcé explicitement sur l'existence d'une telle règle⁹³². Quoi qu'il en soit, une telle règle ne peut pas être posée par un texte de valeur législative, comme le décret du 5 novembre 1870.

5° – Il s'avère par ailleurs, et en cinquième lieu, que ce décret comportait, lui aussi, une règle relative à la publication des lois. Or, cette règle était établie par l'article 1^{er}

⁹²⁹ *Ibid.*, p. 42.

⁹³⁰ Il est généralement admis que l'effet juridique d'une norme peut faire partie du présupposé d'une autre norme : G. PINO, *Teoria analitica del diritto I – La norma giuridica*, Pisa, ed. ETS, 2016, p. 53.

⁹³¹ CC n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finances*, cons. 64, précitée (*supra*, Première partie, Titre I, Chapitre 1^{er}, Section 2, § 3)

⁹³² *Supra*, Titre I, Chapitre 2, Section 2, § 1.

du décret, auquel P. Fleury Le Gros ne fait aucune référence, puisqu'il soutient, comme nous l'avons vu, que c'est l'article 2 du même texte qui rend la publication « obligatoire » :

Article 1^{er} « Dorénavant la promulgation [voire, la publication officielle] des lois et des décrets résultera de leur insertion au *Journal officiel de la République française*, lequel, à cet égard, remplacera le *Bulletin des lois* ».

Article 2 : « Les lois et les décrets seront obligatoires, à Paris, un jour franc après la promulgation [voire, la publication au Journal officiel], et partout ailleurs dans l'étendue de chaque arrondissement, un jour franc après que le *J* qui les contient sera parvenu au chef-lieu de cet arrondissement ».

Ces deux articles posaient deux séries de règles dont les objets respectifs sont liés mais distincts. L'article 1^{er} spécifiait les modalités de l'obligation constitutionnelle, évoquée plus haut, qui exige que les lois promulguées soient publiées. Il déterminait l'instrument de publication officielle. L'article 2 déterminait la date de l'entrée en vigueur des lois à défaut de prévision contraire : il érigeait l'accomplissement de la publication officielle, prévue par l'article 1^{er}, en critère par défaut pour la détermination de la date de l'entrée en vigueur. Ceci étant, l'obligation de publier les lois n'était pas posée mais elle était *présupposée* par l'article 2 : c'est parce qu'il est obligatoire de publier les lois que le décret de 1870, après avoir précisé l'instrument de leur publication, a pu ériger l'accomplissement de celle-ci en critère par défaut pour la détermination de la date de l'entrée en vigueur des lois⁹³³. La même logique est reprise par les nouvelles règles sur l'entrée en vigueur. L'ordonnance de 2004, dont est issu l'article 1^{er} du Code civil dans sa teneur actuelle, comporte deux articles concernant la publication, dont l'un précise que les lois doivent faire l'objet d'une publication au *Journal officiel*⁹³⁴, et l'autre érige cette publication en critère par défaut pour la détermination de la date de leur entrée en vigueur.

⁹³³ Pour une analyse similaire, v. J. MOLINIÉ J., *La publication en droit public français*, thèse dactyl. Paris II, 1976, p. 39 s.

⁹³⁴ Disposition désormais reprise par art. L. 221-9 du Code de relations entre le public et l'administration.

6° – Enfin, et en sixième lieu, l’analyse proposée ne précise pas en quoi consiste un « processus d’entrée en vigueur ». Rappelons que P. Fleury Le Gros ne présente pas les étapes de ce « processus ». On pourrait présumer que ces étapes correspondent aux conditions décrites au présupposé de la règle qui « assure » l’entrée en vigueur. Toutefois, certains propos de l’auteur contredisent cette explication. Il suffit de présenter deux exemples. Rappelons tout d’abord la règle R1 : « Si un délai d’un jour franc s’est écoulé depuis la publication d’une norme nouvelle au Journal officiel – présupposé –, alors cette norme entre en vigueur à Paris – effet juridique ». D’après l’auteur, cette règle est dotée d’un « double objet » : d’une part, elle « assur[e] la mise en œuvre du processus de l’entrée en vigueur » ; d’autre part, elle « confèr[e] un caractère obligatoire à la procédure préalable de publication ». Faut-il considérer, suivant ce passage, que le « processus d’entrée en vigueur » est distinct de « la procédure préalable de publication » ? Dans ce cas, ce processus serait réductible à l’écoulement du délai de publication. Toutefois, dans un autre passage, l’auteur semble adopter une conception plus restrictive encore du processus d’entrée en vigueur. Il affirme en effet, et à propos de la règle R1 toujours, que « seule la réalisation de cette condition [de la publication au *Journal officiel*] et l’écoulement du délai subséquent permettent de déclencher le processus de l’entrée en vigueur de la loi nouvelle »⁹³⁵. D’après ce passage, le processus d’entrée en vigueur ne comprend même pas l’écoulement du délai de publication : il est réductible à l’« effet juridique » de la règle décrite, voire à l’entrée en vigueur tout court.

7° – De ce qui précède, trois constats s’imposent. En premier lieu, l’analyse proposée ne rend pas compte de la distinction entre deux catégories de règles : celles qui déterminent les conditions dont dépend l’entrée en vigueur et celles qui déterminent la date de l’entrée en vigueur en fonction de la réalisation de l’une de ces conditions. En deuxième lieu, l’auteur ne prend pas en compte cette distinction parce qu’il insiste sur la structure conditionnelle des règles qui « assurent » l’entrée en vigueur. Ce modèle d’individuation est conçu sur la base de la deuxième catégorie de règles, à savoir sur la base des règles qui déterminent la condition qui, une fois accomplie, sert

⁹³⁵ P. FLEURY LE GROS, *Contribution à l’analyse normative des conflits des lois dans le temps en droit privé interne*, op. cit., p. 34.

de critère pour la détermination de la date de l'entrée en vigueur. C'est pour cela que, contrairement à sa propre prémisse, l'auteur s'abstient de décrire en termes conditionnels la règle R3, à savoir la règle qui est censée « assurer » la publication lorsque celle-ci n'est pas le critère retenu pour la détermination de la date de l'entrée en vigueur. En ce sens, on pourrait enfin qualifier l'analyse proposée de réductionniste : elle identifie le « processus d'entrée en vigueur » soit à l'entrée en vigueur elle-même, soit à la condition dont la réalisation détermine la date de l'entrée en vigueur.

Or, on ne peut pas décrire un processus en décrivant uniquement sa fin. En l'espèce, on ne peut pas décrire l'ensemble de règles qui « assurent » l'entrée en vigueur des lois en décrivant uniquement la règle qui détermine la date de l'entrée en vigueur. Corrélativement, on ne peut pas identifier les conditions d'entrée en vigueur en identifiant uniquement la condition qui permet de déterminer la date de l'entrée en vigueur. Ceci étant, il reste à savoir si l'analyse structurelle proposée par P. Fleury Le Gros peut au moins rendre compte de la fin du processus d'entrée en vigueur, c'est-à-dire de la règle qui détermine la date de l'entrée en vigueur.

B) La structure des règles d'entrée en vigueur

Une règle détermine la date de l'entrée en vigueur lorsqu'elle détermine la condition qui sert de critère pour la détermination de la date de l'entrée en vigueur. Il s'agit de la condition dont la réalisation est le critère auquel les acteurs du système juridique doivent se référer afin de déterminer si, et à partir quand, ils doivent traiter une loi donnée comme étant (désormais) une loi « en vigueur ». C'est uniquement ce type de règles qui sera visé, dans les développements suivants, lorsqu'il sera question des règles qui « assurent » l'entrée en vigueur.

Ceci étant, rappelons la prémisse de l'analyse de P. Fleury Le Gros : toute règle juridique est dotée d'une structure conditionnelle, puisqu'elle établit un lien d'imputation entre la réalisation d'une condition et la production d'un effet juridique. Par conséquent, toute règle juridique peut être décrite par un énoncé ayant le contenu « Si A, alors B ». Corrélativement, les règles qui « assurent » l'entrée en vigueur des

lois sont dotées, elles aussi, d'une structure conditionnelle, dont le modèle est ainsi décrit :

Rn : « Si telle condition est remplie, alors la norme nouvelle peut entrer en vigueur ».

Fondée sur cette prémisse, l'analyse proposée reste purement formelle : si l'on suit le raisonnement de l'auteur, on peut considérer qu'il n'y a rien à dire sur la façon dont un certain état de choses – l'entrée en vigueur – se produit après la réalisation d'un autre état de choses – la réunion des conditions d'entrée en vigueur –, si ce n'est pour affirmer que le lien entre les deux éléments est réductible à un lien d'imputation qui s'établit par une règle dont la structure est « Si A, alors B ». Cette approche présente trois séries d'inconvénients.

1) *La structure conditionnelles des règles juridiques*

Le premier inconvénient relève de la prémisse concernant la structure conditionnelle des règles juridiques. Par commodité, on peut désigner cette idée par le terme « thèse conditionnelle »⁹³⁶.

Pour défendre cette thèse, P. Fleury Le Gros fait appel à la *Théorie Pure*, mais sa principale source d'inspiration est la doctrine privatiste contemporaine et, surtout, la thèse de P. Mayer⁹³⁷. La thèse conditionnelle soulève des problèmes qui ne peuvent pas être abordés ici⁹³⁸. Toutefois, la doctrine présente cette thèse comme un lien commun⁹³⁹, voire comme une évidence⁹⁴⁰. Il suffit ici de remarquer, sans entrer dans

⁹³⁶ Pour une vue d'ensemble sur cette thèse, v. : M. CARPENTIER, *Norme et exception : essai sur la défaisabilité en droit*, préf. J.-F. Kervegan, Institut Universitaire Varenne, Chapitre 2.

⁹³⁷ P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions*, thèse précitée, *op.cit.*, p.42 s. V. aussi : J. HÉRON, « Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil) », art. précité ; H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, préf. P. Roubier, rééd. par M.-A. Frison-Roche, [Sirey, 1948], Dalloz, 2002, spéc. n° 16-17, p. 18-20.

⁹³⁸ Pour une vue d'ensemble, par des auteurs favorables à la thèse conditionnelle, v. : M. CARPENTIER, *Norme et exception : essai sur la défaisabilité en droit*, *op. cit.*, Chapitre 2 ; C. ALCHOURRÓN, « Condicionalidad y la representación de las normas jurídicas », in : C. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1991, p. 267-290.

⁹³⁹ Pour une exception, v. A. JEAMMAUD, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, thèse, Université Jean Moulin – Lyon III, 1975, p. 237 s. qui critique « l'analyse classique » selon laquelle « la règle juridique est dotée d'une structure-type binaire, articulant un antécédent et un conséquent ». V. aussi, mais en termes moins explicites, L. BACH., « Conflits de lois dans le temps », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mai 2006 (actualisation : juin 2016), n° 176-178. Il est intéressant par ailleurs de noter que l'acception presque unanime de thèse conditionnelle n'est pas propre à la doctrine civiliste française. V. par ex. : F. M. LLÉDO, M. M. ZORRILLA RUIZ, *Teoría del Derecho*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1997, § 4.1.3, p. 149 s.

les détails, qu'il peut y avoir des règles juridiques dont la structure n'est pas conditionnelle⁹⁴¹.

Prenons l'exemple de l'article 221-2 du Code pénal : « Le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre. Il est puni de trente ans de réclusion criminelle ». D'après la thèse conditionnelle, la règle posée par cet article est la suivante : « Si quelqu'un "donne volontairement la mort à autrui", il doit être "puni de trente ans de réclusion criminelle" »⁹⁴². Cette individuation – à savoir, cette façon de décrire la règle posée par l'article susmentionné – est sous-tendue par deux idées : (a) les règles de droit pénal s'adressent aux juges ; (b) par conséquent, ce qui est légalement proscrit, ce n'est pas le meurtre lui-même, mais le fait de ne pas punir l'auteur d'un meurtre de trente ans de réclusion criminelle⁹⁴³. Ces critères

⁹⁴⁰ Cf. J. HÉRON, *Principes du droit transitoire*, op. cit., p. 15 : « c'est une donnée objective de la réalité du droit que la règle comporte deux parties unies entre elles par une relation d'imputation [et que] toute règle de droit comport[e] la même structure, quelle que soit son contenu » (nous soulignons) ; R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit*, Lextenso-LGDJ, 2013, n° 204, p. 271-272 : « Toute norme [...] définit toujours un "devoir-être" apparent, et formule ainsi une préconisation [...]. Car elle s'analyse en une relation d'imputation, qui lie une situation de fait à une conséquence souhaitée ; ce faisant, elle établit un lien insécable entre le fait et le devoir sur lequel il débouche. Sa formule générale requiert tel comportement, si telle situation se réalise [...] On pourrait allonger à plaisir les exemples de relations entre un présupposé et une conséquence ; on n'y gagnerait rien d'autre qu'un sentiment lassant de répétition, car toutes les normes reprennent le même modèle de la prescription attachée à une condition ». V. dans le même sens : G. DROUOT, *La rétroactivité de la jurisprudence : recherche sur la lutte contre l'insécurité juridique en droit civil*, préf. C. Brenner, LGDJ, 2016, p. 87 : » ; C. PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, préf. G. Viney, LGDJ, 2004, p. 135-136 ; O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2012, n° 32, p. 19.

⁹⁴¹ On parle ici de règles générales. En effet, les auteurs qui partagent la thèse conditionnelle insistent, précisément, sur l'idée que seules les décisions concrètes peuvent être catégoriques : P. FLEURY LE GROS, *Contribution à l'analyse normative des conflits des lois dans le temps en droit privé interne*, op. cit., p. 28-29 ; MAYER P., *La distinction entre règles et décisions en droit international privé*, op. cit., p. 48 ; G. PINO, *Teoria analitica del diritto I – La norma giuridica*, op. cit., p. 49-50 et 55-56 ;

⁹⁴² Cf. H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, op.cit., § 16, p.18 : « [La règle de Droit], de par sa vocation, ne peut pas se manifester comme un commandement ou une prohibition isolés. "Tu ne tueras point" n'est pas une règle de Droit. Il est aisé de voir pourquoi. Le Droit est utilitaire ; la possibilité de sanction est une de ses caractéristiques ; du moment qu'un acte n'a pas de conséquence pratique, il n'intéresse point le Droit. Dès lors, la règle de Droit n'est complète et ne mérite ce nom que si elle rattache un effet à une conduite ; et comme le Droit, par définition, postule la possibilité de l'intervention de la contrainte sociale, le seul effet qui compte pour lui est évidemment celui qui comporte une telle possibilité d'intervention. "Si tu tués, tu sera haï", ce n'est pas davantage une règle de Droit ; mais mettons : "Si tu tués, tu subiras la peine de mort", et la voilà qui apparaît ».

⁹⁴³ Cf. H. KELSEN, *Théorie Pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, LGDJ, Bruylant, 1999, p. 3 : « [En] disant ici d'une conduite qu'elle est "prescrite" ou qu'elle est "défendue", on ne veut pas poser que cette conduite ou son contraire doive intervenir ; c'est la conséquence de cette conduite qui doit intervenir, c'est-à-dire la sanction. Ainsi, ce qui "doit être" ce n'est pas la conduite ordonnée mais bien la sanction. Dire qu'une conduite est ordonnée, c'est dire que le contraire de cette conduite est la condition qui fait que la sanction doit être réalisée ».

d'individuation méconnaissent la façon dont les règles juridiques sont censées guider la conduite des citoyens⁹⁴⁴ : ceux-ci sont censés avoir une *obligation* de ne pas commettre un meurtre ; la sanction pénale est la *réponse* à la violation de cette obligation, et non pas le fondement de cette dernière⁹⁴⁵. En effet, je ne peux pas avoir une obligation de ne pas tuer si ma seule raison pour ne pas tuer est une raison purement prudentielle, à savoir l'envie d'éviter la sanction pénale⁹⁴⁶. Du point de vue des citoyens alors, l'article 221-2 pose une règle qui n'est pas conditionnelle, puisqu'elle consiste en une obligation catégorique : il est proscrit de donner volontairement la mort à autrui, point⁹⁴⁷.

⁹⁴⁴ Ainsi, Kelsen considère que l'« obéissance » à une norme n'est rien d'autre que « cette conduite au contraire de laquelle un acte de contrainte est attaché à titre de sanction. C'est avant tout la conduite qui évite la sanction », H. KELSEN, *Théorie Pure du droit*, op. cit., p. 237. Kelsen était convaincu que la seule façon dont les règles juridiques peuvent guider la conduite des citoyens, c'est en prenant acte de l'envie de ces derniers d'éviter un mal. Sur cette idée, v. O. WEINBERGER, « Introduction : Kelsen as Philosopher », in : H. KELSEN, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, trad. P. Heath, Dordrecht, Reidel Publishing, p. xviii s., spéc. p. xx.

⁹⁴⁵ En d'autres termes, ce n'est pas parce qu'il est sanctionné que le meurtre est interdit ; c'est parce qu'il est interdit qu'il est sanctionné. Cela se manifeste par ailleurs dans la façon dont les juges motivent leurs décisions : la sanction est toujours présentée comme la réponse à la violation d'une obligation, et non pas comme une décision que le juge prend afin, tout simplement, de ne pas violer sa propre obligation, qui est d'appliquer la règle qui prévoit la sanction.

⁹⁴⁶ *Contra* P. MAYER, « Existe-t-il des normes individuelles ? », in : *Mélanges Troper*, Economica, 2006, p. 679-691, spéc. p. 686 : « Proche ici de Kelsen, je pense que l'obligation *réside* dans [la] perspective de sanction ou de contraire, et qu'elle n'est pas une réalité en soit, simplement *assortie* d'une sanction. Car la règle n'est pas seulement un modèle (de comportement) pour les individus, elle est aussi, et en un sens d'abord, un modèle de jugement pour le juge : la majeure de son syllogisme juridique » ; *Ibid.*, note 26, où l'auteur affirme que la distinction entre « règle de conduite (modèle de comportement) et règle de décision (modèle de jugement) » est pertinente, mais « qu'il faut seulement être attentif au fait que c'est *la même règle* qui est l'une ou l'autre, selon qu'on envisage sous un aspect ou sous l'autre ; les deux étant d'ailleurs distincts, mais indissociablement liés ». Cette dernière affirmation rend évidents les défauts de la thèse conditionnelle : il ne peut pas y avoir une seule et même règle qui s'adresse à deux personnes différentes (citoyens et juges) en prescrivant deux choses différentes (l'interdiction du meurtre, adressée au citoyens, et l'obligation de punir ceux qui ont commis un meurtre, adressée au juges). Dans le même sens, v. P. FLEURY LE GROS, *Contribution à l'analyse normative des conflits des lois dans le temps en droit privé interne*, op. cit., p. 254, note 405.

⁹⁴⁷ V. en ce sens N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 227, qui remarque que les règles « inconditionnelles » sont celles qui exigent, précisément, que leurs destinataires s'abstiennent d'accomplir un certain acte. *Contra* M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *A Theory of Legal Sentences*, New York, Springer, 1998, p. 58 : la règle « il est proscrit de tuer autrui » est conditionnelle car « elle présuppose l'existence d'un certain état de choses, comme le fait pour autrui d'être vivant, la possibilité de le tuer, etc. ». Selon cette approche alors, toute règle générale est conditionnelle parce qu'elle n'est censée s'appliquer que sous certaines conditions. Or, cette approche identifie les conditions d'application avec le caractère conditionnel d'une règle et sape ainsi la distinction entre règles conditionnelles et normes catégoriques : toute norme serait conditionnelle puisque toute norme présuppose certaines conditions d'application qui découlent de son contenu même (les personnes auxquelles elle s'adresse, le type de conduite qu'elle prescrit, etc.). Pour distinguer alors entre les règles conditionnelles et les règles catégoriques, il faut distinguer entre les règles dont les conditions d'application sont déterminées par leur propre contenu, et celles dont les conditions d'application sont déterminées par des facteurs qui ne découlent pas tous de leur propre contenu. V. en ce sens : C. S. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, 2^e éd., p. 76 ; G. VON WRIGHT, *Norm and Action*, op. cit., p. 74-75.

2) L'« effet juridique » des règles d'entrée en vigueur

La normativité de la règle – Cela nous amène au deuxième inconvénient que présente l'analyse de P. Fleury Le Gros : l'auteur ne fait aucune mention aux destinataires de la règle qui « assure » l'entrée en vigueur et à la façon dont celle-ci est censée guider la conduite de ceux-là⁹⁴⁸. Rappelons la structure de ce type de règle:

Rn : « Si telle condition est remplie, alors la norme nouvelle entre en vigueur ».

Il importe de remarquer que l'auteur se réfère tantôt à la « *norme* nouvelle [qui] *peut* entrer en vigueur », et tantôt à la « *loi* nouvelle [qui] *doit* entrer en vigueur ». Pour simplifier les choses, écartons le terme « norme » et retenons les deux opérateurs déontiques employés par l'auteur :

Rn1 : « Si telle condition est remplie, alors la loi nouvelle *peut* entrer en vigueur ».

Rn2 : « Si telle condition est remplie, alors la loi nouvelle *doit* entrer en vigueur ».

Quelle que soit la formulation retenue, ces énoncés ne sont pas aptes à décrire une règle : faute de précisions complémentaires, aucun des deux énoncés n'indique ce que les acteurs juridiques – organes juridiques et/ou citoyens – peuvent ou doivent faire (ou ne pas faire) en fonction de la réalisation (ou de la non réalisation) de la condition décrite.

Deux objections pourraient être soulevées ici. Selon la première, la règle que l'on cherche à décrire ne prescrit pas une certaine façon d'agir, mais la réalisation d'un certain état de choses qui consiste, précisément, en l'entrée en vigueur. La distinction entre règles de conduite et règles qui prescrivent un certain état de choses ne peut pas

⁹⁴⁸ Selon l'auteur, les règles en question sont des « normes instrumentales » qui s'opposent aux « normes substantielles ». Cette distinction recouvre, selon l'auteur toujours, de la distinction établie par Hart entre les « règles primaires » et les « règles secondaires » : *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps, op.cit.*, p. 27, note 79. Or, l'objection susmentionnée persiste puisque Hart n'a jamais prétendu que les règles secondaires ne guident pas la conduite.

être étudiée ici⁹⁴⁹. Il suffit de remarquer que les règles qui prescrivent un certain état de choses sont, elles aussi, censées guider la conduite, fût-ce d'une façon indirecte : les destinataires de la norme doivent faire – ou s'abstenir de faire – ce qui est nécessaire pour que l'état de choses prescrit se réalise (ou pour qu'il ne disparaisse pas). Or, on ne peut pas appliquer cette explication à une règle qui prescrit, par exemple : « La présente loi entre en vigueur le 1^{er} janvier 2019 »⁹⁵⁰.

La deuxième objection pourrait être la suivante : l'« effet juridique » de la règle conditionnelle que l'on cherche à décrire consiste en la faculté ou l'obligation d'appliquer ou de se conformer aux règles établies par la loi entrée en vigueur⁹⁵¹. Une telle explication soulève trois problèmes.

En premier lieu, il reste toujours à préciser l'opérateur déontique de la règle que l'on cherche à décrire. Doit-on affirmer que la loi « peut » ou qu'elle « doit » entrer en

⁹⁴⁹ V. J. HAGE, « Contrary to Duty Obligations – A Study in Legal Ontology », in : J. Breuker et al. (ed.), *Legal Knowledge and Information Systems : Jurix 2000 – The fourteenth Annual Conference*, Amsterdam, IOS Press, 2000, p. 89-102, spéc. p. 90-91 ; G. VON WRIGHT, « Ought to be – Ought to do », in : E. Garzón Valdés (ed.), *Normative systems in legal and moral theory : Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Duncker & Humblot, 1997, p. 427-435 ; *Id.*, *Norm and Action*, Routledge & Kegan Paul, [1963] 1977, p. 13-15 et p. 189 s., où l'auteur conçoit comme normes qui prescrivent un certain état de choses les normes qui règlent la production d'autres normes ; G. PINO, *Teoria analitica del diritto I – La norma giuridica, op. cit.*, p. 53-54, qui affirme que les normes juridiques, en tant que normes conditionnelles, peuvent prescrire soit une conduite, soit la réalisation d'un certain état de choses, partage la thèse de conditionnalité et affirme que l'effet juridique des normes juridiques peut consister non seulement en la prescription d'une certaine conduite, mais aussi en la prescription concernant la réalisation (ou la non réalisation) d'un certain état de choses ; R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, p. 33-34, qui se réfère explicitement à la distinction entre les deux types de règles, parle d'un « état de choses » à propos du caractère « gratuit » de l'éducation et de la recherche, garanti par l'article 5 de la Loi fondamentale.

⁹⁵⁰ Sauf à considérer que cette règle a une valeur supra-législative et qu'elle interdit au législateur de modifier cette date ou d'abroger la loi avant cette date. Il faut pour autant préciser que, d'après l'analyse retenue par l'auteur, l'énoncé « la présente loi entre en vigueur à le 1^{er} janvier 2009 » ne décrit pas une règle mais une « décision instrumentale concrète et catégorique [qui] peut être exprimée de la façon suivante : “que telles normes déterminées entrent en vigueur à telle date” », P. Fleury le Gros, *Contribution à l'analyse normative des conflits des lois dans le temps en droit privé interne, op. cit.*, p. 36. Toutefois, la distinction retenue par l'auteur entre les règles et décisions n'est pas décisive pour notre analyse : une « décision », au sens entendu par l'auteur, doit avoir, elle aussi, un certain apport normatif.

⁹⁵¹ Telle semble être la thèse adoptée par P. FLEURY LE GROS, *Contribution à l'analyse normative des conflits des lois dans le temps en droit privé interne, op. cit.*, p. 23 : « La date de l'entrée en vigueur d'une loi correspond à l'instant où les différentes normes qui la constituent intègrent “l'ordonnement juridique”, lequel peut être défini comme l'ensemble des normes en vigueur dans un État à une instant “t”. Une fois intégrées au sein de ce dernier, elles sont dotées d'une force obligatoire à l'égard des sujets de droit et des organes d'application du droit, ces derniers devant alors prendre en compte leur existence pour régler les litiges dont ils sont saisis ». Dans le même sens, v. J. PETIT, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, préf. J. Moreau, LGDJ, 2002, n° 191, p. 96 : après avoir précisé que les « effets » d'un acte juridique ne peuvent pas être dissociés de son entrée en vigueur, l'auteur affirme que « ces effets [sont] les droits et les obligations qu'il crée. La date à laquelle l'acte produit ses effets, c'est donc celle à laquelle naissent les droits et les obligations que cet acte a pour objet d'engendrer ».

vigueur ? En deuxième lieu, l'explication en question présume que toute loi est une source de règles complètes : si telle condition est remplie, alors il est permis ou obligatoire d'appliquer ou de se conformer à telle ou telle règle établie par la loi entrée en vigueur. Or, les lois comportent aussi des fragments de règles : une seule règle peut être le produit d'un travail d'interprétation qui mobilise plusieurs dispositions appartenant à des lois différentes qui sont entrées en vigueur à des dates différentes. Il reste alors à préciser l'apport normatif de la règle qui « assure » l'entrée en vigueur par rapport aux dispositions législatives qui comportent de fragments de règles.

Enfin, et en troisième lieu, l'explication en question met en cause l'autonomie de la règle qui « assure » l'entrée en vigueur. Plus précisément, elle sape la distinction entre la règle qui « assure » l'entrée en vigueur et les règles établies par la loi dont l'entrée en vigueur est « assurée ». Supposons par exemple qu'une loi comporte les trois articles suivants : article 1^{er} : « Il est obligatoire de faire φ » ; article 2 : « Il est permis de faire π » ; article 3 : « La présente loi entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2018 ». Rappelons que, d'après l'explication en question, l'« effet juridique » de la règle qui « assure » l'entrée en vigueur, c'est la permission ou l'obligation d'appliquer ou de se conformer aux règles établies par la loi qui est entrée en vigueur. Or, ces règles sont elles-mêmes la source de permissions ou d'obligations. Cela conduit à une redondance : « À partir du 1^{er} janvier 2018, il est obligatoire qu'il soit obligatoire de faire φ ». Pour éviter cela, il faut considérer que la loi de notre exemple comporte non pas trois, mais deux règles seulement, qui sont déduites de l'interprétation combinée du troisième article avec les deux autres articles : R1 « À partir du 1^{er} janvier 2018, il est interdit de faire φ » ; R2 « À partir du 1^{er} janvier 2018, il est permis de faire π ». D'après cette approche, la disposition qui détermine la date de l'entrée en vigueur ne pose pas une règle mais un fragment de règle qui fait partie de toutes les règles établies par la loi : en consacrant une telle disposition, le législateur se sert d'un raccourci pour déterminer le champ d'application dans le temps de toutes les règles que comporte sa loi.

Il pourrait être objecté que le champ d'application dans le temps d'une règle ne fait pas partie de la règle elle-même. Telle est la thèse défendue par O. Pfersmann qui

distingue entre les « normes juridiques » et leur « domaine de validité temporelle »⁹⁵². En s'appuyant sur les apports de la *Théorie Pure*, l'auteur affirme que toutes les normes juridiques prescrivent une sanction et sont dotées d'une structure conditionnelle : si tel fait se produit, telle sanction peut ou doit être imposée⁹⁵³. Or, cette prescription n'est valable que pour une certaine durée de temps⁹⁵⁴ : de l'entrée en vigueur jusqu'à l'abrogation de la norme. Ces deux paramètres déterminent le « domaine de validité temporelle » de la norme⁹⁵⁵. Ce domaine est déterminé par des « méta-normes »⁹⁵⁶. Ce qui distingue les « méta-normes » des « normes tout-court », c'est que les premières déterminent la « production » ou l'« existence » des deuxièmes : une norme « existe » dès lors qu'elle est valide, et elle est valide à partir de son entrée en vigueur jusqu'à son abrogation⁹⁵⁷.

Cette analyse partage un défaut commun avec celle de P. Fleury Le Gros : elle s'écarte de sa propre prémisse concernant la structure conditionnelle des règles juridiques. En effet, les « méta-normes » décrites par l'auteur ne partagent pas les mêmes traits que les « normes tout-court ». Prenons l'exemple de l'entrée en vigueur : ce qui est prescrit par la « méta-norme », ce n'est pas une sanction, mais l'entrée en vigueur d'une autre norme qui prescrit, elle, une sanction. De deux choses l'une alors : soit il peut y avoir de normes qui ne prescrivent pas une sanction ; soit

⁹⁵² O. PFERSMANN, « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques », *RRJ* 1994, p. 221-243.

⁹⁵³ *Ibid.*, p. 222-223.

⁹⁵⁴ Pour une critique de cette approche, v. CH. EISENMANN, « Sur la théorie kelsénienne du domaine de validité des normes juridiques », in : S. Engel (ed.), *Law, State, and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen*, Knoxville, the University of Tennessee Press, p. 60-69, spéc. p. 65-67. Selon l'auteur, il n'y a pas lieu à distinguer le « domaine de validité temporelle » des « autres » domaines de validité : il y a un seul domaine de validité, qui comprend l'ensemble de personnes et des actes accomplis par ces personnes auxquels la norme s'applique.

⁹⁵⁵ Le domaine de validité temporelle est déterminé par encore un paramètre, dont on fait ici abstraction, pour des raisons de simplicité : la prescription posée par une norme est valable *pendant* une certaine période, et *pour des faits* qui ont été produits à partir d'un certain moment et/ou jusqu'à un certain moment de temps. D'après la terminologie de O. Pfersmann (*ibid.*, p. 228), le premier volet concerne le « domaine conséquentiel » de la norme (la période pendant laquelle la prescription posée par la norme est valable) ; le deuxième volet concerne le « domaine conditionnelle » de la norme (la période pendant laquelle sont produits les faits qui sont décrits dans le présupposé de la norme). Pour une distinction similaire v. E. BULYGIN, « Time and Validity », in : *Id.*, *Essays in Legal Philosophy*, Oxford University Press, 2015, p. 171-187, spéc. p. 173-174 ; R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, *op. cit.*, p. 382 s. Le premier auteur distingue entre « l'intervalle de l'effet » et « l'intervalle de subsumption ». Dans tous les deux cas, il s'agit de la distinction entre, d'une part, la période pendant laquelle une norme est en vigueur et, d'autre part, la période pendant laquelle un certain fait doit être produit pour être régi par la norme.

⁹⁵⁶ *Rappr.* E. BULYGIN, « Time and Validity », *op. cit.*, 177 qui parle de « méta-normes » qui déterminent l'« applicabilité » d'autres normes. V. sur ce point *infra*, Introduction générale.

⁹⁵⁷ O. PFERSMANN, « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques », *op. cit.*, p. 233.

l'entrée en vigueur est déterminée par un fragment de norme, à savoir par un énoncé qui fait partie du présumé d'une norme, en tant qu'énoncé qui décrit l'une des conditions qui doivent être réunies pour qu'il soit permis ou obligatoire d'imposer une sanction.

La deuxième approche semble être plus fidèle à la théorie de Kelsen⁹⁵⁸, dont s'inspire O. Pfersmann, et dont se réclament aussi les auteurs civilistes qui défendent la thèse conditionnelle. En effet, Kelsen souligne que les normes juridiques s'adressent aux organes étatiques, et qu'il en est ainsi parce que leur « effet juridique » consiste en la prescription d'une sanction. Cette thèse fait partie de l'analyse statique des systèmes juridiques : elle nous fournit un modèle pour identifier et décrire les différentes normes dont se compose un système juridique à un moment donné. Transposée pourtant à l'analyse dynamique des systèmes juridiques, la thèse en question entraîne un inconvénient redoutable : une norme qui détermine le mode de production d'une autre norme n'est en réalité qu'un fragment du présumé de cette dernière puisqu'elle ne prescrit pas une sanction mais, au contraire, elle détermine une partie des conditions qui doivent être réunies pour qu'il soit légalement permis ou obligatoire pour un organe d'imposer une sanction.

La conciliation de l'aspect statique avec l'aspect dynamique de la théorie kelsénienne ne peut pas être étudiée ici⁹⁵⁹. À défaut pourtant d'une telle conciliation⁹⁶⁰, la thèse de conditionnalité mine tout effort d'individuation : pour décrire une règle, il faudrait construire des propositions conditionnelles extrêmement longues et complexes,

⁹⁵⁸ Qui affirmait que « le domaine de validité [spatiale et temporelle] des normes est un élément de leur contenu », *Théorie Pure du droit, op. cit.*, p. 21.

⁹⁵⁹ Pour une vue d'ensemble sur ce problème, v. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, Il Mulino, Bologna, 1999, p. 331 s.

⁹⁶⁰ Une telle conciliation rendrait nécessaire la relativisation de la distinction entre les points de vue statique et dynamique défendue par Kelsen. En effet, on ne peut pas décrire les normes qui sont valides au sein d'un système juridique à un moment donné sans prendre en compte leur champ d'application dans le temps ; or, ce dernier est conçu, d'après l'analyse kelsénienne, comme un paramètre de l'analyse dynamique des systèmes juridiques. V. en ce sens O. WEINBERGER, « The Theory of Legal Dynamics reconsidered », *Ratio Juris*, vol. 4, n°1, 1991, p. 18-35, spéc. p. 19 : « [...] even the so-called static view should be embedded in a dynamic context. The actually valid law comprises rules with different temporal limits of relevant states of affairs and with different limits of application. If we try to grasp only the actual normative state of the legal order we cannot confine ourselves to rule and individual norms stating due, prohibited or permitted behaviour, but we must also gain knowledge of all valid empowering norms. This knowledge as part of the static cognition refers to the dynamicity of the legal order ».

puisque leur présupposé devrait décrire l'ensemble de conditions dont la réunion est nécessaire pour qu'il soit légalement permis ou obligatoire d'imposer une sanction⁹⁶¹.

3) *Le « présupposé » des règles d'entrée en vigueur*

Cette impasse nous amène au troisième inconvénient de l'analyse proposée par P. Fleur Le Gros. Il s'agit de la façon dont cette analyse construit le présupposé de la règle qui « assure » l'entrée en vigueur.

Conditions qui s'accomplissent avant la date de l'entrée en vigueur et conditions qui déterminent la date de l'entrée en vigueur – Rappelons la structure conditionnelle dont sont dotées, d'après l'auteur, les règles qui « assurent » l'entrée en vigueur : « Si telle condition est remplie, alors la loi nouvelle entre en vigueur ».

Ainsi formulée, cette règle décrit une seule condition : celle dont l'accomplissement sert de critère pour la détermination de la date de l'entrée en vigueur. Corrélativement, la règle décrite remplit une seule fonction : celle de déterminer la date de l'entrée en vigueur.

Or, il peut y avoir des conditions dont dépend l'entrée en vigueur mais dont l'accomplissement n'est pas le critère retenu pour déterminer la date de l'entrée en vigueur. Tel est le cas de la publication lorsque l'entrée en vigueur est subordonnée à l'accomplissement d'une condition ultérieure comme, par exemple, l'adoption d'un décret. Symétriquement, une seule condition peut remplir deux fonctions : elle peut être érigée à la fois en critère par défaut pour la détermination de la date d'entrée en vigueur, et en condition nécessaire dont dépend l'entrée en vigueur.

Faute de saisir ces distinctions, l'analyse proposée ne rend pas compte de la distinction, déjà évoquée, entre deux types de règles. D'une part, il y a de règles qui exigent que certaines conditions soient remplies avant qu'une loi n'entre en vigueur et, corrélativement, qu'une loi n'entre pas en vigueur avant que ces conditions ne soient remplies. D'autre part, il y a des règles qui exigent qu'une condition spécifique

⁹⁶¹ Sur ces difficultés, v. C. S. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, op. cit., p. 84-85, et plus analytiquement : L. DUARTE D'ALMEIDA, « In Canonical Form : Kelsen's Doctrine of the "Complete" Legal Norm », in : *Id.*, J. Gardner, L. Green (ed.), *Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law*, Hart Publishing, 2013, p. 259-282.

– une fois accomplie – soit retenue comme critère pour déterminer la date où une loi entre en vigueur.

Conditions d'entrée en vigueur et conditions réunies au moment où une loi entre en vigueur – Faute de rendre compte de la distinction qui vient d'être rappelée l'analyse proposée soutient la thèse suivante : la publication est « obligatoire » en vertu de la même règle qui érige celle-ci en critère par défaut pour la détermination de la date de l'entrée en vigueur. Nous avons déjà étudié les défauts de cet argument. Ce qui nous intéresse ici, c'est l'idée qu'il sous-tend.

Cet argument est nécessaire pour le maintien de la thèse conditionnelle. En effet, si la publication était obligatoire en vertu d'une règle autre que celle qui détermine la date de l'entrée en vigueur, alors il faudrait admettre que l'entrée en vigueur est « assurée » par deux règles conditionnelles : l'effet juridique de la deuxième règle serait l'entrée en vigueur, mais l'effet juridique de la première serait l'obligation de procéder à la publication. Il faudrait donc admettre que les règles qui « assurent » l'entrée en vigueur ne peuvent pas toutes être décrites par la proposition : « Si telle condition est remplie, alors la loi nouvelle entre en vigueur ».

Le maintien de la thèse conditionnelle implique alors deux contraintes théoriques. Ceux qui défendent cette thèse doivent tout d'abord admettre que les différences entre les règles qui « assurent » l'entrée en vigueur se limitent au contenu de leur présumé puisque leur « effet juridique » est toujours le même, à savoir l'entrée en vigueur. Si alors l'entrée en vigueur des différentes lois peut dépendre de différentes conditions, il faut que ces différences se reflètent dans le présumé de la règle qui « assure » l'entrée en vigueur dans chaque cas d'espèce. La deuxième contrainte théorique relève de la construction de ce présumé : son contenu doit être déterminé par le principe d'imputation qui est le complètement nécessaire de la thèse conditionnelle. Le droit positif exige en effet qu'un certain « effet juridique » – l'entrée en vigueur – se produise lorsqu'il y a réunion de certaines conditions. Or, le principe d'imputation n'offre aucun critère pour distinguer entre les différentes conditions qui se trouvent réunies au moment où une loi entre en vigueur : du point de vue du principe d'imputation, c'est l'ensemble de ces conditions qui doivent être

réunies pour que l'effet juridique « entrée en vigueur » se produise. Par exemple, l'écoulement du délai de publication présuppose l'accomplissement de la publication, la publication elle-même présuppose la promulgation, et il en va de même jusqu'au dépôt d'un projet ou d'une proposition de loi. Si l'on s'appuie alors sur la thèse conditionnelle et sur son complément nécessaire, qui est le principe d'imputation, on ne peut plus distinguer entre l'édiction et la procédure d'entrée en vigueur : en tant qu'« effet juridique », l'entrée en vigueur est « imputable » à l'ensemble de conditions qui la précèdent⁹⁶².

Certes, la chaîne d'imputation envisagée par P. Fleury Le Gros ne remonte pas au-delà de la publication. Or, l'auteur ne présente pas les critères en fonction desquels il opère ce découpage, si ce n'est pour l'affirmation suivante :

« Dès sa promulgation par le chef de l'exécutif, il est vrai que la norme est, pour ainsi dire, “parfaite” : elle est déjà considérée comme étant une “loi de l'État”, ainsi qu'en témoigne la disposition finale d'un décret de promulgation. Mais, afin de pouvoir être exécutée, cette norme doit ensuite être publiée, c'est-à-dire être portée à la connaissance du public : c'est en cela que consiste la “mise en vigueur” »⁹⁶³.

D'après ce passage, ce qui fait l'objet d'une « mise en vigueur », c'est une loi déjà promulguée. Or, une telle idée ne va pas de soi. En effet, et comme il ressort du passage précité, la « mise en vigueur » implique une distinction entre la « perfection » d'une loi et son aptitude à « être exécutée ». Par conséquent, la « mise en vigueur » présuppose de règles qui nous permettent de déterminer non seulement le moment à compter duquel la loi peut « être exécutée », mais aussi le moment préalable à compter duquel elle est « parfaite », c'est-à-dire inapte à « être exécutée » mais apte à remplir les conditions ultérieures dont dépend son entrée en vigueur (et donc son aptitude à être « exécutée »). Pourquoi exclure alors cette deuxième catégorie de règles – les règles qui déterminent le moment de

⁹⁶² En ce sens, la règle « Si A, alors B » devrait être reformulée ainsi « Si A_N [Si A₁, alors A₂, si A₂, alors A₃...si A_{N-1}, alors A_N], alors B [doit être fait]».

⁹⁶³ P. FLEURY LE GROS, *Contribution à l'analyse normative des conflits des lois dans le temps en droit privé interne*, op. cit., p. 23.

la « perfection » des lois – de la catégorie de règles qui « assurent » l'entrée en vigueur des lois ? En d'autres termes, pourquoi restreindre le « processus de l'entrée en vigueur » aux étapes qui sont postérieures à la promulgation ?

Affirmer qu'une loi promulguée « est déjà considérée comme étant une loi de l'État » ne fait que repousser la réponse à la question posée : si l'adoption par le parlement ne suffit pas pour qu'un texte soit « considéré comme étant une loi de l'État », et si un acte ultérieur est nécessaire à cette fin, pourquoi ne pas considérer que cet acte ultérieur fait partie, lui aussi, du « processus » et des « conditions » de l'entrée en vigueur ?

Répondre à cette question revient à faire un choix entre les deux conceptions implicites qui sous-tendent les autres travaux en la matière : lorsqu'il s'agit de dresser une liste des conditions dont dépend l'entrée en vigueur des lois, certains auteurs se réfèrent uniquement à la publication (et aux conditions qui lui sont postérieures), tandis que d'autres incluent dans la même liste la promulgation ou même l'adoption. On revient alors à notre point de départ : il reste toujours à expliquer ce qui constitue une « condition d'entrée en vigueur ».

Chapitre 2 : Proposition d'un concept alternatif de condition d'entrée en vigueur

« [T]o possess a concept involves behaving or being able to behave in certain ways in certain circumstances »⁹⁶⁴

L'intérêt d'une analyse conceptuelle – Avant de se pencher sur le concept de « condition d'entrée en vigueur », il importe d'apporter quelques précisions concernant l'intérêt d'une telle réflexion. Il pourrait être soutenu que nos intuitions en la matière sont assez précises et qu'il serait inutile, voire scolastique d'aller plus loin. Il y a deux réponses à cette objection.

En premier lieu, toute réflexion théorique présente un intérêt certain en tant qu'effort de compréhension d'un aspect de notre monde. En l'espèce, il s'agit de faire un effort pour mieux comprendre certaines données du droit positif : l'accomplissement de certains faits – les conditions d'entrée en vigueur – rend intelligible certains énoncés qui jouent un rôle important dans nos pratiques juridiques, comme l'énoncé « la loi *L* n'est pas (encore) entrée en vigueur » ou « la loi *L* est (désormais) en vigueur ».

L'emploi de tels énoncés reflète une certaine façon de raisonner. Il s'agit de raisonner en termes d'entrée en vigueur à propos des lois écrites. On raisonne de cette façon dans le cadre d'un système juridique qui connaît l'institution de l'entrée en vigueur, c'est-à-dire ce faisceau de règles, et de pratiques correspondantes, que l'on désigne communément par le terme « entrée en vigueur ». Un système juridique connaît cette institution lorsqu'il dispose de règles qui permettent de distinguer avec précision entre : le moment où s'achève l'édiction des lois ; les conditions ultérieures que les lois doivent remplir, le cas échéant, afin de devenir obligatoires ; le moment à partir duquel les lois deviennent obligatoires. Raisonner en ces termes revient alors à reconnaître qu'il est à la fois possible et utile de distinguer entre l'édiction des lois et le moment où elles deviennent obligatoires. Il s'agit de reconnaître, par exemple, que

⁹⁶⁴ A. MACINTYRE, *A Short History of Ethics*, 2nd ed., London, New York, Routledge, 1998, p. 2.

l'expression définitive de la « volonté » de l'organe législatif ne suffit pas nécessairement pour que la loi oblige ses destinataires, et que certaines conditions ultérieures doivent être remplies à cette fin. Cette idée n'est pas évidente et n'a pas été toujours présente. Par exemple, elle ne s'appliquait pas aux premières constitutions françaises : une fois adoptées définitivement par l'Assemblée constituante, la question de savoir si leur caractère obligatoire dépend de certaines conditions ultérieures ne se posait même pas⁹⁶⁵.

De ce fait, et en deuxième lieu, il importe de clarifier le concept de condition d'entrée en vigueur parce que la consécration de telles conditions marque l'apparition, au sein d'un système juridique donné, de l'institution de l'entrée en vigueur, et parce que la consécration de cette institution est liée à la conception de la loi elle-même.

L'objet d'une analyse conceptuelle – Ceci étant, une analyse du concept de « condition d'entrée en vigueur » doit distinguer entre deux séries de conditions : les conditions particulières et les conditions générales. Les conditions particulières sont celles dont dépend l'entrée en vigueur dans tel ou tel système juridique donné (Section 1). Les conditions générales sont celles dont dépend l'existence même des conditions particulières, à savoir les conditions dont dépend la consécration de l'institution d'entrée en vigueur au sein de tout système juridique envisagé (Section 2).

⁹⁶⁵ La question dite de la « suspension » de la Constitution de 1793 ne se posait pas dans ces termes. Il ne s'agissait pas de savoir si l'adoption devait être suivie de certaines conditions ultérieures, comme la publication par exemple, pour que la constitution devienne obligatoire. Il s'agissait de savoir s'il était opportun ou possible en pratique, eu égard au contexte politique, d'appliquer la nouvelle constitution. Si la question se posait en ces termes, c'était parce que, précisément, la nouvelle constitution, une fois adoptée, devait normalement être tenue pour obligatoire. V. sur ce point O. JOUANJAN, « La suspension de la Constitution de 1793 », *Droits*, 17, 1993, p. 125-138. Après avoir rappelé les étapes qui s'interposent entre l'adoption et l'entrée en vigueur des lois (promulgation, publication et, le cas échéant, expiration d'un délai transitoire), l'auteur remarque : « Comment étaient programmées ces étapes préparatoires à son entrée en vigueur, s'agissant de la Constitution de 1793 ? Si l'on ne peut répondre avec certitude à cette question, on peut cependant soulever un certain nombre de problèmes » (*ibid.*, p. 127). Or, si la réponse à cette question n'est pas certaine, c'est parce que, tout simplement, la question ne se posait pas : une fois la procédure d'édiction achevée – en l'espèce, après l'adoption du texte par la Convention et sa ratification populaire – la nouvelle Constitution était censée être obligatoire.

Section 1 : Les conditions particulières

Dans le langage juridique ordinaire, on emploie l'expression « condition d'entrée en vigueur » pour désigner tout ce dont dépend l'entrée en vigueur d'une loi d'après les règles pertinentes du droit positif. Une telle affirmation appelle deux précisions : quelles sont les règles pertinentes et qu'est-ce qu'on entend lorsqu'on affirme que l'entrée en vigueur « dépend » des conditions fixées par ces règles ?

Avant de creuser ces deux questions il importe de rappeler deux choses. Premièrement, le terme « entrée en vigueur » désigne non seulement une certaine qualité – celle d'être une loi « en vigueur » –, mais aussi le moment à compter duquel une loi acquiert cette qualité. Deuxièmement, le rôle spécifique des règles sur l'entrée en vigueur n'est pas de déterminer les lois qui *sont* en vigueur tout court, mais de déterminer le moment précis à compter duquel chaque loi *entre* en vigueur. Ainsi, une loi abrogée n'est plus « en vigueur », mais son abrogation fait l'objet d'une règle, posée par une nouvelle loi, qui est distincte de la règle qui détermine le moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi elle-même.

Par conséquent, les deux questions susmentionnées peuvent être reformulées ainsi : quelles sont les règles sur l'entrée en vigueur des lois, et quel est leur apport normatif (§1) ? ; comment ces règles déterminent-elles la date de l'entrée en vigueur des lois (§2) ?

§ 1 – Les règles d'entrée en vigueur : typologie et apport normatif

Il s'agit ici d'identifier les différents types de règles qui sont relatives à l'entrée en vigueur et de rendre compte de leur apport normatif. Pour faciliter notre exposé, nous ferons abstraction de l'édiction des lois. Ainsi, les règles envisagées ci-dessous sont celles qui sont relatives à l'entrée en vigueur d'une loi dont l'édiction est déjà achevée.

Conditions et date d'entrée en vigueur – Ceci étant, on peut distinguer, nous l'avons vu⁹⁶⁶, entre deux catégories de règles : celles qui déterminent les conditions

⁹⁶⁶ *Supra*, Titre I, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 1, et Titre II, Chapitre 1^{er}, Section 2, § 2, A), et B), 3)

dont dépend l'entrée en vigueur, et celles qui déterminent la date de l'entrée en vigueur⁹⁶⁷. Les règles de la première catégorie déterminent les conditions dont dépend l'entrée en vigueur. On pourrait qualifier ces conditions de « conditions préalables ». Les règles de la deuxième catégorie érigent une *condition spécifique* en critère pour la détermination de la date de l'entrée en vigueur⁹⁶⁸. On pourrait qualifier cette condition de « condition-critère ».

Comme nous l'avons aussi vu, et s'agissant de l'entrée en vigueur des lois, les règles de la deuxième catégorie, dont le fondement peut être constitutionnel ou législatif⁹⁶⁹, s'adressent aux mêmes acteurs que les lois dont elles déterminent la date d'entrée en vigueur : ce sont les acteurs qui appliquent les lois qui doivent déterminer au préalable si, et à partir de quand, celles-ci sont en vigueur. En revanche, les règles de la première catégorie doivent être dotées d'un fondement constitutionnel dans la mesure où elles s'adressent au législateur dont elles restreignent la compétence : ce dernier ne saurait dissocier l'entrée en vigueur de la réalisation d'une condition particulière.

La seconde catégorie de règles ne présuppose pas nécessairement la première : la condition-critère peut être la seule condition préalable dont dépend l'entrée en vigueur. Tel est le cas lorsqu'une loi entre en vigueur dès le jour ou le moment de sa publication⁹⁷⁰. Tel est aussi le cas lorsqu'une règle de droit commun dispose, comme

⁹⁶⁷ Comme nous l'avons aussi remarqué, cette distinction n'a pas attiré l'attention de la doctrine. Pour deux exceptions, v. : J. HÉRON, « Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil) », *RTD civ.* 1985, p. 277-333, spéc. p. 292 ; J. PETIT, « L'entrée en vigueur des actes administratifs dans le code des relations entre le public et l'administration », *AJDA* 2015, p. 2433 s., spéc. § A : « Les dispositions des articles L. 221-2 et L. 221-3 [du code] portent sur deux points : les conditions de l'entrée en vigueur et la date de cette dernière ».

⁹⁶⁸ La détermination de la date de l'entrée en vigueur peut être directe ou indirecte. Elle est directe lorsque la règle pertinente fixe une date précise comme date d'entrée en vigueur. Elle est indirecte lorsque la date est déterminée en fonction de la date de la réalisation d'une certaine condition : *supra*, Titre I, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 1.

⁹⁶⁹ Une telle règle peut être également de valeur réglementaire, mais cela présuppose une habilitation législative. En France, le législateur peut habiliter le pouvoir réglementaire à déterminer la date d'entrée en vigueur d'une loi particulière (*supra*, Titre I, Chapitre 2, Section 2, § 1). En Suisse, à défaut de prévision contraire, l'entrée en vigueur de chaque nouvelle loi est déterminée par le Conseil fédéral. V. sur ce dernier point : M. PIREK, *L'application du droit public dans le temps : la question du changement de loi*, thèse, Université de Fribourg, Genève, Schulthess, 2018, p. 130-131.

⁹⁷⁰ Pour l'entrée en vigueur « dès la publication », au sens de l'article 1^{er} du Code civil, v. *supra*, Titre I, Chapitre 1^{er}, Section 2, § 4 et 5. Pour les solutions similaires prévues par les règles antérieures, v. *supra*, Titre I, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 2, C) et D), et la jurisprudence citée par BRAIBANT, conclusions sur CE, 19 juin 1959, *Cazes, D.*, 1959, p. 371.

dans les systèmes juridiques de la *common law*, que les lois, à défaut de prévision contraire, entrent en vigueur dès le jour ou le moment de leur édicition⁹⁷¹.

L'inverse n'est pourtant pas possible : un système juridique qui connaît l'institution de l'entrée en vigueur ne peut pas déterminer les conditions dont dépend l'entrée en vigueur sans déterminer aussi la date de l'entrée en vigueur. Prenons l'exemple d'une loi dont la disposition finale prescrit, sans autre précision, que « a présente loi sera obligatoire lorsque les conditions politiques le permettront »⁹⁷². Dans ce cas, on a affaire à une distinction entre l'édiction et le moment où la loi devient obligatoire. Or, l'institution que nous appelons « entrée en vigueur » n'implique pas n'importe quel type de distinction entre l'édiction et le caractère obligatoire des lois. Elle implique la possibilité de tracer une *distinction précise* entre la fin de l'édiction et le moment à partir duquel la loi doit être tenue pour obligatoire. Le caractère précis de cette distinction, sur lequel nous reviendrons, présuppose au moins une règle qui détermine la *date* de l'entrée en vigueur⁹⁷³. Pour remplir ce rôle, cette règle doit satisfaire à deux conditions. D'une part, elle doit déterminer une condition précise dont la date de réalisation « vaut » comme date d'entrée en vigueur. D'autre part, pour que la détermination de cette condition soit précise, il faut qu'il y ait un consensus entre les acteurs concernant le type de fait dont la survenance « vaut » comme réalisation de la condition en question.

Conditions, faits et dates – Le droit positif peut ériger en condition d'entrée en vigueur tout fait dont la réalisation peut être située dans le temps, de sorte qu'il soit

⁹⁷¹ Sur ce point, déjà évoqué, v. l'étude de M. GOBBI, « When to : A Study of New Zealand Commencement Clauses with Regard to those Used in the United Kingdom, Australia, and the United States », *Statute Law Review*, vol. 31, n° 3, 2010, p. 153-216

⁹⁷² *Comp.* le décret du 19 vendémiaire an II (10 octobre 1793) qui disposait, dans son art.1^{er}, que le gouvernement « est révolutionnaire jusqu'à la paix » (*Duvergier*, t.6, p. 271, *AP*, t. 76, p. 312.) et dont l'effet est communément décrit comme la « suspension » de l'application de la Constitution de 1793. Sur ce dernier point, v. O. JOUANJAN, « La suspension de la Constitution de 1793 », article précité.

⁹⁷³ Lorsqu'une règle détermine la date d'entrée en vigueur, sans autre précision, la loi entre en vigueur au début, à zéro heure, de la date déterminée. Ainsi, la détermination d'une date implique la détermination d'un moment. De ce fait, et par souci de simplicité, nous retiendrons ici le terme « date ». Sur cette distinction entre la date et le moment de l'entrée en vigueur, v. *supra*, Titre I, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 1, et Section 2, § 4 et 5.

La détermination de la date d'entrée en vigueur implique la possibilité de déterminer le moment de l'entrée en vigueur. Ainsi, lorsqu

possible de déterminer la date de cette réalisation⁹⁷⁴. En d'autres termes, tout fait qui remplit cette condition peut être érigé par le droit positif en condition d'entrée en vigueur.

Les faits qui peuvent satisfaire à cette condition peuvent être regroupés en trois catégories⁹⁷⁵. Premièrement, il y a des faits qui ont la signification d'un acte juridique, comme l'édiction d'un décret, par exemple. Deuxièmement, il y a des faits dont la survenance présuppose une action de la part des organes ou des services juridiques sans avoir pour autant la signification d'un acte juridique, comme c'est le cas, par exemple, de la publication ou de la réunion d'un organe collégial⁹⁷⁶. Enfin, il y a des faits que l'on pourrait qualifier de « chronométriques » : l'écoulement d'un délai et l'arrivée d'une certaine date.

La réunion des conditions – La réunion des conditions dont dépend l'entrée en vigueur constitue à son tour un fait dont la réalisation peut être située dans le temps⁹⁷⁷. La réalisation ou non de ce fait rend vraies ou fausses nos assertions relatives à l'entrée en vigueur d'une loi. On peut ainsi affirmer, à propos d'une loi donnée, qu'« elle est (désormais) en vigueur » ou qu'« elle n'est pas (encore) en vigueur ». Du point de vue des acteurs juridiques, ces assertions ne sont pas purement descriptives. Elles expriment ou impliquent des *jugements* relatifs à l'attitude pratique que nous devons adopter vis-à-vis de la loi qui est entrée en vigueur (ou qui n'est pas encore entrée en vigueur). Ainsi, une loi « en vigueur » est une loi qui *doit être traitée* comme une loi qui est « en vigueur ». Symétriquement, il n'est pas permis de traiter comme une loi « en vigueur » une loi qui n'est pas (encore) « en vigueur »⁹⁷⁸.

⁹⁷⁴ Nous présumons ici que la notion de « fait » est évidente. Sur les différents objets que le terme « fait » peut désigner, v. G. VON WRIGHT, *Norm and Action: A Logical Enquiry*, Routledge and Kegan Paul, [1963] 1977, p. 25-28.

⁹⁷⁵ *Rappr.* la typologie établie par G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, thèse, préf. J. Petit, Dalloz, 2007, n° 102 s., p. 77 s.

⁹⁷⁶ Cf. l'art. 98 de la Constitution du 27 octobre 1946 : « Le Conseil de la République se réunira le troisième mardi suivant son élection. La présente Constitution entrera en vigueur à partir de cette date ». Pour une application de la règle posée par cet article, v. CE 31 octobre 1952, *Sté Rochefortaise*, *Rec.* p. 481 : « il est constant que le Conseil de la République s'est réuni pour la première fois le 24 novembre 1946 ; qu'il suit de là que l'arrêté [attaqué] du 18 novembre 1946 est intervenu avant l'entrée en vigueur de la Constitution [...] ».

⁹⁷⁷ C'est pour cette raison par ailleurs que l'entrée en vigueur d'une loi peut être déterminée en fonction de celle d'un autre acte juridique.

⁹⁷⁸ Nous présumons ici qu'une obligation négative implique la négation d'une permission. On peut ainsi présumer que l'affirmation « Cette loi n'est pas (encore) en vigueur » est équivalente à l'affirmation « Il est obligatoire de traiter cette loi comme une loi qui n'est pas (encore) en vigueur ».

Le terme « en vigueur » désigne une certaine qualité qui s'attache à la loi à partir d'un certain moment, à savoir à partir de la date de son entrée en vigueur⁹⁷⁹. Dans le langage juridique ordinaire, cette qualité est assimilée ou associée au caractère « obligatoire », « exécutoire », « applicable » ou « opposable » de la loi. De manière générale, les auteurs utilisent ces termes pour expliquer la qualité que le terme « en vigueur » désigne. Ainsi, une loi « en vigueur » est une loi « obligatoire », « opposable », etc. Cette approche est peu éclairante : substituer un prédicat du terme « loi » à un autre n'explique pas la qualité que ces prédicats désignent. Pour les besoins de la présente analyse, nous retiendrons les termes « obligatoire » et « applicable » pour tenter d'expliquer la qualité qu'acquiert une loi à compter de son entrée en vigueur.

La loi « en vigueur » – L'expression « cette loi est (désormais) en vigueur » est équivalente à l'expression « cette loi est (désormais) obligatoire »⁹⁸⁰. Une loi est obligatoire en ce sens que son contenu est obligatoire. Par « contenu », on entend ici les énoncés dont se compose le dispositif de la loi. Ce contenu est « obligatoire » parce que, et dans la mesure où, les acteurs juridiques attribuent aux énoncés qui le composent la signification de règles juridiques⁹⁸¹. Une règle juridique est une raison pour agir – ou pour ne pas agir – d'une certaine façon, plutôt que d'une autre⁹⁸².

Une raison pour agir est une donnée qui peut figurer dans une prémisse dont on peut tirer une conclusion normative concrète, c'est-à-dire relative à une conduite donnée (déjà réalisée ou envisagée, la nôtre ou celle d'autrui)⁹⁸³. Tirer une telle conclusion

⁹⁷⁹ Rappelons que le terme « entrée en vigueur » peut désigner deux choses : une certaine qualité qui caractérise la loi et le moment à compter duquel la loi acquiert cette qualité.

⁹⁸⁰ Par ailleurs, le droit positif et la jurisprudence emploient souvent, mais pas toujours, le terme « obligatoire » pour désigner la qualité qui s'attache à la loi à compter de son entrée en vigueur. On trouve déjà cet terme dans l'une des premières lois relatives à l'entrée en vigueur : la loi du 12 vendémiaire an IV (4 octobre 1795), dont l'article 12 disposait que « les lois et actes du Corps législatif obligeront, dans l'étendu de chaque département, du jour auquel le Bulletin des lois qui les contient sera distribué au chef-lieu du département » (*Duvergier*, t. 8, p.307 ; *supra*, Titre I, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 2, A). De même, le décret du 5 novembre 1870 déterminait le moment à compter duquel « les lois et les décrets seront obligatoires ». Concernant la jurisprudence, v. les exemples cités *infra*.

⁹⁸¹ Cela ne vaut pas dire que les lois ne posent que des obligations, ou que toutes les lois posent des obligations. Le terme « obligatoire » est ici utilisé pour désigner le fait que les acteurs juridiques attribuent une signification normative aux dispositions législatives.

⁹⁸² Attribuer aux énoncés législatifs une telle signification revient à reconnaître que ces mêmes énoncés, en vertu de leur signification, constituent des raisons pour agir. V. sur ce point *supra*, Première Partie, Titre II, Chapitre 2, Section 2, § 2.

⁹⁸³ Cf. J. RAZ, « Introduction », in : *Id.* (ed.), *Practical Reasoning*, Oxford University Press, 1978, p. 1-17, spéc. 5.

sur la base d'une règle revient à formuler un *jugement* ou à prendre une *décision* sur la base de la règle : celle-ci est mobilisée par le raisonnement pratique afin de justifier une prémisse ainsi que la conclusion tirée de cette prémisse. Mobiliser la règle d'une telle façon revient à *appliquer* ou à *suivre* la règle⁹⁸⁴. En ce sens, on pourrait affirmer que les lois sont obligatoires parce que, et dans la mesure où, elles sont *applicables* : les agents du système juridique peuvent invoquer leur contenu spécifique, auquel ils attribuent la signification d'une règle, afin d'en tirer une conclusion normative concrète, voire afin de *justifier* un jugement ou une décision concernant un cas concret.

Ainsi comprise, l'applicabilité nous permet de rendre compte, entre autres, de la multitude de termes que le juge emploie lorsqu'il se prononce sur l'entrée en vigueur des lois ou des actes administratifs. Ainsi, la date et les conditions d'entrée en vigueur déterminent le moment à compter duquel un acte juridique devient « obligatoire »⁹⁸⁵, « opposable »⁹⁸⁶, « applicable »⁹⁸⁷, ou encore apte à être « invoqué » par les personnes intéressées⁹⁸⁸.

⁹⁸⁴ Cf. : H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 3^e ed., introduction L. Green, Oxford University Press, 2012, p. 39, sur la façon dont on peut parler d'« application » à propos de la façon dont les règles guident la conduite des citoyens : « [...] the members of society are left to discover the rules and conform their behaviour to them ; in this sense they “apply” the rules themselves to themselves, thought they are provided with a motive for conformity in the sanctions added to the rule ». Cette idée est davantage développée au Chap. 7 du *Concept de droit*, p. 124 s., spéc. p. 126.

⁹⁸⁵ CE 9 novembre 1917, *Grimm*, *Rec.* p. 712 ; CE 25 juin 1919, *Pondade*, *Rec.* p. 547 ; CE 9 mars 1927, *Rocheray*, *Rec.* p. 305, *D.* 1928 III p. 71, note R. MAYER ; CE Sect. 27 mars 1936, *Bonny*, *Rec.* p. 387, *S.* 1937 III p. 89, conclusions RENAUDIN ; CE 20 novembre 1959, *Gerbaud*, *Rec.* p. 612 ; CE Ass. 20 mars 1974, *Bourges*, *Rec.* 192, *AJDA* 1974, p. 382, conclusions GUILLAUME. Dans ces arrêts, le juge vise explicitement le décret du 5 novembre 1870 qui déterminait le moment à compter duquel « les lois et les décrets seront obligatoires ».

⁹⁸⁶ Trib. Conflits, 20 mars 1943, *Sté béthunois d'éclairage*, *Rec.* p. 322 ; CE 4 février 1949, *Pasquier*, *Rec.* p. 54 ; CE 23 décembre 1949, *Roy*, *Rec.* p. 576 ; CE 26 octobre 1956, *Pubreil*, *Rec.* p. 389 ; CE 20 novembre 1959, *Gerbaude*, *Rec.* p. 612 ; CE 1^{er} juin 1962, *Min. Industrie c. Amblard*, *Rec.* p. 363 ; CE 3 octobre 1962, *Capel*, *Rec.* p. 510 ; CE 7 mai 1975, *Min. Agriculture c. Marchandise*, *Rec.* p. 286 ; CE 2 octobre 1968, *Ville du Vésinet*, *Rec.* p. 470 ;

⁹⁸⁷ CE 13 mai 1921, *Union des associations professionnelles du personnel civil*, *Rec.* p. 491 (décret qui n'est pas « susceptible de recevoir légalement son application) ; CE 21 mai 1924, *Rec.* p. 486 ; CE 20 décembre 1947, *Conseil du collège départ. des médecins du Vaucluse*, *Rec.* p. 485 ; CE 23 avril 1948, *Bellier*, *Rec.* p. 178. Le terme « applicable » est combiné tantôt avec le terme « obligatoire », et tantôt avec le terme « applicable ». Pour le premier cas de figure : CE 24 mai 1935, *Noblet d'Anglure*, *D.H.* 1935, p. 465 ; CE 21 octobre 1949, *Compagnie nationale des carburants et sieurs Boucherot*, *Rec.* p. 428 (date d'applicabilité) ; CE Ass. 21 novembre 1958, *Kuntzmann*, *Rec.* p. 575. Pour le second cas de figure, v. CE 25 octobre 1957, *Talec et Vachon*, *Rec.* p. 551.

⁹⁸⁸ Un acte juridique qui n'est pas encore « obligatoire » ou « applicable » n'est pas opposable aux administrés mais ces derniers ne peuvent pas l'« invoquer » ou « se prévaloir » de ses dispositions non plus : CE 29 novembre 1954, *Balthazar*, *D.* 1954, p. 524, note MORANGE ; CE 3 mars 1971, *Ministre de l'économie et des finances c. Sté des ateliers de Dunkerque et Bordeaux*, *Rec.* p. 175 ; CE 25 janvier 1974, *Jean*, n° 82609, *Rec.* p. 60 ; CE 24 novembre 1982, *Vital*, *Rec.* p. 519, *RA* 1983, p. 253, note B. PACTEU ; CE 4 juillet 1975, *Delfini*, *JCP* 1974 III, p. 18666, note J.-Y. Vincent (le requérant ne peut pas « invoquer » les dispositions d'un décret qui n'est pas « entré en vigueur »).

Interpréter et appliquer les lois « en vigueur » – En effet, dans le langage juridique ordinaire, on emploie l’expression « application de la loi » pour désigner l’application d’une règle qui est la signification attribuée aux énoncés d’une loi. En revanche, on parle de l’« interprétation de la loi » à propos de l’opération qui consiste à attribuer la signification d’une règle aux énoncés d’une loi⁹⁸⁹. Or, on peut aussi bien parler d’« interprétation de la loi » à propos de l’opération qui consiste à justifier l’application d’une règle – qui est la signification attribuée aux énoncés de la loi – à un cas concret⁹⁹⁰. En ce sens, on pourrait affirmer que l’on interprète une loi tant lorsqu’on justifie la prémisse d’un jugement ou d’une décision (en attribuant la signification d’une règle aux énoncés de la loi), que lorsqu’on justifie la conclusion tirée de cette prémisse (en justifiant l’application de la règle à un cas concret). Symétriquement, et pour des raisons de simplicité, on pourrait affirmer que l’on attribue une « signification » aux énoncés d’une loi lorsqu’on fait appel à ces énoncés afin de justifier non seulement l’existence d’une règle (et donc la prémisse d’un jugement ou d’une décision), mais aussi l’application de cette règle à un cas concret (et donc la conclusion tirée de notre prémisse).

Ceci étant, il s’avère que les acteurs juridiques peuvent douter de la signification précise des énoncés d’une loi tout en reconnaissant que cette signification – quelle qu’elle soit – est celle d’une règle et, plus précisément, celle d’une règle juridique de valeur législative⁹⁹¹. Ce consensus n’est pas spontané ou trivial : il sous-tend l’ensemble de nos pratiques relatives aux lois, y compris l’édiction et l’interprétation de celles-ci⁹⁹². En effet, en l’absence d’un tel consensus, les désaccords sur

⁹⁸⁹ On pourrait aussi parler d’« interprétation » à propos de l’application de la règle, à savoir à propos de l’opération par laquelle nous mobilisons la règle afin d’en tirer une conclusion concernant un cas d’espèce. L’interprétation dans ce deuxième sens présuppose l’interprétation dans le premier sens : avant d’appliquer une règle, il faut l’identifier ; identifier une règle de valeur législative revient à interpréter les dispositions d’un acte législatif.

⁹⁹⁰ Sur cette distinction, v. : R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 82 s.

⁹⁹¹ Sur les différents types de désaccord concernant l’interprétation des lois (y compris l’application à des cas concrets des règles qui sont la signification attribuée aux énoncés des lois), v. V. VILLA, « Deep Interpretive Disagreements and the Theory of Legal Interpretation », in : A. Capone & F. Poggi (ed.), *Pragmatics and Law. Philosophical Perspectives*, Cham, Springer, 2016, p. p. 89-119, spéc. p. 93 s.,

⁹⁹² Cf. R. BRANDOM, *Making it Explicit : reasoning, representing, and discursive commitment*, Cambridge, Harvard University Press, 1994, p. 18-20, sur la façon dont la formulation de règles explicites n’est possible que dans le cadre d’une pratique qui est sous-tendue par des règles implicites. Aux termes de l’auteur : « Norms that are *explicit* in the form of rules presuppose norms *implicit* in the practices » (*ibid.*, p. 20)

L'interprétation des lois n'aurait même pas lieu d'être : on pourrait ignorer ces textes, prétendant que les règles juridiques qui s'appliquent à notre conduite sont fournies par d'autres sources (écrites ou non-écrites). Les acteurs juridiques peuvent donc disposer d'une liberté plus ou moins entendue concernant l'interprétation des lois, mais ils ne sont pas libres d'ignorer celles-ci afin de « chercher ailleurs », si l'on peut dire, les règles juridiques qui doivent guider leur conduite⁹⁹³. Si tel était le cas, les lois n'auraient même pas de raison d'être⁹⁹⁴ : pourquoi édicter de tels textes si leur existence ne faisait aucune différence dans notre raisonnement pratique, à savoir dans la façon dont nous identifions les règles juridiques et nous justifions nos jugements et décisions ?

Si alors les acteurs juridiques attribuent la signification de règles juridiques aux énoncés qui sont formulés dans les lois écrites, c'est qu'ils s'engagent mutuellement dans une pratique interprétative. Les acteurs juridiques s'engagent dans une telle pratique dès lors qu'ils assument mutuellement une obligation concernant les sources qu'ils doivent mobiliser afin d'identifier les règles juridiques qui s'appliquent à leur conduite : ils assument l'obligation de se référer au contenu des lois écrites afin de justifier leurs jugements et décisions, quel que soit le degré de liberté dont ils disposent concernant l'interprétation de ce contenu.

L'apport normatif des règles sur l'entrée en vigueur – Cette obligation ne s'applique pas à toutes les lois qui sont édictées mais uniquement à celles qui sont (déjà et encore) « en vigueur ». C'est en ce sens que l'on peut affirmer que les lois sont obligatoires « à compter de leur entrée en vigueur ». En effet, affirmer que les lois sont « obligatoires » revient à affirmer que leurs énoncés ont la signification de règles juridiques. Mais affirmer que les lois sont obligatoires « à compter de leur entrée en vigueur » revient à affirmer que c'est à partir de ce moment seulement, et

⁹⁹³ Cf. J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, 1999, p. 85-101, où l'auteur remarque, entre autres, que : « When something is enacted as law or as a source law, I believe it makes on us a demand not to immediately disparage it, or think of ways of nullifying it or getting around it, or mobilizing the immune system of the *corpus juris* so as to resist its incorporation » (*ibid.*, p. 100).

⁹⁹⁴ Ainsi, même lorsque les agents du système juridique suivent des règles non écrites, ils justifient cette pratique par référence aux lois écrites, soit pour affirmer que celles-ci ne peuvent pas fournir une règle correspondante, soit pour affirmer que, eu égard à certaines considérations, la règle non écrite doit l'emporter sur une règle contraire formulée par une loi écrite.

non pas avant, qu'il est permis de traiter les lois comme des textes dont les énoncés ont la signification de règles juridiques. L'obligation d'appliquer les lois « en vigueur » implique donc une permission et une interdiction (la négation d'une permission) : en fonction de la réalisation ou non des conditions d'entrée en vigueur, il est permis ou interdit de faire appel au contenu spécifique d'une loi afin de justifier un jugement ou une décision, c'est-à-dire afin de justifier l'existence d'une règle et son application à un cas concret. En ce sens, les lois sont obligatoires à partir de leur entrée en vigueur parce que c'est à partir de ce moment seulement, et non pas avant, qu'elles sont applicables, à savoir aptes à justifier, en fonction de leur contenu spécifique, une conclusion normative concrète. Symétriquement, cette permission et cette interdiction présupposent une obligation : une fois les conditions de l'entrée en vigueur réunies, il est obligatoire pour les acteurs juridiques de traiter la loi concernée comme une loi qui est « en vigueur », en ce sens qu'il est obligatoire d'inclure cette loi parmi les ressources textuelles auxquelles ils doivent se référer afin d'identifier les règles juridiques qui s'appliquent à leur conduite.

Les défauts de l'analyse proposée – Cette analyse présuppose que l'apport normatif des règles sur l'entrée en vigueur est apte à être décrit en termes déontiques, c'est-à-dire en termes d'obligation, de permission ou d'interdiction. Nous présumons, en d'autres termes, que les règles en question établissent un lien entre l'entrée en vigueur et la réalisation de certaines conditions qui peut être décrit en termes déontiques. Nous reconnaissons pourtant que l'analyse qui vient d'être présentée manque de précision ou de clarté dans la mesure où elle ne tranche pas clairement en faveur de l'une de ces trois modalités déontiques. Nous considérons pourtant que, malgré ce défaut, auquel nous ne parvenons pas à trouver une solution satisfaisante, l'analyse proposée peut s'avérer utile afin de rendre compte de l'apport normatif de ces règles.

Les avantages de l'analyse proposée – En effet, rendre compte de l'apport normatif d'une règle revient à rendre compte de la façon dont la règle figure dans le raisonnement pratique et guide la conduite de ceux qui la suivent. Les règles sur l'entrée en vigueur guident la conduite parce qu'elles figurent dans le raisonnement pratique des acteurs juridiques : avant même de faire appel à un énoncé afin de

justifier l'existence d'une règle et son application à un cas concret, les acteurs juridiques doivent vérifier si l'énoncé en question fait ou non partie d'une loi qui est « en vigueur ». En d'autres termes, les règles sur l'entrée en vigueur figurent toujours, fût-ce implicitement, dans le raisonnement pratique que les acteurs juridiques déploient lorsqu'ils interprètent et appliquent les lois écrites⁹⁹⁵.

§ 2 – La date d'entrée en vigueur

Les règles sur l'entrée en vigueur guident la conduite des acteurs juridiques d'une façon qui est censée être précise : elles ne permettent pas de vérifier si une loi est « en vigueur » tout court ; leur objectif est de permettre de déterminer le moment précis à compter duquel une loi est « en vigueur »⁹⁹⁶. Il importe ici de rappeler que la distinction entre l'édition des lois et le moment à compter duquel elles deviennent obligatoires ne date pas de la consécration de l'institution de l'entrée en vigueur, telle qu'on la connaît aujourd'hui. Ce qui change avec la consécration de cette institution, c'est le caractère précis de cette distinction⁹⁹⁷. Ainsi, le terme « en vigueur » ne désigne pas une qualité de la loi tout court : elle désigne une qualité qui s'attache à la loi à partir d'un moment précis.

Affirmer cela revient à affirmer que les lois entrent toujours en vigueur à un moment précis. Corrélativement, là où il y a l'institution de l'entrée en vigueur, il y a au moins une règle qui permet de déterminer le moment précis à compter duquel les lois entrent en vigueur. De prime abord, ce constat paraît trivial, ce qui explique peut-être

⁹⁹⁵ C'est pour cela par ailleurs que le juge soulève d'office les moyens relatifs à l'entrée en vigueur, comme c'est le cas pour le défaut de publication d'un décret : CE 1^{er} juin 1962, *Ministre de l'Industrie et du commerce c/ Amblard et autres*, Rec. p. 363 ; CE 2 octobre 1968, *Ville du Vésinet et autres*, Rec. p. 470.

⁹⁹⁶ Ce trait, considéré souvent comme étant évident, est mis en exergue par BRAIBANT, conclusions sur CE 19 juin 1959 *Cazes*, D. 1959, p. 372 : « les règles [sur l'entrée en vigueur] édictées par le décret de 1870 sont aujourd'hui bien connus ; elles sont claires, précises, dépourvues d'ambiguïté ; elles permettent à l'administration comme aux administrés de savoir avec certitude à partir de quel moment un texte est obligatoire ».

⁹⁹⁷ Ainsi, le souci de précision fut déterminant dans l'élaboration de l'article 1^{er} du Code civil. Par exemple, un système initialement proposé est rejeté par Napoléon lui-même au motif suivant : « Il faudrait sans cesse mettre en délibération l'époque à laquelle la loi deviendra obligatoire [...] », (A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, p.12). V. dans le même sens le rapport de la commission spéciale de l'Assemblée qui mettait également l'accent sur le besoin d'établir des règles qui permettent de déterminer avec précision le moment à compter duquel les lois deviennent obligatoires (*Ibid*, p. 60-61).

pourquoi la doctrine ne s’y arrête pas⁹⁹⁸. Il appelle pourtant à quelques précisions. En quoi consiste le caractère précis de la détermination de la date de l’entrée en vigueur ?

La détermination précise de la date d’entrée en vigueur – Une première réponse serait d’affirmer que la précision consiste en la possibilité de déterminer la *date* de l’entrée en vigueur, c’est-à-dire le jour à compter duquel une loi entre en vigueur. En effet, le moment d’entrée en vigueur n’est jamais déterminé en fonction d’unités de mesure du temps plus longues, comme la semaine ou le mois⁹⁹⁹. Or, ce degré de précision ne concerne que l’un des paramètres – la mesure du temps¹⁰⁰⁰ – dont se constitue le caractère précis de la détermination du moment de l’entrée en vigueur. Ainsi, la question susmentionnée reste ouverte, reformulée ainsi : en quoi la détermination de la date d’entrée en vigueur est-elle précise ? Pour répondre à cette question il importe d’établir deux séries de distinctions.

Détermination précise et date précise – Il importe d’abord de distinguer entre la détermination précise d’une date et le caractère précis de la date elle-même. Il n’est pas nécessaire que le législateur détermine la date précise de l’entrée en vigueur ; il suffit de fixer un critère qui rend une telle détermination possible¹⁰⁰¹. En d’autres termes, il n’est pas nécessaire de préciser que « la présente loi entrera en vigueur à la date D ». Il suffit de préciser, par exemple, que « la présente loi entrera en vigueur 10 jours après la réalisation de la condition C ». Dans ce cas, il faut que la condition « C » corresponde à un fait dont il est possible de déterminer avec précision la date de

⁹⁹⁸ Ce trait est parfois évoqué, sans être davantage expliqué. Par exemple, c’est à la possibilité de déterminer avec précision la date de l’entrée en vigueur que songe J. M. Auby lorsqu’il remarque que « c’est la *notion objective et facilement déterminable* de l’entrée en vigueur de l’acte administratif qui doit constituer le centre de l’étude de l’incompétence *ratione temporis* », J. M. AUBY, « L’incompétence “*ratione temporis*”. Recherches sur l’application des actes administratifs dans le temps », *RDP* 1953, p. 5-60, spéc. p. 13.

⁹⁹⁹ Sur les unités de mesure du temps, v. M. CRESP, *Le temps juridique en droit privé, essai d’une théorie générale*, préf. J. Hauser, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2013, n° 98 et n° 172 s.

¹⁰⁰⁰ Sur le concept de « date » en droit, v. la thèse précitée de M. Cresp, et aussi M.-A. GUERRIERO, *L’acte juridique solennel*, préf. J. Vidal, LGDJ, 1975, p. 329.

¹⁰⁰¹ Il est en sens inexact d’affirmer, à propos du second cas de figure évoqué, que la date d’entrée en vigueur « n’est pas précisément déterminée » : ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français, op. cit.*, n° 102, p. 77 : « Le renvoi à l’édiction de certains actes ou à la réunion de divers éléments de fait a pour conséquence que la date d’entrée en vigueur de la loi nouvelle n’est pas précisément déterminée : on parle alors de terme “conditionné” ou de “condition suspensive” ».

réalisation. Cela présuppose un consensus, parmi les acteurs juridiques, concernant le type de fait dont la réalisation « compte » comme réalisation de la condition « C ».

Précision et certitude – Il faut aussi distinguer entre la précision et la certitude. Dans l'exemple précédent, il n'est même pas nécessaire que la réalisation de la condition « C » soit certaine. Il suffit que l'entrée en vigueur devienne « certaine » dès lors que la condition « C » est réalisée. La « certitude » dont il est ici question est normative. Il faut que les acteurs juridiques traitent la réalisation de condition « C » comme une raison en soi suffisante pour traiter la loi concernée comme une loi qui est désormais « en vigueur ».

Supposons, par exemple, que la condition « C » consiste en la publication d'un décret : « La présente loi entrera en vigueur dix jours après la publication du décret pris pour son application ». Dans ce cas, la réalisation ou la date de réalisation de la condition « C » n'est pas certaine. Toutefois, la détermination de la date de l'entrée en vigueur demeure précise dès lors qu'il est admis que la règle correspondante pose une obligation : il est obligatoire de traiter la loi concernée comme une loi qui est « en vigueur » dix jours après la réalisation de la condition prévue.

Précision temporelle et normative – Le caractère précis de la détermination de l'entrée en vigueur dépend alors de deux paramètres, dont l'un est temporel et l'autre normatif. D'un point de vue temporel, la détermination est précise dès lors qu'il est possible de déterminer la date de l'entrée en vigueur. Cela présuppose un consensus parmi les acteurs juridiques concernant l'apport normatif des règles sur l'entrée en vigueur et les critères fixés par celles-ci pour la détermination de la date de l'entrée en vigueur. En d'autres termes, s'il est possible de déterminer pour chaque loi la date de son entrée en vigueur, c'est parce qu'il y a des critères communément partagés parmi les acteurs juridiques concernant la façon dont ils doivent déterminer la date de l'entrée en vigueur des lois.

Le concept de condition d'entrée en vigueur – De ce qui précède, on peut identifier les traits qui font d'une certaine chose une « condition d'entrée en vigueur ».

1° Toute condition d'entrée en vigueur est un fait dont il est possible de déterminer la date de réalisation. Le plus souvent, mais pas nécessairement, cette date est

postérieure à celle de l'édiction. En tout cas, les deux dates sont conceptuellement distinctes : l'idée sous-tendant l'entrée en vigueur est que l'édiction des lois ne suffit pas nécessairement pour que celles-ci deviennent obligatoires, et que certaines conditions ultérieures doivent être remplies, le cas échéant, à cette fin.

2° La réalisation d'un fait « conditionne » l'entrée en vigueur lorsque le défaut de sa réalisation constitue une raison en soi suffisante pour s'abstenir de traiter une loi, qui est pour autant édictée, comme une loi qui est « en vigueur ». S'abstenir d'adopter une telle attitude pratique revient à reconnaître qu'il n'est pas permis d'invoquer les énoncés législatifs afin de justifier des décisions ou des jugements concrets, c'est-à-dire afin de justifier l'existence d'une règle et son application à un cas concret. Reconnaître cela revient à reconnaître que la loi n'est pas (encore) obligatoire parce qu'elle n'est pas (encore) applicable.

3° Ce lien normatif entre la réalisation de certains faits et le caractère obligatoire des lois est établi par les règles sur l'entrée en vigueur. Ces règles déterminent l'ensemble de conditions dont dépend l'entrée en vigueur : il s'agit de l'ensemble de faits dont la survenance est nécessaire, d'après les règles pertinentes, pour qu'il soit permis de traiter une loi, qui est déjà édictée, comme une loi qui est « en vigueur ».

4° Parmi ces règles, il doit y en avoir au moins une qui détermine la date de l'entrée en vigueur. Cette règle érige la réalisation d'une condition spécifique en critère pour le calcul de la date de l'entrée en vigueur. Cette condition n'est pas nécessairement la dernière condition dont dépend l'entrée en vigueur. Par exemple, les règles de droit commun exigent que les lois, à défaut de prévision contraire, entrent en vigueur à l'échéance d'un délai – appelé « délai de publication » – dont le point de départ est la publication. Dans ce cas, l'écoulement du délai constitue la dernière condition dont dépend l'entrée en vigueur, mais c'est la publication, en tant que point de départ du délai, qui fournit le critère pour la détermination de la date de l'entrée en vigueur.

5° Il a pu être soutenu que le délai de publication, par opposition à la publication elle-même, ne constitue pas une condition d'entrée en vigueur¹⁰⁰². L'argument est le

¹⁰⁰² J. HÉRON, « Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil) », *RTD civ.* 1985, p. 277-333 spéc. p. 292 : l'écoulement du délai de publication « ne peut pas, sauf à jouer sur les mots, être qualifié de condition de l'entrée en vigueur ».

suyant : une fois la loi publiée, les organes juridiques n'ont plus rien à faire pour que la loi entre en vigueur¹⁰⁰³. D'après cette thèse alors, le concept de « condition d'entrée en vigueur » ne comprend que des actes, comme la publication, qui sont accomplis par les organes juridiques. Cette conception restrictive n'est pas justifiée. D'après les règles pertinentes, l'entrée en vigueur n'est pas moins subordonnée à l'écoulement d'un délai qu'à l'acte dont l'accomplissement est le point de départ du délai¹⁰⁰⁴. Les conditions d'entrée en vigueur sont alors des conditions fixées par les organes juridiques – puisqu'elles sont fixées par des règles juridiques –, mais, une fois fixées, elles ne sont pas nécessairement réalisées par les organes juridiques.

Cette distinction est importante pour deux raisons. En premier lieu, il peut y avoir des conditions d'entrée en vigueur dont la réalisation ne dépend même pas de l'initiative des organes juridiques du système juridique dont la loi en question fait partie¹⁰⁰⁵. Un exemple caractéristique est l'entrée en vigueur du Titre XV de la Constitution du 4 octobre 1958. L'entrée en vigueur de ce titre, dans sa version actuelle, établie par la loi constitutionnelle n° 2008-103 du 5 février 2008, était subordonnée, en vertu de cette même loi constitutionnelle, à « l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne »¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰³ *Ibid.* : « Une fois le texte publié, l'auteur de la norme nouvelle a satisfait à tout ce que lui imposait la loi ».

¹⁰⁰⁴ V. en ce sens O. PFERSMANN, « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques », *RRJ* 1994, p.221-243, spéc. p. 232, note 22 : « Cette argumentation [de J. Héron] ne nous convainc pas, car s'il y a bien une différence entre le fait de publier et le fait qu'un certain intervalle temporel s'écoule et s'il est bien exact que l'on qualifie, traditionnellement, le premier de "condition" et le second de "délai", il n'en demeure pas moins que si le délai d'un jour franc ne s'est pas écoulé, alors la norme n'est pas "en vigueur" (n'est en vigueur que la méta-norme selon laquelle un jour franc doit s'écouler avant que d'autres effets normatifs puissent être envisagés) ».

¹⁰⁰⁵ Il peut y avoir des conditions qui présentent un caractère intermédiaire. Dans ce cas figure, l'entrée en vigueur dépend à la fois : de la réalisation d'une condition qui ne relève pas de la compétence des organes étatiques ; de l'adoption par ces derniers de mesures de publicité destinées à porter à la connaissance des acteurs intéressés la réalisation de la condition en question. Tel était le cas concernant l'entrée en vigueur de la loi du 15 janvier 1881 réprimant les infractions aux dispositions d'un traité international ratifié par la France (*JO* du 17 janvier 1884, p. 265). Selon son article 24 : « la mise en vigueur de la présente loi sera provisoirement suspendue jusqu'au moment où les autres puissances signataires de la convention [...] auront édictés les pénalités prévues à l'article [...] de cette convention ». En l'espèce, le pouvoir exécutif avait assurée la publication par voie d'affiches des informations concernant la réalisation de cette condition que la Cour de Cassation a pu qualifier de « suspensive ». Ainsi, la Cour a jugé que, suite à l'affichage qui a eu lieu au département où réside le prévenu, celui-ci n'est pas fondé à demander l'annulation du jugement rendu à son encontre en application de la loi en question : Cass. crim. 5 novembre 1885, *Bull. crim.* n°292, p. 465, *S.* 1887 I, p. 233, note E. CHAVEGRIN

¹⁰⁰⁶ Aux termes de l'article 2 de la loi constitutionnelle n° 2008-103 du 5 février 2008 : « À compter de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé le 13 décembre 2007, le titre XV de la Constitution est ainsi modifié : [...] ».

À plus forte raison, et d'autre part, il s'avère qu'il peut y avoir des conditions dont dépend l'entrée en vigueur mais dont l'accomplissement ne constitue pas une obligation pour les acteurs juridiques¹⁰⁰⁷. Il importe alors de distinguer entre les règles sur l'entrée en vigueur et les obligations dérivées de ces règles. En effet, il se peut que l'accomplissement d'un acte soit obligatoire du fait que l'acte en question conditionne l'entrée en vigueur d'une loi. Or, ce n'est pas pour rendre obligatoire l'accomplissement d'un certain acte que l'on consacre les règles sur l'entrée en vigueur en premier lieu : c'est pour déterminer avec précision le moment à compter duquel les lois deviennent obligatoires, considérant que ce moment peut être distinct de celui de leur édicition.

Section 2 : Les conditions générales

Toutes les règles sur l'entrée en vigueur sont sous-tendues par une logique commune : le système juridique juge nécessaire ou souhaitable de rendre possible la distinction entre le moment où l'édicition des lois est achevée et le moment à compter duquel les lois deviennent obligatoires. La possibilité de tracer une telle distinction dépend de certaines conditions : il s'agit des conditions nécessaires dont dépend l'existence même de l'institution qu'on appelle « entrée en vigueur ».

On pourrait qualifier ces conditions nécessaires de « générales », par opposition aux conditions particulières présentées ci-dessus. Ces dernières sont contingentes en ce sens qu'elles peuvent varier en fonction des données du droit positif, voire en fonction des différentes règles relatives à l'entrée en vigueur qu'un système juridique peut consacrer. Les conditions générales, en revanche, sont des conditions présentes dans tout système juridique qui dispose des règles sur l'entrée en vigueur. Il s'agit des conditions qui rendent possible la distinction entre l'édicition et le caractère obligatoire des lois.

¹⁰⁰⁷ L'obligation d'accomplir un acte présuppose la possibilité de l'accomplir. Si alors la réalisation d'un acte ne dépend pas de l'initiative des organes juridiques, elle ne peut pas constituer, et à plus forte raison, une obligation pour ces derniers.

Pour établir une telle distinction, il faut tout d'abord que celle-ci soit concevable. Il faut que les acteurs juridiques puissent concevoir les lois comme des textes dont le caractère obligatoire peut dépendre de certaines conditions qui se réalisent après leur édicition. Or, l'institution de l'entrée en vigueur n'implique pas n'importe quel type de distinction entre l'édiction et le caractère obligatoires des lois. Elle implique une distinction qui est précise et peut s'appliquer à toute nouvelle loi.

On peut alors distinguer entre deux séries de conditions générales. D'une part, il y a de conditions que l'on pourrait appeler « institutionnelles ». Il s'agit des conditions qui rendent possible la distinction précise entre l'édiction et le caractère obligatoire de toute nouvelle loi (§1). D'autre part, il y a des conditions que l'on pourrait appeler « conceptuelles » : la distinction précise susmentionnée présuppose une certaine façon de concevoir les lois elles-mêmes (§2).

§ 1 – Les conditions institutionnelles

Comme nous l'avons déjà remarqué, la distinction entre l'édiction et le moment où les lois deviennent obligatoires ne date pas de la consécration de l'institution de l'entrée en vigueur. Ce qui date de cette consécration, c'est le caractère précis de cette distinction. Cela veut dire deux choses. Premièrement, il est désormais possible de déterminer non seulement la date exacte où les lois deviennent obligatoires, mais aussi la date exacte où leur édicition est achevée (A). Deuxièmement, il est désormais possible d'établir une telle distinction pour toute nouvelle loi, grâce à des critères établis par des règles de droit commun (B).

A) La possibilité de déterminer avec précision le moment de l'édiction

Dans le paragraphe précédent, nous avons étudié l'apport normatif des règles sur l'entrée en vigueur. Nous avons remarqué que ces règles guident la conduite d'une façon qui est précise, en ce sens qu'elles permettent aux acteurs juridiques de

déterminer avec précision la date de l'entrée en vigueur des lois. Notre objectif ici est de creuser le lien entre la détermination de cette date et la fin de l'édiction des lois.

Édiction et entrée en vigueur – Les règles sur l'entrée en vigueur ne déterminent pas la date où une loi devient obligatoire tout court : la date ainsi déterminée, et les conditions dont elle dépend, peuvent être clairement distinguées de la date où l'édiction de la loi est achevée, et des conditions dont cette édiction dépend. Cette distinction est conceptuelle en ce sens qu'elle reste intelligible même lorsqu'une règle dispose que les lois, à défaut de disposition contraire, entrent en vigueur dès le jour ou le moment où leur édiction est achevée¹⁰⁰⁸.

Un trait conceptuellement nécessaire – Cette idée fait partie de notre concept d'« entrée en vigueur ». Lorsqu'on parle, dans notre langage juridique ordinaire, de l'« entrée en vigueur » de telle ou telle catégorie d'actes juridiques (lois, actes administratifs, etc.), on présuppose toujours que l'on parle de textes dont : (a) on peut savoir si la teneur est ou non définitive ; (b) on peut déterminer le moment où leur teneur est établie de façon définitive¹⁰⁰⁹. En plus, on présuppose que le moment de l'édiction, et les conditions dont celle-ci dépend, ne déterminent pas nécessairement le moment, et les conditions correspondantes, à partir duquel l'acte édicté devient obligatoire.

En ce sens on peut affirmer que l'entrée en vigueur constitue une institution – un faisceau de règles et de pratiques correspondantes – qui présuppose la possibilité de

¹⁰⁰⁸ Comme c'est le cas, nous l'avons vu, pour les règles de droit commun consacrées dans les pays de la *commun law*.

¹⁰⁰⁹ En d'autres termes, les propositions (a) et (b) sont présupposées en ce sens qu'elles font partie de l'« arrière plan conversationnel » de la pratique dans le cadre de laquelle des propositions sur l'« entrée en vigueur » sont énoncées et des jugements correspondants peuvent être faits concernant l'entrée en vigueur de tel ou tel acte juridique. Sur cette idée de présupposition, v. A. MARMOR, « Can the Law Imply More Than it Says ? On Some Pragmatic Aspects of Strategic Speech », in : A. Marmor, S. Soames (dir.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford University Press, 2011, p. 83-014, spéc. p. 86 : « [...] there are many cases in which a given utterance would only make sense if a certain content is presupposed by the speaker in relation to the background knowledge shared by his hearers. A presupposition consists in content that is not actually asserted, but would need to be taken for granted to make sense of the asserted content or its relevance to the conversation ». L'auteur s'inspire ici de l'analyse de S. SOAMES, « Presupposition », in : *Id.*, *Philosophical Papers*, Vol. I : *Natural Language : What it Means and How we Use it*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2009, p. 73-130, spéc. p. 93 : « The conversational background at time *t* is the set of propositions *P* such that at *t* the conversational participants believe or assume *P* ; and recognise this about each other. An utterance *U* presupposes *P* iff [if and only if] one can reasonably infer from *U* that the speaker *S* accepts *P* and regards it as uncontroversial, either because (a) *S* thinks that *P* is already part of the conversational background at the time of *U* ; or because (b) *S* thinks that the conversational participants are prepared to add *P*, without objection, to the background ».

distinguer avec précision entre : (i) le moment où l'édiction des lois est achevée ; (ii) les conditions ultérieures qui doivent être remplies, le cas échéant, pour que les lois deviennent obligatoires ; (iii) la date où ces conditions sont réunies et à compter de laquelle les lois deviennent obligatoires.

La détermination précise de la fin de l'édiction – La détermination précise de la date de l'entrée en vigueur présuppose la détermination précise de la fin de l'édiction : c'est à partir de ce moment que peuvent être remplies, le cas échéant, les conditions ultérieures dont dépend l'entrée en vigueur, et dont la réunion permet de déterminer avec précision la date de l'entrée en vigueur. Pour que cette détermination préalable soit précise, deux conditions doivent être réunies.

D'une part, la détermination doit être précise dans un sens chronologique. À cet effet, le critère retenu doit être un fait, comme l'accomplissement d'un acte formel, dont il est possible de déterminer la date de réalisation. Mais il faut aussi, et d'autre part, que cette détermination soit précise dans un sens normatif. Il faut que le critère retenu soit unanimement admis, de sorte qu'il n'y ait pas de doutes ou de controverses parmi les acteurs juridiques concernant le critère qui *doit* être retenu pour déterminer si l'édiction d'une loi donnée est ou non achevée.

Un trait historiquement contingent – Ces deux conditions ne sont pas nécessairement présentes dans tout système juridique. Elles faisaient défaut sous l'Ancien régime. D'une part, les ordonnances royales portaient souvent une date incomplète, sans mention du jour de leur signature par le roi. D'autre part, leur « entrée en vigueur » était subordonnée à leur enregistrement par les cours souveraines, mais les modalités de cette opération, qui pouvait aboutir à une modification de la teneur de la loi, n'étaient pas réglées de façon précise ou unanimement admise. En ce sens, c'est par un anachronisme conceptuel que l'on peut parler d'« entrée en vigueur » à propos des ordonnances de l'Ancien régime : s'il était possible de déterminer *ad hoc* le moment à compter duquel telle ou telle ordonnance devait être tenue pour obligatoire, il n'y avait pas de règles générales permettant une distinction précise entre (i) la date exacte où l'édiction de chaque ordonnance était achevée ; (ii) les conditions spécifiques que chaque ordonnance édictée devait

remplir pour être tenue pour obligatoire ; (iii) la date exacte où chaque ordonnance devait être tenue pour obligatoire.

Ce qui faisait alors défaut sous l'Ancien régime, ce n'était pas la distinction entre l'édiction et le moment où les lois deviennent obligatoires : c'était la possibilité de tracer une telle distinction d'une façon qui serait précise et applicable à toute nouvelle loi.

B) La possibilité de déterminer avec précision le moment de l'entrée en vigueur de chaque nouvelle loi

Cette distinction est désormais applicable à toute loi grâce aux règles sur l'entrée en vigueur : consacrer de telles règles revient à consacrer un régime de droit commun concernant le moment à compter duquel chaque nouvelle loi devient obligatoire. Ce point mérite d'être souligné. En effet, les règles de droit commun s'appliquent à défaut de prévision contraire. Ainsi, le législateur peut toujours déterminer par une disposition spéciale l'entrée en vigueur de telle ou telle loi particulière. Toutefois, l'institution de l'entrée en vigueur, telle qu'on la connaît aujourd'hui, présuppose la consécration d'au moins une règle qui peut s'appliquer à toute loi dont le législateur n'a pas expressément déterminé le moment à compter duquel elle devient obligatoire. En d'autres termes, l'entrée en vigueur implique l'existence d'un régime de droit commun.

Droit commun – Le terme « droit commun » peut avoir deux acceptions¹⁰¹⁰. D'une part, il peut désigner les règles qui s'appliquent à une matière par défaut, en l'absence de règles contraires. En ce sens, il y a des règles de droit commun concernant les conditions et la date de l'entrée en vigueur des lois¹⁰¹¹ : à défaut de prévision contraire, les lois entrent en vigueur après la réalisation d'une condition *C*, ou après la réalisation d'une condition *C* et l'écoulement d'un délai *D*¹⁰¹². Mais le terme « droit commun » peut aussi désigner un ensemble de règles qui s'appliquent à une

¹⁰¹⁰ Nous faisons ici abstraction de l'origine historique du terme et de son acception initiale. Sur ces questions v. J. KRYNEN, « Le droit romain “droit commun” de la France », *Droits*, 38, 2003, p. 21-35.

¹⁰¹¹ Cf. B. GENEVOIS, « Les contraintes d'ordre constitutionnel pesant sur l'entrée en vigueur des lois », in : *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Montchrestien, 2001, p. 243-264, spéc. p. 243 : « L'unité du droit [sur l'entrée en vigueur], en dépit du régime du dualité des ordres de juridiction, a été rendue possible par une référence commune aux mêmes dispositions législatives ».

¹⁰¹² Ce qui correspond, nous l'avons vu, aux deux modalités prévues par la grande majorité de règles de droit commun qui ont été consacrées par le droit positif français : *Supra*, Titre I, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 2.

matière de façon exclusive, déterminant ainsi *a priori*, sans exception, toutes les solutions normatives qui peuvent être admises dans le cadre de la matière réglée. En ce sens, il y a des règles de droit commun concernant l'édiction des lois : ce qui compte comme « édicton », et le moment où l'édiction de chaque loi est achevée, est déterminé *a priori* par un ensemble de règles constitutionnelles auxquelles les acteurs juridiques ne peuvent pas déroger.

Droit commun et entrée en vigueur – L'institution de l'entrée en vigueur implique l'articulation de ces deux catégories de règles de droit commun. D'une part, les règles sur les conditions et la date d'entrée en vigueur présupposent celles sur l'édiction : si le droit positif fixe par défaut les conditions et la date de l'entrée en vigueur, c'est qu'il détermine déjà le moment à compter duquel ces conditions peuvent être remplies, à savoir le moment de l'édiction. D'autre part, et surtout, si le droit positif détermine par défaut les conditions et la date de l'entrée en vigueur, c'est qu'il érige la distinction entre l'édiction et le caractère obligatoire des lois en problème qui se pose par défaut pour toute loi : le droit positif ne fournit pas une solution par défaut à un problème qui peut se poser pour telle ou telle loi particulière ; il fournit une solution par défaut à un problème qui se pose également par défaut, à savoir à un problème qui se pose pour toute nouvelle loi.

Un trait conceptuellement nécessaire – En ce sens, la consécration des règles de droit commun manifeste une *institutionnalisation* de la distinction entre l'édiction des lois et le moment à compter duquel elles deviennent obligatoires. Cette distinction ne constitue plus un problème *ad hoc*, mais un problème qui se pose pour toute nouvelle loi, et auquel le système juridique fournit une solution par défaut.

On peut distinguer entre deux types de solution. Dans les systèmes juridiques de la *common-law*, les règles de droit commun disposent que les lois, à défaut de prévision contraire, entrent en vigueur dès le jour où leur édicton est achevée¹⁰¹³. En France, et dans les autres pays de tradition civiliste, les règles de droit commun disposent que, à

¹⁰¹³ V. l'étude précitée de M. GOBBI, « When to : A Study of New Zealand Commencement Clauses with Regard to those Used in the United Kingdom, Australia, and the United States », *Statute Law Review*, vol. 31, n° 3, 2010, p. 153-216, qui cite, entre autres exemples, la décision de la Cour suprême des États-Unis *Gozlon-Peretz v. United States*, 498 U.S. 295, 404 (1991) : « absent a clear direction by Congress to the contrary, a law takes effect on the date of its enactment » (*ibid.*, p. 172).

défaut de prévision contraire, la date d'entrée en vigueur des lois est déterminée en fonction de celle où est réalisée une condition postérieure à leur édicition, cette condition étant, de règle générale, la publication¹⁰¹⁴.

Concept et conceptions – Ces deux solutions présupposent la possibilité de distinguer avec précision entre le moment de l'édiction et le moment à compter duquel les lois deviennent obligatoires. La première solution reflète simplement une différente conception de l'entrée en vigueur : il ne s'avère pas *a priori* nécessaire de dissocier la date de l'édiction de celle de l'entrée en vigueur. La seconde solution reflète un choix de principe en faveur de cette dissociation, et donc une différente conception de l'entrée en vigueur. Dans les deux cas pourtant, la distinction demeure précise d'un point de vue conceptuel : l'adoption des règles de droit commun en la matière, y compris de règles qui adoptent la première solution susmentionnée, reflète l'idée selon laquelle le moment de l'édiction, et les conditions dont celle-ci dépend, ne détermine pas nécessairement le moment, et les conditions correspondantes, à compter duquel les lois deviennent obligatoires. En ce sens, les deux solutions reflètent deux conceptions d'un concept commun : l'entrée en vigueur implique toujours la possibilité de déterminer avec précision le moment où chaque nouvelle loi devient obligatoire ; cette détermination précise présuppose qu'il soit en premier lieu possible de déterminer avec précision le moment où l'édiction de chaque nouvelle loi est achevée.

Un trait historiquement contingent – Ici encore, il s'agit d'un trait qui n'est pas évident et n'a pas été toujours présent. Par exemple, la distinction entre la fin de l'édiction et le caractère obligatoire des lois était un problème qui ne se posait pas pour les premières constitutions françaises. Celles-ci n'étaient pas conçues comme des lois unilatérales, dont l'édiction et l'application sont assurées par des acteurs distincts, et à des moments différents, mais comme des contrats politiques qui, une fois conclus, deviennent *ipso facto* obligatoires pour toutes les parties contractantes.

¹⁰¹⁴ Comme nous l'avons vu, la condition retenue par l'article 1^{er} du Code civil, dans sa version initiale, n'était pas la publication mais la promulgation : *supra*, Titre I, Chapitre 1^{er}, Section 1, § 2, B).

Cela ne vaut pas dire que l'on ne peut pas dissocier le moment du conclusion d'un contrat du moment à compter duquel celui-ci devient obligatoire pour les parties contractantes. Cela veut simplement dire que la décision d'appliquer cette distinction *a priori* à toutes les lois qui sont édictées au sein d'un système juridique présuppose une certaine façon de concevoir les lois elles-mêmes.

§ 2 – *Les conditions conceptuelles*

Comme l'exemple susmentionné le montre, la distinction entre l'édition et le caractère obligatoire des lois n'est pas compatible avec n'importe quelle conception de ces dernières. Les conceptions qui rendent une telle distinction possible correspondent à des conditions qui sont conceptuellement nécessaires pour la consécration de l'institution de l'entrée en vigueur.

On peut distinguer, à propos de ces conditions, entre deux problèmes : la possibilité d'envisager une distinction entre l'édition et le caractère obligatoire des lois ; la possibilité d'appliquer, voire de tracer cette distinction d'une façon précise. L'intelligibilité de la distinction présuppose une conception volontariste du droit en général et des lois en particulier (A). La possibilité de tracer une telle distinction d'une façon précise présuppose un haut degré de formalisation de la procédure d'édition des lois (B).

A) Volontarisme

Toute conception du droit implique une conception relative aux sources du droit¹⁰¹⁵. Toute conception relative aux sources du droit implique une réponse à deux questions au moins : quels sont les faits qu'il faut prendre en compte pour identifier les règles juridiques ? ; pourquoi faut-il attribuer la signification de règles juridiques à ces faits, et non pas à d'autres¹⁰¹⁶ ? Selon les conceptions volontaristes du droit, les faits en

¹⁰¹⁵ La question de la nature du droit est intimement liée à celle de ses sources : déterminer les traits essentiels de ce que l'on appelle « droit » revient à déterminer, entre autres choses, le type de faits – c'est-à-dire le type de « sources » – que l'on prend en compte afin d'identifier ce qui compte comme « droit ». V. sur ce point : J. RAZ, « Legal Positivism and the Sources of Law » in : *Id.*, *The Authority of Law*, p. 37 s. ; F. P. SHECAIRA., « Sources of Law Are not Legal Norms », *Ratio Juris*, vol. 28, n° 1, 2015, p. 15-30, dont l'analyse a le mérite de distinguer explicitement, contrairement celle de Raz, entre les actes et les règles juridiques.

¹⁰¹⁶ L'idée que les règles juridiques sont ou correspondent à la signification normative attribuée à certains types de faits, comme les faits qui ont la signification d'un acte juridique, soulève de

question sont des actes accomplis par des hommes de façon volontaire. Si c'est le caractère intentionnel qui rend un acte volontaire¹⁰¹⁷, alors le droit est créé par des actes intentionnels correspondants¹⁰¹⁸. Selon les mêmes conceptions, ces actes sont normatifs – leurs énoncés ont la signification des règles juridiques – parce qu'ils expriment la « volonté » d'une autorité compétente, c'est-à-dire sa décision de rendre une certaine façon d'agir obligatoire¹⁰¹⁹. Historiquement, la conception volontariste du droit fut associée à une conception volontariste de la loi : si les règles juridiques ne sont pas – ou pas seulement – d'origine coutumière ou divine, c'est parce qu'elles sont formulées dans des textes qui sont édictés par une autorité dont la « volonté » peut avoir comme objet la création de nouvelles règles (et non pas – ou pas seulement – la retranscription ou l'application des règles préexistantes).

difficultés qui ne peuvent pas être étudiées ici. V. parmi la littérature la plus récente : M. GREENBERG, « How Facts Make Law », *Legal Theory*, 10, 2004, p. 157-198 ; D. PLUNKETT, « A Positivist Route for Explaining how Facts Make Law », *Legal Theory*, 18, 2012, p. 139-207.

¹⁰¹⁷ L'intentionnalité de l'action humaine – et, corrélativement, le caractère intentionnel des actes qui sont ainsi produits – soulève d'épineuses questions philosophiques qui dépassent de loin l'objet de notre étude. Sur l'intentionnalité en général, v. R. OGIEN, « Action », in : M. Canto-Spencer (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, vol. 1, 4^e éd., PUF, 2004, p. 6-18, spéc. 12-13. Pour le caractère intentionnel des actes auxquels on attribue la signification de règles juridiques en particulier, v. : B. CELANO, *Dover essere e intenzionalità : una critica all'ultimo Kelsen*, p. 127-151 et 205-213. Sur le lien entre le caractère intentionnel d'un acte et l'expression d'une volonté, v. : J. RAZ, « Introduction », in : *Id.* (ed.), *Practical Reasoning*, Oxford University Press, 1978, p. 1-17, spéc. p. 6-7 ; V. RODRIGUEZ-BLANCO, *Law and Authority under the Guise of the Good*, Hart Publishing, 2014, p. 27 et, plus analytiquement, p. 42 s.

¹⁰¹⁸ Par souci de simplicité, nous faisons ici abstraction de deux séries de distinctions. D'une part, la création volontaire, au moyen d'actes intentionnels correspondants, peut s'opposer à la création spontanée du droit. Traditionnellement, cette opposition se manifeste dans l'opposition entre la loi et la coutume, en tant que sources du droit. Or, la création volontaire peut aussi s'opposer à une autre source. Au-delà du droit créé (volontairement ou spontanément), il y a un droit immuable et immanent au monde. Dans ce cas, la loi s'oppose au droit dit « naturel » (ou, selon une terminologie plus traditionnelle, la loi « écrite », appelée aussi « arbitraire », s'oppose à la loi dite « naturelle»). Ceci étant, et d'autre part, l'idée que le droit peut être volontairement créé peut avoir deux acceptions. Selon la première, le droit peut être volontairement créé mais il ne l'est pas nécessairement. Dans ce cas, la loi coexiste avec la coutume et/ou le droit naturel. D'après la deuxième idée, au contraire, le droit n'est autre chose qu'une création volontaire, voire intentionnelle. Dans ce cas, la loi épuise les sources du droit : les seules règles juridiques reconnues au sein d'un système juridique sont celles qui peuvent être déduites des textes qui expriment la « volonté » des organes juridiques qui les ont édictés.

¹⁰¹⁹ Cette idée peut avoir deux acceptions. S'il est admis que la loi épuise les sources du droit (au sens évoqué ci-dessus), alors deux conclusions s'ensuivent : l'objet de chaque loi est d'établir de nouvelles règles, et non pas de « rappeler » des règles préexistantes ; corrélativement, toute règle peut être ultérieurement modifiée ou abrogée par l'édition d'une nouvelle loi. Au contraire, s'il est admis que la loi n'épuise pas les sources du droit, il s'ensuit qu'il y a des règles qui ne peuvent pas être modifiées ou abrogées par une loi, puisqu'elles sont hors de portée de la « volonté » des acteurs juridiques.

Ces idées présupposent une certaine conception du monde social et de son lien avec le droit¹⁰²⁰. Selon cette conception, les institutions sociales, y compris juridiques et politiques, sont ou peuvent être le produit volontaire de l'intelligence humaine. Par conséquent, il est possible de modifier volontairement ces institutions en modifiant les règles qui régissent la conduite de leurs membres. Cette conception du monde social s'oppose à une conception que l'on pourrait qualifier d'anti-volontariste. D'après celle-ci, l'ordre social établi – y compris les institutions politiques et juridiques – est le produit d'une intelligence divine ou coutumière. Corrélativement, les institutions en place – ou, au moins, certains aspects de celles-ci – ne peuvent pas être modifiées ou abrogées volontairement : elles sont régies par des règles qui font partie de la « texture du monde » et sont, à ce titre, hors de la portée de la volonté¹⁰²¹.

Sur le plan de la technique juridique, la vision anti-volontariste du monde entraîne deux conséquences. D'une part, les innovations juridiques sont impensables ou tout au moins exceptionnelles, selon l'importance accordée à la matière dont la réglementation est envisagée. De ce fait, et d'autre part, le rapport de conformité entre deux règles peut être apprécié par rapport à leur ancienneté : les aspects de l'ordre social qui ne peuvent pas être modifiés volontairement sont ceux qui sont régis par des règles qui sont restées immuables dans le temps. En d'autres termes, le rapport historique peut déterminer le rapport hiérarchique entre deux règles¹⁰²² : les nouvelles règles sont censées être conformes à certaines règles déjà existantes, et cette exigence peut être justifiée sur la base de l'antériorité de celles-ci par rapport à celles-là¹⁰²³.

¹⁰²⁰ Surtout, elles présupposent une conception volontariste de la normativité en général, et donc de la moralité : l'idée que les règles juridiques peuvent être le produit d'une volonté présuppose l'idée que la volonté, soit unilatérale soit contractuelle, peut être ultimement le fondement de la légitimité du droit, à savoir la raison qui peut justifier l'obéissance à la volonté du législateur plutôt qu'à notre propre volonté. Sur les conceptions volontaristes de la normativité en général, et leurs différences par rapport à d'autres conceptions concurrentes, v. CH. KORSGAARD, *The Sources of Normativity*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 1996, p. 18 s.

¹⁰²¹ Sur les différents types de distinctions établies entre « lois naturelles » et « lois arbitraires », v. M.-L. DUCLOS-GRÉCOURT, *L'idée de loi au XVIII^e siècle dans la pensée des juristes français (1715-1789)*, préf. É. Gojoso, Poitiers, Presses Universitaires juridiques de Poitiers, 2014, p. 38-41, qui remarque que « [d]ans la conception classique, la loi [édictee] et le droit participent de ce que l'on peut appeler une vision holiste de la société [...] », *ibid.*, p. 183.

¹⁰²² Sur les arguments mobilisés en ce sens par les Parlements, v. F. DI DONATO, « La hiérarchie des normes dans l'ordre juridique, social et institutionnel de l'Ancien Régime », *Revus*, 21, 2013, p. 237-292, spéc. p. 259.

¹⁰²³ Cf. J.-J. BURLAMAQUI, *Principe du droit politique*, t.1^{er}, Amsterdam, 1751, p. 212 : « [...] pour se faire une juste idée des lois civile, il faut dire que comme la Société civile n'est autre chose que la

Cette vision anti-volontariste du droit relativise la distinction entre la création et l'application de ce dernier. Dans une perspective radicalement anti-volontariste, qui était dominante au Moyen-âge, la question de la distinction ne se pose même pas : le droit préexiste à la loi puisqu'il n'est pas volontairement créé ; la loi n'est pas un moyen pour poser de règles nouvelles, mais un moyen pour « rendre justice » en fonction des règles préexistantes¹⁰²⁴. Dans une perspective anti-volontariste modérée, qui marque le passage à la modernité et sera présente jusqu'à la fin de l'Ancien régime¹⁰²⁵, la loi est conçue comme un acte de « volonté » qui peut poser de nouvelles règles¹⁰²⁶, mais il est toujours admis que ces dernières ne peuvent pas modifier ou

Société naturelle elle-même, modifiée l'établissement d'un Souverain qui commande pour y maintenir l'ordre et la paix de même aussi les loix civiles sont les loix naturelles elles-mêmes, perfectionnées et modifiées d'une manière convenable à l'État de la Société et à ses avantages » ; Ibid. p. 214 : « [...] les loix naturelles disposent des actions humaines antécédemment aux loix civiles, & les hommes ne sçauroient se soustraire à l'autorité des premières. Donc ces loix primitives limitent encore le pouvoir du Souverain, & il ne sçauroit rien déterminer valablement au contraire de ce qu'elles commandent défendent expressément ».

¹⁰²⁴ Même lorsqu'elle formule des règles générales et abstraites, la loi est censée codifier ou préciser la portée des règles préexistantes. Cette conception du monde et du droit est résumée dans les termes suivants par F. KERN, *Kingship and Law in the Middle Ages*, transl. and introduction by S. B. Chrimes, Basil Blackwell, 1939, p. 150-151 : « Not the State, but “ God is the source of all law”. Law is part of the world-order ; it is unchangeable [...]. When a case arises, for which no valid law can be adduced, then the lawful men or doomsmen [les juges] will make new law in the belief that what they are making is good old law, not indeed expressly handed-down, but tacitly existent. They do not, therefore, create the law ; the “discover it” ». V. dans le même sens : D. GRIMM, « La souveraineté », in : M. Troper & D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel, t. I Théorie de la Constitution*, Paris, Dalloz, 2012, p. 555 : « Les prérogatives de domination consistent en premier lieu dans l'exécution du droit ou dans son rétablissement, lorsque celui-ci a été troublé. L'édiction du droit (Rechtsetzung) est limitée à la concrétisation du droit préétabli. L'activité première est en conséquence de découvrir le droit...la fonction de dire le droit précédant donc la fonction de donner le droit. De ce fait, l'expression “souverain” est à l'époque souvent employée en lien avec la fonction de dire le droit » ; M. WEBER, *Economy and Society*, vol.2, University of California Press, Berkeley, [1956], 1968, Chap. VIII, p. 766, qui résume ainsi la conception du droit au Moyen-âge : « As a general rule, enactment of statutes was either entirely non-existent, or, where it existed, the absence of any distinction between finding and making law usually prevented the emergence of any idea of the legislative act as a general rule to be “applied” by the judge ».

¹⁰²⁵ Pour une vue d'ensemble sur l'idée que la volonté du roi suffit à faire la loi v. : É. FRÉLON, « *Le parlement de Bordeaux et la « Loi » (1451-1574)*, De Boccard, 2011, p. 492 s. ; S. PETIT-RENAUD, « *Faire Loy” au Royaume de France de Philippe VI à Charles V (1328-1380)*, préf. Rigaudière A., Paris, De Boccard, 2001, p. 395-398.

¹⁰²⁶ Mais même cet anti voloniarisme modéré était discutable. Ainsi, dans un ouvrage consacré aux *Maximes de droit public* et publié en 1775, on peut lire, sous l'entrée « Si veut le Roi, si veut la Loi », la précision suivante : « Une règle n'est pas sans doute l'établissement d'un droit nouveau. Il faut que ce soit une maxime évidente par elle-même, ou l'expression de principes connus, établis & respectés antérieurement. Le droit, dit la Loi, ne naît pas de la règle, mais la règle doit être formée sur le droit », A. BLONDE, *Maximes du droit public français*, t.2, Amsterdam, Marc-Michel Rey, 1775, p. 114.

abroger toutes les règles qui régissent l'ordre social établi (quitte à avouer que le maintien ou l'abolition de ce dernier relève également d'un choix volontaire)¹⁰²⁷.

Dans ce deuxième cas, la distinction entre l'édiction et l'application du droit est concevable mais imprécise¹⁰²⁸. Il en est ainsi pour deux raisons.

D'une part, la compétence de légiférer est toujours conçue comme étant indissociable de celle de juger ou, plus précisément, comme étant indissociable du devoir de « rendre justice » : si un organe donné est compétent pour poser de nouvelles règles – en respectant toujours certaines règles préexistantes et immuables – c'est parce qu'il est en premier lieu investi du devoir de « rendre justice » en appliquant d'autres règles, ce qui comprend notamment le devoir d'assurer, précisément, l'application de certaines règles qui sont préexistantes et immuables.

D'autre part, une conception anti-volontariste du monde – fut-ce modérée – ne favorise pas la consécration de règles précises concernant la procédure d'édiction des

¹⁰²⁷ Ainsi, dans un ouvrage qui tente de codifier la « législation constitutionnelle » ou les « maximes fondamentales » de la monarchie – qui, de façon significative, a été publié après la Révolution mais pendant la restauration – on peut lire, sous le titre « De la loi constitutionnelle », que : « Les lois et les ordonnances rendues par le roi, dans les formes prescrites, sont susceptibles d'être changées, modifiées ou rapportées par les mêmes voies qui ont été suivies pour les rendre exécutoires. Quant aux lois fondamentales du royaume, elles sont immuables par essence », G. DE BOURBON-BUSSET, *Statistique de la législation constitutionnelle de France en 1788, ou Maximes fondamentales de la monarchie française*, Imprimerie de Renaudiere, 1815, maximes n^{os} 81 et 82, p. 46. Il semble que, d'après une partie majoritaire de la doctrine juridique de l'époque, le pouvoir législatif royal devait être conforme non seulement aux « lois fondamentales du royaume », mais aussi à certaines coutumes censées être immémoriales. V. en ce sens : A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law in Europe : From the Early Middle Ages to the Twentieth Century*, [trad. angl. du *Storia del diritto in Europa*], Cambridge, Cambridge University Press, [2016], 2017, p. 374 : « A large part of legal doctrine (e.g. Pierre Rebuffi) held that even royal legislation - in the form required by the *ordonnances*, that is, registered with the Paris Parliament - could not override customs, except in some crucial instances and with the explicit clause of the ordinance's authority, even over contrary customs. A further limit to king's legislative power was comprised of a restricted number of principles, qualified as "fundamental laws of the reign", which were held to be immutable because founded on long and uninterrupted tradition [...] ».

¹⁰²⁸ Il n'en reste pas moins que certains auteurs, à la fin de l'Ancien régime, partageaient une conception volontariste du droit qui faisait de la volonté royale la seule source du droit. V. par ex. : N. DE LA MARE, *Traité de la police*, t.1, 2^e éd., 1722, p. 258-259 : après avoir affirmé qu'« Il n'appartient qu'au Souverain de faire des Loix ; & luy seul à l'autorité de les interpréter » (p. 258), l'auteur précise que « Les Loix anciennes, & les Loix nouvelle sont interprétées les unes par les autres, lorsqu'elles ne sont pas contraires [...] La raison & la Loy sont au dessus de la coutûme ; [...] » (p. 259). À préciser pourtant : (a) les Parlements n'étaient pas de la même avis, et le fait qu'il soit en premier lieu possible, à la fin même de l'ancien régime, d'invoquer l'ancienneté comme un critère de validité, montre que la conception du droit formulée par la doctrine ne correspondait pas effectivement ou nécessairement à celle adoptée en pratique ; (b) ce passage ne dit rien sur ce qui compte comme « volonté » du Roi ; or, les Parlements soutenaient, précisément, que la « volonté » qui fait loi n'est pas la volonté momentanée et imputable à la personne physique du roi, mais une « volonté » qui transcende le processus décisionnel dont le texte est issu et puise sa force dans une « vérité » formée par un faisceau normatif préexistant qui n'est pas à la portée de la volonté ».

lois¹⁰²⁹. Deux données semblent justifier ce constat. En premier lieu, une conception anti-volontariste, même modérée, traite toujours avec suspicion les innovations juridiques¹⁰³⁰. Ainsi, la production normative demeure relativement limitée et certaines lois peuvent toujours être présentées comme étant une simple retranscription de règles préexistantes¹⁰³¹. En deuxième lieu, la règle qui désigne l'organe législatif est toujours conçue comme une règle d'origine divine ou coutumière dont la modification est hors de la portée de la volonté. Par conséquent, toute réglementation précise de l'exercice de la compétence législative est traitée avec suspicion puisqu'elle impliquerait une limitation par des actes de volonté d'un pouvoir dont le fondement ne peut pas être un acte de volonté¹⁰³².

Deux données fournies par l'Ancien régime pourraient confirmer cette interprétation. En premier lieu, et comme nous l'avons déjà remarqué, il n'y a jamais eu de règles précises, et unanimement admises, concernant les modalités de la procédure d'édiction, et notamment les modalités et le point d'achèvement de la procédure

¹⁰²⁹ V. pourtant A. RIGAUDIÈRE, *Histoire du droit et des institutions dans la France médiévale et moderne*, 4^e éd., Economica, 2010, p. 657 : « [D]ésormais [après la Renaissance], le "pouvoir législatif" royal repose sur des fondements solide et s'exerce selon des règles clairement définies ». Les « règles clairement définies » dont il est ici question ne concernent, semble-t-il, que les idées concernant la « volonté » du roi tant que source de nouvelles règles, et non pas la façon précise dont cette « volonté » devait être formée, voire la procédure qui devait être suivie pour l'édiction des ordonnances.

¹⁰³⁰ Cf. E. LEMAIRE-PAPADOPOULOS, *Grande robe et liberté : La magistrature ancienne et les institutions libérales*, PUF, coll. Léviathan, 2010, p. 58-59 : les Parlements se montraient – même pour les lois ordinaires dites « lois du roi », par opposition aux lois « fondamentales » du royaume – « très mesurés quant à la faculté des monarques de modifier ou d'abroger les textes anciens ».

¹⁰³¹ Plus encore, le pouvoir royal de « faire loi » comprend le pouvoir d'édicter une multitude d'actes dont certaines seulement sont des lois qui posent de nouvelles règles, tandis que d'autres sont des décisions qui « rendent justice » en application de règles préexistantes. Par exemple, le roi pouvait édicter de « lettres de justice » afin de « subvenir aux besoins de ses sujets suivant la justice ou l'équité » ; or, « si, par leur forme, ces lettres représentaient encore la souveraineté législative, par leur nature, elles étaient devenues des actes d'administration et de juridiction » : PH. SUEUR, *Histoire du droit public français, xv^e – xviii^e siècle*, t.2, PUF, 4^e éd., [1989], 2007, p. 70-71 (nous soulignons). Le même auteur remarque, à propos des « lois du roi », que « la principale difficulté [pour leur étude] réside dans le fait qu'on ne sait jamais apparemment s'il s'agit d'un acte de législation, d'un acte d'administration ou d'un acte de juridiction [...] » (*ibid.*, p. 68-69). Plus analytiquement sur la typologie des différents actes dont l'édiction faisait partie du pouvoir de « faire loi », v. M.-L. DUCLOS-GRÉCOURT, *L'idée de loi au XVIII^e siècle dans la pensée des juristes français (1715-1789)*, *op. cit.*, p. 188 s. ; A. RIGAUDIÈRE, *Histoire du droit et des institutions dans la France médiévale et moderne*, *op. cit.*, p. 667 s.

¹⁰³² *Rappr.* P. DUCLOS, *La notion de Constitution dans l'œuvre de l'Assemblée Constituante de 1789*, Dalloz, 1932, p. 240-241 : « Sans doute, sous l'Ancien régime, le rôle de la forme n'était pas inconnu au droit [...] mais les rapports de droit public étaient tenus à l'écart. On pourrait, il est vrai, soutenir que les formalités d'enregistrement des édits royaux par les Parlements, et celles des lits de justice, constituaient des formes destinées à assurer la validité de ces textes. Comme en ce qui concerne la sanction des lois fondamentales, il nous semble qu'il y avait là beaucoup moins une condition de validité des ordonnances qu'une usurpation politique des cours souveraines. D'ailleurs, l'absence d'accord entre les juristes royaux et les parlementaires sur le fondement et la portée de ce droit de remontrance le prouve bien ».

d'enregistrement par les cours souveraines, qui se réservaient même le droit de modifier la teneur des ordonnances qu'ils enregistraient¹⁰³³.

Qui plus est, il n'y a jamais eu de règles générales concernant le moment précis, après l'enregistrement, à compter duquel les lois devaient être tenues pour obligatoires¹⁰³⁴. S'il était admis, de manière générale, que l'enregistrement devait être suivi d'une publication¹⁰³⁵, il n'en reste pas moins qu'il n'y avait aucune règle générale et précise concernant le moment où cette publication devait avoir lieu¹⁰³⁶, ou encore le type de publication auquel il fallait se référer afin de déterminer si une ordonnance était obligatoire dans le ressort de chaque parlement¹⁰³⁷,

L'Ancien régime n'a pas connu alors de règles, et de critères correspondants, qui auraient permis aux acteurs juridiques de distinguer avec précision entre le moment où l'édiction de chaque loi était achevée, et le moment ultérieur à compter duquel chaque loi devait être tenue pour obligatoire. Ceci étant, et en deuxième lieu, l'édiction des lois, en tant que production « volontaire » de nouvelles règles, retenait

¹⁰³³ Cf. E. ESMONIN, « La publication et l'impression des ordonnances royales sous l'ancien régime », in : *Id.*, *Études sur la France des XVII^e et XVIII^e siècles*, PUF, 1964, p. 175-182, spéc. p. 177 : « [S]i une loi n'est enregistrée que dans telle ou telle cour, elle n'est exécutoire que dans le ressort de cette cour [...] Si la cour enregistre la loi avec modifications, ces modifications deviennent loi, à moins d'être rejetées par le roi. Or, ces cas d'enregistrement dans une partie seulement des cours du royaume sont extrêmement fréquents, on peut dire que la majorité des lois n'ont eu d'application que dans une partie du royaume ou pour une partie des sujets du roi. Ce n'est qu'une minorité d'entre elles qui ont eu le caractère d'universalité de nos lois modernes ».

¹⁰³⁴ Cette incertitude était par ailleurs soulignée par Portalis lors des travaux préparatoires de l'article 1^{er} du Code civil : PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, préf. M. Massenet, Bordeaux, éd. Confluences, 2004, p. 73-75 (A. FENET A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t.6, libraire Videcoq, 1836, p. 345-347).

¹⁰³⁵ Ce qui explique pourquoi une ordonnance avait consacré la règle suivante afin de surmonter le refus des parlements d'enregistrer les ordonnances : à défaut d'enregistrement dans six semaines depuis leur réception, les ordonnances « seront tenues pour publiées, et en conséquence seront gardées et observées comme si elles avaient été enregistrées (Ordonnance du mois d'avril de 1667 *touchant la réformation de la justice*, Titre 1^{er}, art. 5 ; ISAMBERT, *Recueil des anciennes lois*, t. 18, n° 503, p. 103, spéc. p.106). Sur cette règle, v. les commentaires de M.-A. RODIER, *Questions sur l'ordonnance de Louis XIV du mois d'avril 1667*, Toulouse, Dupleix, Laporte & Compagnie, 1769, p. 7 et s. Sur cette ordonnance, qui avait par ailleurs retenu l'attention des rédacteurs du Code civil (A. FENET A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, op. cit., p. 63 et 245), v. aussi : C. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t.1, 1824, n° 61, p. 58.

¹⁰³⁶ É. FRÉLON, *Le parlement de Bordeaux et la « Loi (1451-1574) »*, préf. A. Rigaudière, De Boccard, 2011, p. 504-505 : « Vraisemblablement, la mise en œuvre de la publication est alors la plupart du temps immédiate : "ledit jour", à l'issue même de cette "délibération" sur la nouvelle loi reçue. Mais il peut arriver que, sans raison apparente, elle soit différée d'un ou quelques jours [...] En réalité, aucun jour de la semaine, du mois ni de l'année n'est spécifiquement réservé à cette formalité qui peut avoir lieu n'importe quand... ».

¹⁰³⁷ Il semble qu'il y avait deux positions sur ce sujet. Selon la première, les lois étaient obligatoires au ressort de chaque Parlement après leur enregistrement et la publication faite par le Parlement lui-même. Selon l'autre position, les lois devaient faire encore l'objet d'une publication dans chaque baillage. V. sur ce point : A. DUPIN, *Lois sur lois*, § XI, p. lj-lj ; PH. VALETTE, B. SAINT-MARSY, *Traité sur la confection des lois*, 2^e tirage, Joubert, 1839, p. 203-204 ; MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4^e éd., t.7, 1813, v° « Loi », § V, p. 527.

toujours un aspect exceptionnel, sinon pas sa récurrence, au moins par son importance : ce qui caractérise l'édiction des lois sous l'Ancien régime, c'est la *justification du besoin d'introduire de nouvelles règles* dans le système juridique¹⁰³⁸. Il s'agit d'une justification du caractère obligatoire des lois qui contraste avec la justification fournie après la Révolution : désormais, il suffit de suivre une procédure précise, réglée de façon assez détaillée par les constitutions révolutionnaires¹⁰³⁹, pour que le bien-fondé de la « volonté » législative soit garantie. Le législateur n'a pas alors à justifier l'exercice effectif de sa compétence : les modalités concrètes de son exercice garantissent par elles-mêmes le bien fondé des nouvelles règles. Au contraire, sous l'Ancien régime, le roi justifie toujours sa décision d'introduire des nouvelles règles : faute de règles précises concernant la formation de sa « volonté », il fait toujours appel, dans les préambules de ses ordonnances, non seulement à ces propres qualités, qui se résument en ce que le roi est censé être « très chrétien » et avoir des intérêts qui ne font qu'un avec les intérêts de ses « sujets », mais aussi aux raisons substantielles qui l'ont conduit à exercer sa compétence¹⁰⁴⁰.

¹⁰³⁸ *Rappr.* F. SAINT-BONNET, Y. SASSIER, *Histoire des institutions avant 1789*, 5 éd., LGDJ, Lextenso, 2015, n° 425, p. 406 : « Malgré la souveraineté qui autorise, en principe, le roi à promulguer une nouvelle loi quand bon lui semble, il se montre en réalité prudent. Parce que la société d'Ancien Régime est conservatrice et parce que la monarchie absolue est fondée, outre le droit divin, sur la tradition, les monarques répugnent à changer l'ordre ancien et accoutumé, et considèrent les innovations dangereuses : jusqu'à la Révolution, les interventions normatives sont justifiées par le souci de corriger ce que le temps a altéré ». Pour une illustration de cette idée, v. J. DOMAT, « Traité des lois », in : *Id.*, *Œuvres complètes de J. Domat*, nouvelle édition, éd. par J. Remy, t.1, Imprimerie Firmin Didot, 1828, p. 36-37 : Domat distingue entre les « lois naturelles » et les « lois arbitraires », ces dernières étant « celles qu'une autorité légitime peut établir, changer et abolir, selon le besoin » ; ce « besoin » était « la nécessité de régler de certaines difficultés qui naissent dans l'application des lois immuables, lorsque ces difficultés sont telles, qu'il ne peut y être pourvu que par des lois [arbitraires], et que les lois immuables ne les règlent point ». Par ailleurs, Domat s'avère plus prudent encore concernant le besoin d'introduire des nouvelles règles : les ordonnances royales ne représentent qu'une partie minoritaire des « lois arbitraires », puisque celles-ci comprennent à la fois « les livres du droit romain, le droit canonique, les ordonnances et les coutumes » (*ibid.*, p. 43).

¹⁰³⁹ Comme nous l'avons déjà remarqué, la réglementation détaillée de la procédure d'édiction des lois fera progressivement l'objet des règlements des assemblées (*supra*, Première partie, Titre I, Chapitre 2, Section préliminaire). Or, ce passage de la constitution au règlement marque, précisément, la consolidation de cette nouvelle façon de concevoir les lois et leur légitimité.

¹⁰⁴⁰ A. BABEAU, « Les préambules des ordonnances royales et l'opinion publique », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, t.146, 1896, p. 797-858, spéc. p. 797 : « Les préambules des ordonnances et des autres actes de l'autorité souveraine [...] nous font connaître les rapports que les princes entretenaient avec la nation, le souci qu'ils avaient de l'opinion publique, ainsi que les raisons, les doctrines et les sentiments par lesquels ils croyaient devoir motiver et justifier leurs décisions ». Sur les préambules des ordonnances royales v. aussi : D. GAURIER, « Les préambules des ordonnances françaises aux XVII^e et XVIII^e siècles : propagande royale ou véritable programme législatif ? », in : *Mélanges Jean-Marie Cauchies*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2016, p. 355-372 ; F. SEIGNALET-MAUHOURAT, « La valeur juridique des préambules des ordonnances royales », *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 84, n° 2, avril-juin 2006, p. 229-258. V. aussi É. FRÊLON, *Le parlement de Bordeaux et la « Loi (1451-1574) »*, op. cit., p. 496

Faute alors d'une rupture définitive avec une conception anti-volontariste du droit, qui est nécessairement défavorable aux innovations juridiques, l'Ancien régime a connu la distinction entre l'édiction et le moment où les lois deviennent applicables, mais il n'a pas pu rendre cette distinction précise : retenant un aspect de son caractère exceptionnel, en tant que moyen de « création » de nouvelles règles, la procédure l'édiction n'est pas encore suffisamment formalisée pour qu'il soit possible de situer avec précision dans le temps ses différentes étapes et, éventuellement, son point d'achèvement.

B) Formalisme

Si toute procédure d'édiction est nécessairement formelle – dans un sens qui reste à être précisé –, il n'en reste pas moins que le degré de formalisation d'une procédure peut varier. En d'autres termes, il peut y avoir de procédures qui sont plus formelles que d'autres. La distinction n'est pas quantitative mais conceptuelle : une procédure est « plus » ou « moins » formelle selon qu'elle présente ou non certains traits qui correspondent à ce que les juristes appellent communément « formalisme ». Dans le langage juridique ordinaire, le terme « forme » et ses dérivés – « formel », « formaliste » et « formalisme » – sont employés afin de décrire ou de qualifier deux aspects de l'édiction des actes juridiques¹⁰⁴¹ : la procédure d'édiction d'un acte et l'acte édicté lui-même¹⁰⁴².

Formes et procédure d'édiction¹⁰⁴³ – Concernant les actes, on parle de « formes » à propos des énoncés qui accompagnent l'acte juridique sans se confondre avec son dispositif. Il s'agit, comme nous l'avons vu, des assertions – ou de signes, comme de signatures ou des sceaux – relatives à l'identité et les sources du texte dont la signification est celle d'un acte juridique : le texte se présente sous le nom d'une

qui, citant les études d'A. Babeau et de F. Seignalet-Mauhourat, affirme que les préambules « rappellent » que « c'est avant tout le bien de ses gouvernés qui justifie l'action du gouvernant ».

¹⁰⁴¹ On emploie également ce termes pour qualifier une théorie du droit ou une méthode d'interprétation. Nous faisons ici abstraction de ces questions.

¹⁰⁴² Cf. F. MELLERAY, « Recours pour excès de pouvoir (Moyens d'annulation) », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2007 (actualisation : octobre 2014), n° 20 : « La notion de forme n'est désormais plus confondue avec celle de formalité, ce qui permet de bien distinguer la forme d'un acte de sa procédure d'élaboration. La forme désigne la présentation matérielle de l'acte ».

¹⁰⁴³ Les développements suivants s'appuient sur l'analyse déjà présentée, relative au lien entre la normativité et la légitimité des lois : *Supra*, Première Partie, Titre II, Chapitre 2, Section 2, § 2.

catégorie d'acte juridique (loi, décret, etc.), et comporte des informations relatives à son édicition qui justifient cette qualité (organes et procédure d'édiction, règles suivies et considérations prises en compte, date et lieu de l'édiction, etc.). En d'autres termes, les « formes » sont des énoncés – ou des signes – qui présentent les faits relatifs à l'édiction par rapport auxquels peut s'apprécier la *validité* de l'acte juridique édicté.

En ce sens, tout acte juridique est formel, et ce pour deux raisons, déjà exposées. D'une part, un texte constitue un acte juridique non pas en vertu de son contenu spécifique, mais en vertu de son mode d'édiction, c'est-à-dire en vertu des organes et de la façon dont ces organes ont élaboré ou approuvé ce contenu. Il en est ainsi, et d'autre part, en raison de l'apport normatif que ces textes sont censés avoir. En effet, les actes juridiques sont des textes normatifs parce que, et dans la mesure où, les acteurs juridiques attribuent à leurs énoncés la signification des règles juridiques. Or, attribuer une telle signification à un énoncé revient à traiter la source de l'énoncé – le fait d'être formulé par un acte juridique – comme une raison en soi suffisante pour adopter la conduite que ce même énoncé prescrit. Si tel n'est pas le cas, la conduite des acteurs ne peut pas être guidée par une règle juridique : la seule raison qui leur reste pour adopter la conduite que l'énoncé prescrit, c'est leur propre appréciation concernant les mérites ou l'opportunité de ladite conduite. Pour remplir alors le rôle normatif qui est le leur – qui est de guider la conduite en fonction de règles juridiques –, les actes juridiques doivent nécessairement être « formels », c'est-à-dire facilement identifiables par leurs seules « formes » qui renvoient à leur « source » : pour adopter la conduite prescrite par un texte, sans avoir à délibérer sur les mérites ou l'opportunité de ladite conduite, il faut et il suffit de savoir si le texte qui se présente à nous constitue effectivement un acte juridique valide.

Il s'ensuit que les formes sous lesquelles se présente un acte varient en fonction des critères de validité qui s'appliquent à cette catégorie d'acte ou, ce qui revient au même, en fonction des règles qui régissent la procédure de son édicition, à savoir les organes compétents et la façon dont ces organes peuvent ou doivent procéder à l'édiction de cette catégorie d'acte. Or, et comme nous l'avons également vu, les critères de validité, et les règles correspondantes, reflètent les croyances ou les

prétentions des acteurs juridiques concernant la légitimité des actes juridiques et des organes qui les édictent : le mode d'édition d'un acte doit être apte à justifier la signification normative attribuée aux énoncés du même acte, puisque les acteurs juridiques doivent avoir certaines raisons plus fondamentales pour accepter d'être guidés par les énoncés ainsi édictés plutôt que par leurs propres considérations sur ce qui serait plus juste ou opportun de faire.

Procédure d'édition et formalisme – Le besoin de croire ou de faire appel à l'existence de telles raisons implique un minimum d'institutionnalisation de la procédure d'édition. Cette dernière ne peut pas être affranchie de toute règle puisqu'elle est censée s'accomplir d'une façon spécifique, c'est-à-dire d'une façon qui est apte à justifier le caractère normatif des actes qui sont ainsi édictés¹⁰⁴⁴. En ce sens, on pourrait affirmer que toute procédure d'édition est « formelle » parce que, et dans la mesure où, elle est régie par un minimum de règles. Ces règles, que l'on appelle communément règles de « compétence » ou d'« habilitation »¹⁰⁴⁵, déterminent au moins le titulaire d'une compétence et la façon dont cette compétence doit être exercée¹⁰⁴⁶. Les règles relatives à l'exercice de la compétence déterminent au moins l'un des deux paramètres suivants : les considérations que l'organe compétent doit prendre en compte lors de l'exercice de sa compétence ; les opérations que l'organe compétent doit accomplir pour exercer légalement sa compétence. En ce sens, les règles relatives à la procédure d'édition peuvent être distinguées en règles substantielles et en règles procédurales : pour édicter un acte juridique, l'organe compétent doit prendre en compte certaines considérations ou/et délibérer et décider

¹⁰⁴⁴ *Rappr.* J. RAZ, « Authority, Law, and Morality », in : *Id.*, *Ethics in the public domain, op.cit.*, p. 236 : « To the question “why should one assign any importance to a particular text as legally binding ?” that view will reply : “because it was endorsed by the proper constitutional procedure” [...]. Why does the endorsement of a certain text in accord with those procedures endow it with a special status? Is it some form of magi or fetishism? That procedure is a way of endowing a text with legal force because, it is a procedure designed to allow those in authority to express a view on how people should behave, in a way in which will make it binding. That it is such a procedure, and not just any arbitrarily chosen ritual, is part of what makes it into a legal procedure ».

¹⁰⁴⁵ De manière générale, la doctrine distingue entre les règles de « compétence » et les règles de « procédure » : les unes désignent l'organe qui est compétent pour édicter une certaine catégorie d'acte ; les autres déterminent la façon dont cet organe peut ou doit procéder pour exercer sa compétence. Par souci de simplicité, nous faisons ici abstraction de cette distinction.

¹⁰⁴⁶ C'est en ce sens qu'on peut affirmer, à propos de la procédure administrative non contentieuse, que « le schéma procédural [de l'édition des actes] est nécessairement et toujours impliqué par l'exercice d'une compétence : c'est toujours d'une façon spécifique, déterminée d'une façon plus ou moins précise par des règles de procédure, que l'on exerce une compétence », A. CALOGEROPOULOS, *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, thèse, préf. G. Vedel, LGDJ, 1983, p. 32.

suyant certaines opérations. Les deux types de règles diffèrent quant à la justification qu'elles sont censées fournir. Dans le cas des règles substantielles, la justification est censée être directe : lors de l'exercice de sa compétence, l'organe doit être guidé par certaines considérations substantielles. Dans le cas des règles procédurales, la justification est censée être indirecte : ce sont les opérations que l'organe doit accomplir afin d'exercer légalement sa compétence qui garantissent la conformité de la décision ainsi formée avec certaines considérations substantielles¹⁰⁴⁷.

Le terme « formalisme » désigne un phénomène qui est associé à cette dernière idée, c'est-à-dire à l'idée qu'il y a certaines opérations délibératives et décisionnelles qui garantissent, grâce à leurs modalités spécifiques, le bien fondé (du contenu) de l'acte qui est ainsi édicté. Cela implique une procédure d'édition plus ou moins complexe, où plusieurs opérations s'enchaînent, et, surtout, une réglementation rigoureuse de ces opérations. Le caractère rigoureux d'une telle réglementation est déterminé par deux paramètres. D'une part, le droit positif règle d'une façon plus ou moins détaillée les modalités de chaque opération ainsi que les rapports entre les différentes opérations dont se compose la procédure d'édition. D'autre part, et corrélativement, le droit positif détermine *a priori* et de façon limitative les opérations que les organes ont à leur disposition afin d'exercer légalement leur compétence, c'est-à-dire afin que le texte qu'ils édictent soit un acte juridique valide.

Ainsi conçu, le formalisme est intimement lié au volontarisme : si les règles formulées dans les lois sont l'expression d'une volonté, et non pas d'une vérité normative préexistante, et s'il en va de même pour les règles qui habilent l'organe

¹⁰⁴⁷ Le plus souvent, les deux types de règles – et les justifications correspondantes – sont intimement liés. Par exemple, les systèmes constitutionnels contemporains exigent que le législateur prenne en compte plusieurs considérations substantielles (d'où les catalogues détaillés de droits et libertés fondamentaux et le contrôle de la constitutionnalité des lois), mais ils reconnaissent en même temps que la délibération parlementaire est une condition nécessaire (fut-ce non suffisante) pour que la loi soit conforme aux considérations en question. De même, dans le cadre actuel de la procédure administrative non contentieuse, l'administration est tenue de prendre en compte une série de considérations substantielles (liées à la fois à l'efficacité de l'action administrative et à la protection des droits et des intérêts des administrés), mais il est en même temps admis que certaines modalités spécifiques de la procédure d'édition sont nécessaires pour que les actes administratifs soient conformes à ces considérations (consultation préalable pour ce qui concerne les actes réglementaires, motivation et respect du droit d'être entendu pour les actes individuels, etc.). Il n'en reste pas moins que la distinction entre les deux types de justification peut être plus tranchée. Dans le cadre du constitutionnalisme révolutionnaire, il était admis que les lois étaient obligatoires parce qu'elles exprimaient la « volonté de la Nation », et qu'il était ainsi en vertu, tout simplement, des règles relatives à l'élection et la délibération des assemblées législatives.

qui édicte les lois, il s'ensuit que la justification du caractère obligatoire des lois cesse d'être un problème qui se rapporte à des règles qui sont immuables et hors de la portée de la volonté ; il devient un problème d'ingénierie sociale, c'est-à-dire un problème auquel il faut répondre par la mise en place de procédures délibératives et décisionnelles qui sont spécifiquement conçues afin de garantir le bien-fondé de la volonté qui sera ainsi formée.

La réglementation précise de ces procédures permet aux acteurs juridiques de situer avec précision dans le temps le point de leur achèvement. Corrélativement, elle permet aux acteurs juridiques de mettre en place une procédure pour l'entrée en vigueur des lois : comme nous l'avons vu, s'il est possible de déterminer avec précision le moment à compter duquel chaque nouvelle loi devient obligatoire, c'est parce qu'il est en premier lieu possible de déterminer avec précision le moment préalable où l'édiction de chaque nouvelle loi est achevée.

Conclusion

L'objectif de la présente étude était de mettre en évidence les traits distinctifs de l'institution que désigne le terme « entrée en vigueur des lois ». Cette institution consiste en un ensemble de règles et de pratiques correspondantes qui permettent aux acteurs juridiques de déterminer avec précision le moment à compter duquel devient obligatoire toute nouvelle loi. Pour qu'une telle détermination soit possible, le système juridique doit consacrer au moins une règle de droit commun. La consécration d'une telle règle présuppose l'existence d'un critère qui permet de déterminer avec précision le moment où la procédure d'édiction de chaque nouvelle loi est achevée. En droit positif français, ce critère est la promulgation, à laquelle nous avons consacré la première partie de la présente étude.

Nous avons démontré que les analyses existantes sur la promulgation ne rendent pas compte de façon satisfaisante des données du droit positif : il peut y avoir des actes de promulgation qui ne correspondent pas aux définitions doctrinales ou jurisprudentielles de la promulgation. Selon le concept alternatif que nous avons proposé, tout acte de promulgation remplit deux fonctions, liées à la procédure d'édiction des lois. D'une part, la formule de promulgation exprime une assertion relative à la légitimité des lois : le caractère obligatoire de ces dernières est censé être justifié en vertu de leur mode d'édiction, tel qu'il est présenté par la formule de leur promulgation. D'autre part, l'acte de promulgation est un critère formel qui permet de déterminer avec précision le moment où est achevée la procédure d'édiction de chaque nouvelle loi, quelles que soient la modalités particulières de cette procédure.

Sur le fondement de cette idée, nous avons distingué, dans la deuxième partie de l'étude, entre deux séries de conditions d'entrée en vigueur : les conditions particulières, dont dépend l'entrée en vigueur des lois d'après les règles du droit positif, et les conditions générales, dont la réunion est nécessaire pour qu'il soit en premier lieu possible de consacrer des règles qui permettent de déterminer avec

précision le moment où chaque nouvelle loi devient obligatoire. Concernant les conditions particulières, nous avons étudié l'évolution et la portée des règles de droit commun consacrées par le droit positif français. L'étude de ces règles révèle que, contrairement à une idée communément admise, la publication des lois n'est pas une condition nécessaire pour leur entrée en vigueur. S'agissant des conditions générales, nous avons démontré que l'institution de l'entrée en vigueur est intimement liée à notre concept de loi : elle présuppose une conception volontariste de cette dernière et, corrélativement, un haut degré de formalisation de la procédure de son édicition.

Nous espérons avoir ainsi contribué à une meilleure compréhension de l'entrée en vigueur des lois, dont l'analyse a été jusqu'alors centrée sur l'étude de seules règles qui déterminent la date d'entrée en vigueur des lois.

Bibliographie

I – OUVRAGES GÉNÉRAUX

A. Droit public

AUBY J.-M., DRAGO R., *Traité de contentieux administratif*, 3^e éd., t. 1^{er}, LGDJ, 1984, 1014 p.

BARANGER D., *Droit constitutionnel*, PUF, coll. Que sais-je ?, 6^e éd., 2013, 127 p.

BARTHÉLEMY J., *Précis de droit constitutionnel*, 4^e éd., Dalloz, 1938, 447 p.

BARTHÉLEMY J. & DUEZ P., *Traité de droit constitutionnel*, éd. Panthéon-Assas, [1933] 2004, x + 955 p.

BILHARD J.-J., *Des effets du gouvernement représentatif en France*, Librairie des nouveautés, 1839, 453 p.

BLACHÈRE PH., *Le parlement en France*, LGDJ, 2012, 205 p.

BLUNTSCHLI M., *Le droit public général*, trad. et préf. A. de Riedmattet, Paris, Librairie Guillaumin et Cie, 1881, xi + 424 p.

BRAIBANT G. & STIRN B., *Le droit administratif français*, 7^e éd., Presses de Sciences Po, 2005, 652 p.

BURDEAU G., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Cours de droit, 1956-1957, 603 p.

BURDEAU G., *Écrits de Droit constitutionnel et de Science politique*, préf. J.M. Denquin, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2011, 673 p.

CARRÉ DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, préf. Eric Maulin, Dalloz, [1920 et 1922] 2004, xxxvi + 1525 p.

CHAPUS R., *Droit administratif général*, t. 1, 14^e éd., Montchrestien, 2000, 1313 p.

- CHRÉTIEN P., CHIFFLOT N. & TOURBE M., *Droit administratif*, 15^e éd., Sirey, 2016
- DESLANDRES M., *Histoire constitutionnelle de la France*, 3 vol., Paris, Sirey, 1932 (vol. I & II), 794 p. & 766 p., et 1937 (vol. III), 541 p.
- DUCROCQ TH., *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, t. I, 7^e éd., Paris, éd. Fontemoing, 1897, xxxix + 540 p.
- DUGUIT L., *Manuel de droit constitutionnel*, éd. Panthéon-Assas, [1923], 2007, vii + 605 p.
- DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, t. 2, 3^e éd., éd. de Bocard, 1928, 888 p.
- DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, t. 4, *L'organisation politique de la France*, 2^e éd., éd. de Bocard, 1924, 937 p.
- DUGUIT L., MONNIER H. & BONNARD R., *Les Constitutions et les principales lois politiques de la France*, 5^e éd., LGDJ, 1932, ccxxxix + 393 + 70 p.
- EISENMANN CH., *Cours de droit administratif*, t. 2, LGDJ, [1983] 2014, 786 p.
- ESMEIN A., *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, éd. Panthéon-Assas, [1914] 2008, xxviii + 1246 p.
- FERRIÈRE P.-A., *Dissertation sur les lois civiles en général*, libraire Dufresne, 1807, 69 p.
- FRIER P.-L. & PETIT J., *Précis de droit administratif*, 11^e éd., LGDJ, 2017, 724 p.
- GOHIN O., *Droit constitutionnel*, 3^e éd., LexisNexis, 2016, xii + 1316 p.
- GRISEL A., *Traité de droit administratif*, vol. 1, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1984, 1041 p.
- HAMON F. & TROPER M., *Droit constitutionnel*, 39^e éd., LGDJ-Lextenso, 2018, 898 p.
- HAURIOU M., *Principes de droit public*, préf. Beaud O., Dalloz, Paris, [1^{ère} éd. 1910] 2010, 734 p.
- HAURIOU M., *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1930, 332 p.

- JÈZE G., *Les principes généraux du droit administratif, t. I, La technique juridique du droit public français*, préf. S. Salon et J.-Ch. Savignac, Dalloz, [3^{ème} éd. 1925] 2005, xxxi + 443 p.
- LABAND P., *Le droit public de l'Empire Allemand, t. 2*, préf. F. Larnaude, trad. C. Gandilhon, Th. Lacuire, Giard & Brière, 1901, 726 p.
- LAVROFF D. G., *Le droit constitutionnel de la V^e République*, 3^e éd., Dalloz, 1999, 1100 p.
- MORABITO M., *Histoire constitutionnelle de la France*, 14^e éd., Montchrestien, Paris, 2016, 558 p.
- ODENT R., *Contentieux administratif, t. 1*, préf. R. Denois de Saint-Marc, Dalloz, 2007, xi + 1051 p.
- PIERRE E., *Traité de droit politique, électoral et parlementaire – Supplément*, 4^e éd., 1919, Librairies-imprimeries réunies, 1914, xxxix + 1629 p.
- PIERRE E., *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, 5^e éd., Librairies-imprimeries réunies, 1924, 1439 p.
- PRÉLOT M. & BOULOUIS J., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 11^e éd., Dalloz, 1990, xxix + 925 p.
- RIGAUDIÈRE A., *Histoire du droit et des institutions dans la France médiévale et moderne*, 4^e éd., Paris, Economica, 2010, 893 p.
- SAINT-BONNET F. & SASSIER Y., *Histoire des institutions avant 1789*, 5^e éd., LGDJ, Lextenso, 2015, 496 p.
- SAINT-GIRONS A., *Manuel de droit constitutionnel*, 2^e éd., éd. Larose et Forcel, 1885, iv + 706 p.
- SERRAND P., *Droit administratif, t. I : Les actions administratives*, PUF, 2017, 301 p.
- VEDEL G., *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, préf. G. Carcassonne & O. Duhamel, Dalloz, [1949] 2002, 616 p.

B. Droit privé

AMBROISE C. & CAPITANT H., *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 1, 11^e éd., Dalloz, 1947, xlvii+ 1144 p.

AUBRY CH. & RAU CH.-F., *Cours de droit civil français*, t. 1, 5^e éd., Marchal et Billard, 1897, x + 984 p.

BAUDRY-LACANTINERIE G., *Précis de droit civil*, t. 1, Larose et Forcel, 1882, viii + 878 p.

BAUDRY-LACANTINERIE G. & HOUQUES-FOURCADE M., *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 1, 3^e éd., Sirey, 1907, 780 p.

BEUDANT CH., *Cours de droit civil français*, t. 1 – *Introduction-Explication du titre préliminaire du Code civil*, A. Rousseau, 1896, viii + 184 p.

CARBONNIER J., *Droit civil – Introduction*, vol. 1, PUF-Quadrige, 27^e éd., [2002], 2004, 391 p.

CAURROY A.-M., *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. I, Libraires Thorel et Joubert, 1848, iii + 535 p.

COLIN A. & CAPITANT H., *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 1, 6^e éd., Dalloz, 1930, viii + 1044 p.

COLIN A. & CAPITANT H., *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 1, 11^e éd., refondue par J. de la Morandière, Dalloz, 1953, xx + 1160 p.

DELVINCOURT C.-E., *Cours de Code Napoléon*, t. 1^{er}, Paris, imprimeur Gueffier, 1813, 870 p.

DEMANTE A.-M., *Cours analytique de Code civil*, 2^e éd., t. 1, Plon, 1881, xlviii + 531 p.

DEMOLOMBE CH., *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, coll. Cours de Code civil, 3^e éd., Paris, Libraires Durand et Hachette, 1865, 640 p.

DEUMIER P., *Introduction générale au droit*, 3^e éd., LGDJ, 2015, 366 p.

GHESTIN J., GOUBEAUX G. & FABRE-MAGNAN M., *Traité de droit civil – Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1995, xii + 891 p.

HUC TH., *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. I, Paris, Librairie Cotillon Pichon, 1892, 532 p.

JOSSERAND L., *Cours de droit civil positif français*, t. 1, 3^e éd., Sirey, 1938, xxiv + 1128 p.

LARROUMET CH., *Droit civil*, t. 1, *Introduction*, 5^e éd., Economica, 2006, 377 p.

LOCRÉ J.-G., *Esprit du Code Napoléon*, t. 1, Imprimerie impériale, 1805, 720 p.

MAILHER DE CHASSAT A., *Traité de la rétroactivité des lois ou commentaire approfondi du Code civil*, Librairie Durand, 1845, viii + 427 p.

MALINVAUD PH., *Introduction à l'étude du droit*, 16^e éd., LexisNexis, 2016, viii + 531 p.

MARCADÉ V., *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. I, 8^e éd., Delamotte, 1884, 688 p.

MARTY G. & RAYNAUD P., *Droit civil, t. 1, Introduction générale à l'étude du droit*, 2^e éd., Sirey, 1972, 532 p.

MOTULSKY H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, préf. P. Roubier, rééd. par M.-A. Frison-Roche, [Sirey, 1948] Dalloz, 2002, 200 p.

PLANIOL M. & RIPERT G., *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, 11^e éd., LGDJ, 1928

TOULLIER C., *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. 1, Paris, 1824, 555 p.

II – OUVRAGES SPÉCIALISÉS

AARNIO A., *Essays on the Doctrinal Study of Law*, Heidelberg, Springer, 2011, ix + 222 p.

ALEXY R., *A Theory of Constitutional Rights*, trad. J. Rivers, Oxford University Press, [1986], 2002, 462 p.

- ALLEN C. K., *Law in the Making*, 7th ed., Oxford, Clarendon Press, 1964, xl + 649 p.
- ALZAGA VILLAAMIL O., (dir.), *Comentarios a las leyes políticas : Constitución española de 1978*, Tomo I, Preámbulo y artículos 1 a 9, Madrid, Ed. de derecho reunidas, 1983, 780 p.
- AMSELEK P., *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2012, 647 p.
- ATIENZA M. & RUIZ MANERO J., *A Theory of Legal Sentences*, New York, Springer, 1998, xiii + 192 p.
- ATRIA F., *On Law and Legal Reasoning*, Hart Publishing, 2001, x + 239 p.
- BAKER K., *Au tribunal de l'opinion : essais sur l'imaginaire politique au XVIII^e siècle*, trad. L. Evrard, Payot, 1993, 319 p.
- BARBER N., *The Constitutional State*, Oxford University Press, 2010, xiii + 199 p.
- BARTHOLINI S., *La promulgazione*, Milan, Giuffrè, 1954, xii + 889 p.
- BASTID P., *Les institutions politiques de la monarchie parlementaire française (1814-1848)*, Sirey, 1954, 425 p.
- BEAUD O. & GUÉRIN-BARGUES C., *L'État d'urgence : une étude constitutionnelle, historique et critique*, *Jus Politicum*, Février-Mars 2016, 186 p.
- BENNER M., *The Emperor Says: Studies in the Rhetorical Style on Edicts of the Early Empire*, Göteborg, Acta universitatis Gothoburgensis, 1975, xi + 202 p.
- BERGEAL C., *Manuel de légistique*, 8^e éd., Berger-Levrault, 2018, 473 p.
- BERTEA S., *The Normative Claim of Law*, Hart Publishing, 2009, vi + 307 p.
- BLONDE A., *Maximes du droit public françois*, t. 2, Amsterdam, Marc-Michel Rey, 1775
- BONNARD R., *Les règlements des assemblées législatives de la France depuis 1789*, Sirey, 1926, 558 p.
- BRANDOM R., *Making it Explicit: reasoning, representing, and discursive commitment*, Cambridge, Harvard University Press, 1994, xxv + 741 p.

- BULYGIN E., *Essays in Legal Philosophy*, Oxford University Press, 2015, xiv + 378 p.
- BURLAMAQUI J.-J., *Principe du droit politique*, t. 1^{er}, Amsterdam, 1751
- CAUCHIES J.-M., *La législation princière pour le comté de Hainaut*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1982, lxxviii + 670 p.
- CELANO B., *Dover essere et intenzionalità: Una critica all'ultimo Kelsen*, Torino, Giappichelli, 1990, 341 p.
- CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 2^e éd., Dalloz, 2016, xiv + 440 p.
- CORIAT J.-P., *Le prince législateur : la technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial à la fin du principat*, Rome, École française de Rome, 1997, xvi + 771 p.
- DE BOURBON-BUSSET G., *Statistique de la législation constitutionnelle de France en 1788, ou Maximes fondamentales de la monarchie française*, Imprimerie de Renaudiere, 1815
- DE LA MARE N., *Traité de la police*, t. 1, 2^e éd., 1722, 768 p.
- DELVOLVÉ P., *L'acte administratif*, Sirey, 1983, 294 p.
- DUCLOS P., *La notion de Constitution dans l'œuvre de l'Assemblée Constituante de 1789*, Dalloz, 1932.
- DUCROCQ TH., *De la formule actuelle de promulgation des lois, de la date des lois qui en résulte et de leur contradiction avec les lois constitutionnelles du 25 février et du 16 juillet 1875*, Paris, éd. Ernest Thorin, 1877, 14 p. (extrait de la Revue générale du droit, Janvier-Février 1877).
- DUGUIT L. & MONNIER H., *Les Constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*, 5^e éd. Paris, 1932, ccxxxix + 393 p.
- DUPIN A., *Lois sur les lois*, Guillaume et Cie Librairies, 1817, cxlvi + 306 p.
- EKINS R., *The Nature of Legislative Intent*, Oxford University Press, 2012, xiii + 303 p.
- GARDNER J., *Law as a Leap of Faith*, Oxford University Press, 2012

- GIRY A., *Manuel de diplomatique*, nouvelle édition, Librairie Félix Alcan, 1925, xvi + 944 p.
- GRAY J., *The Nature and Sources of the Law*, 2nd ed., New York, MacMillan, 1948, xviii + 348 p.
- GREEN L., *The Authority of the State*, Oxford University Press, 1988, 273 p.
- GREENAWALT K., *Conflicts of Law and Morality*, Clarendon Press, 1989, xii + 383 p.
- GUASTINI R., *Produzione e applicazione del diritto*, Giappichelli, 1987, 124 p.
- GUASTINI R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, 507 p.
- GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, xiv + 368 p.
- HART H.L.A., *The Concept of Law*, 3^e ed., introduction L. Green, Oxford University Press, 2012, lv + 333 p.
- HARRIS J. W., *Law and Legal Science. An Inquiry into the Concepts of Legal Rule and Legal System*, Clarendon Press, 1979, ix + 174 p.
- HERNÁNDEZ MARÍN R., *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 1998, 506 p.
- HÉRON J., *Principes du droit transitoire*, Dalloz, 1996, 168 p.
- HERZOG B. & VLACHOS G. (dir.), *La promulgation, la signature et la publication des actes législatifs en droit comparé*, Éditions de l'Épargne, 1961, 256 p.
- ILBERT C., *Legislative Methods and Forms*, Clarendon Press, 1901, xxxi + 372 p.
- JACKSON F., *From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis*, Clarendon Press, 1998, xii + 174 p.
- KELSEN H., *Théorie pure du droit*, trad. fr. par Ch. Eisenmann de la 2^e éd. de la *Reine Rechtslehre*, Bruylant-LGDJ, [1960] 1999, 367 p.
- KERN F., *Kingship and Law in the middle Ages*, transl. and intr. S.B. Chrimes, Basil Blackwell, 1939, xxxi + 214 p.

- KORSGAARD CH., *The Sources of Normativity*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 1996, xv + 273 p.
- KURZON D., *It is Hereby Performed: Explorations in Legal Speech Acts*, John Benjamin Publishing, Amsterdam-Philadelphia, 1986, viii + 86 p.
- LIBCHABER R., *L'ordre juridique et le discours du droit*, Lextenso-LGDJ, 2013, 437 p.
- LLÉDO F. M. & ZORRILLA RUIZ M. M., *Teoría del Derecho*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1997, 613 p.
- LONG M., *Les services du Premier ministre*, avant-propos L. Favoreu, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1981, 279 p.
- MACCORMICK N. & WEINBERGER O., *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Reidel, Dordrecht, 1986, xiv + 229 p.
- MASSOT J., *Chef de l'État et chef du Gouvernement : la dyarchie hiérarchisée*, préf. P. Avril, La documentation française, 2008, 223 p.
- MICHELON C., *Being Apart from Reasons. The Role of Reasons in Public and Private Moral Decision-Making*, Dordrecht, Springer, 2006
- MORABITO M., *Le chef de l'État en France*, 2^e éd., Montchrestien, 1996, 160 p.
- MORESO J.S., *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1998, xiii + 200 p.
- MUNZER S., *Legal Validity*, Hague, Martinus Nijhoff, 1972, viii + 72 p.
- LE NEUF DE NEUF-VILLE M., *La Cour suprême et les arrêts de ses chambres réunies*, Paris, éd. A. Durand et Pedone-Lauriel, 1879, 15 p. (extrait de la *France judiciaire*)
- NINO C. S., *Introducción al análisis del derecho*, 2^a ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, ix + 477 p.
- NGUYEN HUU P., BONHOURS J.-P. & BRILLANT P., *Les principales étapes de la procédure législative*, 2^e éd., Secrétariat général de l'Assemblée nationale, 2000, 188 p.

- PADOA-SCHIOPPA A., *A History of Law in Europe: From the Early Middle Ages to the Twentieth Century*, [trad. angl. du *Storia del diritto in Europa*], Cambridge, Cambridge University Press, [2016] 2017
- PARFIT D., *On What Matters*, vol. 1, Oxford University Press, 2011, xviii + 540 p.
- PAVLAKOS G., *Our knowledge of the law: objectivity and practice in legal theory*, Hart, 2007, 267 p.
- PINO G., *Teoria analitica del diritto I – La norma giuridica*, Pisa, ed. ETS, 2016, 228 p.
- POSTEMA G., *Legal Philosophy in the Twentieth Century: the Common Law World*, A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, vol. 11, Dordrecht, Springer, 2011
- RAZ J. (dir.), *Practical Reasoning*, Oxford University Press, 1978, p. 1-17
- RAZ J., *The Concept of a Legal System*, 2nd ed., Clarendon Press, 1980, ix + 245 p.
- RAZ J., *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, 1986
- RAZ J., *Ethics in the Public Domain*, revised ed., Clarendon Press, 1995, vii + 380 p.
- RAZ J., *Practical Reason and Norms*, 2nd ed., Oxford UP, 1999, 220 p.
- RAZ J., *The Authority of Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2009, 340 p.
- RAZ J., *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford UP, 2009, 413 p.
- RÉCANATI F., *Les énoncés performatifs*, Les éditions de minuit, 1981, p. 287 p.
- RODIER M.-A., *Questions sur l'ordonnance de Louis XIV du mois d'avril 1667*, Toulouse, Dupleix, Laporte & Compagnie, 1769, viii + 802 p.
- RODRIGUEZ-BLANCO V., *Law and Authority under the Guise of the Good*, Hart publishing, 2014
- SARTOR G., *Legal Reasoning: A Cognitive Approach to the Law*, A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, vol. 5, Dordrecht, Springer, 2005, xxvi + 844 p.

SCANLON T., *What We Owe to Each Other*, Cambridge Mass. Belknap-Harvard University Press, 2000, 432 p.

SUEUR PH., *Histoire du droit public français, xv^e – xviii^e siècle*, t. 2, PUF, 4^e éd., [1989] 2007

VALETTE PH. & SAINT-MARCY B., *Traité de la confection des lois*, 2^e tirage, Joubert, 1839, 400 p.

VISMANN C., *Files: Law and Media Technology*, trad. Winthrop-Young G., Stanford, Stanford University Press, 2008, xv + 187 p.

VON WRIGHT G., *Norm and Action: A Logical Enquiry*, Routledge and Kegan Paul, [1963] 1977, xvii + 214 p.

WALDRON J., *Law and Disagreement*, Oxford University Press, 1999, ix + 332 p.

WEBER M., *Économie et société. Les catégories de la sociologie, vol. I*, trad. J. Freund *et al.*, Paris, Plon, éd. Pocket, (1956, éd. allemande) 2003, 411 p.

WEBER M., *Economy and Society*, University of California Press, Berkeley, [1956] 1968, cx + 640 p.

WILLIAMSON C., *The Laws of the Roman People: Public Law in the Expansion and Decline of the Roman Republic*, Michigan, The University of Michigan Press, 2005, xxvii + 506 p.

ZARKA CH.-Y., *Hobbes et la pensée politique moderne*, PUF, Quadrige, [1995] 2001, 308 p.

III – THÈSES

ACHAINTRE CH., *L'instance législative dans la pensée constitutionnelle révolutionnaire (1789-1799)*, préf. J. Rossetto, Dalloz, 2008, XIII + 439 p.

BATAILLER F., *Le Conseil d'État juge constitutionnel*, préf. G. Vedel, LGDJ, 1966, v + 675 p.

BLATIÈRE L., *L'applicabilité temporelle du droit de l'Union européenne*, préf. L. Coutron, Montpellier, Éditions du CREAM, 2018, xx + 742 p.

- BONNET É., *De la promulgation. Étude de droit public*, A. Rousseau, 1908, 152 p.
- BONNET J., *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois*, préf. D. Rousseau, Dalloz, 2009, xiv + 716 p.
- BRANCHET B., *Contribution à l'étude de la Constitution de 1958 : le contreseing et le régime politique*, préf. S. Rials, LGDJ, xviii + 307 p.
- CALOGEROPOULOS A., *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, pref. G. Vedel, LGDJ, 1983, iv + 390 p.
- CANNAC H., *Éléments de procédure législative en droit parlementaire français*, Sirey, 1939, iii + 117 p.
- CARBAJO J., *L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires*, préf. J.-F. Lachaume, LGDJ, 1980, 293 p.
- CARPENTIER M., *Norme et exception : essai sur la défaisabilité en droit*, préf. J.-F. Kervegan, Institut Universitaire Varenne, 2014 xv + 686 p.
- CASTALDO A., *Les méthodes de travail de la Constituante : Les techniques délibératives de l'Assemblée Nationale (1789-1791)*, PUF, « Léviathan », 1989, 406 p.
- CONIL C., *L'acte de puissance publique conditionnel : Contribution à l'étude des conditions d'entrée en vigueur et de retrait des actes unilatéraux de droit public*, Paris 2 Panthéon-Assas, 2008, 396 p.
- CONNIL D., *L'office du juge administratif et le temps*, préf. D. de Béchillon, Dalloz, 2012, x + 904 p.
- CRESP M., *Le temps juridique en droit privé, essai d'une théorie générale*, préf. J. Hauser, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013, 462 p.
- CROCHET DE SAVERNE P.J.F.L., *Droit civil français. De la promulgation, de la publication et de l'abrogation des lois civiles*, Université de Strasbourg, 1847, 32 p.
- CROUZATIER-DURAND F., *La fin de l'acte administratif unilatéral*, préf. J.-P. Théron, L'Harmattan, 2003, 434 p.
- DEFOORT B., *La décision administrative*, préf. B. Seiller, LGDJ, 2015, xvii + 686 p.

- DE PURY J.-J., *De la publication des lois*, Université de Neuchâtel, Neuchâtel, Imprimerie Delachaux et Niestlé, 1945, 254 p.
- DESAULNAY O., *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, préf. P. Bon, Dalloz, 2009, xi + 852 p.
- DORMOY CH.-E., *De la promulgation, de la publication et de l'abrogation des lois civiles*, Université de Strasbourg, 1846, 28 p.
- DROUOT G., *La rétroactivité de la jurisprudence : recherche sur la lutte contre l'insécurité juridique en droit civil*, préf. C. Brenner, LGDJ, 2016, xx + 401 p.
- DUCLOS P., *La notion de Constitution dans l'œuvre de l'Assemblée Constituante de 1789*, Paris, Dalloz, 1932, 349 p.
- DUCLOS-GRÉCOURT M.-L., *L'idée de loi au XVIII^e siècle dans la pensée des juristes français (1715-1789)*, préf. É. Gojosso, Poitiers, Presses Universitaires juridiques de Poitiers, 2014, 779 p.
- ESCHBACH P.-E., *De la promulgation, de la publication et de l'abrogation des lois civiles*, Université de Strasbourg, 1853, 36 p.
- ÉVEILLARD G., *Les dispositions transitoires en droit public français*, préf. J. Petit, Dalloz, 2007, xiii + 988 p.
- FABRY PH., *L'État royal : Normes, justice et gouvernement dans l'œuvre de Pierre Rebuffe (1487-1557)*, préf. J. Krynen, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2015
- FERRARI S., *La rétroactivité en droit public français*, Paris 2 Panthéon-Assas, 2011, 978 p.
- FLEURY LE GROS P., *Contribution à l'analyse normative des conflits des lois dans le temps en droit privé interne*, préf. L. Bach et P. Mayer, postface J. Petit, Dalloz, 2005, xv + 330 p.
- FRÉLON É., *Le parlement de Bordeaux et la « Loi (1451-1574) »*, préf. A. Rigaudière, De Boccard, 2011, ix + 738 p.

- GLEIZES H., *La rectification des textes publiés au Journal officiel*, Université de Paris, Sirey, 1939, 177 p.
- GLÉNARD G., *L'exécutif et la Constitution de 1791*, PUF, « Léviathan », 2010, 503 p.
- GUERRIERO M.-A., *L'acte juridique solennel*, préf. J. Vidal, LGDJ, 1975, xvii + 520 p.
- GUISELIN J., *Le Secrétariat général du Gouvernement*, Paris 2, 2015, 461 p.
- HOSTIOU R., *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, préf. G. Dupuis, LGDJ, 1974, vi + 353 p.
- JAN P., *La saisine du Conseil constitutionnel*, préf. J. Rossetto, LGDJ, 1999, x + 716 p.
- JEAMMAUD A., *Des oppositions de normes en droit privé interne*, Université Jean Moulin – Lyon III, 1975, 789 p.
- KALLERGIS A., *La compétence fiscale*, préf. L. Ayrault, Dalloz, 2018, xxi + 1002 p.
- KERLÉO J.-F., *La transparence en droit. Recherche sur la formation d'une culture juridique*, préf. G. Tusseau, Mare & Martin, 2015, 995 p.
- LANCERON V., *La fonction de coordination en droit public*, Université Paris II Panthéon-Assas, 2016, 506 p.
- LEMAIRE-PAPADOPOULOS E., *Grande robe et liberté : La magistrature ancienne et les institutions libérales*, Paris, PUF, « Léviathan », 2010, 375 p.
- LE PILLOUER A., *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes*, préf. M. Troper, Dalloz, 2005, xii + 390 p.
- LEWALLE P., *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, préf. J.-M. Auby, Faculté de Droit de Liège, Martinus Nijhoff, La Haye, 1975, 420 p.
- MAYER P., *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, préf. H. Batiffol, Paris, Dalloz, 1973, xi + 244 p.
- MOLINIÉ J., *La publication en droit public français*, Paris II, 1976, 339 p.

- MONTANÉ DE LA ROQUE P., *L'inertie des pouvoirs publics*, Toulouse, Imprimerie Moderne, 1950, 546 p.
- MONTAY B., *Doctrine des fonctions de l'« Exécutif »*, Paris 2 Panthéon-Assas, 2017, 777 p.
- NIORT J.-F., *Homo civilis : contribution à l'histoire du Code civil français*, préf. J.-L. Halpérin, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, t. 2, 2004
- PÉRÈS-DOURDOU C., *La règle supplétive*, préf. G. Viney, LGDJ, 2004, xiii + 680 p.
- PÉRI A., *Le pouvoir exécutif dans le processus de formation de la loi dans l'histoire constitutionnelle française (1789-1958)*, préf. J. Gicquel, Dalloz, 2008, xv + 443 p.
- PERRICHET L., *La Grande chancellerie de France : des origines à 1328*, Université de Paris, Sirey, 1912, xx + 575 p.
- PETIT J., *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, préf. J. Moreau, LGDJ, 2002, 662 p.
- PETIT-RENAUD S., *“Faire Loy” au Royaume de France de Philippe VI à Charles V (1328-1380)*, préf. A. Rigaudière, De Brocard, 2001, 529 p.
- PIREK M., *L'application du droit public dans le temps : la question du changement de loi*, Université de Fribourg, Genève, Schulthess, 2018, lxxii + 473 p.
- REVEL G., *La publication des lois, des décrets et des autres actes de l'autorité publique*, Sirey, 1933, 234 p.
- RRAPI P., *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi : étude du discours sur la « qualité de la loi »*, préf. A. Roux, Dalloz, 2014, xv + 280 p.
- SOTO DE J., *La promulgation des traités*, préf. Scelle G., Paris, Pedone, 1945, 109 p.
- THOUVENIN CH., *Droit civil français. (I) De la promulgation et de la publication des lois civiles, (II) De l'abrogation des lois civiles*, Université de Strasbourg, 1851, 54 p.
- TRIENBACH M., *Les normes non directement applicables en droit public français*, préf. P. Wachsmann, LGDJ, 2015, xvi + 540 p.
- TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, préf. M. Troper, Dalloz, 2006, xviii + 813 p.

VERPEAUX M., *La naissance du pouvoir réglementaire : 1789-1799*, PUF, 1991, 434 p.

VINTZEL C., *Les armes du gouvernement dans la procédure législative*, préf. G. Larcher et J.-L. Debré, Dalloz, 2011, XXIV+836 p.

IV – RÉPERTOIRES ET JURISCLASSEURS

BACH L., « Conflits de lois dans le temps », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mai 2006 (actualisation : juin 2016)

BARBIER H., « Erreur sur le droit », *JurisClasseur Pénal*, Art. 122-3, Fasc. 20, 2014 (mise à jour : 2018)

CARPENTIER A. *et al.* (dir.), *Répertoire général alphabétique du droit français*, t. 26, Sirey, 1898, V° « Lois et décrets »

DALLOZ D. *et al.* (dir.), *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. 30, 1853, V° « Lois »

DALLOZ D. *et al.* (dir.), *Supplément au répertoire méthodique répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, 1892, t. 10, V° « Lois »

GAUDEMET S., « Application de la loi dans le temps : Introduction », *JurisClasseur Civil*, Art. 2 du Code civil, Fasc. 10, 2011

GAUDEMET Y. & PLESSIX B., « Promulgation et publication des lois », *Jurisclasseur Civil*, Art. 1^{er} du Code civil, Fasc.10, 2011

GAUTIER M. & MELLERAY F., « Applicabilité des normes internationales », *JurisClasseur administratif*, Fasc. 20, 2013, n° 16

GICQUEL J.-É., « Loi », *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 30, 2013 (mise à jour : 4 octobre 2015)

LASSERRE V., « Loi et règlement », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2015 (actualisation : janvier 2016)

- LEGRAND A., « Incompétence », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, 2001 (actualisation : juin 2014)
- MERLIN PH.-A. (dir.), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 18, 5^e éd., 1827, V^o « Loi »
- RIPERT G., « Lois et décrets », *Répertoire de droit civil*, t. 3, Dalloz, 1953, p. 82-95
- SEILLER B., « Acte administratif : identification », et « Acte administratif : régime », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2015 (actualisation : mai 2018)
- VINCENT J.-Y., « Acte administratif – Application dans le temps », *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 108-130, 2005
- VINCENT J.-Y., « Acte administratif – Publicité des actes administratifs unilatéraux », *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 108-40, 2010 (mise à jour : 2013)

V – ARTICLES

- ADAMS N. P., « In Defense of Content-Independence », *Legal Theory*, 23, 2017, p. 143-167
- ALCHOURRÓN C., « Condicionalidad y la representación de las normas jurídicas », in : C. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1991, p. 267-290
- AMSELEK P., « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », in : P. Amselek et al., *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, PUF, 1986, p. 109-163
- AUBY J.-M., « L'incompétence "ratione temporis" : Recherches sur l'application des actes administratifs dans le temps », *RDP* 1953, p. 5-60
- AUVRET P., « La faculté d'empêcher du Président de la République », *RDP* 1986, n^o 1, p. 141-168

- BABEAU A., « Les préambules des ordonnances royales et l'opinion publique », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, t. 146, 1896, p. 797-858
- BACH L., « Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps », *RTD Civ.* 1969, p. 405-468
- BARANGER D., « L'état d'urgence dans la durée », *RFDA* 2016, p. 447
- BAUFUMÉ B., « Le droit présidentiel de demander une nouvelle délibération de la loi : le précédent du 13 juillet 1983 (loi sur l'exposition universelle de 1989) », *RDP* 1985 n° 5, p. 1239-1262
- BEAUD O., « Propos sceptiques sur la légitimité d'un référendum européen ou plaider pour plus de réalisme constitutionnel », in : A. Auer & J.-F. Flauss (éd.), *Le référendum européen*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 125-180
- BEAUD O., « À la recherche de la légitimité de la V^e République », in : *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006
- BEAUD O., « Compétence et souveraineté », in : AFDA, *La compétence*, Litec, 2008, p. 5-32
- BEAUD O., « L'État », in : Gonod P., Melleray F., Yolka Ph. (dir.), *Traité de droit administratif*, t. 1, Dalloz, 2011
- BÉGUEC LE D., « Publication », in : D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1274-1276
- BELLANGER F., « Les présomptions d'authenticité et de sincérité des actes administratifs », *RDP* 3, 1968, p. 543-604
- BERRIAT-SAINT-PRIX J., « Recherches sur les divers modes publication des lois, depuis les Romains jusqu'à nos jours », *Revue étrangère et française de législation et d'économie politique*, vol. 5, 1838, p. 279-304
- BIX B., « Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy? », *Ratio Juris*, vol. 16, n° 3, 2003, p. 281-295

- BLÉRY C., « Les nouvelles règles d'entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs », *Revue Lamy Droit civil*, n°5, 1^{er} mai 2004
- BOBBIO N., « Sur le principe de légitimité », *in* : P. Bastid (dir.), *L'idée de légitimité*, Annales de philosophie politique, vol. 7, PUF, 1967, p. 47-60
- BONETTI P., « Articolo 73 », *in* : R. Bifulco *et al.* (dir.), *Commentario alla Costituzione*, vol. 2, 2006, Torino, UTET giuridica, p. 1402-1433
- BONNARD R., « La Présidence du Conseil », *RDP* 1935, p. 74-89
- BOTTINI F., « La promulgation des lois parlementaires », *RFDC* 2008/4, p. 761-784
- BOURCIER D., « De la publicité à la connaissance des lois. Un changement de perspective », *in* : G. Fauré, G. Koubi (dir.), *Le titre préliminaire du Code civil*, Economica, 2003, p. 81-97
- BOUVIER V., « La nature du contrôle de constitutionnalité », *Droits*, 1, 1985, p. 143-151
- BURDEAU G., « L'apport de Carré de Malberg à la théorie de la loi », *in* : *Relation des journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg*, Annales de la faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg, t. 15, Dalloz, 1966, p. 98-111
- BULYGIN E., « Legal Dogmatics and the Systematization of Law », *Rechtstheorie*, Beiheft, vol. 10, 1986, p. 193-210
- BULYGIN E., « On Legal Interpretation », *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, Beiheft, vol. 54, 1994, p. 11-22
- BULYGIN E., « An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law » *in*: S. Paulson & B. Paulson Litschewski (ed.), *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 297-315 (originally published *in*: *Ratio Juris*, vol. 3, 1-1990, p. 29-45)
- CARBONNIER J., « La maxime "Nul n'est censé ignorer la loi" en droit français », *in* : Id. *Écrits*, textes rassemblés par R. Verdier, PUF, 2008, p. 1216-1224
- CARCASSONNE G., « Ce que fait Matignon », *Pouvoirs*, n° 68, 1994, p. 31-44

- CARTIER E., « Publicité, diffusion et accessibilité de la règle de droit dans le contexte de la dématérialisation des données juridiques », *AJDA*, 2005, p. 1092
- CARTIER E., « Publication et libre diffusion de la règle de droit : enjeux et problématiques comparés en France et au Royaume-Uni », in : *Liber amicorum Jean-Claude Escarras*, Bruxelles, Bruylant, 2005 (disponible sur : www.servicedoc.info/IMG/pdf/E.Cartier.Publication.pdf)
- CARTIER E., « Accessibilité et communicabilité du droit », *Jurisdoctoria*, 1, 2008, p. 51-76
- CELANO B., « Validity as Disquotation », *Analisi e diritto*, 1999, p. 35-77
- CELANO B., « Are reasons for action beliefs? », in: L. Meyer *et al.* (ed.), *Rights, Culture, and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Oxford University Press, 2003, p. 25-43
- CELANO B., « Publicity and the Rule of Law », in: L. Green, B. Leiter (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 2, Oxford University Press, 2013, p. 122-147
- CICCONETTI S.-M., « Promulgazione delle leggi », in : *Enciclopedia del diritto*, t. 37, Milano, Giuffrè, 1988, p. 100-125
- DAN-COHEN M., « Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law », *Harvard Law Review*, vol. 97, 1984, p. 625-677
- DELVOLVÉ, P., « L'entrée en vigueur des actes administratifs », *RFDA* 2016, p. 50
- DEMANTE G., « De la promulgation des lois, suivant le décret du 5 novembre 1870 », *Revue critique de la jurisprudence*, 1871-1872, p. 129-134
- DEMANTE G., « Observations sur la formule "Car tel est notre plaisir" dans la chancellerie française », *Bibliothèque de l'école des chartes*, t. 54, 1893, p. 86-96
- DEMANTE G., « Promulgation et date officielle des lois, suivant les lois constitutionnelles de 1875 », *Revue critique de la jurisprudence*, 1894, p. 586-594
- DEREUX G., « Étude critique de l'adage "Nul n'est censé ignorer la loi" », *RTD Civ.*, 1907, p. 513-554

DEUMIER P., « La publication de la loi et le mythe de sa connaissance », *LPA*, n° 46, Mars 2000, p. 6-13

DEUMIER P., « Des myriamètres à l'internet : les nouvelles règles d'entrée en vigueur de la loi », *RTD Civ.* 2004, p. 585

DI DONATO F., « La hiérarchie des normes dans l'ordre juridique, social et institutionnel de l'Ancien Régime », *Revus*, 21, 2013, p. 237-292

DOMAT J., « Traité des lois », in : Id., *Œuvres complètes de J. Domat*, nouvelle édition, éd. par J. Remy, t. 1, imprimerie Firmin Didot, 1828

DRUESNE G., « La jurisprudence constitutionnelle des tribunaux judiciaires sous la V^e République », *RDP*, 1975, n° 1, p. 169-240

DUARTE D'ALMEIDA L., « In Canonical Form: Kelsen's Doctrine of the "Complete" Legal Norm », in: L. Duarte d'Almeida, J. Gardner, L. Green (ed.), *Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law*, Hart Publishing, 2013, p. 259-282

DUBOIS J.-P., « L'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales », in : *Études en l'honneur de Georges Dupuis*, LGDJ, 1997, p. 103-114

DUPUIS G., « La présentation de l'acte administratif », in : Id. (dir.), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, Economica, 1979, p. 9-29

DWORKIN R., « Thirty Years On », *Harvard Law Review*, vol. 115, p. 1655-1687

EDMUNDSON W., « Legitimate Authority without Political Obligation », *Law and Philosophy*, vol. 17, n° 1, 1998, p. 43-60

EHRENBERG K., « Law's Authority is not a Claim to Preemption », in: Waluchow W., Sciaraffa S. (ed.), *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford University Press, 2013

EISENMANN CH., « Sur la théorie kelsénienne du domaine de validité des normes juridiques », in : S. Engel (ed.), *Law, State, and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen*, Knoxville, the University of Tennessee Press, 1965, p. 60-69

- EISENMANN CH., « Sur l'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales », *in* : *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, p. 201-216
- ESMONIN E., « La publication et l'impression des ordonnances royales sous l'ancien régime », *in* : Id., *Études sur la France des XVII^e et XVIII^e siècles*, PUF, 1964, p. 175-182
- FAUVEL M., « De la promulgation des lois et décrets », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1872-1873, p. 723-741 et 1873-1874, p. 32-45
- FERRAND J., « Promulguer la loi sous la Révolution : éléments d'histoire critique », *Clio et Thémis*, n° 6, 2013 (accessible sur : www.cliothemis.com/Clio-Themis-numero-6)
- FÉVRIER J.-M., « Sur l'idée de légitimité », *RRJ* 2002-1, p. 367-370
- FLATHMAN R., « Legitimacy », *in*: Goodin R. *et al.* (ed.), *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, 2nd ed., vol. 2, Blackwell, 2007, p. 678-684
- FODERARO S., « Considerazioni sull'istituto della promulgazione della legge », *Rassegna di diritto pubblico*, I, 1946, p. 195-201
- FREJAVILLE M., « La pratique des errata au JO et la taxe de compensation sur les locaux insuffisamment occupés », *JCP G* 1948 I 677
- FRISON-ROCHE M.-A. & BARANÈS W., « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D.* 2000, p. 361
- GARDIES J.-L., « La structure logique de la loi », *APD*, t. 25, *La Loi*, 1980, p. 109-121
- GARDNER J. & MACKLEM T., « Reasons », *in*: Coleman J., Shapiro S. (ed.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, 2002, p. 440-475
- GARDNER J., « How Law Claims What Law Claims », *in*: Klatt M. (dir.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford University Press, 2012, p. 1-26 (réimpr. *in*: Id., *Law as a Leap of Faith*, Oxford University Press, 2012)

- GAURIER D., « Les préambules des ordonnances françaises aux XVII^e et XVIII^e siècles : propagande royale ou véritable programme législatif ? », in : *Mélanges Jean-Marie Cauchies*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2016, p. 355-372
- GENEVOIS B., « Les contraintes d'ordre constitutionnel pesant sur l'entrée en vigueur des lois », in : *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Montchrestien, 2001, p. 243-264
- GENEVOIS B., « Le Conseil d'État et l'application de la Constitution », in : Drago G. (dir.), *L'application de la Constitution par les Cours suprêmes*, Dalloz, 2007, p. 31-54
- GICQUEL J.-É., « La promulgation-suspension de la loi », *RDP* 2006, n° 3, p. 565-573
- GOBBI M., « When to: A Study of New Zealand Commencement Clauses with Regard to those Used in the United Kingdom, Australia, and the United States », *Statute Law Review*, vol. 31, n° 3, 2010, p. 153-216
- GONOD P., « L'administration et l'élaboration des normes », in : P. Gonod, F. Melleray, Ph. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, t. 1, Dalloz, 2011, p. 530
- GRANT C., « Promulgation and the Law », *International Journal of Law in Context*, 2006, p. 321-329
- GRANT C., « Secret Laws », *Ratio Juris*, vol. 25, n° 3, 2012, p. 301-317
- GRAY J., *The Nature and Sources of the Law*, 2nd ed. New York, MacMillan, 1948, p. 168-170
- GREEN L., « Legal Positivism », in: *Stanford Encyclopedia*, accessible sur: <http://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>
- GREENBERG M., « How Facts Make Law », *Legal Theory*, 10-2004, p. 157-198
- GRIMM D., « La souveraineté », in : M. Troper, D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel, t. I Théorie de la Constitution*, Paris, Dalloz, 2012, p. 555
- GUASTINI R., « Concetti e criteri di validità », *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1989, p. 867-878

- GUASTINI R., « Il tempo e le norme », in : *Studi in onore di Leopoldo Elia*, t. 1, Milano, Giuffrè, 1999, p. 719-732
- GUASTINI R., « Jugements de validité », in : *Mélanges Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 453-462
- GUASTINI R., « Rule-Scepticism Restated », in: L. Green, B. Leiter (ed.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. I, Oxford UP, 2011, p. 138-161
- GUGLIELMI G., « Distinguer la promulgation de la publication », in : G. Fauré & G. Koubi (dir.), *Le titre préliminaire du Code civil*, Economica, 2003, p. 59-79
- GUILLAUMONT O., « La réforme des règles d'entrée en vigueur des lois et règlements », *JCP-éd. gén.*, 11, 138, 2004, p. 433-434
- GUPTA A., « Definitions », in: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, (Summer 2015 ed.), accessible sur : plato.stanford.edu/entries/definitions/
- HAGE J., « Contrary to Duty Obligations – A Study in Legal Ontology », in: J. Breuker *et al.* (ed.), *Legal Knowledge and Information Systems: Jurix 2000 – The fourteenth Annual Conference*, Amsterdam, IOS Press, 2000, p. 89-102
- HARLEY S., « Objectivity and Disagreement », in: T. Honderich (ed.), *Morality and Objectivity: A Tribute to J. L. Mackie*, London, Routledge & Kegan Paul, 1985, p. 54-97
- HATZISTAVROU A., « The deliberative and epistemic dimension of legitimate authoritative directives », in: G. Pavlakos, V. Rodriguez-Blanco (ed.), *Reasons and Intentions in Law and Practical Agency*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 140-158
- HEIDEMANN C., « The Creation of Normative Facts », *Law and Philosophy*, vol. 19, n° 2, 2000, p. 263-281
- HEIDEMANN C., « Law's Claim to Correctness », in: S. Coyle, G. Pavlakos (dir.), *Jurisprudence or Legal Science? A Debate about the Nature of Legal Theory*, Hart Publishing, 2005, p. 127-145

- HÉRON J., « Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil) », *RTD civ.* 1985, p. 277-333
- HERSHOVITZ S., « Legitimacy, Democracy and Razian Authority », *Legal Theory*, 9-2003, p. 201-220
- HERSHOVITZ S., « The Authority of Law », in: Marmor A. (ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, Routledge, 2012, p. 65-75
- HIMMA K.E., « Law's Claim of Legitimate Authority », in: J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript of the Concept of Law*, New York, Oxford University Press, 2001, p. 271-309
- HUET J., « Le nouvel article 1^{er} du Code civil : une réforme confuse et timorée », in : *Libre droit : mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 439-447
- HURD H., « Sovereignty in Silence », *Yale Law Journal*, vol. 99, n° 55, p. 945-1028
- JACKSON J. -B., « Who Enacts Statutes? », *Statute Law Review*, vol. 18, n° 3, 1997, p. 177-207
- JÈZE G., « Une loi inexistante », *RDP* 1915, p. 576-581
- JÈZE G., « La promulgation des lois », *RDP* 1918, p. 378-400
- JÈZE G., « Le contrôle juridictionnel des lois », *RDP* 1924, p. 399-430
- JOUANJAN O., « La suspension de la Constitution de 1793 », *Droits*, n° 17, 1993, p. 125-138
- KALINOWSKI G., « Dialogue à trois voix : Sur les langages respectifs du législateur, du juge et de la loi », *APD*, t. 19, *Le langage du droit*, 1974, p. 63-74
- KRYNEN J., « Le droit romain "droit commun" de la France », *Droits*, 38, 2003, p. 21-35
- KUTZ C., « Secret Law and the Value of Publicity », *Ratio Juris*, vol. 22, 2-2009, p. 197-217
- LAFERRIÈRE J., « De l'authenticité du texte des lois publiées au "Journal officiel" », *RDP* 1949, p. 113-152

- LANDESON R., « In Defense of a Hobbesian Conception of Law », *Philosophy & Public Affairs*, vol. 9, 1980, p. 134
- LAROQUE P., « Les juges français et le contrôle de la loi », *RDP* 1926, p. 722-736
- LASSER M., « Judicial (Self-)Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System », *Yale Law Journal*, vol. 104, 1995
- LEFAS A., « La promulgation des lois dans l'enceinte du Parlement », *RDP* 1927, chron. p. 672-677
- LEITER B., « Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence », *The American Journal of Jurisprudence*, 48, 2003, p. 17-51
- LIET-VAUX G., « De la publication des lois, décrets et actes réglementaires », *Revue administrative*, 1971, p. 655-657
- LONG M., « Le Secrétaire général du Gouvernement », in : *Études offertes à Pierre Kayser*, vol. 2, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1979, p. 155-174
- LOTTIN D.-O., « La définition classique de la loi », *Revue néo-scholastique de philosophie*, n° 6, 1925, p. 129-145 et n° 7, 1925, p. 243-273
- LOVETT F., « Power », in: Goodin R. et al. (ed.), *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, 2nd ed., vol. 2, Blackwell, 2007, p. 709-718
- MACCORMICK N., « Legal Obligation and the Imperative Fallacy », in: Simpson B. (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2nd series, Oxford, Oxford UP, 1973, p. 100-130
- MALHEBRE M., « La notification de la loi », in : L. Roux & F. Tricaud (dir.), *Le Pouvoir et le Droit : Hobbes et les fondements de la Loi*, Saint-Étienne, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 1992, p. 155-163.
- MARMOR A., « The Pragmatics of Legal Language », *Ratio Juris*, vol. 21, n° 4, 2008, p. 423-452

- MARMOR A., « Can the Law Imply More Than it Says? On Some Pragmatic Aspects of Strategic Speech », in: A. Marmor, S. Soames (dir.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford University Press, 2011, p. 83-104
- MASSOT J., « L'entrée en vigueur et les conditions d'application des textes normatifs : la révision de l'article 1^{er} du Code civil par l'ordonnance du 20 février 2004 », in : *Le Conseil d'État et le Code civil*, Les éditions des Journaux officiels, 2005, p. 229-235
- MASSOT J., « Article 10 », in : F. Luchaire *et al.* (dir.), *La Constitution de la République française : analyses et commentaires*, 3^e éd., Economica, 2008, p. 388-401
- MATOS DE A.-M., « Article 1^{er} (Ord. n° 2004-164, 20 février 2004) », *Revue Lamy Droit civil*, n° 7, 1^{er} juillet 2004
- MAYER P., « Existe-t-il des normes individuelles ? », in : *Mélanges Troper*, Economica, 2006, p. 679-691
- MEIJERS A., « Collective Speech Acts », in: S. Tsohatzidis (ed.), *Intentional Acts and Institutional Facts – Essays on John Searle's Social Ontology*, Dordrecht, Springer, 2007
- MELLA (E.), « La promulgation de la Constitution », *RDP* n° 6 - 2002, p. 1705-1730
- MELLERAY F., « La Constitution, norme d'application directe par le juge : conditions et limites », in : DRAGO G. (dir.), *L'application de la Constitution par les Cours suprêmes*, Paris, Dalloz, 2007, p. 17-29
- MELLERAY F., « De quelques remarques à opérer à propos de la notion d'application directe des normes constitutionnelles », in : *Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation – Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic*, Paris, Bruylant, 2007, p. 185-192
- MESTRE J.-L., « Les contrôles judiciaires *a posteriori* de constitutionnalité à partir de la Révolution », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 28, 2010
- MICHELON C., « The justification of Authority and the Insulation of Formal Reasons », *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. 88, n° 1, 2002, p. 51-73

MORESO J. & NAVARRO P., « Applicability and Effectiveness of Legal Norms », *Law and Philosophy*, vol. 16, 2-1997, p. 201-219

MOULLIER I., « Introduction – Les enjeux de l'exécution de la loi : pour une théorie communicationnelle de l'administration », in : A. Guermazi *et al.* (dir.), *Exécuter la loi (1789-1804)*, Éditions de la Sorbonne, 2018, p. 43-50

MOYSAN H., « Entrée en vigueur de la loi : le jour même ou le lendemain de la publication ? », *JCP*, éd. administrations et collectivités territoriales, 22 avril 2013, 2116

MURPHY M., « Surrender of Judgment and the Consent Theory of Political Authority », *Law and Philosophy*, 16, 1997, p. 115

NAQUET E., « Les lois et les décrets, et spécialement le décret qui crée l'état de siège, doivent-ils être insérés au *Bulletin des lois* pour devenir obligatoires ? », *Journal du droit criminel*, 1874, p. 33-41

NAVARRO P., « Promulgation and Derogation of Legal Rules », *Law and Philosophy*, vol. 12, 1993, p. 385-394

NAVARRO P., Orunesu C., Rodriguez J., Sucar G., « Applicability of Legal Norms », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 17, n°2, 2004, p. 337-359

NEVILLE BROWN L., « La promulgation, la signature et la publication des textes législatifs en Grande-Bretagne », in : J.-B. Herzog, G. Vlachos (dir.), *La promulgation, la signature et la publication des textes législatifs en droit comparé*, Les éditions de l'épargne, 1961, p. 97-106

OGIEN R., « Le normatif et l'évaluatif », in : Id., *Le rasoir de Kant et autres essais de philosophie pratique*, L'Éclat, 2003, p. 95-123

OGIEN R., « Action », in : M. Canto-Spencer (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, vol. 1, 4^e éd., PUF, 2004, p. 6-18

OGIEN R., « Normes et valeurs », in : M. Canto-Spencer (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, vol. 2, 4^e éd., PUF, 2004, p. 1354-1368

- PAYERAS C., « Artículo 2 », *in* : M. Albaladejo, S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. I, vol. 1^o, 2^a ed., 1991, p. 415-514
- PAYRE J.-P., « Pouvoirs discrétionnaires et compétences liées du Président de la République », *RDP* 1981, n^o 6, p. 1613-1644
- PÉROZ H., « L'articulation des articles 1 et 2 du Code civil », *in* : *Mélanges Jacques Héron*, LGDJ, 2009, p. 411-424
- PETIT J., « L'entrée en vigueur des actes administratifs dans le code des relations entre le public et l'administration », *AJDA* 2015, p. 2433
- PFERSMANN O., « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques », *RRJ* 1994, p. 221-243
- PFERSMANN O., « Norme de secret, normes secrètes et État moderne », *Cités*, vol. 26, 2006, p. 115-126
- PIMENTEL C.-M., « De l'obéissance à la reconnaissance : l'empreinte de la légitimité dans le droit », *in* : Fontaine L. (dir.), *Droit et légitimité*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 3-13
- PINO G., « Norme e gerarchie normative », *Analisi e diritto*, 2008, p. 263-299
- PINO G., « L'applicabilità delle norme giuridiche », *Diritto & questioni pubbliche*, n^o 11, 2011, p. 797-871
- PLOUVIN J.-Y., « Le droit présidentiel de demander une nouvelle délibération de la loi », *RDP* 1980 n^o 6, p. 1563-1592
- PLUNKETT D., « A Positivist Route for Explaining how Facts Make Law », *Legal Theory*, 18, 2012, p. 139-207
- POSTEMA G., « Implicit Law », *Law and Philosophy*, vol. 13, 1994, p. 361-387
- POSTEMA G., « Law as Command: The Model of Command in Modern Jurisprudence », *Philosophical Issues*, vol. 11, 2001, p. 470-501
- PRÉTOT X., « Formule exécutoire », *in* : Luchaire F. *et al.*, *La Constitution de la République française : analyses et commentaires*, 3^e éd., Paris, Economica, 2008, p. 2021-2024

- PUGET H., « L'élaboration des lois dans le régime actuel de la France », *RA* 1963, p. 327-340
- PUGET H. & SÉCHÉ J.-C., « La promulgation et la publication des actes législatifs en droit français », *RA* 1959, p. 239-248 (réimpr. in : J.-B. Herzog & G. Vlachos (dir.), *La promulgation, la signature et la publication des textes législatifs en droit comparé*, éd. de l'Épargne, 1961, p. 71-95)
- PUIGELIER C., « La maxime "Nul n'est censé ignorer la loi" », in : Id. (dir.), *La loi*, Paris, Economica, 2005, p. 309-385
- RAZ J., « Introduction », in: Id. (ed.), *Practical Reasoning*, Oxford University Press, 1978, p. 1-17
- RAZ J., « Authority and Consent », *Virginia Law Review*, 67, 1981, p. 103
- RAZ J., « Facing Up: A Reply », *Southern California Law Review*, vol. 62, 1989
- RAZ J., « Liberty and Trust », in: R. George (ed.), *Natural Law, Liberalism, and Morality*, Clarendon Press, 1996, p. 113-129
- RAZ J., « L'autorité légitime. Les prétentions du droit », *Droits*, n° 57, 2014
- REDOR-FICHOT M.-J., « Droits fondamentaux et légitimité », in : Fontaine L. (dir.), *Droit et légitimité*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 73-97
- REYMOND J.-É., « Le Journal Officiel de la République Française », *RA* 1951, p. 589-597
- RIVERO J., « Consensus et légitimité », *Pouvoirs*, 5, 1978, p. 57-63
- RODRIGUEZ-BLANCO V., « Claims of Legal Authorities and "Expressions of Intention": The Limits of Philosophy of Language », in: M. Freeman, F. Smith, *Law and Language*, Current Legal Issues, vol. 15, Oxford University Press, 2011, p. 79-99
- ROTOLO A. & ROVERSI C., « Norm Enactment and Performative Contradictions », *Ratio Juris*, vol. 22, n° 4, 2009, p. 455-482
- ROSEN A., « The Normative Fallacy Regarding Law's Authority », in: W. Waluchow, S. Sciaraffa (ed.), *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford University Press, 2013, p. 75-100

- ROUGHAN N., « The Official Point of View and the Official Claim to Authority », *OJLS*, vol. 38, n° 2, 2018, p. 191-216
- RUBIN E., « Law and Legislation in the Administrative State », *Columbia Law Review*, vol. 89, 1989, p. 372-373
- SABLIÈRE P., « Nul n'est-il censé ignorer internet ? », *AJDA* 2010, p. 127
- SAINT-BONNET F., « Le “constitutionalisme” des parlementaires et la justice politique. Les équivoques des “lits de justice” du XVIII^e siècle », in : *Parlements et parlementaires de France au XVIII^e siècle*, revue *Parlement[s]*, n° 15, 2011, p. 16-30
- SANDLER D., « Forget What You Learned in Civics Class: The “Enrolled Bill Rule” and Why It’s Time to Overrule *Field v. Clarck* », *Columbia Journal of Law and Social Problems*, vol. 41, 2007, p. 213-276
- SANTAOLALLA LOPEZ F., « Artículo 91 », in : O. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a las leyes políticas : constitución española de 1978*, t. 8, Artículos 81 a 96, Madrid, Ed. de derecho reunidas, 1985, p. 347-365
- SAUVIGNON E., « La promulgation des lois : réflexions sur la jurisprudence *Desreumeaux* », *RDP* 1981, n° 4, p. 989-1015
- SCHAUER F., « Is Legality Political? », *William and Mary Law Review*, vol. 53, 2011-2012, p. 481-506
- SEIGNALET-MAUHOURAT F., « La valeur juridique des préambules des ordonnances royales », *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 84, n° 2, avril-juin 2006, p. 229-258
- SEILLER B., « L’entrée en vigueur des actes unilatéraux », *AJDA* 2004, p. 1463-1468
- SÉNAC C.-É., « Le constat juridictionnel de l’abrogation implicite d’une loi par la Constitution », *RDP*, n° 4 2008, p. 1081-1099
- SHAPIRO S., « Authority », in: Coleman J., Shapiro S. (ed.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, 2002, p. 382-439
- SHECAIRA F. P., « Sources of Law Are not Legal Norms », *Ratio Juris*, vol. 28, n° 1, 2015, p. 15-30

- SOAMES S., « Presupposition », in: Id., *Philosophical Papers*, Vol. I: *Natural Language: What it Means and How we Use it*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2009, p. 73-130
- STAVROPOULOS N., « The Relevance of Coercion: Some Preliminaries », *Ratio Juris*, 22, 3, 2009, p. 339-358
- STILLMUNKES P., « La classification des actes ayant force de loi en droit public français », *RDP* 1964 n° 2, p. 261-292
- TABAKA B., « La dématérialisation du *Journal officiel* : vers un droit saisi par la technique ? », *RDP*, n° 6 - 2003, p. 1521-1524
- TAPPOLET CH., « La normativité des concepts évaluatifs », *Philosophiques*, vol. 38, n° 1, 2001, p. 157-176
- TERRÉ F., « Le rôle actuel de la maxime “Nul n’est censé ignorer la loi” », *Études de droit contemporain*, nouvelle série, Travaux et recherches de l’institut de droit comparé de l’Université de Paris, 1966, p. 91-123
- THOMAS R., « Writing, Law, and Written Law », in: Gagarin M., Cohen D. (ed.), *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, New York, Cambridge University Press, 2005, p. 41-60
- TIERCELINE C., « La métaphysique et l’analyse conceptuelle », *Revue de métaphysique et de morale*, n° 36, 4, 2002, p. 529-554
- VAREILLES-SOMMIÈRES DE LABROUE, « De la promulgation et de la publication des lois ou du moment à partir duquel nous sommes tenus d’obéir aux lois », *Revue de Lille*, t. 8, mai 1893, p. 24-44 et juin 1893, p. 200-221
- VILLA V., « Deep Interpretive Disagreements and the Theory of Legal Interpretation », in: A. Capone & F. Poggi (ed.), *Pragmatics and Law. Philosophical Perspectives*, Cham, Springer, 2016, p. 89-119
- VILLAR PALASÍ & E. SUÑE LLINAS J. L., « Artículo 9 », in : O. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a las leyes políticas : Constitución española de 1978, Tomo I, Preámbulo y artículos 1 a 9*, Madrid, Ed. de derecho reunidas, 1983, p. 283-391

VIRALLY M., « L'introuvable "acte de gouvernement" », *RDP*, 1952, p. 317-358

WALDRON J., « Hobbes and the Principle of Publicity », *Pacific Philosophical Quarterly*, 82, 2001, p. 447-474

WALDRON J., « Who Needs Rules of Recognition? », in: M. Adler, K.E. Himma (ed.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, Oxford, New York, Oxford UP, 2009, p. 327-349

WALINE M., « Éléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en droit positif français », *RDP* 1928, p. 441-462

WALINE M., « Introduction », in : Herzog B. & Vlachos G. (dir.), *La promulgation, la signature et la publication des actes législatifs en droit comparé*, Éditions de l'Épargne, 1961

WEIDENFELD K., « "Nul n'est censé ignorer la loi" devant la justice royale (XIV^e-XV^e siècles) », in : C. Boudreau *et al.* (dir.), *Information et société en Occident à la fin du Moyen Âge*, Publications de la Sorbonne, 2004, p. 165-183

WEINBERGER O., « The Theory of Legal Dynamics reconsidered », *Ratio Juris*, vol. 4, n°1, 1991, p. 18-35

WELLMAN V., « Authority of Law », in: Patterson D. (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, 2nd ed., Wiley-Blackwell, p. 559-570

WERNER A., « Contribution à l'étude de l'application de la loi dans le temps en droit public », *RDP* 1982, p. 738-771

WRIGHT G. H. VON, « Ought to be – Ought to do », in: E. G. Valdés *et ali* (dir.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory: Festschrift for Carlos E. Alchourron and Eugenio Bulygin*, Ducker & Humblot, Berlin, 1997, p. 427-435

VI – NOTES DE JURISPRUDENCE

ALIBERT R., note sous CE 3 novembre 1933, *Desreumeaux*, S. 1934 III, p. 9

AUBY J.-M., note sous CE Ass. 12 avril 1972, *Brier*, D. 1973, p. 684-685

- BÉLANGER, note sous CE 9 mai 1980, *Commune de Champagne-de-Blanzac*, *AJDA*, 1981, p. 103
- BEUDANT R., note sous Cass. comm. sup. de cassation 9 février 1928, Cass. crim. 23 mars 1928 et Cass. civ. 21 juin 1928, *D.* 1929 I, p. 5
- BOYON & FRANC, chronique, *AJDA* 1974, p. 192
- CASSIA P., note sur CE Ass. 30 octobre 2009, *Perreux*, *RFDA* 2009, p. 1146-1151
- CAUWÈS P., note sous Cass. crim. 6 février 1874, *Bouscarle et autres*, *D.* 1924 I, p. 282
- CAZALENS B., note sous Cass. crim. 6 février 1874, *Bouscarles et autres*, *D.*, 74, I, p. 185
- DERRIDA, note sous *Cour d'appel de Versailles*, 4 mars 1987, *D.* 1987, n° 23, p. 347-349
- Idem.*, note sous *Cour d'appel de Paris*, 3 février 1988, *D.* 1988, n° 26, p. 402
- DRAGO R., note sous Cass. civ. 31 janvier 1956, *AJDA* 1956 II, p. 196
- GENEVOIS B., note sous CC n° 88-6 ELEC, 13 juillet 1988, *Minvielle de Guilhem de Lataillade*, *RFDA* 1988, p. 702
- GLÉNARD G., « La conception matérielle de la loi : à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programmation sur l'avenir de l'école* », *RFDA* 5-2005, p. 923-928
- GAUDEMET, note sous Cass. civ. 6 janvier 1994, *JCP G*, 1994, n° 22216, p. 78
- GROS A., note sous CE 3 novembre 1933, *Desreumeaux*, *D.* 1934 III, p. 36-39
- HAURIOU, note sous CE sect. 27 mars 1914, *Laroche*, *S.* 1914, n° 7-8, p. 97
- HUILLIER J., note sur CE 1^{er} juillet 1960, *F.N.O.S.S. et Fradin*, *D.* 1960, p. 694
- JÈZE G., note sur Cass. civ. 18 décembre 1933, *Administration des douanes c. Société Lutetia-Transit*, *RDP* 1934, p. 450 (force obligatoire des errata publiés au J.O.)
- LIBCHABER R., « Connaissance de la loi, connaissance du droit », note sur Cass. civ. 2^e 28 juin 2001, *RTD Civ.*, 2002, p. 173

LIET-VEAUX G., « Des conséquences du défaut de publicité des actes administratifs à propos des publications d'urgence », note sous CE 24 novembre 1950, *Leblanc*, RA 1951, p. 47-55

LIET-VEAUX G., note sur CE sect. 23 novembre 1973, *Association du Syndicat des propriétaires de la Noëveillard*, et CE Ass. 8 février 1974, *Commune de Montory et autres*, JCP II, 17703, 1974

ROUX J. A., note sous Cass. crim. 14 décembre 1923, *Zusy, Futsch et Roeslin*, S. 1924, 1, p. 137

SABETE W., « L'exception de la loi de programme : à propos des décisions n°2005-512 DC du 21 avril 2005, *loi d'orientation et de programme sur l'avenir de l'école* et n° 2005-516 DC du 7 juillet 2005, *loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, RFDA 5-2005, p. 930-934

VEDEL, note sous Cass. crim. 28 mai 1959, *Bouazza Ahmed*, JCP, II, n° 11152, 1959.

VINCENT J.-F., note sous CE 4 juillet 1975, *Delfini*, JCP 1974, III, n° 18666

VII - CONCLUSIONS

ARRIGHI DE CASANOVA, conclusions sur CE Sect. 13 déc. 1991, *Sté ASET*, n° 65940, 66868, *Revue de jurisprudence fiscale*, 1, 1992, p. 17

BÉDARRIDES, conclusions sur Cass. crim. 6 février 1874, *Bouscarles et autres*, D. 74, I, p. 189.

BRAIBANT G., conclusions sur CE 1^{er} juillet 1960, *F.N.O.S.S. et Fradin*, D. 1960, p. 690, CE 30 novembre 1966, *Sieur Laborde*, RA 1967, p. 141, et CE 19 juin 1959, *Cazes*, D. 1959, p. 371

DONNAT F., conclusions sur CE 21 janvier 2005, *Congrès de la Nouvelle Calédonie*, n° 255272, *AJDA*, 2005, p. 552

GENEVOIS B., conclusions sur CE sect. 19 décembre 1980, *Revillod et autres*, D. 1981, p. 398

GRÉVISSE, conclusions sur CE Ass. 12 avril 1972, *Sieur Brier D.*, *Rec.* 1973, p. 228

GUILLAUME, conclusions sur CE Ass. 20 mars 1974, *Bourges*, *Rec.* p. 192, *AJDA* 1974, p. 382

HELBRONNER J., conclusions sur CE 18 juillet 1913, *Synd. nat. des chemins de fer de France et des colonies*, *Rec.* p. 875

LATOURNERIE, conclusions sur CE 6 novembre 1936, *Arrighi*, *D.* 1938 III, p. 7, col. 2, *S.* 1937 III, p. 36, col. 2

MASSOT, conclusions sur CE 18 mars 1977, *Ministère de l'Éducation c. Syndicat national des lycées et collèges*, *RDP* 3-1977, p. 689

ROUGEVIN-BAVILLE M., conclusions sur CE Ass. 8 février 1974, *Commune de Montory*, *RDP* 1974, p. 1511

SCHWARTZ, conclusions sur CE Ass. 26 février 1993, *S.E.I.T.A.*, *Droit administratif*, 1993, p. 199

SÉNERS F., conclusions sur CE 30 juillet 2003, *Groupement des éleveurs mayennais de trotteurs (GEMTROT)*, *RFDA* 2003, p. 1134

VIII - SOURCES

COMMISSION DE RÉFORME DU CODE CIVIL, *Travaux de la Commission de réforme du Code civil*, t. 4, Sirey, 1948-1949

CONSEIL D'ÉTAT – SECTION DU RAPPORT ET DES ÉTUDES, *Publication et entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs*, Rapport annuel, La documentation française, 2001, 73 p.

DUVERGIER J.-B., *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Règlements, Avis du Conseil d'État*, A. Guyot et Scribe, 1834

FENET A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, libraire Videcoq, 1836

MADIVAL J., LAURENT É., *Archives parlementaires de 1787 à 1860 – Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, 1^{re} série (1787 à 1799), 1867

PORTALIS J.E.M., *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, préf. Massenet M., Bordeaux, éd. Confluences, 1999, 77 p.

SECRETARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT, *Guide de légistique*, 3^e éd., La documentation française, 2017, 719 p.

IX – JURISPRUDENCE

A. Judiciaire

Cass. 23 frimaire an 8 (14 décembre 1799), *Mager-Henris*, *Bulletin des jugements du Tribunal de cassation* 1799, t. 4, N° 9, p. 393

Cass. crim. 15 avril 1831, *Perruque*, *Bull. crim.* t. 36, vol. 4, n° 82, p.160, *S.* 1831 I, p. 380

Cass. crim. 11 mai 1833, *Paulin*, *D.* 1833 I, p. 227, note signée A.D., *S.* 1833 I, p. 357, concl. VOYSIN DE GARTEMPE

Cass. crim. 16 avril 1831, *Retelle*, *Bull. crim.* n° 84, p. 163, *S.* 1831 I, p. 209

Cass. ch. req. 27 juin 1838, *Rodriguez c. Béquin*, *S.* 1838 I, p. 497

Cass. ch. réun. 14 décembre 1846, *Ministère public c. Michelini*, *D.* 1847 I, p. 22

Cass. civ., 27 août 1856, *Bull. civ.* t. 58, vol. 8, n° 86, p. 192

Cass. crim. 12 août 1871, *Bull. crim.* n° 89, p. 165

Cass. crim. 1^{er} septembre 1871, *Bull. crim.* n° 107, p. 193

Cass. crim. 30 décembre 1871, *Bull. crim.* n° 191, p. 321

Cass. req. 23 janvier 1872, *D.* 1872 I, p. 8, *Gaz. Pal.* 1872 I, p. 165

Cass. crim. 6 février 1874, *Bouscarle et autres*, *D.* 1874 I, p. 185, concl. BEDARRIDES, note B. CAZALENS, *S.* 1874 I, p. 281, note P. CAUWÈS

Cass. ch. réun. 22 juin 1874, *Bouscarle et autres*, *D.* 1874 I, p. 322, *S.* 1874 I, p. 336

Cass. ch. req. 8 décembre 1874, *Compagnie l'Abeille*, *D.* 1874 I, p. 144

Cass. civ. 26 juin 1878, *Bull. civ.* n° 129, p. 245

Cass. civ. 28 juin 1882, *Bull. civ.* n° 146, p. 275

Cass. crim. 5 novembre 1885, *Julien*, *Bull. crim.* n° 292, p. 466, *S.* 1887 I, p. 233, note E. CHAVEGRIN

Cass. civ. 10 août 1886, *Bull. civ.* n° 210, p. 345

Cass. civ. 29 juillet 1889, *Bull. civ.* n° 272, p. 444

Cass. civ. 22 juin 1891, *Rouet c. Schiff*, *D.* 1891 I, p. 353, concl. DESJARDINS, *S.* 1891 I, p. 289

Cass. crim. 8 novembre 1918, *Bull. crim.* n° 207, p. 381, *S.* 1920 I, p. 377, note J. DELPECH, *D.* 1924 I, p. 89, *Gaz. Pal.* 1918-1919 I, p. 526

Cass. crim. 14 décembre 1923, *Zusy, Futsch et Roeslin*, *S.* 1924 I, p. 137, note J.-A. ROUX

Trib. civ. de Metz 30 juillet 1925, *D.H.* 1925, p. 549

Cass. civ. 15 novembre 1926, *Cons. Zermati c. époux Grima*, *Gaz. Pal.* 1927 I, p. 98, *S.* 1927 I, p. 18

Tribunal civil de l'Isère (section de Grenoble) 29 novembre 1927, *D.* 1929 II, p. 14, *Gaz. Pal.* 1928, 1, p. 60, *S.* 1928 II, p. 86

Cass. (comm. sup. de cassation) 9 février 1928, *Société des Établissements Kuhlmann c. dame de veuve Castel*, *D.* 1929 I, p. 5 (1^{ère} espèce), note R. BEUDANT

Cass. civ. 21 juin 1928, *Admin. des douanes c. Coquelle et autres*, *D.* 1929 I, p. 5

Cass. civ. 4 mars 1931, *Enregistrement c. cons. Gillet et autres*, *Gaz. Pal.* 1931 I, p. 599

Cass. civ. 12 mai 1931, *Adm. des douanes c. Catelan*, *Gaz. Pal.* II 1931, p. 163, *S.* 1931 I, p. 294

Cass. crim. 11 juillet 1931, *Ministère Public c. Chauvin*, *Gaz. Pal.* 1931 II, p. 509

Cass. civ. 1^{er} décembre 1931, *Gaz. Pal.* 1932 I, p.186, *S.* 1932 I, p.6

Cass. civ. 5 juillet 1932, *Steinfels et Comp.*, *S.* 1933, I, p.16

- Cass. civ. 9 novembre 1932, *Cassin*, *Gaz. Pal.* 1933 I, p. 164
- Cass. civ. 9 novembre 1932, *Cassin c. Enregistrement*, *Gaz. Pal.* 1933 I, p. 164
- Cass. req. 2 février 1932, *Enregistrement c. Beaudry*, *Gaz. Pal.* 1932 I, p. 554, *D.H.* 1931, p. 129
- Cass. civ. 5 juillet 1932, *Steinfels et Comp., S.* 1933 I, p.16
- Cass. civ. 9 novembre 1932, *Cassin*, *Gaz. Pal.* 1933 I, p. 164
- Cass. req. 2 février 1932, *Enregistrement c. Beaudry*, *Gaz. Pal.* 1932 I, p. 554, *D.H.* 1931, p. 129
- Cass. civ. 9 novembre 1932, *Cassin c. Enregistrement*, *Gaz. Pal.* 1933 I, p. 164
- Cass. civ. 15 mai 1933, *Soc. Palmers Shipbuilding and Iron Comp. Limited*, *Gaz. Pal.* 1933 II, p. 328
- Cass. crim. 3 août 1933, *Manesse*, *Bull. crim.* n° 177, p. 341
- Cass. civ. 18 décembre 1933, *Administration des douanes c. Sté. Lutetia-Transit et autres*, *D.* 1934 I, p. 17, note P. VOIRIN, *RDP* 1934, chron. G. JÈZE
- Cass. crim. 23 novembre 1935, *Guerin*, *D.H.* 1936, p. 3
- Cass. crim. 23 mai 1936, *Administration des douanes*, *Bull. crim.* n° 57, p. 125
- Cass. crim. 25 juillet 1936, *Admin. des contrib. indirectes c. Genflaux*, *Gaz. Pal.* II, p. 664
- Cass. civ. 26 janvier 1938, *Admin. des Douanes c. Sté. Larchier*, *Gaz.Pal.* 1938 I, p. 502
- Cass. crim. 11 mars 1941, *Gorodiche*, *Bull. crim.* 1940-1941, n° 14, p. 23
- Cass. civ. 17 avril 1945, *Gauthier c. la Soc. Fils de Louis Villard*, *Gaz. Pal.* 1945 I, p. 195
- Cass. Ass. plén. 1^{er} mars 1950, *D.* 1950 II, p. 363, *Gaz. Pal* 1950 I, p. 293
- Cass. civ. (sect. comm.) 5 juin 1950, *Admin. de l'Enregistrement c. Lesieur*, *S.* 1953 I, p. 9, note P. TIRLEMONT

Cass. civ. 18 mars 1952, *D.* 1952, p. 417

Cass. civ. (sect. soc.) 16 décembre 1954, *Veuve Pandolfi c. Aquaviva*, *Bull. civ.* IV, n° 825, p. 601

Cass. civ. (sect. soc.) 8 novembre 1956, *Mohamed Mestiri c. veuve Lemonnier et autre*, *Bull. civ.* IV, n° 825, p. 620

Cass. civ. (sect. soc.) 24 janvier 1957, *Brignone c. Dapoigny*, *Bull. cass.* IV.64, *Gaz. Pal.* 1957 II, p. 34, *D.* 1957, Som. 129

Cour d'appel de Besançon 27 novembre 1958, *Gaz. Pal.* I, 1959, p. 43

Cass. crim. 28 mai 1959, *Bouazza Ahmed*, *JCP* 1959 II, n°11151, note G. VEDEL

Cour d'appel de Toulouse, 22 septembre 1959, *Soc. Hartley et Pons c. Soc. Daguet*, *D.* 1959, p. 532, note BREAU

Cass. com. 1^{er} février 1960, *Bull.* n° 44, p. 38

Cass. civ. (1^{re} sect.) 17 mai 1960, *Bull. civ.* I, n° 266, p. 218

Cass. civ. (1^{re} sect.) 17 mai 1960, *Epoux Cayeet c. Moulusson*, *Bull. civ.* I, p. 218, n° 267

Cass. 1^{er} civ. 6 janvier 1994, *JCP* 1994 II, p. 22216, note GAUDEMET, *Gaz. Palais* 1994 II, p. 621, note MOUSSERON

Cass. soc. 26 janvier 2017, n° 16-11.652

B. Administrative

CE 14 février 1873, *Morel, Allégier et Cabissole*, *Rec.* p. 165

CE 14 novembre 1884, *Szaniawski*, *Rec.* p. 779

CE 22 novembre 1895, *Duvernois*, *Rec.* p. 748

CE 19 mai 1905, *Davezac*, *Rec.* p. 460

CE 27 juin 1913, *Cornus*, *Rec.* 764, *D.* 1917 III, p. 21

- CE 18 juillet 1913, *Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies*, *Rec.* p. 875, concl. HELBRONNER, *S.* 1914 III, p. 1, note M. HAURIOU
- CE 27 mars 1914, *Laroche*, *S.* 1914 III, p. 97, note M. HAURIOU
- CE 24 juillet 1914, *Delavaud*, *Rec.* p. 938
- CE 25 juin 1919, *Poudade*, *Rec.* p. 547
- CE 28 avril 1920, *Lasnier c. colonie de Madagascar*, *Rec.* p. 398
- CE 13 mai 1921, *Union des associations professionnelles du personnel civil des administrations centrales*, *Rec.* p. 491
- CE 3 novembre 1922, *Dme Cachet*, *RDP* 1922, p. 552, concl. RIVET, *S.* 1923 III, p. 10, note M. HAURIOU
- CE 22 décembre 1922, *Association du personnel des trésoreries de l'Afriques occidentale française*, *Rec.* p. 965
- CE 7 janvier 1927, *Sieur Taras Belozerski*, *Rec.* p. 29
- CE 9 mars 1927, *Rocheray*, *Rec.* p. 305, *D.* 1928 III, p. 71, note R. MAYER
- CE 1^{er} août 1928, *Sieur Vignes*, *Rec.* p. 976
- CE 3 novembre 1933, *Desreumeaux*, *Rec.* p. 933, *D.* 1934 III, p. 36, note A. GROS, *S.* 1934 III, p. 9, note R. Alibert, *RDP* 1934, p. 649
- CE 24 mai 1935, *de Noblet d'Anglure*, *Rec.* p. 595, *D.H.* 1935, p. 465, *S.* 1935 III, p. 120
- CE sect. 26 juillet 1935, *Dugas*, *Rec.* p. 895
- CE sect. 27 mars 1936, *Bonny* (1^{ère} espèce), *Rec.* p. 387, *S.* 1937 III, p. 89, concl. RENAUDIN, *D.* 1938 III, p. 34, conclusions RENAUDIN, note M. WALINE
- CE 6 novembre 1936, *Dame Coudert et Arrighi* (2 esp.), *Rec.* p. 966, *D.* 1938 III, p.1, concl. LATOURNERIE, note CH. EISENMANN, *S.* 1937 III, p. 33, concl. LATOURNERIE, note A. MESTRE
- CE Ass. 16 avril 1943, *Lanquetot*, *Rec.* p. 101, *S.* 1943 III, p. 41, concl. LÉONARD, note R. MALÉZIEUX

- CE Ass. 23 juillet 1943, *Bovy*, *Rec.* p. 203
- CE 22 mars 1944, *Vincent*, *Rec.* (en sommaire) p. 366-367-417-436, *S.* 1945 III, p. 53, concl. DETTON, note R.E. CHARLIER, *D.* 1945, p. 62
- CE sect. 12 juillet 1944, *Époux Jacquet*, *Rec.* p. 204
- CE 21 décembre 1945, *Ministre des Finances c. X.*, *Gaz. Pal.* I, p. 30, concl. GUIONIN
- CE 22 février 1946, *Botton*, *Rec.* p. 58, *S.* 1946 III, p. 56, note signée P.H.
- CE Ass. 5 avril 1946, *Sieur Rouy*, *Rec.* p. 107, *S.* 1947 III, p. 44, note P.H.
- CE 13 mars 1947, *Sieur Girod*, *Rec.* p. 107
- CE 30 mai 1947, *Sieur Le Marhadour*, *Rec.* p. 224
- CE 4 février 1948, *Sieur Gauthier*, *Rec.* p. 56
- CE 16 avril 1948, *Ministre de la Production Industrielle c. Société française d'entreprise et travaux publics*, *Rec.* p. 165 (2^{ème} espèce), *S.* 1948 III, p. 54
- CE 4 février 1949, *Pasquier*, *Rec.* p. 53
- CE 25 mars 1949, *Sieurs Thibaud et autres*, *Rec.* p. 148
- CE 21 octobre 1949, *Compagnie nationale des carburants et sieurs Boucherot*, *Rec.* p. 428
- CE 22 juillet 1949, *Soc. des automobiles Berliet*, *Rec.* p. 368, concl. GUIONIN, *S.* 1951 III, p. 1, note A. MATHIOT
- CE 18 novembre 1949, *Sieur Plat*, *Rec.* p. 488
- CE 22 décembre 1949, *Soc. des automobiles Berliet*, *Rec.* p. 578, *S.* 1951 III, p. 1, concl. GUIONIN, note A. MATHIOT
- CE 23 décembre 1949, *Roy*, *Rec.* p. 576
- CE 22 décembre 1950, *Rec.* p. 637
- CE 19 décembre 1952, *D^{lle} Mattéi*, *S.* 1953 III, p. 38, obs. ANONYME
- CE 14 mai 1954, *Clavel*, *Rec.* p. 270, *RDP* 1954, 3, p. 801, note M. WALINE
- CE 26 novembre 1954, *Demoiselle Balthazard*, *D.* 1955 J., p. 524, note G. MORANGE

- CE 23 mars 1956, *Sieur Sorin*, *Rec.* p. 137
- CE 26 octobre 1956, *Pubreuil*, *Rec.* p. 389
- CE 14 novembre 1957, *Assoc. nat. des propriétaires et usagers d'embranchement particuliers*, *Rec.* p. 598
- CE Ass. 13 décembre 1957, *Sieurs Barrot et autres*, *Rec.* p. 675
- CE 19 juin 1959, *Cazes*, *D.* 1959 I, p. 370, concl. BRAIBANT, *S.* 1959, p. 174
- CE 26 juin 1959, *Syndicat général des Ingénieurs Conseils*, *Rec.* p. 394, *RDP* 1959, p. 1004, concl. FOURNIER, *AJDA* 1959, I, p. 153, chron. COMBARNOUS & GALABERT, *D.* 1959 II, p. 541, note L'HUILLIER, *RA* 1959, p. 381, note J. GEORGEL, *S.* 1959, p. 202, note R. DRAGO, *GAJA*, n° 76, p. 498
- CE sect. 24 novembre 1950, *Sieur Leblanc*, *Rec.* p. 571, *S.* 1951 III, p. 28, *RA* 1951, p. 47-55, G. LIET-VEAUX, « Des conséquences du défaut de publicité des actes administratifs à propos des publications d'urgence »
- CE 22 mai 1957, *Sieur Decieux*, *Rec.* p. 331
- CE 8 février 1960, *Dame veuve Rey*, *Rec.* p. 95
- CE 12 février 1960, *Société Eky*, *Rec.* p. 101, *S.* 1960 III, p. 131, concl. KAHN, *D.* 1960, p. 263, note J. L'HUILLIER, *JCP* 1960, n° 11692, note G. VEDEL
- CE 18 mars 1960, *Union syndicale CGT-FO des personnels français en Allemagne*, *Rec.* p. 200
- CE 1^{er} juillet 1960, *F.N.O.S.S. et Fradin*, *Rec.* p. 441, *D.* 1960 p. 690, concl. BRAIBANT, note J. L'HUILLIER, *AJDA* 1960 I, p. 152, chron. COMBARNOUS & GALABERT
- CE sect. 27 janvier 1961, *Daunizeau*, *Rec.* p. 57, *AJDA* 1961, p. 75, chron. GALABERT & GENTOT, *RDP* 1961, p. 681
- CE Ass. 2 mars 1962, *Rubin de Servens et autres*, *Rec.* p. 143, *JCP* II 2613, concl. HENRY, *RDP* 1962, p. 294, concl. HENRY, et p. 288, note BERLIA, *GAJA* n° 91
- CE 11 avril 1962, *Sté Savana et Sté des établissements textiles de Modeliarpeth*, *Rec.* p. 261

CE sect. 1^{er} juin 1962, *Ministre de l'Industrie et du Commerce c. Amblard*, *Rec.* p. 363, *RDP* 1962, *chron.* p. 550, *AJDA* 1963, p. 576, *chron.* J.-M. GALABERT & M. GENTOT

CE 22 novembre 1962, *Demoiselle Pillement*, *Rec.* p. 920

CE 16 janvier 1963, *Confédération nationale des syndicats dentaires et sieur Rand*, *Rec.* p. 22

CE 30 octobre 1963, *Ministre de la Santé publique et de la Population c. époux Goussebaire-Dupin*, *Rec.* p. 521

CE sect. 31 janvier 1964, *Ministre des Affaires étrangères c. Berger*, *Rec.* p. 72

CE 25 mars 1966, *Office national interprofessionnel des céréales c. Société Jean Tardits et Cie*, *Rec.* p. 234

CE 18 novembre 1966, *Laborde*, *Rec.* p. 610, *RA* 1967, p. 140, *concl.* BRAIBANT

CE 27 mars 1968, *Sieur Molinari*, n° 69355

CE 13 janvier 1971, *Geismar*, n° 81087, *Rec.* p. 31

CE Ass. 12 avril 1972, *Sieur Brier*, *Rec.* p. 272, *concl.* GRÉVISSE, *D.* 1973, p. 228, *note* P. DELVOLVÉ, et p. 681, *note* J.-M. AUBY

CE 12 avril 1972, *Benasse*, *Rec.* p. 259, *concl.* BRAIBANT, *D.* 1973, p. 228, *note* P. DELVOLVÉ

CE sect. 25 janvier 1974, *Jean et autres*, *Rec.* p. 60

CE Ass. 8 février 1974, *Commune Montory et autres*, *Rec.* p. 93, *RDP* 1974, p. 1511, *conclusions* ROUGEVIN-BAVILLE, *JCP* 1974 II, p. 17703, *note* G. LIET-VEAUX, *AJDA* 1974, p. 192, *chronique* FRANC et BOYON

CE Ass. 20 mars 1974, *Bourges et autres*, *Rec.* p. 192, *AJDA* 1974, p. 382, *conclusions* GUILLAUME

CE 4 juillet 1975, *Delfini*, *JCP* 1974 III, p. 18666, *note* J.-Y. VINCENT

CE sect. 19 décembre 1980, *Revilod et autres*, *Rec.* p. 479, *D.* 1981, p. 398, *conclusions* B. GENEVOIS

- CE 12 juin 1981, *Grimbichler et autres*, *Rec.* p. 256
- CE 20 janvier 1988, *Commune Pomerol et autres*, *RDP* 1988, n° 4, p. 1137, conclusions J. MASSOT, *D.* 1989, p. 466, note M. BÉLANGER
- CE 27 juin 1990, *Commune de Saint-Germain-sur-Morin c. Assoc. de conseils de parents d'élève de Saint-Germain*, *AJDA* 1990, p.829, obs. M. HECQUARD-THÉRON
- CE Ass. 21 décembre 1990, *Conf. Nationale des ass. Familiales catholiques*, *Rec.* p. 368, concl. STIRN, *RFDA*, 1990, p. 1065, concl. STIRN, *AJDA* 1991, p. 91, *D.* 1991, p. 283, note SABOURIN, *RDP*, 1991, note J.-M. AUBY
- CE 13 décembre 1991, *Sté ASET*, *Revue de jurisprudence fiscale*, 1, 1992, p. 17
- CE sect. 10 juin 1996, *Élections cantonales de Toulon*, n° 162481, concl. FRATACCI
- CE 29 juillet 1998, *Meyet*, n° 77355
- CE sect. 29 mars 2000, *Confédération nationale des syndicats dentaires*, *RFDA* 2000, p. 1021, concl. P. FOMBEUR, *RDP* 2001, p. 362, obs. C. GUETTIER
- CE 25 mars 2002, *Caisse d'assurances-accidents agricole du Bas-Rhin*, n° 224055 *Rec.* p. 110
- CE 30 juillet 2003, *Groupement des éleveurs mayennais de trotteurs [GEMTROT]*, n° 237201, *Rec.* p. 346, *RFDA* 2003, p. 1134, concl. F. SÉNERS, *AJDA* 2003, p. 1813, chron. F. DONNAT & D. CASSAS, *DA* 2003, n° 8-9, comm. 162
- CE 12 janvier 2005, *Congrès de la Nouvelle-Calédonie*, n° 255272, *Rec.* p. 15, *AJDA* 2005, p. 552
- CE 27 juillet 2005, *Million*, n° 259004, *Rec.* p. 336, *AJDA* 2005, p. 2462, note L. JANICOT, *LPA* 3 juillet 2006, p. 12 note, O. GABARDA
- CE 14 novembre 2005, *Rolin*, n° 286835, *AJDA* 2005, p. 2148
- CE Ass. 24 mars 2006, *Rolin*, n° 286834, *AJDA* 2006, p. 1033, chron. C. LANDAIS, F. LENICA, *JCP G* 2006 I, 150, chron. B. PLESSIX
- CE 4 août 2006, *Bernard*, n° 278515, *AJDA* 2006, p. 2139
- CE sect. 5 décembre 2008, *Flosse*, n° 320412

CE 21 novembre 2008, *Assoc. Faste sud Aveyron*, n° 293960, *AJDA* 2008, p. 2201, obs. M.-CH. DE MONTECLER, *RFDA* 2009, p. 151, concl. COURRÈGES

CE 15 mai 2012, *Fédération Interco CFDT*, n° 339833, 339835

CE 4 décembre 2013, n° 357839, *Association France nature environnement*, *Rec. T.* p. 401, *AJDA* 2014, p. 1722, note F. BLANCO, « Du juge censeur au juge correcteur »

CE 27 octobre 2015, *Fédération démocratique alsacienne*, n° 388807, *AJDA* 2015, p. 2374, comm. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE & G. ODENT, « De l'art de contester une loi par des voies détournées »

C. Constitutionnelle

CC n° 85 - 197 DC, 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*

CC n° 86-223 DC, 29 décembre 1986, *Loi de finances rectificative pour 1986*

CC n° 88-6 ELEC, 13 juillet 1988, *Minvielle de Guilhem de Lataillade*, *RFDA* 1988, p. 702, note B. GENEVOIS

CC n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*

CC n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, *Loi de finances pour 1990*

CC n° 90-277 DC, 25 juillet 1990, *Loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles retenus pour la détermination des bases des impôts directs locaux*

CC 92-317 DC, 21 janvier 1993, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*

CC n° 2001-448 DC, 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finances*

Table des matières

Introduction	13
Intérêt de l'étude	17
Objet de l'étude	23
Première partie : La promulgation.....	41
Titre I : La promulgation selon la jurisprudence et selon la doctrine.....	43
Chapitre 1 : La promulgation selon la jurisprudence	45
Section 1 : Les données jurisprudentielles.	52
§ 1 – Une définition tardive de la promulgation : l'arrêt Commune de Montory de 1974	52
§ 2 – La jurisprudence antérieure à l'arrêt Commune de Montory et son désintérêt pour la promulgation.....	60
A) L'absence de distinction entre la promulgation et la publication dans la jurisprudence du 19 ^e siècle.	60
1) La jurisprudence du Conseil d'État.....	60
2) La jurisprudence de la Cour de cassation	63
B) l'absence d'une définition de la promulgation avant l'arrêt Commune de Monotory.	67
1) La jurisprudence du Conseil d'État.....	68
a) Les arrêts relatifs à la « date de promulgation ».....	69
b) Les arrêts relatifs aux fonctions de la promulgation.....	70
2) La jurisprudence de la Cour de cassation	75
C) Un cas à part : la jurisprudence Bouscarle et son interprétation inexacte par la doctrine.	84
Section 2 : Appréciation des données jurisprudentielles.....	96
§ 1 – Les traits communs des arrêts rendus en la matière avant l'arrêt Commune de Montory.....	97
§ 2 – Le caractère instrumental des définitions jurisprudentielles	99
§ 3 – Le caractère instrumental de la définition jurisprudentielle de la promulgation : une définition dictée par les besoins du contentieux de l'application des lois dans le temps.	101
Chapitre 2 : La promulgation selon la doctrine.....	109
Section préliminaire : La pratique suivie pour l'accomplissement de la promulgation.....	110
§ 1 – La pratique actuelle	111
§ 2 – Les pratiques antérieures	118
Section 1 : Les fonctions de la promulgation	125
§ 1 – Le commandement d'exécution de la loi.....	126
A) Présentation de la thèse.....	127

B) Inconvénients de la thèse	128
§ 2 – L’authentification de la loi	136
A) Présentation de la thèse.....	137
1) Le concept d’authentification	138
2) Le besoin d’authentifier les lois.....	143
3) Le besoin de confier l’authentification au chef de l’exécutif.....	146
B) Inconvénients de la thèse	148
1) Le besoin de confier l’authentification au chef de l’exécutif.....	149
2) Le besoin d’authentifier les lois.....	156
a) Authentification et contrôle juridictionnel de la régularité formelle des lois : aspects théoriques	157
b) Authentification et contrôle juridictionnel de la régularité formelle des lois : aspects pratiques et données jurisprudentielles	159
c) Les errata et le contrôle par le juge de la teneur des lois	166
3) Le concept d’authentification	169
§ 3 – La promulgation comme terminus ad quem.....	176
A) Présentation de la thèse.....	177
B) Avantages et inconvénients de la thèse.....	180
Section 2 : Les « effets » de la promulgation	184
§ 1 – Le statut de la loi promulguée : diversité et ambiguïtés terminologiques.....	185
§ 2 – Le statut de la loi promulguée : diversité et ambiguïtés des explications théoriques	190
Titre II : Proposition d’un concept alternatif de promulgation	197
Chapitre 1 ^{er} : Les données du droit positif.....	203
Section 1 : Les modalités de la promulgation.....	203
§ 1 – La promulgation comme obligation	204
§ 2 – La promulgation comme institution.	207
Section 2 : La formule de promulgation.....	215
§ 1 – Sa forme.....	215
§ 2 – Son contenu	216
A) Aspects sémantiques.....	216
B) Aspects pragmatiques	219
Chapitre 2 : Appréciations des données du droit positif.....	223
Section 1 : Le concept d’édiction.....	223
§ 1 – La procédure d’édiction.....	223
§ 2 – Le moment de l’édiction.....	230
Section 2 : Édiction et promulgation.....	231
§ 1 – Les modalités de la promulgation et le moment de l’édiction : la détermination précise de la fin de l’édiction.....	232

§ 2 – La formule de promulgation et la procédure d’édiction : validité et légitimité de la loi édictée	232
Conclusion : Fonctions et concept de promulgation	249
SECONDE PARTIE : LA PUBLICATION ET LES CONDITIONS D’ENTRÉE EN VIGUEUR DE LA LOI.....	253
Titre I : LE LIEN ENTRE LA PUBLICATION ET L’ENTRÉE EN VIGUEUR	255
Chapitre 1 : La publication et la date d’entrée en vigueur.....	257
Section 1 : La détermination par défaut de la date d’entrée en vigueur : les règles de droit commun .	258
§ 1 – Définitions et distinctions préliminaires	258
§ 2 – Évolution des règles de droit commun	271
A) Les lois révolutionnaires : 1789-1803	273
B) L’article 1 ^{er} du Code civil : 1803-1816.....	275
1) Présentation	275
2) Questions ouvertes	284
C) La publication officielle au Bulletin des lois : 1816-1870.....	286
D) La publication officielle au Journal officiel : 1870-2004	290
E) La dématérialisation de la publication officielle : la réforme de 2004	293
Section 2 : Questions ouvertes concernant le régime actuel d’entrée en vigueur des lois	295
§ 1 – Le rôle du Président de la République.....	296
§ 2 – L’urgence.....	300
§ 3 – La publicité de la publication officielle	308
§ 4 – Date et heure de la publication officielle	313
§ 5 – L’entrée en vigueur immédiate : l’exemple des décrets qui déclarent l’état d’urgence.....	318
Chapitre 2 – La publication comme condition d’entrée en vigueur	331
Section 1 – Les thèses en présence.	333
§ 1 – La thèse dominante.....	333
§ 2 – Les variations de la thèse dominante	340
A) La publication comme « condition nécessaire ».....	340
B) La « publication » comme condition nécessaire.....	342
C) Le rôle de la maxime « Nul n’est censé ignorer la loi. »	344
Section 2 – Les données du droit positif	348
§ 1 – Les données constitutionnelles	348
§ 2 – Les données législatives et jurisprudentielles.....	350
Titre II : LES CONDITIONS D’ENTRÉE EN VIGUEUR	371
Chapitre 1 : Les conditions d’entrée en vigueur selon la doctrine.....	375
Section 1 : L’approche intuitive.....	375

§ 1 – L’absence d’un concept explicite.....	376
§ 2 – La présence de conceptions implicites	378
Section 2 : L’analyse structurelle.....	379
§ 1 – Présentation de l’analyse	380
§ 2 – Inconvénients de l’analyse.....	383
A) La structure de la procédure d’entrée en vigueur	383
B) La structure des règles d’entrée en vigueur.....	389
1) La structure conditionnelles des règles juridiques	390
2) L’« effet juridique » des règles d’entrée en vigueur	393
3) Le « présumé » des règles d’entrée en vigueur	398
Chapitre 2 : Proposition d’un concept alternatif de condition d’entrée en vigueur	403
Section 1 : Les conditions particulières	405
§ 1 – Les règles d’entrée en vigueur : typologie et apport normatif.....	405
§ 2 – La date d’entrée en vigueur	414
Section 2 : Les conditions générales	419
§ 1 – Les conditions institutionnelles	420
A) La possibilité de déterminer avec précision le moment de l’édiction	420
B) La possibilité de déterminer avec précision le moment de l’entrée en vigueur de chaque nouvelle loi.....	423
§ 2 – Les conditions conceptuelles	426
A) Volontarisme	426
B) Formalisme	434
Conclusion	439
Bibliographie.....	443
Table des matières.....	491

Résumé : L'objet de cette étude est de mettre en évidence les traits distinctifs de l'institution que désigne le terme « entrée en vigueur de la loi ». Il s'agit d'un ensemble de règles et de pratiques correspondantes qui permettent aux acteurs du système juridique de déterminer avec précision le moment à compter duquel devient obligatoire toute nouvelle loi. Pour qu'une telle détermination soit possible, le système juridique doit consacrer au moins une règle de droit commun, à savoir une règle qui permet de déterminer, à défaut de disposition contraire, la date d'entrée en vigueur de toute nouvelle loi. La consécration d'une telle règle présuppose l'existence d'un critère qui permet de déterminer avec précision le moment où la procédure d'édiction chaque nouvelle loi est achevée. En droit positif français, ce critère est la promulgation. Pour rendre compte de cette fonction de la promulgation, il importe de distinguer entre deux séries de conditions d'entrée en vigueur : les conditions particulières, dont dépend l'entrée en vigueur des lois d'après les règles du droit positif, et les conditions générales, dont la réunion est nécessaire pour qu'il soit en premier lieu possible de consacrer des règles d'entrée en vigueur. Concernant les conditions particulières, l'étude des règles de droit commun montre que, contrairement à une idée communément admise, la publication n'est pas une condition nécessaire de l'entrée en vigueur des lois. S'agissant des conditions générales, il s'avère que l'institution de l'entrée en vigueur présuppose une conception volontariste de la loi et un haut degré de formalisation de la procédure de son édiction.

Descripteurs : Entrée en vigueur, article 1^{er} du Code civil, promulgation, publication, validité, normativité, légitimité, conceptions volontaristes du droit, formalisme.

Title and Abstract: Entry into force of Statutes

This study aims at identifying the distinctive features of what is commonly referred to as "entry into force of statutes". This term refers to a nexus of rules and practices that enable the agents of a legal system to determine in a precise manner the moment every statute becomes legally binding. For that to be possible, there must be at least one general rule that applies to any statute lacking a commencement clause. The existence of such a rule depends on the presence of a criterion that allows establishing the precise moment every bill becomes an enacted statute. In France, the relevant criterion is the formal act, known as promulgation, by which the Head of State signs a bill into law. In order to fully grasp the function thus performed by the act of promulgation, a distinction must be made between two kinds of conditions that can be said to be necessary for a statute's entry into force. On the one hand, there are the specific conditions set out by the relevant rules of a legal system. On the other hand, there are some more fundamental conditions that a legal system must necessarily meet in order to provide for a general rule governing the entry into force of its statutes. As regards the conditions set out by the relevant rules of the French legal system, it turns out that, contrary to a commonly held idea, the rules in question do not make prior publication a necessary condition for the entry into force of statutes. As regards the aforementioned necessary conditions, it appears that the relevant rules and practices presuppose a voluntarist conception of law and, subsequently, a high level of formalism in the procedure followed for the enactment of statutes.

Keywords: Entry into force, commencement clauses, promulgation, publication, validity, normativity, legitimacy, voluntarism, formalism